

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

**YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINDA
ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ**






ALİ OSMAN KARAOĞLU

Mart 2019

DOKTORA TEZ ONAYI

Bu tez tarafımızca okunmuş olup kapsam ve nitelik açısından, Kamu Hukuku alanında Doktora Derecesini alabilmek için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Tez Jürisi Üyeleri:

	KANAATI	İMZA
Doç. Dr. Halil Rahman Başaran (Tez Danışmanı)	Kabul	
Prof. Dr. Nihat Bulut	Kabul	
Prof. Dr. M. Macit Kenanoğlu	Kabul	
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan	Kabul	
Prof. Dr. Şaban Kayıhan	Kabul	

Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih

01.03.2019

Mühür/İmza



AKADEMİK DÜRÜSTLÜK BEYANI

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada özgün olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: Ali Osman Karaoğlu

İmza:



ÖZ

YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINDA ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ

Karaoğlu, Ali Osman

Kamu Hukuku Doktora Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Halil Rahman Başaran

Mart 2019, 476 sayfa

20. yüzyılda uluslararası hukuk büyük bir genişleme göstermiş ve artık devletler arasında uygulanan bir hukuk dalı olmanın ötesine geçerek devletlerin bireyler ile olan ilişkilerini de düzenleyen bir konuma ulaşmıştır. Yabancı yatırımların uluslararası hukuk yoluyla korunması ise devletlerin ekonomik ilişkileri depolitize etme iradesinden kaynaklanmaktadır. Bunun neticesinde yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için silahlı kuvvet kullanma uygulaması terk edilmiş ve yatırımcının hukuki yollar ile himaye edilmesi gündeme gelmiştir. Daha sonra iki taraflı yatırım anlaşmalarının çoğalarak uluslararası hukuku teşvik etmesi, yatırım tahkimi mekanizmalarının da diplomatik himayenin yerini almasıyla sonuçlanmıştır. Böylece, devletler arasındaki uyuşmazlıklar büyük oranda depolitize edilerek yatırımcıların doğrudan devleti muhatap alması ve yatırımlarını koruyabilmesi sağlanmıştır. Depolitizasyon sonrasında Devletlerin iki taraflı yatırım anlaşmalarına ve ICSID benzeri uluslararası tahkim mekanizmalarına ilgisinin artması, yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hukukun yönetici rolünü pekiştirdiği gibi yabancı yatırımlara uygulanacak mevcut uluslararası hukuk standartlarını da geliştirici bir etki göstermiştir. Bu açıdan uluslararası hukuk, yatırım anlaşmaları ve teamül hukuku standartları açısından yönetici ve düzenleyici (governing), yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak hukuk açısından ise iç hukuku tamamlayıcı (complementary) ve düzeltici (corrective) bir fonksiyona sahiptir. İç hukuk ile uluslararası hukuk çatıştığında uluslararası hukuk üstün gelmektedir. Bu anlamda uluslararası hukuka, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi kapsamında ve Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesine göre bütüncül olarak yaklaşılması ve insan hakları hukukunun da uluslararası hukukun

bileşeni olarak yatırım uyuşmazlıklarına uygulanması gerekir. Bu anlamda insan hakları hukuku ilkelerinin yabancı yatırım uyuşmazlıklarına uygulanabilirliği, parçalanma fenomeninin aksine, uluslararası hukukun kendi doğası içerisinde bütünlük arzettiğini göstermektedir. Bu çalışma; uluslararası hukuk yoluyla yabancı yatırım uyuşmazlıklarının silahlı kuvvet kullanımından arındırılarak depolitize edildiğini, yabancı yatırımları koruyan uluslararası standartların değişim ve dönüşüm geçirdiğini, uluslararası hukukun yabancı yatırımların korunmasında yönetici, tamamlayıcı ve düzeltici rol üstlendiğini ve insan hakları hukuku ilkelerinin uluslararası hukukun bileşeni olarak yabancı yatırım hukukuna ve yatırım uyuşmazlıklarına uygulanabilirliğini ispatlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yatırım, Yatırımcı, ICSID, Tahkim, Uluslararası Hukuk, İnsan Hakları, Diplomatik Himaye, Parçalanma Fenomeni

ABSTRACT

THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW IN PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS

Karaoğlu, Ali Osman

PhD Programme in Public Law

Thesis Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Halil Rahman Başaran

March 2019, 476 pages

The 20th century witnessed the vast expansion of international law. It extended beyond being a branch of law exclusively implemented among states, and further commenced to regulate the relationships between states and individuals. In this regard, states with a strong will to depoliticise their economic relationships have resorted to international law as a means of ensuring protection of foreign investments. Consequently, the common practice of using armed forces to settle investment disputes has been abandoned and, instead, it has been prevalently adopted to protect investors through legal remedies. Increasing number of bilateral investment treaties has prompted and mobilised international law to such an extent that diplomatic protection has been replaced by investment arbitration. Upon significant depoliticisation of the disputes among states, investors have become entitled to claim their rights against states to assure protection of their investments. Following depoliticisation, the growing interest of the states in both bilateral investment treaties and international arbitration mechanisms like ICSID have not only reinforced the governing role of international law in protection of foreign investments but also promoted improvement of current international law standards applicable to foreign investments. In this sense, international law performs three respective functions: governing through investment treaties and customary law standards, complementary and corrective when domestic laws are concerned in settlement of investment disputes. Wherever domestic law conflicts with international law, international law prevails. Pursuant to both Article 38 of the Statute of International Court of Justice and 31/3-c Article of the Vienna Convention on the Law of Treaties, it requires to interpret international law holistically and to

apply human rights law principles, as a component of international law, to investment disputes. In this respect, applicability of human rights law principles to foreign investment disputes indicates that international law constitutes an integrity in its own nature contrary to fragmentation phenomenon. This study aims to argue and prove that foreign investment disputes have been depoliticised from use of armed force through international law, and that international standards protecting foreign investments have undergone transformation and evolution, and that international law has assumed governing, complementary and corrective roles in protection of foreign investments, and that the principles of human rights law, as a component of international law, are applicable to foreign investment law and investment disputes.

Key Words: Investment, Investor, ICSID, Arbitration, International Law, Human Rights Law, Diplomatic Protection, Fragmentation Phenomenon

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR	xii
1. GİRİŞ ve TEORİK ÇERÇEVE	1
2. YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINDA ULUSLARARASI HUKUKUN TARİHSEL ROLÜ: DEPOLİTİZASYON.....	10
2.1. Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşmaları ve Güç Diplomasisi	12
2.2. Calvo Doktrini ve Hull Formülasyonu	17
2.3. Yabancı Yatırımların Diplomatik Himaye Yoluyla Korunması.....	22
2.3.1. Diplomatik Himaye Hakkının Kullanılmasının Ön Koşulları	25
2.3.1.1. Uyruluk Bağı	26
2.3.1.2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi	32
2.3.2. Yabancı Yatırımların Korunmasına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı Kararları	34
2.3.2.1. Barcelona Traction Kararı.....	35
2.3.2.2. Elettronica Sicula Kararı	41
2.3.2.3. Ahmadou Sadio Diallo Kararı	44
2.3.3. Diplomatik Himaye Yoluyla Zarar Giderimi	49
2.3.4. Yatırım Tahkiminin Temeli Olarak Diplomatik Himaye Kurumu	53
2.4. Uluslararası Kodifikasyon Girişimleri.....	59
2.5. İki Taraflı Yatırım Andlaşmaları Devri.....	64
3. YABANCI YATIRIM HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI	69
3.1. Yatırım Kavramı	71
3.1.1. Yatırım Kavramının Kökeni Olarak Mülkiyet	72
3.1.2. Yatırım ile Mülkiyet Kavramları Arasındaki Farklılıklar	76

3.1.3. Uluslararası Andlaşmalarda Yatırım Kavramı.....	79
3.1.4. ICSID Hakem Kararlarında Yatırım Kavramının Yorumu.....	92
3.1.4.1. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde Yer Alan Yorum Metodu	93
3.1.4.2. ICSID Hakem Kararlarında Yatırım Kavramının Belirlenmesi	97
3.2. Yatırımcı Kavramı	104
3.2.1. Şirketlerin ve Şirket Hissedarlarının Yatırımcı Sıfatı.....	108
3.2.2. Uyruluk Planlaması ve Paravan Şirketler.....	113
4. ULUSLARARASI HUKUKTA YABANCI YATIRIMLARI KORUYAN STANDARTLAR	118
4.1. Şemsiye Klozlar.....	120
4.2. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi	124
4.2.1. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesinin Kapsamı ve Hukuki Çerçevesi	126
4.2.2. Uluslararası Adalet Divanı Kararlarında En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi ..	129
4.2.3. ICSID Hakem Kararlarında En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi.....	133
4.3. Ulusal Muamele	140
4.4. Adil ve Hakkaniyetli Muamele	144
4.4.1. Adil ve Hakkaniyetli Muamelenin Mahiyeti	145
4.4.2. Adil ve Hakkaniyetli Muamelenin Kapsamı ve Uygulaması	151
4.4.2.1. Meşru Beklentiler.....	152
4.4.2.2. Sözleşmesel Taahhütler ve İyi Niyet	158
4.4.2.3. Hukuki Usule Özen ve Adaletten İmtina Yasağı	161
4.5. Tam Koruma ve Güvenlik	167
4.5.1. Fiziki Şiddet ve Silahlı Çatışmaya Karşı Koruma	169
4.5.2. Hukuki Koruma.....	173
4.6. Yabancı Yatırımları Koruyan Standartlar ve Uluslararası Teamül Hukuku	176
5. YATIRIM TAHKİMİ VE ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ	186
5.1. Uluslararası Tahkimin Niteliği Üzerine Tartışmalar.....	187

5.2. Yabancı Yatırımların ICSID Tahkimi Yoluyla Korunması	194
5.2.1. Yabancı Yatırımların Korunmasında ICSID Tahkiminin Fonksiyonu	195
5.2.2. Tarafların ICSID Tahkimine Rızası ve Hakem Heyetlerinin Yetkisi.....	197
5.2.2.1. Tarafların Rızası	198
5.2.2.2. Rızanın Kapsamı ve Sınırları	205
5.3. ICSID Tahkiminde Uluslararası Hukukun Uygulanması	211
5.3.1. ICSID Tahkiminde Tarafların Hukuk Seçimi ve Uluslararası Hukukun Yeri.....	212
5.3.2. ICSID Tahkiminde Devletin Sorumluluğunun Belirlenmesi	220
5.3.3. ICSID Tahkiminde Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanması.....	230
5.3.4. ICSID Tahkiminde <i>Non Liquet</i> Yasağı ve <i>Ex Aequo Et Bono</i>	233
5.3.5. ICSID Tahkiminde Uluslararası Hukuk ve İç Hukuk Çatışmasının Çözümü	238
5.4. ICSID Tahkiminde Hakemlerin Rolü ve Hakem Kararlarının İptali.....	244
5.4.1. Ulusal Hakimlere Güvensizlik ve Hakemlere Karşı Duyulan Güvenin Kaynağı	244
5.4.2. ICSID Hakem Kararlarının İptali	252
5.5. ICSID Hakem Kararlarının İcrası ve Devletin Cebr-i İcra Bağışıklığı	258
5.6. Uluslararası Yatırım Mahkemesi Önerileri	271
6. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İLKELERİNİN YABANCI YATIRIM HUKUKUNA ENTEGRASYONU.....	277
6.1. Uluslararası İnsan Haklarının Yabancı Yatırım Hukukundaki Yeri	279
6.2. ICSID Hakem Kararlarında Uluslararası İnsan Hakları Hukuku	284
6.3. Yatırımın Kamulaştırılması ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukun Önemi.....	294
6.3.1. Yabancı Yatırımın Kamulaştırılması	295
6.3.2. Devletin Düzenleme Hakkı ve Takdir Marjı İlkesi.....	305
6.3.3. Ölçülülük İlkesi	326
6.4. Uluslararası Hukuk Rejimleri Arasındaki İlişki ve Geçişkenlik	332
6.4.1. Parçalanma ve Bütünlük Tartışmaları Arasında Yabancı Yatırım Hukuku.....	334

6.4.2. Yukos Davaları Özelinde AİHM ve ICSID Tahkimi Geçişkenliği.....	352
7. SONUÇ.....	361
REFERANSLAR.....	374
Kitaplar ve Kitap Bölümleri.....	374
Makaleler ve Online Kaynaklar	394
Mahkeme ve Hakem Kararları.....	437
Diğer Belgeler.....	452
ÖZGEÇMİŞ	462



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ARB	: Arbitration
Art.	: Article
ASEAN	: Association of Southeast Asian Nations
BIT	: Bilateral Investment Treaty
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CAFTA	: Central America, The Dominican Republic, USA Free Trade Agreement
CAS	: Court of Arbitration for Sport
COMESA	: The Common Market for Eastern and Southern Africa
Doc.	: Document
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
ECHR	: European Court of Human Rights
ECT	: Energy Charter Treaty
ed	: Edited by
ELSI	: Elettronica Sicula
EU	: European Union
FCN	: Friendship, Commerce and Navigation
FET	: Fair and Equitable Treatment
FILJ	: Foreign Investment Law Journal
FPS	: Full Protection and Security
FTC	: Free Trade Commission
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade

HD	: Hukuk Dairesi
IBRD	: International Bank for Reconstruction and Development
ICA	: International Court of Arbitration
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCPR	: International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	: International Court of Justice
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes
ILC	: International Law Commission
IMF	: International Monetary Fund
ITO	: International Trade Organization
LCIA	: London Court of International Arbitration
Ltd.	: Limited
m.	: madde
MAI	: Multilateral Agreement on Investment
MFN	: Most Favoured Nation Treatment
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NGO	: Non-Governmental Organisation
NIEO	: New International Economic Order
No.	: Numara
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
OIC	: Organisation for Islamic Cooperation
p.	: page
parag.	: paragraf
PCA	: Permanent Court of Arbitration
PCIJ	: Permanent Court of International Justice
pp.	: page to page
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı

SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
TTIP	: Transatlantic Trade and Investment Partnership
UAE	: United Arab Emirates
UK	: United Kingdom
UN	: United Nations
UNASUR	: Union of South American Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
UNCTC	: United Nations Centre on Transnational Corporations
UNRIAA	: United Nations Reports of International Arbitral Awards
USA (US)	: United States of America
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WHO	: World Health Organization
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO	: World Trade Organisation

1. BÖLÜM

GİRİŞ ve TEORİK ÇERÇEVE

Uluslararası hukuk (public international law) dünya üzerinde hem akademik çevrelerce hem de diplomatlar ve politikacılar gibi pratik uygulayıcılar tarafından en çok tartışılan konulardan bir tanesidir. Devletler arasında yeknesak bir düzenin sağlanmasının faydası inkar edilmemekle birlikte uluslararası hukukun işlerliği ve meşruiyeti geçmişten beri çeşitli eleştirilere maruz kalmaktadır.¹ Eleştiriler genel itibariyle uluslararası hukukun adaleti sağlayamadığı ve güçlünün hukuku olarak ortaya çıktığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.² Ancak yakından incelendiğinde uluslararası hukukun çalışmadığına dair örneklerin genellikle devletler için politik değeri yüksek iki konu üzerine yoğunlaştığı görülecektir: Savaş ve Barış. Dünyada barışı ihlal eden olaylar medyatik olarak gündemimizden düşmediği için uluslararası hukukun sadece savaş ve barışı düzenlemedeki işlevselliğine şahit olunmakta ve uluslararası hukuk, dünyadaki düzeni sağlayamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ancak hem teorik hem de pratik anlamda medyanın gündeminde olmayan birçok husus yine uluslararası hukuk tarafından düzenlenmekte ve uluslararası hukuk bu alanlarda verimli bir şekilde çalışmaktadır. Örneğin; bir ülkeden diğerine yapılan para transferleri, uluslararası ithalat ve ihracat, telekomünikasyon, konsolosluk işlemleri, adli istinabe, yabancı yatırımlar, Antartika'nın statüsü, açık denizlerden faydalanma gibi birçok mesele uluslararası andlaşmalarca düzenlenmekte ve mevzubahis andlaşmalar büyük oranda sorunsuz bir şekilde işlemektedir. Bu anlamda Higgins'e göre uluslararası hukuka sadece problemleri çözmek için değil aynı zamanda güvenlik, özgürlük ve maddi ihtiyaçların tedarikini sağlamak için de

¹ Uluslararası hukuk uzmanlarının eleştirileri bir kenara bırakılırsa, genel itibariyle bu alanın uzmanı olmayan sıradan insanlardaki bakış açısı farklılıklarının, uluslararası hukukun herhangi bir iç hukuk düzenine benzediğinin sanılmasından kaynaklandığı gözlemlenmektedir. Özellikle zorunlu bir yasama sisteminin uluslararası hukuk için de söz konusu olduğunun zannedilmesi veya ihlal durumunda zorunlu bir yargının var olmadığının bilinmemesi bahsettiğimiz yanılgılardan sadece birkaçıdır.

² Onuma, Y. (2003). International Law in and with International Politics: Functions of International Law in International Society. *European Journal of International Law*, Vol.14, No.1, pp.105-139.

ihtiyacımız vardır.³ Benzer şekilde Kofi Annan da uluslararası hukukun tüm düzenleme alanlarının birbirine bağlı olduğunu, kalkınmayı sağlayamayan bir uluslararası hukukun güvenliği de sağlayamayacağını düşünmektedir.⁴ Bu anlamda modern uluslararası hukuka yüklenen fonksiyon savaş ve barışı düzenlemenin çok ötesindedir. Başaran, günümüzde uluslararası hukuka olan ihtiyacın nedenlerini dört başlık altında toplamaktadır: kuvvet kullanımının kısıtlanması, bireylerin korunması, ekonomik ilişkilerin düzenlenmesi⁵ ve ortak alanların yönetimi.⁶ Bir çıkarım olarak özetlenecek olursa politikanın yoğun hissedildiği alanlara dair düzenlemeler ağır aksak ancak politikanın az hissedildiği birçok alan verimli bir şekilde işlemekte ve dünya üzerindeki birçok uluslararası problemi çözmektedir dersek yanılmış olmayız. Ancak buradan politik değeri yüksek konuların önemli, diğerlerinin ise önemsiz olduğu neticesi çıkarılmamalıdır. Nitekim çalışmanın konusunu teşkil eden yabancı yatırım hukuku da günümüzde politikanın az hissedildiği, ancak devletler için hayati önemi haiz bir mesele olarak karşımızda durmaktadır.

Tarihsel incelemeye tabi tutulduğunda uluslararası hukukun çoğunlukla devletlerin ürünü olarak ortaya çıktığına şahit oluruz.⁷ Her ne kadar 20. yüzyılda uluslararası hukukun gündemine devlet dışı aktörler girdiyse de tarihsel açıdan böyle bir hukuk dalı bizatihi devletlerin pratiği neticesinde ortaya çıkmıştır. Devletler arasındaki ilişkiler ve etkileşimler çoğaldıkça uluslararası hukukun düzenleme alanına giren

³ Higgins, R. (1994). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press, p.1.

⁴ Kofi Annan, Report for the Secretary General, In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All. UN Doc. A/59/2005, 21 March 2005
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/2005 (erişim tarihi 01.07.2017).

⁵ Yazarların büyük çoğunluğuna göre uluslararası yatırım hukuku, uluslararası ekonomi hukukunun alt dallarından bir tanesidir. Bkz. Herdegen, M. (2014). *International Economic Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, pp.1-4. Sonraki bölümlerde bu tartışmaya yer verilecektir.

⁶ Uluslararası hukukun fonksiyonlarına dair bu sınıflandırma Doç. Dr. Halil Rahman Başaran'a ait olup İstanbul Şehir Üniversitesi'nde 2016-2017 eğitim döneminde yürüttüğü "International Law I" lisans dersinde kullanılmıştır.

⁷ Devletin pratik yönüne vurgu yapan Foucault'a göre devlet bir pratikler bütünüdür. Daha açık ifadeyle devlet önceden teorize edilmiş bir aygıt değil, pratikler bütünüdür çerçevesidir. Bakınız: Foucault, M. (2009). *Security, Territory, Population: Lectures at the College De France 1977-1978*. Palgrave Macmillan UK, pp.282-194. Devlet üzerine temel tartışmalar için bakınız: Akad, M. & Dinçkol, B. V. & Bulut, N. (2018). *Genel Kamu Hukuku*. DER Yayınları, s.2-170.

konuların da buna paralel olarak arttığını gözlemlemekteyiz. Eski zamanlarda devletlerarası ilişkiler genelde savaş ve barış hukuku üzerinde yoğunlaşmaktaydı. Bu yüzden uluslararası hukukun gelişmesine önemli katkıları olan Şeybani⁸ ve Grotius⁹ gibi klasik düşünürler, devletler arasında savaş ve barışın nasıl düzenlenmesi gerektiği üzerinde çalışmış ve ilk eserlerini bu alanda vermişlerdir. Modern zamanlara gelindiğinde uluslararası hukuk müstakil ve devletlerin iç hukuklarından bağımsız bir hukuk haline dönüştü ve 20. yüzyılda uluslararası örgütler sisteme entegre edilerek uluslararası hukukun bir nevi gözlemleyicisi olarak işlev gördüler. Böylece uluslararası hukukun aktörleri genişledi. Benzer bir genişleme uluslararası hukukun düzenleme alanına giren konular sahasında da yaşandı. Bu anlamda ticaretten diplomasiye, yabancılara muameleden iletişime, kuvvet kullanmadan insan haklarına, deniz alanlarından hava ve uzaya kadar birçok alan uluslararası hukuk kuralları ile düzenlenmeye başlandı. Hatta mevcut olan uluslararası teamül kuralları da çoğunlukla uluslararası andlaşmalar içerisinde kodifiye edilmeye çalışıldı. Böylece devletler arasında yeknesak ve evrensel bir hukuk düzeni oluşturma çabaları 20. yüzyılda daha önce görülmemiş bir oranda arttı.¹⁰

⁸ Muhammed bin Hasan eş-Şeybani miladi 749-805 yılları arasında yaşamış Iraklı hukukçudur. Savaş ve barışa dair yazdığı kitabı “Kitab’ul Siyer” ilk uluslararası hukuk eseri olarak kabul edilmektedir. Müslümanlarca uluslararası hukukun babası olarak kabul edilmektedir. Bkz. Fassbender, B. & Peters, A. (2014). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press. pp.1081-1086. Ayrıca Kitab’ul Siyer hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Khadduri, M. (2001). *The Islamic Law of Nations: Shaybani’s Siyar*. Johns Hopkins University Press.

⁹ Hugo Grotius miladi 1583-1645 yılları arasında yaşamış Hollandalı hukukçudur. Uluslararası denizlerin serbestisine ve savaş ve barışa dair kitapları sebebiyle döneminin alışılmadık fikirlerine sahip olduğu gerekçesiyle modern uluslararası hukukun babası kabul edilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Fassbender, B. & Peters, A. (2014). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press. pp.1098-1102 ayrıca Grotius’un iki önemli eseri için bkz. Grotius, H. (2016). *On the Law of War and Peace*. Jazzybee Verlag Publishing ve Grotius, H. (2004). *The Free Sea*. Liberty Fund Inc. Publishing.

¹⁰ Spiermann, O. (2007). Twentieth Century Internationalism in Law. *European Journal of International Law*, Vol.18, Issue 5, pp.785-814; Cantu-Rivera, H. (2014). The Expansion of International Law Beyond Treaties. *American Journal of International Law Unbound*, Vol.108, pp.70-73; Sterio, M. (2008). The Evolution of International Law. *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol.31, Issue 2, pp.213-256.

Uluslararası hukukun tarihsel gelişimini ilerlemeci veya doğrusal (lineer)¹¹ bir bakış açısıyla değerlendirmemekle birlikte yabancı yatırım hukuku ve insan hakları hukuku gibi bazı alanlarda bu anlayışın uygulanabilir olduğu söylenebilir. 20. yüzyılın özellikle ikinci yarısından sonraki dönemde artık uluslararası hukuk sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olmanın ötesine geçmiş, devletin, uluslararası aktör (devletler ve uluslararası örgütler) olarak kabul edilmeyen kişiler ile ilişkilerine de uygulanır hale gelmiştir. Uluslararası insan hakları hukuku ve yabancı yatırım hukuku bu ilişki biçiminden doğmuştur dersek yanılmış olmayız. Zamanla bu çeşitlilik öylesine artmıştır ki uluslararası hukukun bir parçalanma fenomeni (fragmentation phenomenon) ile karşı karşıya kaldığı, uluslararası insan hakları hukuku veya yabancı yatırım hukuku gibi uzmanlık alanlarının genişlemesi ile birlikte uluslararası hukukun oldukça karmaşık bir hal almaya başladığı iddia edilmeye başlanmıştır. Öyle ki uluslararası hukukun genişlemesinden kaynaklanan zorluklar BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun gündemine girmiş ve Martti Koskenniemi öncülüğünde bir rapor hazırlanmıştır.¹² Bütün bu süreçler esnasında gözden kaçırılmaması gereken nokta, uluslararası hukukun diğer aktörlerinin ve bunlara bağlı olarak gelişen alt dallarının ortaya çıkışı da yine devletin aktif rolü ve rızası sayesinde mümkün olmaktadır. Uluslararası örgütler devletlerin rızası ile kurulmakta veya bir devletin vatandaşları, yine devletin kendi iradesiyle anlaşmalara taraf olması sayesinde uluslararası insan hakları mekanizmalarında dava açabilmektedir.¹³

Bahsedilen gelişmelerin neticesinde uluslararası hukukta devletin etkisini giderek yitirdiği ve devletdışı aktörlerin yükselişe geçtiğini iddia eden yazarlar mevcuttur ancak uluslararası hukuk hala devlet merkezlidir ve devletdışı aktörlerin rolü de yine

¹¹ İlerlemeci tarih anlayışı aynı zamanda Hegel'ci tarih anlayışı olarak da bilinmektedir. Bakınız: Hegel, G. W. F. (2004). *The Philosophy of History*. Dover Publications, pp.14-128.

¹² Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Martti Koskenniemi. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (erişim tarihi 09.07.2017).

¹³ Hollis, D. B. (2005). Why State Consent Still Matters: Non-State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.23, Issue 1, p.158.

devletin iradesine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle devletlerin, devlet dışı aktörlerin yükselişine iradi bir şekilde katkıda bulunduğunu söylemek mümkündür. Zira devletler bu yolla diğer devletler ile girebileceği politik gerginliklerden kaçınmakta ve devletdışı aktörü (bireyleri) doğrudan muhatap alarak aralarındaki uyuşmazlıklara çözüm aramaktadır. Bu anlamda devlet dışı aktörlerin uluslararası hukuka entegrasyonu uyuşmazlıkların depolitizasyonu¹⁴ açısından da önemli bir işlev görmekte ve yine devletlerin menfaatlerine uygun bir netice ortaya çıkmaktadır. Nitekim devlet ve birey (yabancı yatırımcı) ilişkisini inceleyen bir alt dal olan yabancı yatırım hukukunda da yabancı yatırımcı ile ortaya çıkan uyuşmazlık tahkim mekanizmalarında hukuki yollardan çözülmektedir. Ancak böyle bir hukuki imkanın arkasında devletlerce akdedilmiş çok taraflı andlaşmalar veya iki taraflı yatırım andlaşmaları yer almaktadır. Öte yandan devletlerin iradesiyle oluşan bu genişlemenin doğal bir neticesi olarak artık günümüzde yabancı yatırım hukukunun da uluslararası hukuktan ayrı müstakil bir hukuk dalı olduğu iddia edilmektedir. Ancak yabancı yatırım hukukunun¹⁵ bizatihi neşet ettiği uluslararası hukuk (public international law) boyutu ve mevcut uyuşmazlık çözümünde uluslararası hukukun nasıl bir rol üstlendiği Türk hukuk literatüründe, sınırlı bazı çalışmaların dışında, hala etraflıca incelenmiş bir konu değildir. Ayrıca yabancı yatırım hukukunda uluslararası hukukun rolü kadar bu hukuk dalının zaman zaman kendisine temas eden uluslararası insan hakları hukuku¹⁶ ile olan ilişkisi de, mülkiyet ve kamulaştırma özelinde, bütüncül bir perspektif ile ve tarihsel bağlamından koparılmadan izah edilmesi gereken bir meseledir.

Çalışmamız bu anlamda giriş ve sonuç bölümleri dahil olmak üzere toplam yedi bölümden oluşacak, çalışmamızın esasını ise giriş ve sonuç bölümleri hariç tutulmak

¹⁴ Türkçe karşılığı “apolitikleşme” olan depolitizasyon kavramı ile uyuşmazlıkların silahlı kuvvet kullanma ilişkilerinden arındırılmasını kastetmekteyiz. Zira daha ileride bahsedeceğimiz üzere uluslararası hukuk kapsamına giren uyuşmazlıkların tamamen politikadan izole edilmesi mümkün değildir.

¹⁵ Bazı eserlerde yabancı yatırım hukuku ile uluslararası yatırım hukuku kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

¹⁶ İnsan hakları hukuku ile “uluslararası insan hakları hukuku” kastedilmektedir.

üzere beş ayrı bölümde incelenecektir. Bu anlamda çalışmamız; uluslararası hukukun tarihsel rolünün depolitizasyon, günümüzdeki rolünün düzenleme, tamamlama ve düzeltme olduğunu, gelecekteki rolünün ise entegrasyon olacağını ileri sürmekte ve bölümler bu gelişimi takip etmektedir. Uluslararası hukukun; ikinci bölümde depolitizasyon, üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümlerde düzenleme, tamamlama ve düzeltme, altıncı bölümde ise entegrasyon fonksiyonu geniş bir şekilde izah edilecektir. Kısaca göz atmak gerekirse çalışmamız, ikinci bölümde yabancı yatırım hukukunun tarihi, uluslararası hukuk disiplini içerisindeki gelişimi ve günümüzdeki konumuna göz atılacaktır. Yabancı yatırım hukukunun uluslararası hukuk boyutunu anlamanın yolu tarihsel gelişmelerden yola çıkarak günümüzün kompleks, parçalı görünen uluslararası hukuk yapısını ve oluşan uzmanlık alanlarının birbirleri ile olan ilişkisini idrak etmekten geçmektedir. Bunu yaparken öncelikle yatırım hukuku alanında geliştirilmiş olan doktrinlere göz atılacak, temel uluslararası belgeler, diplomatik himaye ile ilgili uluslararası yargı kararları ışığında, yabancı yatırımlara uygulanacak hukukun, devletler arasındaki güç ilişkilerinden nasıl depolitize edildiği izah edilecektir. Ayrıca bu bölümde, yatırımların uluslararası hukukça korunmasının temelini diplomatik himaye olup olmadığı tartışmalarına kısaca göz atılacaktır.

Üçüncü bölümde yatırım ve yatırımcı kavramlarının¹⁷ kapsamına dair kısa bir analiz yer alacaktır. Zira bu kavramlar uluslararası anlaşmalar yoluyla düzenlenmiş ve özel bir anlam kazanmıştır. Bu anlamda yatırım kavramının çerçevesi, kapsadığı maddi ve maddi olmayan mülkiyet unsurlarının ne olduğu uluslararası hukuk enstrümanları ışığında izah edilmeye çalışılacak, yatırım kavramının hem teorik çalışmalarda hem de pratik yargı kararlarında nasıl ele alındığı kısa bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Diğer yandan yatırımı yapacak olan yatırımcı sıfatına kimlerin sahip olabileceği ve hangi durumlarda uluslararası hukuk mekanizmalarından faydalanabileceği de hakem kararları ışığında incelenmeye çalışılacaktır. Aynı

¹⁷ Yatırım ve yatırımcı kavramları ile 'yabancı yatırım' ve 'yabancı yatırımcı' kastedilmektedir.

zamanda yatırım kavramının mülkiyet kavramı ile olan ilişkisinin izah edilmesi de insan hakları hukukuna kapı aralaması bakımından önem arz etmektedir.

Dördüncü bölümde yabancı yatırımları koruyan andlaşma standartları (treaty standards) ve uluslararası teamül hukuku (customary international law) kurallarının hukuki çerçevesi üzerinde durulacaktır. Bu anlamda en çok gözetilen ulus muamelesi, ulusal muamele, adil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik gibi yabancı yatırımların korunması hakkındaki esasa ve prosedürel (usuli) konulara ilişkin ilkelerin ne olduğu, uluslararası andlaşmalarda nasıl düzenlendiği izah edilmeye çalışılacak ve bu ilkelerin bağlayıcılığı, değeri ve kaynağı üzerine tartışmalar inceleme altına alınacaktır. Bu anlamda andlaşmalar ve teamül hukuku içerisinde yer alan standartların yönetici (governing) rolü ile bu standartların geçirdiği dönüşüm daha yakından gözlemlenebilecektir.

Beşinci bölümde yabancı yatırım uyuşmazlıklarının günümüzdeki en önemli ve etkili çözüm mekanizması olan yatırım tahkimi incelenecektir. Bu anlamda öncelikle tahkimin niteliği ve hakemlerin güvenilirliği gibi çeşitli tartışmalar incelenecek; kuralları uluslararası hukuka nazaran daha açık bir şekilde üretilen iç hukuka¹⁸ göre karar veren ulusal hakimlere olan güvensizliğin kaynağı sorgulanacaktır. Öte yandan yatırım tahkiminin en önemli kurumu olan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi'nin (ICSID) işlevi kısaca değerlendirilerek ICSID tahkiminde uluslararası hukukun iç hukuku tamamlayıcı (complementary) ve düzeltici (corrective) rolü irdelenecektir. Ayrıca bir uluslararası hukuk mekanizması olan yatırım tahkiminde alınan kararların icra kabiliyeti de yine uluslararası hukuk perspektifinden sorgulanacaktır. Bu anlamda depolitizasyon misyonunun temel taşıyıcısı olan ICSID tahkimi özelinde uluslararası hukukun yatırım uyuşmazlıklarındaki rolü daha yakından gözlemlenebilecektir.

¹⁸ Zira iç hukuk yazılılık esasına tabi olup temelde normlar hiyerarşisi çerçevesinde yasama organınca vaz edilmektedir. Uluslararası hukuk ise, günümüzde yazılı andlaşmalar yaygın olmakla birlikte, temelde yazılı olmayan devlet pratiklerinden türemiştir.

Altıncı bölümde yabancı yatırım hukukunun diğer uluslararası hukuk dalları ile ilişkisi, uluslararası insan hakları hukuku örneğinde mukayeseli olarak irdelenmeye çalışılacaktır. Zira, kanaatimizce, gelecekte uluslararası hukuk, kendi bileşeni olan uluslararası insan hakları hukuku ilkelerinin yabancı yatırım hukukuna entegrasyonunu sağlayacaktır. Bu anlamda uluslararası insan hakları hukuku ile yabancı yatırım hukuku arasındaki ilişki bütünlük perspektifi ile izah edilecektir. Daha sonrasında ise özellikle en gelişmiş insan hakları yargı mekanizması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/ECHR)'nin denetim mercii olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/ECTHR)'nin yabancı yatırım hukukunu ilgilendirebilecek içtihatları ve ICSID hakem kararlarında bu içtihatlardan çıkarılan ilkelerin ne ölçüde dikkate alındığı açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca bu bölümde uluslararası hukuk perspektifinden devletlerin polis gücünün (düzenleme/regülasyon hakkının) yabancı yatırımcılara etkisini ve sınırlarını takdir marjı (margin of appreciation) ve ölçülülük (proportionality) ilkeleri ışığında irdelemeye çalışacağız. Bu anlamda devletin kendi vatandaşlarının haklarını, kamu yararı gerekçesiyle, koruması ile yatırımcıya verdiği zarar arasındaki hassas denge de, kamulaştırma özelinde, tartışmamızın çerçevesine oturtulacaktır. Böylece insan hakları hukuku ve yatırım hukuku mukayesesi ışığında uluslararası hukukun alt dalları arasındaki ilişkinin parçalanma (fragmentation) mı yoksa bütünlük (integrity) mü arz ettiği hem teorik tartışmalar hem de *Yukos* davası gibi pratik örnekler temelinde açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamız temelde bir uluslararası hukuk tezi olduğu için yabancı yatırımlara dair ekonomik veriler ve yatırımların dünya ticareti içerisindeki payı gibi analizler çalışmanın konusu dışında bırakılacaktır. Çalışma bu anlamda yer yer hukuk haricindeki tarih, sosyoloji ve uluslararası ilişkiler gibi bilim dallarının verilerinden faydalanacaksa da esas itibarıyla hukuki perspektif içerisinde kalmayı hedeflemektedir.

Çalışmamız, pratik inceleme yaparken, sadece uluslararası mahkeme ve hakem kararları ile sınırlandırılacaktır. İç hukukta yer alan kararlar ancak uluslararası mahkeme ve hakem kararları ile örtüştüğü oranda kullanılacak, kanunlar ihtilafı

kuralları çok gerekli olduğu yerler dışında konunun haricinde tutulacaktır. Bu anlamda mukayeseli çalışma yapılırken salt uluslararası hukuk çerçevesi içerisinde kalmaya özen gösterilecektir.

Son olarak yabancı yatırım hukukunun diğer uzmanlık alanları ile mukayesesi sadece uluslararası insan hakları hukuku ile sınırlı tutulacak, diğer alt dallar ile mukayese mutlak surette gerekli olmadığı sürece kullanılmayacaktır. Bu sınırlamanın yapılmasının temel sebebi uluslararası hukuk dallarının bir tezin konusunu oluşturmanın çok ötesinde bir genişliğe sahip olması ve ayrıca uluslararası insan hakları hukukunun yabancı yatırım hukuku ile en çok etkileşim ve benzerlik içerisinde olan uzmanlık alanı olmasıdır. Çalışmamız bu anlamda seçici ve titiz bir planlamaya tabi tutulacak, konunun anlaşılabilir ve sistematik bir şekilde izah edilmesi sağlanacaktır.

2. BÖLÜM

YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINDA ULUSLARARASI HUKUKUN TARİHSEL ROLÜ: DEPOLİTİZASYON

Yabancı yatırımların uluslararası hukuk açısından tarihi, 16. yüzyılda başlayan sömürgecilik (colonialism) hareketleri ve Avrupalı devletlerin ticari etkinliğinin daha önce görülmemiş düzeyde artması neticesinde oluşan dünya düzenine kadar götürülebilir. Bu düzenin devam ettiği ve yabancı yatırım hukukunun teamül hukuku kapsamında yer alan standartlarının oluşmaya başladığı 16. yüzyıl ve 20. yüzyıl arasındaki dönemi “klasik dönem” olarak adlandırabiliriz.¹⁹ Klasik dönemde yabancı yatırımlara dair teamül hukuku kurallarının oluşumu temel itibarıyla imparatorluk, sömürgecilik ve emperyalizm teorileri ile izah edilmektedir.²⁰ Benton; klasik dönemde yatırım hukuku kurallarının, dönemin politik ve ekonomik düzeni içerisinde, emperyalist devletlerin güce dayanan ısrarlı baskıları ve bu güce karşı verilen tepkiler neticesinde oluştuğunu iddia etmektedir.²¹ Nitekim Anghie de bu dönemin, aktüel toprak kazanımı anlamındaki sömürgeciliğin ötesine geçerek emperyalizmi beslediğini, emperyalist devletlerin, bir devleti ele geçirmeden dahi politik ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek için baskı altında tutarak o devlete egemenliklerini kabul ettirebildiklerini aktarmaktadır. Bu anlamda Anghie, yabancı yatırım hukukunun gelişiminde sömürgecilikten daha çok emperyalizmin etkili olduğunu, hatta günümüzde dahi sömürgeciliğin sona ermesine rağmen ekonomik emperyalizmin devam ettiğini düşünmektedir.²² Doyle da yabancı yatırım hukukunun baskı altında tutulan ülkelerdeki imparatorluk eylemleri neticesinde

¹⁹ Uluslararası hukukun genel tarihsel gelişimi içerisinde de 1600-1815 tarihleri arası genel olarak klasik dönem olarak adlandırılmaktadır. Bakınız: Neff, S. C. (2018). A Short History of International Law. In Evans, M. D. (ed). *International Law*. Oxford University Press, pp.1-27.

²⁰ Sömürgecilik ve emperyalizm arasındaki temel farklar için bakınız: İplikci, A. (2017). Kolonyalizm ve Emperyalizm Üzerine Bir Değerlendirme. *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 21(4), s.1527-1540.

²¹ Benton, L. (2002). *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History 1400-1900*. Cambridge University Press, p.11.

²² Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, p.11-12.

geliştiğini, zira imparatorluğu ayakta tutmak amacıyla diğer devletlerin ekonomik ve politik olarak baskı altına alındığını iddia etmektedir.²³

16. yüzyılın başlarından itibaren sömürge ölkelerinde yatırımlar yapmak ve ticari faaliyetler yürütmek üzere uluslararası şirketler kuran Avrupalı devletler, bu şirketlerin ekonomik menfaatleri ile kendi devletlerinin politik menfaatlerini birbiri ile bağlantılı görmekteydi. Bu nedenle ekonomik menfaatlerini korumak isteyen devletler yatırımlar için uluslararası minimum standardın olması gerektiğini ve kamulaştırılan yabancı mülkiyete karşılık tazminat ödenmesi gerektiğini düşünmekteydi. Esasen modern dönemde de görölen ve yatırımlara ilişkin uluslararası standartların oluşumuna önyak olan bu tür fikirlerin klasik dönemde ortaya çıkması tamamen yatırımcının haklarını koruma temeline dayanmaktadır. Daha açık ifadeyle klasik dönemde yatırımcı ile ev sahibi devletin menfaatlerinin dengelenmesi gibi bir amaç söz konusu değildi. Bu nedenle emperyalist devletler yatırımcının korunması amacıyla güç kullanmaktan çekinmemekteydi.²⁴ Emperyalist devletler ile yatırımın yapıldığı ev sahibi devletler arasındaki güç ilişkileri neticesinde Avrupalı devletlerin mülkiyet anlayışı ve Avrupa-merkezci (euro-centric) uluslararası hukuk mantığı zayıf devletlerce de kabul edilir oldu.²⁵ Yabancı yatırımlar konusunda uluslararası teamül hukuku kurallarının gelişiminin ardında güç ve kabule dayanan bir devletler pratiği yatmaktadır.²⁶ Bahsettiğimiz pratik Dostluk, Ticaret ve Denizcilik (Friendship, Commerce and Navigation, FCN, Treaties) andlaşmalarının uygulanmasında ve güç diplomasisi (gunboat diplomacy) örneklerinde daha yakından müşahade edilebilir.

²³ Doyle, M. W. (1986). *Empires*. Cornell University Press, p.45.

²⁴ Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press, pp.21-23.

²⁵ Koskenniemi, M. (2011). *Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism. Rechtsgeschichte-Legal History*, Vol.19, pp.152-173; Koskenniemi, M. (2011). *Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View. Temple International & Comparative Law Journal*, Vol.27/2, pp.215-240.

²⁶ Esasen uluslararası hukuk tarihsel olarak Avrupa Devletlerinin medenileştirme misyonunun bir parçası olduğu gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Tartışmalar için bakınız: Koskenniemi, M. (2004). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law: 1870-1960*. Cambridge University Press.

2.1. Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşmaları ve Güç Diplomasisi

Yabancı yatırım hukuku alanında ilk iki taraflı yatırım andlaşması (Bilateral Investment Treaty-BIT) 1959 yılında Almanya ve Pakistan arasında akdedilmiştir. Bazı yazarlar, bu nedenle, modern yatırım hukukunu iki taraflı yatırım andlaşmaları ile ortaya çıkan bir fenomen olarak görmektedir. İki taraflı yatırım andlaşmalarının kökeni ise Dostluk, Ticaret ve Denizcilik (FCN) andlaşmalarıdır. Yabancı yatırım hukukunun oluşmaya başladığı klasik dönemde yabancı yatırımlar ve ticareti düzenleyen kurallar temel itibariyle sömürgeci baskılar neticesinde ortaya çıkmış ise de özellikle 18. yüzyıl sonlarına doğru sermaye ihraç eden ülkeler ile sermaye ithal eden ülkeler arasında FCN andlaşmalarının arttığı gözlemlenmektedir. Temel itibariyle karşılıklı ekonomik çıkarların korunması amacıyla akdedilen FCN andlaşmaları, her iki akit tarafın, birbirinin vatandaşlarına ve yatırımlarına (veya mülkiyetine) yapacağı muameleyi ya da en çok gözetilen ulus kaydı gibi çeşitli meseleleri düzenleme altına almaktaydı.²⁷

Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşmalarının öncülüğünü Amerika Birleşik Devletleri (ABD) yapmıştır. İlk FCN andlaşması 1778 yılında ABD ile Fransa arasında akdedilen “dostluk ve ticaret” andlaşmasıdır. Bu andlaşma ile iki devlet arasında en çok gözetilen ulus kaydı temeline dayanan ticari ilişkiler kurulmuştur. ABD daha sonraki yıllarda aralarında İngiltere (1794 Jay Treaty), Hollanda, İsveç, Prusya, Fas gibi devletlerin bulunduğu birçok devlet ile FCN andlaşmaları akdetmiştir.²⁸ 19. Yüzyıla gelindiğinde ise Latin Amerika ülkeleri başta olmak üzere birçok gelişmekte olan devlet ile FCN andlaşmaları imzalanmıştır. FCN andlaşmaları 1960’ların sonlarına kadar uluslararası hukukta aktif bir şekilde kullanılmaktaydı. İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişmekte olan ülkelerin, gelişmiş ülkelerin baskısından kurtulmak istemeleri neticesinde andlaşma yapmaya yanaşmamaları FCN andlaşmalarının

²⁷ Walker, H. (1957). Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation. *Minnesota Law Review*, Vol.42, p.805.

²⁸ Silver, G. D. (1989). Friendship, Commerce and Navigation Treaties and United States Discrimination Law: The Right of Branches of Foreign Companies to Hire Executives “Of Their Choice”. *Fordham Law Review*, Vol.57, Issue 5, pp.765-784.

içeriğinde bazı değişikliklere neden olmuştur. Artık akdedilen FCN andlaşmaları daha çok yatırımlar üzerinde durmakta, ev sahibi devletin bazı haklarının olduğuna da vurgu yapmaktaydı. 1980'ler sonrasında ise artık FCN andlaşmalarına rastlanmamakta, bunların yerini iki taraflı yatırım andlaşmalarının aldığı görülmektedir.²⁹

FCN andlaşmaları temel itibariyle karşılıklı ilişkilerin korunması temeline dayanmakta ise de bu durum genel itibariyle Avrupalı devletlerin kendi aralarında ya da ABD'nin Avrupalı devletler ile akdettiği andlaşmalar açısından böyleydi. Gelişmekte olan ya da ekonomik sömürge olarak görülen devletler ile akdedilen andlaşmalar eşitlik temeli üzerine kurulmamakta, genelde güçlü olan devletin yatırımlarını ve ticaretini koruma amacını gütmekte idi. Hatta güçlü devletler kendi yatırımcılarının diğer devletlerin iç hukukuna tabi olmayacağı andlaşmaları da kabul ettirmekteydi. Böylece herhangi bir uyumsuzluk çıktığında yatırımcı kendi ülkesinin hukukuna ve yargısına tabi olmaktadır.³⁰ Bu eşit olmayan durum zamanla hem sermaye ihraç eden devletin hem de yabancı yatırımcıların haklarının korunması amacıyla sıkça silahlı güce başvurulduğu bir düzen oluşturmuştur. Güç diplomasisi (gunboat diplomacy) olarak da adlandırılan uygulamalarda vatandaşlarına veya yatırımlarına verilen zararlardan ötürü güçlü devletlerin savaş gemilerini, sorumlu tuttıkları devletlerin kıyılarına gönderdikleri ve zararın giderimi amacıyla kuvvet kullanma tehdidinde buldukları gözlemlenmektedir.³¹ Böylece oluşan uluslararası

²⁹ Paulus, A. (2011). Treaties of Friendship, Commerce and Navigation. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March, pp.1-3.

³⁰ Detter, I. (1966). The Problem of Unequal Treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.15, pp.1078-1081. Eşit olmayan andlaşmaların batıl olduğu Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 51 ve 52. Maddelerinde de vurgulanmıştır. Buna göre; Madde 51) Bir Devlet temsilcisinin icbar edilmesi: "Bir Devletin temsilcisine karşı yöneltilen hareket veya tehdit ile icbar edilerek sağlanan Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklamasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır". Madde 52) Tehdit veya kuvvet kullanılması yoluyla bir Devletin icbar edilmesi: "Birleşmiş Milletler Şartı'na geçirilmiş olan milletlerarası hukuk ilkelerini ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan bir andlaşma batıldır". Detaylı bilgi için bakınız: Craven, M. (2005). What Happened to Unequal Treaties? The Continuities of Informal Empire. *Nordic Journal of International Law*, Vol.74, pp.335-382.

³¹ Johnson, O. T. & Gimblett, J. (2011). From Gunboats To BITs: The Evolution of Modern International Investment Law. *Yearbook on International Investment Law & Policy*. Oxford University

hukuk kuralları zamanla sermaye ihraç eden güçlü devletlerin ekonomik çıkarlarını korumaya çalıştıkları pratiklerinden ortaya çıkmıştır. Öte yandan Güç diplomasisi döneminde oluşan devlet pratiklerinde *opinio juris*'in (hukuki bağlayıcılık inancı) varlığı tartışmalıdır. FCN andlaşmalarını hariç tutarsak devletlerin pratiklerinin hukuki olmaktan çok politik olduğu ifade edilmektedir.

Klasik dönemde yatırımcı şirketler ile vatandaşı olduğu devletler arasındaki bağ çok güçlüydü. Zira büyük devletler ekonomik menfaatlerini bu şirketler üzerinden elde etmekteydi. Bu nedenle İngiliz Doğu Hindistan Şirketi veya Hollandalı Batı Hindistan Şirketi gibi bazı büyük yatırımcılar ev sahibi devlet ülkesinde adeta kendi ülkesinin egemenliğini icra eden bir yapı gibi hareket kabiliyetine sahipti. Bu şirketler kendi devletlerinin verdiği yetki ile andlaşma akdedebiliyor, asker istihdam edebiliyor, toprak işgal edip kaleler kurabiliyordu.³² Yatırımcıların eylemleri de uluslararası hukuk alanında netice doğuruyordu. Hatta dönemin meşhur uluslararası hukukçularından Grotius, Hollandalı Batı Hindistan Şirketi'nin danışmanlığını yürütmekteydi. Borschberg, Grotius tarafından yazılan "De lure Praede" (mükafat ve ganimet hukuku) ve "De Mare Liberium" (açık denizlerin özgürlüğü) adlı eserlerin, "Santa Catarina" adlı bir Portekizli gemiye ve içindekilere Doğu Hindistan Şirketi'ne bağlı güçler tarafından el konulmasını meşrulaştırmak için kaleme alındığını aktarmaktadır. Grotius'a göre devletin ekonomik faaliyetlerine zarar verildiğinde savaşa girme hakkı doğmaktaydı ve bu haklı bir savaş teşkil etmekteydi.³³ Nitekim

Press. pp.649-692; St. John, T. (2018). *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences*. Oxford University Press, pp.53-68.

³² Lindley, M. F. (1926) . *Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*. Longmans, Green and Co., p.94; Irwin, D. A. (1991). Mercantilism as Strategic Trade Policy: The Anglo-Dutch Rivalry for the East India Trade. *The Journal of Political Economy*, Vol.99, No.6, pp.1296-1314.

³³ Borschberg, P. (2002). The Seizure of the Sta. Catarina Revisited: The Portuguese Empire in Asia, VOC Politics and the Origins of the Dutch-Johor Alliance (1602-1616). *Journal of Southeast Asian Studies*, Vol.33/1, pp.32-57.

bilindiği üzere 1945 öncesi dönemde savaş (silahlı kuvvet kullanma) henüz yasaklanmamıştı.³⁴

19. yüzyıla gelindiğinde yatırımcılara verilen zararların devletler arasında diplomatik görüşmelere konu olduğu gözlemlenmektedir. Her ne kadar bazı durumlarda uyuşmazlığın bir komisyon veya hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulması gündeme geldiyse de bu tür çözüm mercilerinin kuruluşunda yine güç diplomasisi (gunboat diplomacy) etkin rol oynamaktaydı. ABD ve Paraguay Denizcilik Şirketi'ne (United States and Paraguay Navigation Company) ait arazi, fabrika ve makinelerin 1854 yılında Paraguay devletince kamulaştırıldığı iddiası ve sonrasında yaşanan gelişmeler örnek olarak sayılabilir. Hem şirketin yetkilisi hem de Paraguay nezdinde konsolos olan Edward Hopkins kendi devleti olan ABD'den müdahale talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine ABD bandıralı savaş gemileri Arjantin ve Paraguay karasularının birleştiği nokta olan Parana nehri civarına konuşlandırılmıştır. Bunun üzerine Paraguay başkanı meselenin özel komisyonca çözülmesini öngören bir sözleşme imzalamıştır. Komisyon ortada gerçek bir el koymanın mevcut olmadığını, fabrika ve arazilerin Hopkins tarafından terk edildiğini, uyuşmazlığın Hopkins'in uygunsuz eylemlerinden kaynaklandığını tespit etmiştir. ABD ise komisyonun yetkilerini aştığını söyleyerek savaş gemilerini tekrar aktif hale getirmiştir. Ancak bu arada ABD iç savaş ile meşgul olmuş, Paraguay ile olan uyuşmazlık 1885'e kadar gündeme gelmemiştir. Neticede 1887 yılında Paraguay'ın tazminat ödemesine dair bir protokol imzalanmışsa da artık ABD tarafından konu takip edilmemiştir.³⁵ ABD ve Paraguay Denizcilik Şirketi olayı yabancı yatırım hukukunun, önceden, güçlü

³⁴ 20. Yüzyılın başlarından itibaren devletlerin uyuşmazlıklarını barışçıl yollarla çözmesi ve savaştan kaçınması teşvik edilmiştir. Milletler Cemiyetinin kurulması veya 1928 Briand-Kellogg paktı gibi gelişmeler ile silahlı güç kullanımının kısıtlanması tartışılmış ise de kesin bir yasaklama ancak 1945 BM Andlaşması ile mümkün olabilmiştir. BM Andlaşması 2/4 hükmüne göre: tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar. UN Charter: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (erişim tarihi 01.08.2017).

³⁵ Flickema, T. O. (1968). The Settlement of the Paraguayan-American Controversy of 1859: A Reappraisal. *The Americas*, Vol.25, No.1, pp.49-69; Ynsfran, P. M. (1954). Sam Ward's Bargain with President Lopez of Paraguay. *The Hispanic American Historical Review*, Vol.34/3, pp.319-322.

devletlerin tek taraflı baskıcı eylemleri neticesinde şekillendiğine dair önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Benzer şekilde Delagoa Körfezi Trenyolu Tahkimi'ne (The Delagoa Bay Railroad Arbitration) konu olan olayda; 1883 yılında Portekiz tarafından Doğu Afrika'da tren yolu inşaatı yapımı için Amerikalı General McMurdo'ya 99 yıllığına imtiyaz verilmiş, McMurdo Londra merkezli bir yatırım şirketi kurarak projenin finansını bu yolla sağlamıştır. Yapım devam ederken Portekiz tarafından imtiyaz sözleşmesi feshedilmiş ve tren yolu projesine el konulmuştur. Bunun üzerine İngiltere savaş gemilerini Delagoa körfezine göndermiştir. Uyuşmazlığa ABD de dahil olmuş ve Portekiz'in oluşan zararları tazmin etmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine Portekiz bir hakem heyetine uyuşmazlığı havale etmiş, heyet mülkiyete ve yatırımlara zarar veren Portekiz devletinin tazminat yükümlüğü altında olduğuna hükmetmiştir.³⁶ Son olarak Venezuela Tahkimleri (Venezuelan Arbitrations) olayında 1898-1902 yılları arasında gerçekleşen Venezuela iç savaşı esnasında İngiliz ve Alman yatırımcılar zarar gördüklerini iddia etmiş ve zararın tazmini için kendi devletlerinden yardım talep etmişlerdir. Venezuela ise ulusal muamele standardını savunmuş ve meselenin iç hukuk meselesi olduğunu iddia etmiştir. Bunun üzerine Alman ve İngiliz gemileri Venezuela sahilini bombalamış ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla giderilmesini sağlamışlardır.³⁷

19. yüzyılda yatırımcıların haklarının güç kullanımı yoluyla elde edilmesi neticesinde uluslararası şirketler güçlü bir hal almaya başlamış, 20. yüzyıla gelindiğinde artık devletlerin politikalarını etkileyen, arka planda birçok devletten daha güçlü olan yatırımcı şirketler ortaya çıkmaya başlamıştır. Enrico Mattei tarafından Seven

³⁶ Hernandez, G. I. (2017). Delagoa Bay Railway Arbitration. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. August, pp.1-3; Moore, J. B. (1906). *A Digest of International Law*. Washington, Government Printing Office, pp.1868-1880.

³⁷ Ralston, J. H. (1904). *Venezuelan Arbitrations of 1903*. Washington, Government Printing Office, pp.1-7; Anderson, K. M. (1995). The Venezuelan Claims Controversy at the Hague, 1903. *The Historian*, Vol.57, No.3, pp.525-536.

Sisters³⁸ (yedi kız kardeş) adı verilen yedi petrol şirketinin gücü bu duruma örnek olarak gösterilebilir. 1973'te patlak veren petrol krizine³⁹ kadar sektörün %85'ini domine eden bu şirketlerin⁴⁰ Birinci Dünya Savaşı öncesinde devletlerin politikalarına yön verdiği ve savaşın finanse edilmesinde etkin rol aldıkları iddia edilmektedir. Dahası 1951 yılında Anglo-Iranian Petrol Şirketinin⁴¹ İran'daki yatırımlarını kamulaştıran başbakan Muhammed Musaddık'ın darbe yoluyla iktidardan uzaklaştırılmasında da bu şirketlerin önemli rol oynadığı söylenmektedir.⁴² Esasen bu durum 17. yüzyıldan beri gelişen uygulamaların bir sonucudur. 20. yüzyılda artık yatırım uyuşmazlıkları diplomatik himaye davalarına konu olmuş, 1960'lar sonrasında ise iki taraflı yatırım anlaşmaları ve yatırım tahkimi dönemi başlamıştır. Böylece yatırımların korunması amacıyla silahlı güç kullanımı anlayışı sona ermiştir.⁴³

2.2. Calvo Doktrini ve Hull Formülasyonu

Güçlü devletlerin kendi yatırımcısını korumak amacıyla diğer devletler üzerindeki baskısı 19. yüzyıl sonlarına doğru özellikle Calvo Doktrininin etkisiyle karşıt fikirler doğurmuştur. Gelişen süreç içerisinde güç diplomasisi özellikle gelişmekte olan devletlerin girişimleri ile yerini barışçıl uyuşmazlık çözüm yollarına bırakmaya başlamıştır.⁴⁴ Sermaye ihraç eden ülkelerin müdahalesi sorununu ilk defa dillendiren az gelişmiş devletler yabancı yatırımcıların kendi ülkelerinde vatandaşlardan daha

³⁸ Seven Sisters olarak adlandırılan şirketler şunlardır: 1- Anglo-Iranian Oil Company, 2- Gulf Oil, 3- Royal Dutch Shell, 4- Standard Oil Company of California, 5- Standard Oil Company of New Jersey, 6- Standard Oil Company of New York, 7- Texaco.

³⁹ 1973'teki Arap-İsrail savaşında ABD'nin İsrail ordusuna yardım ettiği gerekçesiyle Petrol İhraç Eden Ülkeler Birliği (bugünkü OPEC) petrol ambargosu uygulayarak ABD ve İsrail'in yanında olan ülkelere artık petrol ihraç etmeyeceğini bildirmiştir ve petrol fiyatlarının yükselmesi ile birlikte bu durum gelişmiş ülkeler ile OPEC ülkeleri arasında krize neden olmuştur.

⁴⁰ Stevens, P. (2016). International Oil Companies: The Death of the Old Business Model. *Chatham House Reserch Paper*, May, p.4.

⁴¹ Bugünkü British Petroleum Company (BP).

⁴² Sampson, A. (1975). *The Seven Sisters: The Great Oil Companies and the World They Made*. London. Hodder and Stoughton. pp.2-24; Musaddık'ın Suikaste kurban gittiği hakkında bakınız: Perkins, J. (2005). *Confessions of an Economic Hitman*. Plume Publishing, pp.126-132.

⁴³ Vandeveld, K. J. (2005). A Brief History of International Investment Agreements. *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol.12, No.1, p.193.

⁴⁴ Uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yolları hakkında genel bilgi için bakınız: Tanaka, Y. (2018). *The Peaceful Settlement of International Disputes*. Cambridge University Press.

avantajlı konumda olmalarını eleştirmiş, vatandaşlar ile eşit bir muameleye tabi olmaları gerektiğini savunmuştur. Özellikle Latin Amerika ülkeleri, ABD ve Avrupa Devletleri gibi gelişmiş ülkelerin kendi içişlerine müdahale etmelerini engellemek için, yabancı şirketlerin mülkiyetlerinin kamulaştırılması hakkında ulusal muamele standardını savunmuşlardır. Buna göre yabancılar kendi devletinin korumasına başvuramayacak, sadece iç hukuk yolları ile hakkını arayacaktı.⁴⁵ 1933 tarihli devletlerin hak ve yükümlülüklerine dair Montevideo Sözleşmesi'nin 9. maddesi de Latin Amerika ülkelerinin görüşlerinin etkisi altında ulusal muamele standardına atıf yapmıştır. Buna göre "Devletin yargı yetkisi ulusal sınırlar içerisinde yaşayan herkesi kapsar. Vatandaşlar ve yabancılar aynı ulusal otorite ve hukukun koruması altındadırlar. Yabancılar, vatandaşlardan daha farklı veya fazla haklara sahip oldukları iddiasını güdemezler."⁴⁶

Yabancı yatırım hukukunun tartışmalı ilkelerinden biri olan ulusal muamele standardı söz konusu olduğunda akla gelen ilk teorilerden biri Calvo Doktrini'dir. Zira Calvo'nun fikirleri günümüzde dahi Latin Amerika ülkelerinde tartışılmaktadır. 1824 yılında Buenos Aires'te doğan Arjantinli hukukçu Carlos Calvo'nun fikirleri İspanya'dan bağımsızlığını yeni kazanmış bir devlet olan Arjantin'in dış müdahaleleri önlemeye çalışan politikasından etkilenmiştir.⁴⁷ Sömürgelerden bağımsızlığını kazanan Latin Amerika ülkeleri için en büyük problemlerden biri doğal kaynaklar üzerinde egemenlik ve dış müdahalelerin önlenmesi meselesiydi. Gelişmiş devletlerin yatırımcıları, kendi devletlerince sürekli diplomatik yollardan korunuyor ve sömügelikten yeni çıkmış olan devletler bu durumun içişlerine müdahaleye varan boyutundan rahatsızlık duyuyordu.⁴⁸ Calvo da bu durumu güçlü devletlerin

⁴⁵ Garcia-Bolivar, O. E. (2009). Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol.24/2, pp.464-488.

⁴⁶ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 26 Aralık 1933, madde 9.

⁴⁷ Shea, D. R. (1955). *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*. Oxford University Press, pp.26-50.

⁴⁸ Schrijver, N. (2008). *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*. Cambridge University Press, pp.1-25; Akinsanya, A. (1978). Permanent Sovereignty over Natural Resources and the Future of Foreign Investment. *Millenium: Journal of International Studies*, Vol.7, No.2, pp.124-136.

güçsüz devletler üzerindeki etkisinin devamı olarak görmekteydi. 1863'te teorize ettiği fikirleri çerçevesinde Calvo yabancı yatırımcıların vatandaşlardan daha fazla hakka sahip olmamaları gerektiğini, hukuki koruma anlamında da aynı statüde olmalarının daha adil olacağını düşünmekteydi. Buna göre yabancı bir kişi veya şirket, hukuken herhangi bir hakkının zarar gördüğünü düşündüğünde bu hakkını sadece iç hukuk yoluyla ileri sürebilecek, diplomatik himaye yoluna başvuramayacaktı. Böylesi bir durum devletlerin egemen eşitliği ilkesine daha uygun olacaktı.⁴⁹

Calvo doktrini Peru, Venezuela ve Meksika gibi Latin Amerika devletlerini etkilemiş, bu devletlerin anayasalarında Calvo doktrinini içeren maddeler hazırlanmış, Bogota ve Andean paktları gibi bazı uluslararası belgelere de Calvo doktrini sirayet etmiştir.⁵⁰ Özellikle 1917 Bolşevik devrimi neticesinde yayılan komünizm fikirlerinin de etkisi ile yabancı yatırımcılara karşı olan tepkisellik artmış, bu tarihten sonra Calvo doktrini daha çok karşılık bulmaya başlamıştır.⁵¹ Örneğin 1917 tarihli Meksika Anayasası'nın 27. maddesi bir bölümünde sadece vatandaşların toprak mülkü sahibi olabileceğini, su, maden ve doğal kaynakları çıkarmaya sadece vatandaşların yetkili olduğunu, sadece vatandaşlara bu yönde imtiyaz verilebileceğini ancak kendi devletinin korumasından vazgeçmek kaydıyla ve hükümet birimlerinin uygun görmesiyle aynı hakların yabancılara da tanınabileceğini belirtmektedir.⁵² Bu tür devletler, anayasal hükmün bir yansıması olarak, yabancı yatırımcıların diplomatik himayeye başvurmamasını garanti altına almak amacıyla, devlet ve yabancı yatırımcı arasında akdedilen imtiyaz sözleşmesine "Calvo Kaydı"nın konulmasını sağlamaktaydı. Bu kayda göre yabancı yatırımcı uyuşmazlık çıktığında sadece iç

⁴⁹ Juillard, P. (2007). Calvo Doctrine/Calvo Clause. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, p.1.

⁵⁰ Garcia-Mora, M. R. (1950). The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law. *Marquette Law Review*, Vol.33, Issue 4, pp.205-219.

⁵¹ Heine, L. H. (1982). Impasse and Accomodation: The Protection of Private Direct Foreign Investment in the Developing States. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.14, Issue 3, pp.465-492

⁵² Mexican Constitution, art.27 https://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf (erişim tarihi 15.08.2017).

hukuk yollarını kullanarak hakkını aramayı, herhangi bir şekilde diplomatik himaye yoluyla kendi devletinin korumasına başvurmamayı taahhüt etmekteydi.⁵³

Yabancı yatırımların korunması bağlamında Calvo kaydı iki yönden eleştirilmiştir. Birinci eleştiri diplomatik himaye hakkının devletin hakkı olduğu ve vatandaşın zaten hakkı olmayan bir şeyden vazgeçemeyeceği, ikincisi ise uluslararası minimum standart bir uluslararası teamül kuralı iken Calvo kaydının uluslararası hukukta bir temelini olmadığı yönündedir.⁵⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) tarafından hazırlanan Diplomatik himayeye ilişkin taslak düzenlemenin 14. maddesinin yorum kısmında da Calvo kaydının 14. madde yoluyla tanınmadığının altı çizilmiştir. Komisyon'a göre Calvo kaydı belki bölgesel bir teamül teşkil edebilir ancak bir uluslararası teamül hukuku kuralı olmadığı açıktır.⁵⁵ Calvo doktrini zaman zaman ve kısmen içerik olarak çeşitli belgelerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin 1974 tarihli BM Genel Kurulunca ilan edilen Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı'nın 2. maddesi ve bazı çeşitli maddelerinde ülkesel egemenliğe vurgu yapılmakta, yatırımcı şirketlerin devletlerin işlerine karışmaması gerektiğinden bahsedilmekte ve kural olarak aksi kararlaştırılmadıkça iç hukuk yolları ile uyuşmazlıkların çözülmesi gerektiğinden bahsedilmektedir.⁵⁶ Nitekim Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı da yine Latin Amerika ülkeleri başta olmak üzere gelişmekte olan devletlerin girişimleri neticesinde hazırlanmıştır.⁵⁷

Öte yandan 1902-1903 yıllarında Arjantinli Politikacı Luis Maria Drago tarafından oluşturulan ve devletlerin birbirlerine olan borçlarının ödetilmesi amacıyla silahlı

⁵³ Lipstein, K. (1945). The Place of the Calvo Clause in International Law. *British Yearbook of International Law*, Vol.24, p.130.

⁵⁴ Titi, C. (2014). Investment Arbitration in Latin America The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. *Arbitration International*, Vol.30, Issue 2, pp.357-386.

⁵⁵ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, pp.73-74
<http://www.refworld.org/pdfid/525e7929d.pdf> (erişim tarihi 17.08.2017).

⁵⁶ Charter of Economic Rights and Duties of States, UNGA Resolution 3281, 12 December 1974
<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm> (erişim tarihi 17.08.2017).

⁵⁷ Rabasa, E. O. (1974). The Charter of Economic Rights and Duties of States. *ASIL Proceedings*, Cambridge University Press, Vol.68, pp.302-305.

güce başvurmasını kısıtlayan doktrin⁵⁸, 1907 yılında imzalanan Drago-Porter Konvansiyonu'na eklenmiş ve Calvo doktrininin etkisini yitirmesinde önemli rol oynamıştır.⁵⁹ Shan'a göre Calvo Doktrini içerikli anlaşmalar günümüz uluslararası hukuk sisteminde sık başvurulan bir yol olmaktan çıkmıştır ancak çok az da olsa hala bazı Latin Amerika ülkeleri bu anlayışın değişik versiyonlarını uygulamakta ısrar etmektedirler.⁶⁰ Baker ve Yoder ise, Calvo Doktrini'nin bıraktığı miras nedeniyle Latin Amerika ülkelerinin uzun süre ICSID Konvansiyonundan uzak durduklarını ancak bu durumun sürdürülebilir olmadığını iddia etmektedir.⁶¹

Calvo Doktrini'ne karşı olan düşüncelerden en önemlisi ABD'li politikacı Cordell Hull tarafından geliştirilmiştir. Hull Formülasyonu (Hull Formula)⁶² olarak bilinen bu doktrine göre yabancı mülkiyetin kamulaştırılması neticesinde sahibine hızlı, yeterli ve etkili (prompt, adequate and effective) bir tazminatın ödenmesi uluslararası minimum standardın bir gereğidir.⁶³ Bu anlamda D'Aspremont gibi bazı yazarlar Hull Formülasyonunu uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak kabul etmektedirler.⁶⁴ Devrim sonrası Meksika hükümeti başta ABD vatandaşları olmak üzere birçok yabancı yatırımcının mülkiyetini kamulaştırmaya başlamış ve ulusal muamele standardına dayanarak, kamulaştırma karşılığında uluslararası standartları karşılayan bir tazminat ödememişti. 1938 yılında Cordell Hull, Meksika Büyükelçisi'ne yazdığı mektupta Meksika'nın kamulaştırma hakkına itirazlarının olmadığını ancak kamulaştırma neticesinde mal sahibine hızlı, yeterli ve etkili bir

⁵⁸ Woolsey, T. (1921). Drago and the Drago Doctrine. *American Journal of International Law*, Vol.15(4), pp.558-559.

⁵⁹ Benedek, W. (2007). Drago-Porter Convention (1907). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, pp.2-3.

⁶⁰ Shan, W. (2007). Is Calvo Dead?. *The American Journal of Comparative Law*, Vol.55, Issue 1, pp.123-163.

⁶¹ Baker, J. C. & Yoder, L. J. (1989). ICSID and the Calvo Clause: A Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs. *Journal on Dispute Resolution*, Vol.5/1, pp.75-95.

⁶² Hull Formülasyonu'nun yatırım tahkimi kararlarında ne oranda dikkate alındığına dair tartışmalar kamulaştırma ile ilgili bölümde izah edilecektir.

⁶³ Corey, S. (2012). But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide "Just Compensation" for Creeping Expropriations. *Fordham Law Review*, Vol.81, Issue 2, p.989.

⁶⁴ D'Aspremont, J. (2012). International Customary Investment Law: Story of a Paradox. In Gazzini, T. & Brabandere, E. (ed). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.5-47.

tazminatın ödenmesi gerektiğini belirtmekteydi. Meksika Dışişleri Bakanı tarafından yazılan cevapta ise Meksika hükümetinin, arazilerin yeniden paylaşılması için yaptığı düzenlemelerde hukuki menfaati olduğunu ve ayrıca uluslararası hukukta bu şekilde bir tazminat ödenmesi kuralının bulunmadığını iddia etmekteydi. Cevabında ayrıca Meksika'nın bir tazminat ödeyeceğini ancak bu tazminatın iç hukuka göre belirleneceğini eklemekteydi.⁶⁵ Sermaye ihraç eden ABD'nin geçmişten gelen ve güçlü devletlerce oluşturulmuş olan uluslararası minimum standardı savunması, sermaye ithal eden Meksika hükümetinin ise Calvo kaydının etkisinde ulusal standardı savunması tarihsel gerçekliğe uygun bir vakiadır. Öte yandan ABD ve Meksika arasında yaşanan uyuşmazlık güç diplomasisi anlamında silahlı kuvvet kullanımına dönüşmemiş, iki devlet birer uzman atayarak tazminatın bu uzmanlar tarafından adalet ve hakkaniyet prensiplerine göre belirlenmesini kararlaştırmıştır.⁶⁶

2.3. Yabancı Yatırımların Diplomatik Himaye Yoluyla Korunması

Yabancı yatırımcının zararının giderilebileceği uluslararası hukuk mekanizmaları temel itibarıyla üç tanedir: diplomatik himaye, yatırım tahkimi⁶⁷ ve insan hakları mahkemeleri⁶⁸. Esasen önceki bölümlerde güç diplomasisi çerçevesinde sağlanan koruma mekanizmaları da diplomatik görüşmeler ve bazı durumlarda özel tahkim yollarını içermektedir. Bu bölümde bahsedeceğimiz diplomatik himaye mekanizması ile daha çok Uluslararası Adalet Divanı davalarında görülen hukuki koruma kastedilmektedir. Diplomatik himaye yoluyla devlet kendi uyrukluğunda olan kimseleri başka devletlerce verilen zararlara karşı koruma altına almaktadır. Diplomatik himayenin temel mantığı devletin uyrukları üzerinde egemenlik sahibi olması ile açıklanır. Buna göre egemen bir devletin uyruklarına verilen zarar aynı

⁶⁵ Lowenfeld, A. (2008). *International Economic Law*. Oxford University Press, Second Edition, p.398.

⁶⁶ Izzeddin, A. K. (2017). *The Calvo Clause and the Hull Formula: Prospects for Harmony*. Book Venture Publishing LLC. pp.7-16.

⁶⁷ Yatırım tahkimi aşağıda daha çok ICSID özelinde incelenecektir.

⁶⁸ İnsan hakları koruması aşağıda daha çok AIHM özelinde ve yatırım tahkimi ile mukayeseli bir şekilde incelenecektir.

zamanda devletin kendisine verilmiş gibi kabul edilir.⁶⁹ Borchard'ın deyimiyle devletin egemenlik yetkisi vatandaşları üzerinde 'koruyucu egemenlik' şeklinde tezahür eder.⁷⁰ Joseph'e göre diplomatik himaye esasen sorumluluk hukukunun içerisinde değerlendirilmesi gereken bir uluslararası hukuk kurumudur. Diplomatik himaye, devletin vatandaşına veya vatandaşının mülkiyetine verilen zarardan ve dolayısıyla uluslararası hukuk ihlalden kaynaklanan sorumluluğu ileri sürmenin bir aracıdır.⁷¹ Bu nedenle yabancı yatırımcıya zarar verildiğinde, yabancı yatırımcının kaynak/uyruklu devleti diplomatik himaye hakkına sahip olacaktır. Dugard ise diplomatik himayeyi "devletin dolaylı sorumluluğu" olarak görmektedir. Dugard'a göre devlet kendi toprakları üzerinde yaşayan bir yabancı yatırımcıya veya şirkete ya da yabancı mülkiyetine zarar verirse bu durum devletin dolaylı olarak sorumluluğunu doğurur. Bu sorumluluğun kaynağı devletin kendi toprakları üzerinde yaşayan yabancılara muamelesinde uluslararası minimum standardın sağladığı korumayı göstermekte başarısızlığa düşmesidir.⁷²

Yabancı bir memlekette zarar gören vatandaşın kendi devletince korunması gerektiğini ilk kez dile getiren İsviçreli hukukçu Emer de Vattel'dir. Vattel'e göre "her kim bir devletin vatandaşına kötü muamelede bulunursa dolaylı olarak onun devletine de zarar vermiş olur ve bu durumda ilgili devlet vatandaşını korumakla yükümlüdür. Kötü muameleye uğrayan vatandaşın tabi olduğu devlet zararı veren saldırgan devleti cezalandırmalı ve vatandaşın uğradığı zararı tazmin etmelidir."⁷³ Vattel'in eserini yazdığı 18. yüzyılda gerçek veya tüzel kişilerin herhangi bir devlete karşı başvurabileceği bir uluslararası hukuk yolu mevcut değildi. Bu nedenle Vattel yabancıya verilen zararın aynı zamanda devlete verildiğini iddia etmiş ve devletin bu

⁶⁹ Toluner, S. (1996). *Milletlerarası Hukuk Dersleri*. Beta Yayınları, s.363-367; Polanco, R. (2019). *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection?*. Cambridge University Press, pp.11-22.

⁷⁰ Borchard, E. M. (1915). *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. Banks Law Publications, New York, pp.28-29.

⁷¹ Joseph, C. (1969). *Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations*. A.W.Sijthoff Pub. p.2.

⁷² Dugard, J. (2011). *International Law: A South African Perspective*. Juta Ltd. Publications, p.281.

⁷³ Emer de Vattel (1758). *Law of Nations*. Liberty Publications, p.298.

zararı talep edebileceğini kurgulamıştır. Nitekim önceki bölümlerde bahsettiğimiz gibi sermaye ihraç eden ülkeler Vattel'in kurguladığı düzeni hayata geçirmiş ve yatırımcılarını kuvvet kullanma yoluyla korumuşlardır. Zaman içerisinde diplomatik himaye yolu, kuvvet kullanımı ortadan kaldırılarak hukuki bir çerçeveye oturtulmuştur.⁷⁴

Yabancı yatırımların Uluslararası Daimi Adalet Divanı (PCIJ) yargısına konu olduğu ilk diplomatik himaye davası 1924 yılında görülen *Mavrommatis* davasıdır. *Mavrommatis* kararına konu olan olayda 27 Ocak 1914 tarihinde Osmanlı Devleti, bir Yunan vatandaşı olan Euripides *Mavrommatis*'e, Kudüs şehrinde elektrikli tramvay yapmak, elektrik ve su tedariki sağlamak üzere bazı imtiyazlar vermiştir. İngiltere Filistin'i işgal ettikten sonra *Mavrommatis*'e tanınan imtiyazları uygulamamış, başka bir şahsa aynı imtiyazları tanımış ve bu durum *Mavrommatis*'in imtiyazından faydalanamamasına neden olmuştur.⁷⁵ Divan, kararında diplomatik himaye hakkını şu ifadeler ile savunmuştur: "bir kimsenin başka bir devlet tarafından gerçekleştirilen uluslararası hukukun ihlali niteliğindeki bir eylem neticesinde zarar görmesi ve uğradığı zararı olağan yolları kullanarak elde edememesi durumunda, vatandaşı olduğu devletin koruma hakkına sahip olması uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Devlet gerçekte, vatandaşının davasını alıp diplomatik yollara başvurarak veya uluslararası yargıya taşıyarak bizzat kendi hakkını ileri sürmektedir. Devletin, vatandaşlarının hakları üzerinden, uluslararası hukuka uyulmasını ve saygı duyulmasını istemeye hakkı vardır. Bu nedenle mevcut uyuşmazlığın vatandaşın kişisel menfaati ile ilgili olup olmadığı sorusu yersizdir."⁷⁶ 'Vattelyan Kurgu' olarak adlandırılan ve *Mavrommatis* kararında savunulan devletin vatandaşının zararını diğer devlete karşı ileri sürmekle esasen kendi hakkını aradığı

⁷⁴ Parlett, K. (2013). Diplomatic Protection and the International Court of Justice. In Tams, C. J. & Sloan, J. (ed). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford University Press, pp.87-107.

⁷⁵ Uerpmann-Wittzack, R. (2013). *Mavrommatis Concessions Cases*. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March, pp.1-3; Kuhn, A. K. (1928). The *Mavrommatis* Case on Readaptation of the Jerusalem Concessions. *American Journal of International Law*, Vol.22, No.2, pp.383-385.

⁷⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v Great Britain) (Jurisdiction) PCIJ Rep Series A No 2, p.12.*

kabulünün kullanılması birtakım eleştirilere maruz kalmış, Brierly gibi bazı yazarlar tarafından abartı olarak nitelendirilmiştir.⁷⁷ Zira Vattelyan Kurgu'ya göre diplomatik himaye sonucu tazminat elde eden devlet bunu yatırımcıya vermek zorunda bırakılmamaktadır. Belki de bu nedenle Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) diplomatik himayeye dair taslak düzenlemesinin 19. maddesine tavsiye bir hüküm (recommended practice) eklemek durumunda kalmıştır. Bu anlamda, diğer bölümlerde göreceğimiz üzere, ICSID tahkiminde Vattelyan Kurgu'dan kaynaklanan ikilem aşılma, yatırımcı doğrudan kendi hakkını savunmakta ancak bunu uyrukluk devleti ile ev sahibi devlet arasındaki anlaşma sayesinde yapabilmektedir. Bu nedenle yatırım tahkimi diplomatik himayenin yerini alırken mevcut sistemi de revize etmiştir dersek yanılmış olmayız. Nitekim benzer şekilde uyrukluğun belirlenmesi maddeleri de ICSID tahkiminde, devletler arası uyuşmazlıklarda görüldüğünden daha yumuşak şekilde ele alınmış ve diplomatik himayenin etkin vatandaşlık bağı ilkesinden kaçınılmıştır.

2.3.1. Diplomatik Himaye Hakkının Kullanılmasının Ön Koşulları

Yabancı yatırımlar söz konusu olduğunda devletin sorumluluğu yabancıya verilen zararlardan kaynaklanan sorumluluk şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu zarar da kural olarak uluslararası minimum standardın veya diğer uluslararası teamül hukuku standartlarının ihlal edilmesi neticesinde doğmaktadır. Schwarzenberger'e göre devletler kendi vatandaşlarına da uluslararası minimum standardın altında kalan koşullar öngöremez, ancak daha yüksek standartlara sahip bir muameleyi hedefleyebilirler. Uluslararası teamül hukukunda kabul edilmiş asgari standartlardan ne yabancılar ne de vatandaşlar mahrum bırakılabilir.⁷⁸ Uluslararası minimum standardın kapsamı ve niteliği konusunda tartışmalar vardır. Bu nedenle uluslararası minimum standardın uygulanması, yargı kararlarında her durumun kendi özellikleri çerçevesinde söz konusu olmaktadır. *Neer Claim* davasında ABD-Meksika Genel

⁷⁷ Brierly, J. L. (1963). *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*. 6th edition Oxford Clarendon Press, pp.276-277.

⁷⁸ Schwarzenberger, G. (1957). *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: Current Legal Problems*. Cambridge University Press, p.248.

Alacaklar Komisyonu, “yabancılara muamelenin uluslararası hukuk ihlali teşkil edebilmesi için eylemin açıkça, kötü niyetle, kasten veya ihmal ile ya da herhangi tarafsız bir insanın ilk bakışta uluslararası standartların altında kaldığını görebildiği devletin noksan fiili yoluyla gerçekleşmesi gerekir.” şeklinde hüküm tesis ederek uluslararası minimum standardın ne olduğundan daha çok hangi durumlarda uygulanabileceğine dikkat çekmiştir.⁷⁹

Uluslararası teamül hukuku kurallarına göre, diplomatik himaye yolunun işletilebilmesi için öncelikle devletin uluslararası hukuka aykırı bir eyleminin olması gerekir. Devletin uluslararası hukuka aykırı bir eyleminden veya ihmalinden bahsedebilmemiz için iki unsurun bir araya gelmesi gerekir. Birincisi eylem veya ihmalin devlete atfedilebilmesi, ikincisi ise eylem ya da ihmalin uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini oluşturmasıdır. Yabancı yatırımcının diplomatik himaye yoluyla koruma talep edebilmesi için uluslararası hukuka aykırı fiilin varlığı ve fiilin devlete isnad edilebilirliği ispatlandıktan sonra iki şartın daha yerine getirilmiş olması gerekir. Birincisi hukuka aykırı fiilden zarar gören yabancı, diplomatik himayesini talep ettiği devlet ile olan uyrukluk (vatandaşlık) bağı ispat etmesi, ikincisi ise zarar gören yabancı yatırımcının zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketerek hakkını aramış olmasıdır. Uluslararası hukuka aykırı fiilin ve isnadın unsurlarını, ICSID tahkiminde devletin sorumluluğunun belirlenmesi bahsinde geniş bir şekilde ele alacağız. Dolayısıyla bu bölümde kısaca, diplomatik himaye açısından diğer iki şart olan uyrukluk bağı ve iç hukuk yollarının tüketilmesini inceleyeceğiz.

2.3.1.1. Uyrukluk Bağı

Diplomatik himaye yoluna başvurabilmek için gerekli olan önkoşullardan ilki zarar gören yabancı ile diplomatik himaye hakkını kullanacak olan devlet arasındaki

⁷⁹ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, 15 October 1926, RIAA, Volume IV, pp.60-66. Belirtmek gerekir ki herhangi bir sıradan insanın, bir muamelenin uluslararası minimum standardın altında kaldığını değerlendirebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kararda kullanılan ibareyi ilgili alanda bilgi ve tecrübe sahibi herhangi bir insan olarak anlamak daha uygundur.

uyrukluk bağıının ispatlanmasıdır. Devletler, esas itibariyle herhangi bir gerçek kişi veya şirkete uyrukluk vermek zorunda değildir. Vatandaşlık vermek her egemen devletin münhasır yetkisinde yer alan işlemlerdendir. Uluslararası Daimi Adalet Divanı (PCIJ) tarafından verilen *Tunus ve Fas'ta Yayımlanan Vatandaşlık Kararnameleri* hakkındaki danışma görüşünde Divan, vatandaşlık verilmesinin devletin ayrıcalıklı yetkisi dahilinde olduğunu belirterek genel kuralı teyit etmiştir.⁸⁰ Devletin vatandaşlık verdiği kişi veya şirket ile devlet arasında özel bir bağ kurulur ve bu bağ devletin diplomatik himaye hakkını kullanabilmesinin temelini oluşturur. Gerçek kişi veya tüzel kişinin vatandaşlık bağı yok ise diplomatik himaye hakkından bahsedilemeyecektir.⁸¹

Gerçek kişilerin diplomatik himaye yolu ile korunmasında aranan vatandaşlık bağıının niteliği meselesi uluslararası hukukçular tarafından tartışılmıştır. Tartışmanın kaynağı ise Uluslararası Adalet Divanı'nın 1955 tarihli *Nottebohm* kararında, Liechtenstein ile Friedrich Nottebohm arasında "etkin vatandaşlık bağı" olmadığına hükmetmesi ve diplomatik himaye talebini reddetmesine dayanmaktadır.⁸² Davaya konu olan olayda diplomatik himaye talep eden Nottebohm 1881 yılında Almanya'da doğarak Alman vatandaşlığını kazanmıştır. 1905 yılında Guatemala'ya taşınan Nottebohm bu ülkeye yerleşerek ticari faaliyetler yürütmeye başlamıştır. Bu tarihten sonra Guatemala'yı ticari işlerinin merkezi haline getiren Nottebohm ara sıra Almanya'yı ve bazı diğer ülkeleri iş ve tatil amaçlı olarak kısa süreliğine ziyaret

⁸⁰ Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco (French Zone), advisory opinion. P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4, 1923, p.24.

⁸¹ Leigh, G. I. F. (1971). Nationality and Diplomatic Protection. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.20, Issue 3, pp.453-475.

⁸² Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, p.23. Kararda etkin bağ tespitinin yapıldığı ilgili paragraf şu şekildedir: "According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of writers, nationality is the legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection which has made him its national".

etmiştir. İkinci Dünya Savaşının başladığı 1939 sonlarında hala Alman vatandaşı olan Nottebohm, Liechtenstein vatandaşlığı kazanmak için yetkili makamlara başvuru yapmıştır. Vatandaşlık başvurusu olumlu sonuçlanan Nottebohm Guatemala'ya Liechtenstein pasaportu ile dönüş yapmış ve hem Alman hem de Liechtenstein vatandaşı olarak Guatemala'da 1943 yılına kadar yaşamaya devam etmiştir. Bu süre zarfında Liechtenstein'da yaşayan bazı aile bireylerini de ara sıra ziyaret etmiştir. 1943 yılında Guatemala Almanya'nın İkinci Dünya Savaşı'ndaki rolünü gerekçe göstererek yaptırım amaçlı Nottebohm'u sınır dışı etmiştir. Liechtenstein ise vatandaşının kişilik haklarının ihlal edildiği ve malvarlığına karşılık olmak üzere tazminat ödenmediği iddiasıyla diplomatik himaye hakkını kullanarak Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava açmıştır.⁸³

Divan Nottebohm kararında uluslararası hukuk açısından bir devletin vatandaşını diplomatik himaye yolu ile koruyabilmesi için o devlet ile vatandaş arasındaki uyrukluğun "gerçek ve etkin bir bağ" (genuine connection) olması gerektiğine hükmetmiştir. Şirketlerin uyrukluğu açısından ise Divan, ileride ele alacağımız Barcelona Traction kararında, "yakın ve sürekli bağ" (permanent and close connection) unsurunu yeterli saymıştır. Nottebohm kararında Divan'a göre her ne kadar Nottebohm Liechtenstein vatandaşlığı kazanmış ise de bu vatandaşlık gerçek ve etkin bir bağa dönüşmemiştir. Diplomatik himaye açısından vatandaşlık bağı yeterli olmayıp belirli bir yoğunlukta olması gerekir. Dolayısıyla Liechtenstein devleti Guatemala'ya karşı Nottebohm'u diplomatik olarak himaye etme hakkına sahip değildir.⁸⁴ Divan'ın kararında yaptığı inceleme esasen çifte vatandaşlığa sahip olan bir gerçek kişinin hangi vatandaşlığının daha etkin olduğuna ilişkin değildir. Zira Divan Nottebohm'un Alman vatandaşlığının etkin olup olmadığına dair bir inceleme yapmamıştır. Bu nedenle kararı herhangi bir gerçek kişinin vatandaşlığını taşıdığı

⁸³ Lissitzyn, O. J. (1955). Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala). *American Journal of International Law*, Vol.49, No.3, pp.396-403; Unat, İ. (1966). *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi*. Sevinç Matbaası, Ankara, s.4-47.

⁸⁴ Demirkol, B. (2015). Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2015/2, s.163.

devlet ile arasındaki bağı etkin ve gerçek bir bağ olup olmadığının incelenmesi şeklinde okumak gerekir. Nitekim Divan Nottebohm'un Liechtenstein ile ilişkisinin zayıf olduğunu ispatlamak için Guatemala ile ilişkisinin ne kadar güçlü olduğuna dair de bazı tespitler ve karşılaştırmalar yapmıştır. Oysa Nottebohm Guatemala vatandaşlığına sahip değildi.⁸⁵

Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik himayeye dair taslak düzenlemelere Nottebohm kararında oluşturulan gerçek ve etkin bağ ilkesine dair bir ibare eklememiştir. Aksine, 4. maddenin yorumunda devletlerin vatandaşlık bağına ek olarak Nottebohm davasında oluşturulan etkin bağ olgusunu ispatlamak zorunda olmadıkları belirtilmiştir. Komisyon'a göre, Nottebohm davasında Divan'ın incelemesine yakından bakıldığında Nottebohm ile Liechtenstein arasındaki bağı aşırı derecede zayıf olduğunu ve Guatemala ile bağına ise aşırı güçlü olduğunu, zayıf bağa sahip devletin aksine güçlü bağa sahip devlete karşı diplomatik himaye hakkını kullanmaya çalıştığını görmekteyiz. Bu durumda Divan'ın tespitinin genel bir kural oluşturmaya dönük olmadığını kabul etmemiz gerekir. Divan'ın etkin bağ ilkesi katı bir şekilde uygulanacak olursa günümüzün global dünyasında hareketli olan milyonlarca insanı diplomatik himayeden yoksun hale getirme tehlikesi ile karşı karşıya kalırız.⁸⁶ Nitekim daha önce bahsedildiği üzere yabancı yatırımcılar da sıklıkla uyrukluk planlaması (nationality planning) yoluna başvurmaktadır.⁸⁷ Günümüzde yabancı yatırımcılar çoğunlukla şirket olarak organize olmakta veya organize olan şirketlere hissedar olarak katılmaktadır. Bu nedenle Barcelona Traction kararında da göreceğimiz üzere Divan'ın uyrukluğa dair görüşleri yeni ihtiyaçlara cevap verememiştir.

⁸⁵ Etkin vatandaşlık prensibi için bakınız: Toth, J. (2014). The Genuine Link Principle in Nationality Law. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, Vol.201, pp.45-56.

⁸⁶ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, s.32-33; Macklin, A. (2017). Is it Time to Retire Nottebohm? *American Journal of International Law Unbound*, Vol.111, pp.492-497.

⁸⁷ Baumgartner, J. (2016). *Treaty Shopping in International Investment Law*. Oxford University Press, pp.7-69.

Diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi için gereken olmazsa olmaz şartlardan biri olan vatandaşlık bağının hangi anda aranması gerektiği de incelenmesi gereken bir konudur. Diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemenin süregelen vatandaşlık (continuous nationality) başlığını taşıyan 5. maddesine göre bir devlet ile hakkında diplomatik himaye yoluna başvuracağı vatandaşı arasındaki uyrukluk bağı, vatandaşın zarar gördüğü andan resmi olarak diplomatik himaye iddiasının sunulduğu ana kadar süregelen bir vatandaşlık şeklinde var olmalıdır. Ancak bir vatandaş resmi olarak başvurunun yapıldığı tarihte vatandaş olup da zararın meydana geldiği tarihte vatandaş değilse iki istisna dışında himaye edilmez. Birincisi vatandaşın uyrukluluğunu taşıdığı devletin ortadan kalkması ve halefiyet yoluyla başka bir devletin uyrukluluğunu kazanması; ikincisi ise uluslararası hukuka aykırı olmayan herhangi bir biçimde vatandaşlığını kaybetmesi ve diplomatik himaye yoluna başvuracağı devletin vatandaşlığına geçmesidir. Bu ikinci durumda diplomatik himayeye başvurulacak zarar verici nedenin vatandaşlığın kaybına sebep olan neden ile aynı olmaması gerekir.⁸⁸ Uyrukluluğun zarar tarihinden resmi başvuru tarihine kadar bulunmasını ifade eden 'süregelen vatandaşlık' prensibi bazı yazarlarca tartışılmıştır.⁸⁹ Bazı yazarlara göre zarar tarihinde vatandaş olmak yeterli sayılması gerekirken diğer bazı yazarlara göre ise resmi başvuru tarihinde vatandaş olma şartının aranmaması bir pazar oluşturacak ve milyonlarca kimse güçlü devletlerin vatandaşlığına geçerek onların diplomatik korumasından faydalanmak isteyecektir.⁹⁰ Uluslararası Hukuk Komisyonu da 5. maddenin yorumunda, her ne kadar süregelen vatandaşlık ilkesi bazı yazarlarca eleştirildiyse de 'uyrukluk alışverişi'nin (nationality shopping) önünü alabilmek için bu prensibin getirildiğini ve bazı istisnaların da konduğunu belirtmektedir.⁹¹ Ancak, bazı sınırlara uymak şart olmakla birlikte,

⁸⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.5/1-2.

⁸⁹ Duchesne, M. S. (2004). The Continuous-Nationality-of-Claims Principle: Its Historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes. *George Washington International Law Review*, Vol.36(4), pp.783-816; Dumberry, P. (2007). Obsolete and Unjust: The Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession. *Nordic Journal of International Law*, Vol.76, No.2, pp.153-184; Paulsson, J. (2004). Continuous Nationality in Loewen. *Arbitration International*, Vol.20, No.2, pp.213-216.

⁹⁰ Amerasinghe, C. F. (2008). *Diplomatic Protection*. Oxford University Press, pp.96-106.

⁹¹ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, pp.31-33.

yatırımcının uyrukluk planlaması (nationality planning) yabancı yatırım hukukunda yasak olmayan bir yoldur.⁹²

Birden fazla vatandaşlık durumunda taslak düzenlemenin 6. maddesine göre, vatandaş olunan herhangi bir devlet, vatandaş olunmayan üçüncü bir devlete karşı diplomatik himaye yoluna başvurabileceği gibi, vatandaş olunan tüm devletler birlikte de (ortak bir şekilde) diplomatik himaye yoluna başvurabilir.⁹³ Bu anlamda taslak düzenleme üçüncü ülkeler karşısında diplomatik himaye yoluna gidilebilmesi için vatandaş ile devlet arasında, Nottebohm davasında olduğu gibi, etkin veya yakın bir bağ aramamıştır. Bu yaklaşım uluslararası tahkim uygulaması ile daha uyumludur. Nitekim 1932 tarihli *Salem* davasında da hakem heyeti üçüncü ülke olan Mısır devletinin, zarar gören kimsenin İran vatandaşlığının ABD vatandaşlığından daha etkin olduğuna dair iddiasını kabul etmemiş, üçüncü ülke olan Mısır'ın uluslararası hukuk kurallarına göre böyle bir hakka sahip olmadığını söylemiştir.⁹⁴

Zarar gören yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı devletlerin birbirilerine karşı diplomatik himaye yoluna başvurup başvuramayacakları meselesi uzun yıllar tartışılmıştır. 1930 tarihli Lahey Sözleşmesi 4. maddesinde böyle bir duruma müsaade edilmemiş, vatandaş olunan devletlerin birbirlerine karşı diplomatik himaye yoluna gidemeyecekleri açıkça belirtilmiştir.⁹⁵ Ancak diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemenin 7. maddesinde komisyon bu kurala bir istisna getirerek daha baskın (predominant) vatandaşlığa sahip olunan devletin diğer devlete karşı diplomatik himaye yoluna başvurabileceğini öngörmüştür. Maddeye göre baskın vatandaşlık durumunun hem zararın gerçekleştiği hem de resmi başvurunun yapıldığı tarihte mevcut olması gerekir.⁹⁶ Baskın vatandaşlık durumu

⁹² Feldman, M. (2012). Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.27, Issue 2, pp.281-302.

⁹³ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.6.

⁹⁴ Salem Case (Egypt-USA), Award of 8 June 1932, UNRIAA vol. II, s. 1165, parag.1188.

⁹⁵ Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, The Hague, 13 April 1930, art.4.

⁹⁶ Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p.34.

yoksa, çifte vatandaşlık halinde, kural olarak bu devletler birbirlerine karşı diplomatik himaye hakkını kullanarak dava açamayacaktır.

2.3.1.2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Yatırımcının, zarar gördüğünde, diplomatik himaye talep edebilmesi için gerekli olan ikinci önkoşul iç hukuk yollarını tüketmiş olmasıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi prensibi uluslararası teamül hukukunun yerleşik bir kuralıdır. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı da *Interhandel* davasında iç hukuk yollarının tüketilmesinin yerleşik bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu teyit etmiştir. Divan'a göre yabancıya verilmiş bir zarar söz konusu olduğunda bu zararın öncelikle zarar veren devletin iç hukuk yolları vasıtası ile giderilmesi seçeneği gündeme gelmelidir.⁹⁷ Böylece zarar veren devlet ile zarar gören kimsenin vatandaşı olduğu devlet arasında bir uyuşmazlık çıkmadan önce iç hukuk yolları vasıtası ile durumun düzeltilmesi imkanı doğmaktadır.⁹⁸ Tüketilmesi gereken iç hukuk yollarından ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde bazı tartışmalar olsa da baskın görüşe göre hem yargısal hem de idari yollar tüketilmesi gereken iç hukuk yollarının kapsamına girmektedir.⁹⁹ Nitekim diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemenin 14/2 maddesine göre de iç hukuk yollarından anlaşılması gereken; zarar gören kimseye açık olan olağan ya da olağanüstü, yargısal veya idari başvuru yollarıdır.¹⁰⁰ *Ambatielos* Davası'nda da heyet iç hukuk yollarından, hukuk sisteminin bir bütün olduğu düşünüldüğünde, bir ülke içerisindeki tüm hukuki başvuru yollarının anlaşılması gerektiğini tespit etmiştir.¹⁰¹

⁹⁷ Interhandel Case (Switzerland v United States of America), Preliminary Objections, ICJ Reports, 1959, parag. 4.

⁹⁸ Trindade, A. A. C. (1983). *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*. Cambridge University Press, pp.1-3.

⁹⁹ Peters, P. (1997). Exhaustion of Local Remedies: Ignored in Most Bilateral Investment Treaties. *Netherlands International Law Review*, Vol.44, pp.233-243.

¹⁰⁰ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.14/2.

¹⁰¹ The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) 6 March 1956, UNRIIAA, Vol. XII, p.120.

İç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu bazı durumlarda aranmamaktadır. Diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemenin 14/1 maddesinde belirtildiği üzere, 15. maddedeki hükümler saklı kalmak kaydıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunludur. Buna göre “iç hukuk yolları kuralının istisnaları” (exceptions to the local remedies rule) 15. maddede düzenlenen durumlar söz konusu olduğunda istisnai olarak iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek durulmadan diplomatik himaye yolu işletilebilecektir.¹⁰² Maddede belirtilen özel durumlar beş ayrı fıkra halinde sıralanmıştır. Buna göre:

- a) Etkin bir zarar giderimi sağlayacak makul iç hukuk yolları mevcut değilse veya iç hukuk yollarının makul bir zarar giderim olasılığı yoksa;
- b) Hukuk yolları bakımından zarar verdiği iddia edilen devlete atfedilebilecek aşırı bir gecikme söz konusu ise;
- c) Zararın verildiği anda, zarar gören kimse ile sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında herhangi bir bağ söz konusu değilse;
- d) Zarar gören şahsın iç hukuk yollarına başvurabilmesi açık bir şekilde engellenmişse;
- e) Sorumlu olduğu iddia edilen devlet iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralından vazgeçmişse;

iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek yoktur.¹⁰³

Zarar verdiği iddia edilen devlet, iki veya çok taraflı bir andlaşma hükmü ile ya da zarar gören ile akdedeceği özel bir sözleşme vasıtası ile iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralından feragat edebilir. Böyle bir durumda örneğin iki veya çok taraflı bir andlaşmada uyuşmazlıkların doğrudan tahkime götürülebileceği hükmü konabileceği gibi, İran-ABD Alacaklar Mahkemesi’ni (Iran-United States Claims Tribunal) kuran iki taraflı andlaşmada olduğu gibi, doğrudan bir uluslararası tahkim

¹⁰² Amerasinghe, C. F. (2004). *Local Remedies in International Law*. Cambridge University Press, pp.179-216.

¹⁰³ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.15.

mercii kurularak uyuşmazlıklar iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğu olmadan uluslararası tahkime taşınabilir. Öte yandan devlet gerçek kişi veya şirket ile yapacağı imtiyaz akdi gibi özel sözleşmelere de hüküm koyarak iç hukuk kuralından feragat edebilir.¹⁰⁴ Nitekim yatırım andlaşmalarının ve iç hukukta akdedilen yatırım sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına rastlanmamaktadır.¹⁰⁵

2.3.2. Yabancı Yatırımların Korunmasına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı Kararları

Özellikle Soğuk Savaş'ın sona erdiği 1990'lar sonrası dönemde yabancı yatırımlar hızlı bir artış göstermiştir. Yatırımcılar artık çok uluslu şirketler şeklinde örgütlenmeye başlamış ve çeşitli ülkelerde faaliyet göstermiştir. Ohmae, çok uluslu şirketlerin hareketliliğinden ötürü dünyanın birbirine entegre olduğunu ve ülkelerin sınırlarının ortadan kalkmaya başladığını (borderless world) gözlemlemektedir.¹⁰⁶ Reich bu nedenle eski dönemlerde şirket uyrukluğunun daha belirgin olduğunu, günümüzde ise çok karmaşık hale geldiğini belirtmektedir. Zira artık internetten dahi başka bir ülkede şirket kurmak mümkün hale gelmiştir.¹⁰⁷ Gerçekten uluslararası teamül hukuku açısından şirketlerin uyrukluğunun tespit edilmesi, çok uluslu şirketlerin kompleks yapıları ve birçok ülkede yer alan operasyonları düşünüldüğünde kolay olmamaktadır. Yatırım tahkiminde uyruklu planlaması (nationality planning) serbest olduğundan yatırımcı şirketlerin uyrukluğu da bu durum dikkate alınarak belirlenmektedir. Ayrıca şirket hissedarlarının da belirli şartlar altında ev sahibi devleti dava edebilmesi durumu oldukça girift hale sokmaktadır.¹⁰⁸ Öte yandan klasik uluslararası hukuk disiplini perspektifinden

¹⁰⁴ Crawford, J. & Grant, T. D. (2007). Exhaustion of Local Remedies. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, pp.3-5.

¹⁰⁵ Chi, M. (2013). Privileging Domestic Remedies in International Investment Dispute Settlement. *ASIL Proceedings*, Vol.107, pp.26-29.

¹⁰⁶ Ohmae, K. (1990). *The Borderless World: Power and Strategy in the Interlinked Economy*. Harper Business, London, pp.4-36.

¹⁰⁷ Reich, R. (1992). *The Work of Nations: Preparing Ourselves for 21 Century Capitalism*. Vintage, New York, pp.243-252.

¹⁰⁸ Schlemmer, E. C. (2008). Investment, Investor, Nationality, and Shareholders. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.51-87.

çözülen yatırım davalarında yatırımcı şirketler veya şirket hissedarları hakkında ne gibi kriterlerin öngörüldüğünün tespiti günümüz yatırım hukuku ile mukayese açısından önem arz etmektedir. Şirket ve şirket hissedarları hakkında Uluslararası Adalet Divanı'nca karara bağlanmış en önemli üç dava *Barcelona Traction, Eletttronica Sicula (ELSI)* ve *Ahmedou Sadio Diallo* davalarıdır. Greenwood'un belirttiği gibi Uluslararası Adalet Divanı, hem BM üyesi tüm devletlerin başvurusuna açık olması hem de uluslararası hukukun tüm alanlarında karar verebilme kapasitesine sahip olması bakımından evrensel niteliğe sahiptir. Bu nedenle yatırıma dair uluslararası hukuki uyuşmazlıkların Divan önünde görülmesi de son derece normaldir.¹⁰⁹ Nitekim bu üç kararda Divan tarafından yapılan tespitlerin incelenmesi günümüz yabancı yatırım hukuku açısından da önem arz etmektedir. Zira Divan'ın, Viyana Sözleşmesi'ne dayanarak yatırım uyuşmazlıklarına uyguladığı yorum metodu ve şirket hissedarlarının diplomatik himayesine bakışı hala tartışılmakta ve ICSID hakem kararlarına konu olmaktadır. Öte yandan farklı tarihlerde verilen üç karar birlikte incelendiğinde Divan'ın yabancı yatırım hukukuna bakışındaki zamansal değişim rahatlıkla gözlemlenebilmektedir.

2.3.2.1. Barcelona Traction Kararı

Yatırımcı şirketlerin diplomatik himayesi hakkındaki en önemli karar *Barcelona Traction* kararıdır. Her ne kadar günümüzde şirketler, insan hakları hukuku veya tahkim gibi araçlar vasıtası ile devletleri doğrudan muhatap almakta iseler de devletler gibi uluslararası hukuk aktörü kabul edilmediğinden kural olarak şirketlerin devletin koruması altında olduğu kabul edilen görüştür.¹¹⁰ Nitekim Alvarez'e göre şirketlere uluslararası hukuk kişiliği bahşetmek birçok belirsizliklere neden olabileceği için uluslararası hukuk aktörlerince de pek istenilen bir durum değildir.¹¹¹ Bu açıdan her ne kadar 1966 yılında ICSID kurulmuş ise de, o dönemde, henüz

¹⁰⁹ Greenwood, C. (2011). The Role of the International Court of Justice in the Global Community. *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol.17, pp.241-252.

¹¹⁰ Muchlinski, P. T. (2014). Corporations in International Law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, pp.4-5.

¹¹¹ Alvarez, J. E. (2011). Are Corporations Subjects of International Law. *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.9-1, pp.31-35.

popüler hale gelmediğinden yatırım uyuşmazlıkları hala Uluslararası Adalet Divanı önünde görülebilmekteydi. Barcelona Traction davasında Divan, yabancı yatırım hukukunun özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişme gösterdiğini tespit etmiş ancak bu alanın henüz uluslararası teamül hukuku kurallarının oturduğu gelişmiş bir alan olmadığını iddia etmiştir.¹¹² Kararın verildiği tarih olan 1970 yılı göz önünde bulundurulduğunda Divan'ın değerlendirmesi daha iyi anlaşılabilir.

Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) kararına davasına konu olan olayda Barcelona Traction şirketi 1911 yılında Kanada kanunlarına göre kurulmuş ve yönetim merkezi olarak Kanada'nın Toronto şehrinde yerleşik bir yatırımcıdır. Şirket, faaliyetlerini yürütmek amacıyla birçok alt şirket kurmuştur ve bunlardan üçü yine Kanada'da diğerleri ise İspanya'da yerleşik durumdadır. Birinci Dünya savaşından kısa bir süre sonra Barcelona Traction şirketinin büyük bir kısım hissesi Belçika vatandaşları tarafından satın alınmıştır. Şirket İspanya'daki alt şirketleri aracılığıyla, bir kısmı o dönem İspanya para birimi olan peseta, ancak büyük çoğunluğu sterlin biriminde olmak üzere tahvil ihracı gerçekleştirmiştir.¹¹³ 1936 tarihinde İspanya İç Savaşı patlak verince şirketin tahvil ihraç etmesi de askıya alınmıştır. 1940 yılında yetkili makamlarca peseta ile ihraç edilen tahvillerin ödemelerinin yapılmasına izin verilmiş ancak yabancı para transferine izin verilmediğinden sterlin ile ihraç edilen tahvillerin ödemesi gerçekleşmemiştir. 1948 yılında Barcelona Traction şirketinin sterlin bazındaki bazı tahvillerini elinde bulunduran üç İspanya vatandaşı, tahvillerin karının ödenmediği gerekçesiyle İspanya mahkemelerine başvurmuş ve Barcelona Traction şirketinin iflasına karar verilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine 1948 yılında şirketin iflasına karar verilmiş ve iflas idaresi atanarak mallarına el konulmuştur. Şirketin üst düzey iki personeli görevden alınmış ve yerine İspanya vatandaşları atanmıştır. 1952 yılında şirket üzerine oluşturulan yeni hisseler açık arttırma yoluyla Fuerzas Electricas şirketine satılmış ve bütün kontrol Fuerzas şirketine geçmiştir.

¹¹² Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, parag.90.

¹¹³ Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, parag.8-17.

İspanya hükümetinin aldığı önlemler dolayısıyla zarar gören Barcelona Traction şirketinin %88 hissesine sahip olan Belçikalı hissedarların oluşan zararını talep etmek üzere Belçika tarafından İspanya aleyhine Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava açılmıştır.¹¹⁴

Şirketlerin uyrukluğunda hangi kriterlerin dikkate alınacağı ILC tarafından hazırlanan Diplomatik Himaye Hakkındaki Taslak Düzenleme'nin 9. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre kural olarak bir şirketin uyrukluğunda hangi devletin hukukuna göre kurulduysa ona göre belirlenecektir. Daha açık ifadeyle şirketin kurulduğu yer devleti diplomatik himaye hakkına sahip olacaktır.¹¹⁵ Öte yandan aynı madde hükmü genel kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre bir şirket başka devlet veya devletlerin vatandaşları tarafından kontrol ediliyorsa ve kurulduğu devlet ülkesinde temel bir faaliyeti yoksa, şirketin yönetim ve finans merkezi başka ülkede bulunuyorsa bu durumda o devlet uyruklu devleti olarak kabul edilecektir.¹¹⁶ İstisna hükmünde sayılan 3 kriter aynı anda bulunmalıdır. Kararda Divan'ın tespitine göre uluslararası hukukta genel kural, şirketin hangi devlet kanunlarına göre kurulup tescil edildiye o ülkenin himayesinde kabul edilmesidir. Ancak devletler şirketin yönetim merkezinin kendi ülkesinde bulunması veya şirket hissedarlarının çoğunluğunun kendi vatandaşlığında olması gibi başka kriterler de belirleyebilirler. Bu durumda genel kuralın istisnası olarak başkaca kriterlere göre de şirketin uyrukluğunda belirlenebilir. Şirket uyrukluğunda tek bir ölçüt koymak çoğu zaman mümkün olmamaktadır.¹¹⁷ Netice itibariyle Divan genel kuralı uygulayarak Barcelona Traction

¹¹⁴ Barcelona Traction Case, parag.32, Detaylı bilgi için bkz. Wittich, S. (2007). Barcelona Traction Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May, pp.1-3.

¹¹⁵ Kuruluş yeri kriterini kabul eden uluslararası andlaşmalar çok sayıdadır. Örnek olarak bkz.

Lahey'de akdedilen 1 Haziran 1956 tarihli "Yabancı Şirketler, Kurum Ve Kuruluşların Tüzel Kişiliğinin Tanınmasına Dair Sözleşme"

http://uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/la7_ing.pdf (erişim tarihi 19.09.2017).

¹¹⁶ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.9.

¹¹⁷ Barcelona Traction Case, parag.70.

şirketinin kuruluş ve yönetim merkezinin Kanada olduğuna karar vermiş ve Belçika'nın diplomatik himaye hakkının olmadığını tespit etmiştir.¹¹⁸

Divan Barcelona Traction davasındaki uyrukluk tespitinde, Nottebohm kararındaki "etkin bağ" (genuine connection) ilkesi yerine "sürekli ve yakın bağ" (permanent and close connection) ilkesini ikame etmiştir.¹¹⁹ Divan'a göre Nottebohm davasında aranan etkin bağ prensibinin bir tüzel kişilik olan Barcelona Traction hakkında uygulanması sağlıklı sonuçlar vermeyecektir. Bu nedenle şirketin; Kanada kanunlarına göre kurulmuş olması ve elli yıldan fazla bir süreden beri Kanada topraklarında tescilli olması, yönetim toplantılarının bu ülkede yapılması ve vergi vermesini Kanada ile "sürekli ve yakın bağ" kurulduğu hakkında yeterli delil olarak kabul etmiştir. Divan'a göre şirketin İspanya'da faaliyet göstermesi ya da başka ülkelerde alt şirketler kurarak başkaca işler yürütmesi bu durumu değiştirmemektedir.¹²⁰ Sloane hem Nottebohm hem de Barcelona Traction davasında tartışılan kriterlerin uluslararası hukuka katkı yaptığını düşünse de günümüz dünyasında vatandaşlık tespiti için kullanılan tek tipleştirici kriterlerin verimli sonuçlar doğurmadığını düşünmektedir.¹²¹

Şirket tüzel kişiliğinin diplomatik himaye yoluyla ve kural olarak kuruluş yeri devleti tarafından korunması artık bir teamül hukuku kuralı haline gelmiştir. Bu kural hem Barcelona Traction davasında hem de diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemenin 11. maddesinin giriş kısmında teyit edilmiştir. Ancak şirket hissedarlarının diplomatik himayesi bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelememiştir.¹²² Günümüz çok uluslu şirketler dünyasında ticari girişimde bulunan şirket hissedarlarının korunmaması bazı hak kayıplarına yol açabileceğinden dolayı

¹¹⁸ Lillich, R. B. (1971). Two Perspectives on the Barcelona Traction Case. *American Journal of International Law*, Vol.65, Issue 3, pp.522-532.

¹¹⁹ Briggs, H. W. (1971). Barcelona Traction: The *Jus Standi* of Belgium. *American Journal of International Law*, Vol.65, Issue 2, pp.327-345.

¹²⁰ Barcelona Traction Case, parag.71.

¹²¹ Sloane, R. D. (2009). Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality. *Harvard International Law Journal*, Volume 50, Number 1, pp.59-60.

¹²² Barcelona Traction Case, parag.89-90.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, 11. maddenin giriş kısmında kural olarak şirket hissedarlarının uyrukluk devletinin diplomatik himaye hakkının olmadığını belirttiikten sonra (a) ve (b) bentlerinde genel kurala iki istisna getirmiştir. Buna göre; (a) şirket kurulduğu ülkenin hukukuna göre, zarar verici eylemden dolayı olmamak kaydıyla, sona ermişse, (b) şirket zararın oluştuğu esnada, zarar verdiği iddia edilen devletin vatandaşı ise ve bu vatandaşlık o devlette iş yapabilmek için bir önkoşul niteliğini haiz ise, bu durumda hissedarların diplomatik himayesi mümkün hale gelecektir.¹²³

Barcelona Traction davasında hukuki açıdan incelemeye tabi tutulan ikinci mesele şirket hissedarları adına Belçika devletinin diplomatik himaye yoluna başvurup başvuramayacağıydı.¹²⁴ Nitekim Kanada'da kurulu şirketin %88 hissesi Belçika uyruğundaki hissedarlara aitti. Divan şirket hissedarlarının konumunu değerlendirirken iç hukukta yer alan ilkelerden faydalanarak şirketin ayrı bir kişiliği olduğunu, her ne kadar şirkete verilen zarardan hissedarların da etkilendiği kabul edilse de bu durumun zararın şirkete verildiği gerçeğini değiştirmedini belirtmiştir. Şirkete verilen zararı ancak şirketin uyrukluk devleti isteyebilir, dolaylı olarak zarar gören hissedarların diplomatik himayesi mümkün değildir.¹²⁵ Juratowitch'e göre iç hukuklarda benimsenen şirketin ön planda olması dolayısıyla şirket hissedarlarının kural olarak korunamayacağı ilkesi uluslararası hukuk açısından uygulanamaz. Aksi halde hissedarların uluslararası hukuk tarafından korunamayacağı şeklinde bir netice ortaya çıkar ki bu da doğru bir yaklaşım olamaz.¹²⁶ Rodley, 1971 tarihli makalesinde, Barcelona Traction davasının şirketler ve özellikle şirket hissedarları ile ilgili uluslararası hukuk kurallarının karmaşık ve oturmuş kurallar olmadığını

¹²³ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.11; Okowa, P. (2015). The International Court and the Legacy of the Barcelona Traction Case in the Field of Diplomatic Protection. In Jalloh, C. & Elias, O. (ed). *Shielding Humanity Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*. Brill Publications, pp.104-131.

¹²⁴ Bakınız: Dumberry, P. (2010). The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule Of Customary International Law Crystallised?. *Michigan State Journal of International Law*, Vol.18/3, pp.353-374.

¹²⁵ Barcelona Traction Case, parag.44-51.

¹²⁶ Juratowitch, B. (2011). Diplomatic Protection of Shareholders. *British Yearbook of International Law*, Volume 81, Issue 1, pp.281-323.

gösterdiğini düşünerek, Divan'ın gündeme getirdiği bazı ilkelerin ve teamül hukuku kurallarının geliştirilerek bu alanın mutlaka uluslararası andlaşma ile düzenlenmesi gerektiği kanaatindedir.¹²⁷ Günümüzde Rodley'in dikkat çektiği soruna ilişkin çok taraflı bir uluslararası andlaşma mevcut değildir. Ancak hissedarların korunması temel itibariyle iki taraflı yatırım andlaşmalarında düzenlenmektedir.

Şirket hissedarlarının diplomatik himayesi ile ilgili bir başka konu taslak düzenlemenin "hissedarların doğrudan zarar görmesi" başlığını taşıyan 12. maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre şirket tüzel kişiliğinden ayrı olarak, bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi doğrudan şirket hissedarlarına zarar vermiş ise hissedarların uyrukluk devletinin, zarar veren devlete karşı, vatandaşlarını diplomatik yoldan himaye etmeye hakkı vardır.¹²⁸ Barcelona Traction davasında Divan'a göre de şirket hissedarına verilen doğrudan zarar şirket tüzel kişiliğinden ayrı değerlendirilmelidir. Şirket toplantılarına katılma ve oy kullanma gibi, çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilecek¹²⁹, doğrudan şirket hissedarlarının sahip olduğu hakların ihlali durumunda, hissedarların uyrukluk devletinin diplomatik himaye yoluna başvurma hakkı doğacaktır.¹³⁰ Belçika devletinin bu yönde bir iddiasının olmadığını tespit eden Divan, ayrıca şirket hissedarlarının doğrudan zarar görüp görmediğini ve Belçika'nın bu yönden diplomatik himayeye hakkı olup olmadığını incelemeye gerek duymamıştır.¹³¹ Barcelona Traction davasında Divan esasen hissedarların korunmasının devletler arasında akdedilen andlaşmalarda veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen sözleşmelerde düzenlendiğini tespit etmiştir. Bu anlamda Divan devletleri, daha çok iki taraflı yatırım andlaşmalarına

¹²⁷ Rodley, N. S. (1971). Corporate Nationality and the Diplomatic Protection of Multinational Enterprises: The Barcelona Traction Case. *Indiana Law Journal*, Vol.47, Issue 1, p.86.

¹²⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.12.

¹²⁹ Taslak düzenlemenin yorumunda Uluslararası Hukuk Komisyonu, hangi hakların şirket hissedarlarının, hangilerinin şirketin hakları olduğu konusunda sınıflandırıcı bir düzenlemeden kaçınıldığını belirtmektedir. Bu durum daha çok pratikte iç hukuk ya da şirketler hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde çözülmesi gereken bir meseledir.

¹³⁰ Barcelona Traction Case, parag.46-47.

¹³¹ Yatırımcı hissedarların sahip olduğu haklar için bakınız: Gaukrodger, D. (2014). Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice. *OECD Working Papers on International Investment*, No.2014/03, OECD Publishing, pp.6-72.

yönelme hususunda cesaretlendirmiştir. Divan'ın kararı devletlerin iki taraflı yatırım anlaşmalarına yönelmesini ve hissedarların korunmasını iki taraflı anlaşmalar yoluyla sağlamasını hızlandırmıştır.¹³² Ancak belirtmek isteriz ki Divan, ELSI ve Diallo kararlarında görüleceği üzere, esasen hissedarlar hakkındaki görüşünü çok fazla değiştirmemiş ve böylece yatırım uyuşmazlıklarının ICSID tahkimine kaydırılmasına ön ayak olmuştur.

2.3.2.2. Elettronica Sicula Kararı

Barcelona Traction davasından sonra açılan şirketlerin ve şirket hissedarlarının diplomatik himayesi ile alakalı en önemli davalardan biri 1987'da ABD tarafından İtalya aleyhine açılan ve 1989 yılında Uluslararası Adalet Divanı tarafından karara bağlanan *ELSI* davasıdır. Davaya konu olan olayda ELSI şirketi Sicilya'nın Palermo şehrinde kurulmuş ve bir tesis içerisinde elektronik parça imalatı ile iştigal eden bir şirkettir. ELSI'nin hisselerinin tamamı ABD merkezli iki şirkete aittir. The Raytheon Company (Raytheon) %99,16 hisseye sahip iken %0,84 hisse de tamamı Raytheon'a ait bir alt şirket olan olan Machlett Laboratories Incorporated'a (Machlett) aittir. ELSI şirketi 1964-1966 tarihleri arasında kar elde ettiyse de genel itibariyle karı borçların ödenmesine harcamış ve hisse sahiplerine herhangi bir temettü ödeyememiştir. Bunun üzerine Raytheon, ELSI'nin ekonomik durumunun düzeltilmesi amacıyla 1967 yılında İtalyan resmi yetkilileri ve özel sektör temsilcileri ile bir dizi görüşmeler yapmıştır. Raytheon görüşmeler vasıtasıyla bir yandan ELSI'ye ortak olabilecek güçlü bir girişimci ararken diğer yandan da hukuki açıdan ELSI'nin haklarını korumanın ve teşvik elde etmenin yollarını aramıştır. Görüşmelerden netice alamayan Raytheon zararı minimize etmek için 1968 yılında ELSI'nin kapatılması ve tasfiyesi için bir plan yapmış, ilk olarak şirketin faaliyetlerini yönetim

¹³² Çalışkan, Y. (2011). Dispute Settlement in International Investment Law. In Aksar, Y. (ed). *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.123-186.

kurulu kararı ile durdurmuştur. Sonraki gün de işçilere işten çıkarma belgeleri gönderilmiştir.¹³³

1 Nisan 1968 tarihinde Palermo Belediye Başkanı bir karar ile altı aylığına ELSI'nin mülkiyetinde olan eşyaların devralındığını duyurmuştur. Kararın gerekçesi acil kamusal gereklilik, kamu yararı ve kamunun ekonomik menfaatlerinin korunması olarak açıklanmıştır. 19 Nisan 1968 tarihinde Palermo Mülki Amiri'ne başvuran ELSI'nin başvurusu, belediye başkanlığı kararının iptal edildiği 22 Ağustos 1969 tarihine kadar üst mercide kalmıştır. Bu arada 26 Nisan 1968 tarihinde ELSI, belediye kararının etkilerini gerekçe göstererek, Palermo Mahkemeleri nezdinde iflasını talep etmiştir. 16 Mayıs 1968'de ELSI'nin iflasına karar verilerek şirkete tasfiye memuru atanmıştır. Temmuz 1969'da devlet kontrolündeki ELTEL şirketi ELSI'nin mallarını, piyasa değerinin çok altında bir değer olan yaklaşık 4 milyon sterlin karşılığında satın almıştır. 16 Temmuz 1970 tarihinde tasfiye memuru tarafından, ELSI'nin mülkiyetine el konulduğu 6 aylık süre zarfındaki zararını talep etmek üzere İtalya İçişleri Bakanı ve Palermo Belediye Başkanı aleyhine dava açılmıştır. Dava ilk derece mahkemesince reddedilmiş ancak Temyiz Mahkemesi 6 aylık süre zarfında ELSI'nin malları için kira bedelinin ödenmesi gerektiğini tespit ederek tazminata hükmetmiştir. Tazminat ise tasfiye memuru tarafından kredi veren alacaklılara dağıtılmış, 1985'te iflas prosedürü son bulmuş ve Raytheon ya da Machlett şirketlerine hissedar olarak herhangi bir fazla miktar kalmamıştır. Bu arada 7 Şubat 1974 tarihinde ABD, İtalya'ya diplomatik kanallardan başvuruda bulunmuş ve iki devlet arasındaki Dostluk, Ticaret ve Denizcilik (FCN) anlaşmasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Görüşmelerden netice alınamayınca 6 Şubat 1987 tarihinde ABD, İtalya aleyhine Uluslararası Adalet Divanı'nda dava açmıştır.¹³⁴

¹³³ Tomka, P. (2007). Elettronica Sicula Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, February, p.1-2.

¹³⁴ Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy), Application Instituting Proceedings, 1987, ICJ Reports, p.15.

Dava ABD tarafından iki hissedar Raytheon ve Machlett adına açıldığından Divan öncelikle diplomatik himaye açısından şirket hissedarlarının devletinin diplomatik himaye hakkına sahip olup olmadığını karara bağlamıştır. Divan bu anlamda Barcelona Traction davasında oluşturduğu “şirketin kendi devletinin verdiği zarar nedeniyle ortadan kalkması halinde yabancı hissedarlarının, uyruklu devletince diplomatik yoldan himaye edilebileceği”ne dair istisna hükmünü uygulayarak ABD’nin yetkili olduğuna hükmetmiştir.¹³⁵ ELSI davasının, hissedarların korunmasında özel bir öneminin olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Divan, Barcelona Traction davasında oluşturduğu, diplomatik himaye açısından kural olarak şirket tüzel kişiliğinin esas kabul edildiği ancak bu durumun bazı istisnalarının olduğu görüşünü ELSI kararında uygulama fırsatı bulmuştur.¹³⁶ Kubiowski, Barcelona Traction kararının, hissedarların genel hukuk ilkeleri ışığında korunabilmesinin önünde büyük bir engel olarak durduğunu düşünmektedir. ELSI davasında istisna hükmünün uygulanması bu durumu değiştirmemektedir. Zira Divan hala aksine bir iki taraflı andlaşma veya sözleşme hükmü olmadıkça hissedarların diplomatik himaye yoluyla korunamayacağı anlayışını sürdürmektedir.¹³⁷

Esas incelemesinde ise Divan ilk olarak İtalya’nın şirketin mülkiyetini koruyamadığı ve sözleşmenin öngördüğü standartların altına düştüğü iddiasını incelemiş ve iddiayı reddetmiştir. Divan’a göre yabancıların mülkiyetinin korunması sınırsız ve mutlak bir kural değildir, her koşul ve şartta garanti verilmesi anlamına gelmez. Ayrıca somut olayda işçiler ELSI mülkiyetine bir zarar da vermemiştir. İkinci olarak Divan, hissedar olan ABD şirketlerine yapılan muamelenin keyfi veya ayrımcı olduğu kanaatinde değildir. Zira el koyma kararı özellikle ABD’li veya yabancı oldukları için yapılmamış, benzer şekilde birçok İtalyan şirketi de zaman zaman belediyenin el koyma kararlarına konu olmuştur. Üçüncü olarak Divan’a göre eğer el koyma kararının

¹³⁵ Adler, M. H. (1990). The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice’s Decision in ELSI. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.39, pp.641-653.

¹³⁶ Mann, F. A. (1992). Foreign Investment in the International Court of Justice: The ELSI Case. *American Journal of International Law*, Vol.86, Issue 1, pp.92-102.

¹³⁷ Kubiowski, S. (1991). The Case of Elettronica Sicula SPA: Toward Greater Protection of Shareholders’ Rights in Foreign Investments. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.29, p.226.

bizatihi kendisi ELSI'nin iflasına neden olsaydı bu durumda hissedarların yönetim ve organizasyon haklarının ihlal edildiğinden ya da mallarının ellerinden alındığından ve dezavantajlı konuma düştüklerinden bahsedilebilirdi. Ancak somut olayda el koyma kararından önce dahi ELSI doğrudan iflasın eşiğinde olan bir firma idi. Bu nedenle Divan, ELSI'nin müşkil durumundan dolayı hissedarların elinden alınmış bir haktan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. Netice olarak esas hakkında Divan, İtalya'nın uluslararası sorumluluğunu doğuracak bir eyleminin olmadığına hükmetmiştir.¹³⁸ Murphy, ELSI davasının esasen ABD ve İtalya arasında iki taraflı yatırım anlaşması görevi gören FCN üzerine bina edildiğini, dolayısı ile davanın esasının bu anlaşma uyarınca görüldüğünü ve kararın iki devleti bağladığını aktarmakta ancak öte yandan nadiren Uluslararası Adalet Divanı önünde görülen yatırım uyuşmazlıklarından sadece genel prensiplerin çıkarılabileceğini iddia etmektedir. Murphy'e göre ELSI davası bu anlamda yabancı yatırım hukukuna katkı sağlamıştır.¹³⁹ ELSI kararında Divan, iki taraflı yatırım anlaşması işlevi gören FCN hakkında inceleme yapması esasen ICSID tahkimine benzemektedir. Nitekim ICSID tahkiminde de genel olarak yatırımcı, belirli bir iki taraflı yatırım anlaşmasından (BIT) kaynaklanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Bu anlamda Barcelona Traction kararında devletleri iki taraflı yatırım anlaşması akdetme yönünde cesaretlendiren Divan, ELSI davasında iki taraflı yatırım anlaşması işlevi gören FCN temelli bir dava ile karşılaşmıştır. Ancak tekrar belirtmeliyiz ki Divan, her ne kadar istisna hükmü uygulasa da hissedarlar hakkındaki genel görüşünü değiştirmemiştir.

2.3.2.3. Ahmadou Sadio Diallo Kararı

Şirket hissedarlarının diplomatik himayesi hakkında en yakın ve kapsamlı karar Uluslararası Adalet Divanı'nın *Ahmadou Sadio Diallo* (Diallo)¹⁴⁰ kararıdır. 2007 tarihli

¹³⁸ Palenzuela, A. L. (1991). The International Court of Justice and the Standing of Corporate Shareholders under International Law: *Elettronica Sicola v. Raytheon* (US v. Italy). *University of Miami Yearbook of International Law*, Vol.1, pp.292-308.

¹³⁹ Murphy, S. D. (1991). The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice. *Yale Journal of International Law*. Vol.16, Issue 2, pp.392-452.

¹⁴⁰ Ahmadou Sadio Diallo, (Guinea v. Democratic Republic of Congo), Judgment, 24 May 2007, ICJ Reports 2007.

karar Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2006'da bitirilen diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemeden sonra Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) için de taslak maddeleri değerlendireceği bir imkan oluşturmuştur. Nitekim ICJ, Diallo davasında taslak düzenlemenin birçok maddesini çeşitli yönlerden değerlendirmiş ve yorumlamıştır. Divan bir yandan Barcelona Traction kararı ile oluşturduğu ve uzun yıllar boyunca uyguladığı kriterleri gözden geçirirken diğer yandan birçok yeni değerlendirmede bulunmuştur. Bu nedenle Diallo kararı özel bir öneme sahiptir.¹⁴¹

Karara konu olayda Gine Vatandaşı olan Ahmadou Sadio Diallo 1964 yılında Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne¹⁴² yerleşmiştir. 1974 yılında ithalat ve ihracat ile iştigal etmek üzere Africom-Zaire şirketini kuran Diallo aynı zamanda bu şirketin %100 hissesine de sahiptir. 1979 yılında ise taşımacılık ile iştigal eden Africontainers-Zaire şirketinin kurulmasına, diğer iki ortağı ile birlikte, öncülük etmiş ve %40 hissesini satın almıştır. 1980 yılında diğer iki ortağın %60'lık hissesini Africom-Zaire şirketine devredip çekilmesi ile birlikte Diallo, Africontainers-Zaire şirketinin de tek yöneticisi olarak kalmıştır. Böylelikle Diallo, sınırlı sorumluluğa sahip (limited) olan her iki şirketin de yöneticiliğini yürütmüştür. 1980'lerin sonlarına doğru Diallo'nun şirketleri ile ticari iş yaptığı kamu ve özel sektör menşeli şirketlerin ilişkileri bozulmuş, aralarında Zaire Shell, Zaire Fina, Zaire Mobil Oil gibi şirketlerin ve kamu kurumlarının olduğu birçok kurum Africom-Zaire ve Africontainers-Zaire şirketlerine borçlanmıştır. Bunun üzerine Diallo alacaklarını tahsil amacıyla şirketleri üzerinden bir dizi dava açarak hem özel hem de kamuya ait kurumlardan haklarını talep etmiştir. Gelişen olaylar üzerine 31 Ekim 1995 tarihinde Başbakan tarafından bir kararname imzalanarak, ülkenin kamu düzenine ve ekonomisine zarar verdiği gerekçesiyle, Diallo'nun ülkeden çıkarılmasına hükmedilmiştir. Kararnamenin icrası kapsamında birkaç ay tutuklu kalan Diallo 1996

¹⁴¹ Schmalenbach, K. (2010). Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, August, p.1.

¹⁴² Günümüzde Demokratik Kongo Cumhuriyeti adını taşıyan devlet 1960-1971 yılları arasında Kongo ve 1971-1997 tarihleri arasında da Zaire ismini taşımaktaydı. Dava Gine Tarafından 1998 yılında Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı açıldığından, karışıklığa mahal vermemek adına tüm olayı Demokratik Kongo Cumhuriyeti adını kullanarak incelemeyi uygun bulmaktayız.

Ocak ayında Gine'ye gönderilmiştir.¹⁴³ Başbakanlık sınırdışı kararnamesi içerik olarak "resmi sınırdışı" yerine "ülkeye girişin engellenmesi" olarak düzenlenmiştir ki dönemin Zaire kanunlarına göre ülkeye girişin engellenmesine karşı başvurulabilecek bir hukuki yol mevcut değildi.¹⁴⁴

Divan'ın öncelikli değerlendirmesi Diallo'nun vatandaşlığı meselesi olmuştur. Diplomatik himaye hakkındaki taslak düzenlemede öngörüldüğü gibi Divan, zararın verildiği andan davanın açıldığı zaman dilimine kadar Gine devleti ile Diallo arasındaki vatandaşlık bağının sabit olduğunu ve herhangi bir çekişmeli durumda olmadığını tespit etmiştir. Öte yandan Divan, Diallo ile Gine arasındaki vatandaşlık bağını tespit ederken, 32 yıl boyunca Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde yaşamasına rağmen, Nottebohm kararında kullandığı etkin vatandaşlık kriterini kullanmamıştır.¹⁴⁵ Öte yandan Gine'ye göre Diallo şirket hissedarı olarak, taslak düzenlemenin 12. maddesinde belirtildiği üzere, doğrudan zarar görmüştür. Demokratik Kongo Cumhuriyeti ise bu iddiaya itiraz etmiş ve Gine'nin Diallo'nun şirketlerinin zararını Diallo'nun kendi zararı gibi göremeyeceğini, ortada hissedara yönelmiş doğrudan bir zararın olmadığını ileri sürmüştür. Divan, öncelikle şirket tüzel kişiliğinin ayrı bir kişilik teşkil etmesi nedeniyle diplomatik himayenin kural olarak tüzel kişiliğin uyrukluk devletine ait olduğu görüşünü tekrar etmiş ve bu genel kuralın istisnasının olabileceğini, hissedarın doğrudan zarar gördüğünde uyrukluk devleti tarafından himaye edilebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle Divan, Demokratik Kongo Cumhuriyetinin itirazını reddetmiştir ancak Diallo'nun haklarının zarara uğrayıp uğramadığının da incelenmesi gerektiğini düşünmüş, bu durumun tespiti

¹⁴³ Knight, S.J. & O'Brien, A.J. (2008). Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights: Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo). *Melbourne Journal of International Law*, Vol.9, pp.4-5.

¹⁴⁴ Frouville, O. (2007). Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Preliminary Objections: The Unfinished Story of Diplomatic Protection. *Sorbonne-Assas Law Review*, pp.3-4. Tam metin için bkz: http://lawreview.u-paris2.fr/sites/default/files/publication/pdf/olivier_de_frouville-ahmadou_sadio_diallo.pdf (erişim tarihi 04.10.2017).

¹⁴⁵ Mascarenhas, V. (2007). Introductory Note to the Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo) (Preliminary Objections). *International Legal Materials*, Vol.46, No.4, pp.709-711.

için iç hukuk kurallarına başvurulması gerektiğine hükmetmiştir. Divan'ın, doğrudan zarar görmeleri halinde, hissedarların diplomatik himayesinin de bir teamül hukuku kuralı olduğuna dair tespiti büyük önem arz etmektedir. Öte yandan Gine, teamül hukuku uyarınca bir şirketin hissedarlarının zarar görmesi halinde, şirkete zarar veren devlet uyrukluk devleti olmasına rağmen, hissedarın uyrukluk devletinin bu zararlar için himaye hakkını kullanabileceğini iddia etmiştir. Divan ise henüz bu yönde bir teamül kuralının oluşmadığını belirterek Gine'nin Diallo'nun şirketlerinin gördüğü zararı talep edemeyeceğini tespit etmiştir.¹⁴⁶ Kararda şirketlerin o ülkede iş yapmak için zorunlu olarak kurulup kurulmadığı tartışmasına girilmemiştir.

Crawford tarafından "diplomatik himaye hakkındaki teamül hukuku kurallarını topladığı ve uyuşmazlıklara uygulanabilir olduğu" belirtilen¹⁴⁷ ILC'nin Diplomatik Himayeye Dair Taslak Düzenlemesi hakkında Divan da bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Öncelikle Divan da taslak düzenlemenin bir teamül hukuku derlemesi olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca Komisyon tarafından yazılan taslak maddelere de zaman zaman atıf yapan Divan, özellikle hissedarların hakları hususunda, her ne kadar bazı istisnalar bakımından tam olarak uyuşmasa da, benzer yorumlarda bulunmuştur. Divan'a göre modern uluslararası hukukta şirketlerin ve şirket hissedarlarının korunması temel itibariyle iki taraflı yatırım andlaşmaları ve çok taraflı andlaşmalar ya da yatırımcı ile devlet arasında akdedilen sözleşmeler yoluyla sağlanmaktadır. Bu nedenle diplomatik himaye kurumu, sadece özel bir andlaşmanın veya sözleşmenin yokluğunda başvuru bir yol haline gelmiştir. Her ne kadar yatırım andlaşmalarında şirket hissedarlarının da şirkete verilen zararlardan ötürü hukuki koruma hakkına sahip olduğu belirtilmekteyse de bu hakkın bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu iddia edilemez. Washington (ICSID) Konvansiyonu uygulaması veya iki taraflı yatırım andlaşmalarının uluslararası teamül hukukunu değiştirdiğine dair elimizde yeterli kanıt mevcut değildir.

¹⁴⁶ Ahmadou Sadio Diallo Case, parag.81-90.

¹⁴⁷ Crawford, J. (2002). The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. *American Journal of International Law*, Vol.96, pp.874-890.

Hissedarın bu şekilde korunması ancak uluslararası hukuk komisyonunca hazırlanan diplomatik himayeye dair taslak düzenlemenin 11. maddesinde belirtildiği gibi “şirket kurulması o ülkede iş yapılabilmesi için önkoşul olarak öngörölmüşse” mümkün olabilir.¹⁴⁸ Divan, ICSID Konvansiyonu veya iki taraflı yatırım andlaşmalarındaki hükümlerin *lex specialis* olduğunu ve diplomatik himaye davasına uygulanamayacağını düşünmüştür.¹⁴⁹ Knight ve O’Brien Divan’ın bu anlamda uluslararası hukukun gelişim yönünü okuyamadığını, bu kuralın hakemlik kararlarında sıkça kullanıldığını göremediğini ve yeni bir teamül hukuku kuralının oluşum süreci açısından tarihi bir fırsatı kaçırdığını düşünmektedir.¹⁵⁰ Benzer şekilde Muchlinski de Divan’ın Diallo kararında yargısal yaratıcılık gösterip yatırım hukukunu geliştirebilecek iken dar bir yorum yapmasının hayal kırıklığı yarattığını düşünmektedir.¹⁵¹

Divan’ın en önemli tespitlerinden bir tanesi diplomatik himaye kurumunun artık insan hakları hukuku ile birlikte okunması gerektiğidir. Buna göre diplomatik himaye kapsamında korunması gereken haklar, artık insan hakları hukukunun bireyler veya şirketler için öngördüğü hakları da kapsayacak biçimde genişlemiştir.¹⁵² Divan bu nedenle AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi kararları, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere birçok insan hakları kararı ve belgesine atıfta bulunmuştur.¹⁵³ Simma’ya göre bu açıdan

¹⁴⁸ Vermeer-Künzli, A. (2007). Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case. *Leiden Journal of International Law*, Vol.20, Issue 4, pp.941-954.

¹⁴⁹ Diallo Case, parag.88-89-90-91.

¹⁵⁰ Knight, S. J. & O’Brien, A. J. (2008). Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights: Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo). *Melbourne Journal of International Law*, Vol.9, pp.15-16.

¹⁵¹ Muchlinski, P. (2009). The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp.341-363.

¹⁵² Gandhi, S. (2011). Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case. *Human Rights Law Review*, Vol.11, Issue 3, pp.527-555; Vermeer-Künzli, A. (2013). Diallo: Between Diplomatic Protection and Human Rights. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.4, No.3, pp.487-500.

¹⁵³ Arsava, F. (2015). Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl.6, Sayı.21, s.12-13.

Divan metaforik bir değişim geçirmiş, ilk defa bir diplomatik himaye davasında geniş bir şekilde insan hakları analizlerinde bulunmuş ve artık insan hakları ihlallerinin de ICJ bünyesinde değerlendirilebileceğine dair güçlü bir izlenim oluşturmuştur.¹⁵⁴ Diallo kararında esasen Divan hem yabancı yatırım hukukunun hem de insan hakları hukukunun büyük gelişim gösterdiğini kabul etmiş ancak her iki hukuk dalını farklı şekilde değerlendirmiştir.

2.3.3. Diplomatik Himaye Yoluyla Zarar Giderimi

Diplomatik himaye yolunun işletilmesi neticesinde sorumlu olduğu iddia edilen devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi tespit edildiğinde, diplomatik himayenin ön koşulları da tamamlanmış ise, artık zararı veren devlet onarım (reparation) yükümlülüğü altına girer.¹⁵⁵ Onarım yükümlülüğü Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Chorzow Factory* davasında ele alınmıştır. Divan'a göre uluslararası bir yükümlülüğün ihlali neticesinde oluşan zararı, yeterli olacak şekilde onarmak uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Zararın onarımı aynı zamanda uluslararası bir sözleşmenin ihlalinin doğal neticesidir. Bu durumun ayrıca sözleşmede belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Uluslararası teamül ve yargı kararları ile de sabit olduğu üzere, uluslararası hukuka aykırı eylemin neticesinde doğacak onarım yükümlülüğünden anlaşılması gereken mümkün olduğunca zararın tüm etkileri ile ortadan kaldırılması, durumun eylemin gerçekleşmesinden önceki eski haline getirilmesidir. Eski hale getirme ile zararın onarımı mümkün değilse bunun yerine ödenecek uygun bir tazminat ile zarar giderilmelidir.¹⁵⁶ Devletin sorumluluğuna dair taslak düzenlemenin 34. maddesinde Komisyon, zararın onarımı yollarının eski hale

¹⁵⁴ Simma, B. (2013). Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life? In Tams, C. J. & Sloan, J. (ed). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford University Press, pp.300-325.

¹⁵⁵ Shelton, D. (2002). Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility. *American Journal of International Law*, Vol.96, Issue 4, pp.833-856.

¹⁵⁶ *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pp.21-47.

iade ve tazminat olabileceği gibi tatmin (manevi onarım) olabileceğini de açıkça belirtmiştir.¹⁵⁷

Diplomatik himaye neticesinde gündeme gelebilecek ilk zarar giderim metodu eski hale iadedir. Zira bir durumun maddi ya da hukuki olarak eski haline getirilmesi mümkünse öncelikle bu yol kullanılmalıdır.¹⁵⁸ Bir şirketin el konulan menkul veya gayrimenkullerinin sahibine teslim edilmesi maddi olarak eski hale iade teşkil ederken, şirket hissedarının tutukluluğunun ortadan kaldırılması hukuki anlamda eski hale iade olarak kabul edilir. Ayrıca eski hale iadede uluslararası hukuka aykırı eylem olmasaydı farazi ve muhtemel anlamda oluşabilecek duruma göre değil eylemden önceki gerçek ve aktüel duruma göre değerlendirme yapılır. Zararın tüm neticelerinin ortadan kaldırılması ve eski durumun yeniden tesis edilmesi ise bazı durumlarda mümkün olmayabilir ya da mümkün ancak faydasız olabilir. Bu nedenle taslak düzenlemenin 35. maddesi eski hale iade hususunda genel kuralı belirttiğinden sonra bazı istisnalara yer vermiştir. Buna göre; uluslararası hukuka aykırı eylemi neticesinde sorumlu tutulan devlet eski hale iade yükümlülüğü altındadır. Ancak eski hale iade maddi anlamda imkansız ise ya da oransal açıdan kıyas edildiğinde tazminata nazaran tercih edilmeye değer bir fayda içermiyorsa bu yol tercih edilmez.¹⁵⁹ Ayrıca eski hale iade uygulanırken ölçülülük (proportionality) ilkesine dikkat edilmelidir. Ölçülülük ilkesine göre amaç için başvuru araç elverişli ve en az külfet yükleyen araç olmalı, amaç ile başvuru araç arasında orantısızlık olmamalıdır.¹⁶⁰ Uluslararası Adalet Divanı da *Pulp Mills* davasında “diğer zarar giderim yollarında olduğu gibi zarara neden olay ve eylem göz önünde bulundurulduğunda eski hale iade, (tazminata nazaran) söz konusu zararın

¹⁵⁷ Draft Articles on State Responsibility, art.34.

¹⁵⁸ Drucker, A. (1966). Restitution in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.15, No.1, pp.263-269; Buxbaum, R. M. (2005). A Legal History of International Reparations. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.23, Issue 2, pp.314-346.

¹⁵⁹ Draft Articles on State Responsibility, art.35. Eski hale iadenin önceliği Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından da Chorzow Factory davasında teyit edilmiştir. Bakınız: *Factory at Chorzow, Merits*, p.48.

¹⁶⁰ Cianciardo, J. (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, Vol.3, pp.177-181.

giderilmesinde uygun araç olmalıdır” tespitini yaparak ölçülülük ilkesine atıf yapmıştır.¹⁶¹

Devletin sorumluluğuna dair taslak düzenlemenin “tazminat” (compensation) başlıklı 36. maddesi “uluslararası hukuka aykırı eylemin sorumlusu olan devlet, zarar eski hale iade ile giderilemediği ölçüde, tazminat ödemekle yükümlüdür” diyerek tazminatın ikincil ve tamamlayıcı bir metod olduğuna vurgu yapmıştır.¹⁶² Ayrıca madde ikinci fıkrasında tazminatın kapsamını belirtmiş ve tazminatın mali olarak hesaplanabilecek tüm zarar ile belirlenebildiği ölçüde mahrum kalınan kardan oluşacağını tespit etmiştir.¹⁶³ ICSID hakem heyetlerince de sıkça atıf yapılan *Gabcikovo Nagymaros* davasında Uluslararası Adalet Divanı tarafından da vurgulandığı üzere tazminat uluslararası teamül hukukunun yerleşik bir kuralıdır ve sıkça başvurulan bir yöntemdir.¹⁶⁴ Zira genellikle eski hale iade mümkün olmamakta ya da zararın tam olarak giderilebilmesi için uygun bir çözüm sunmamaktadır. Örneğin, bir şirketin gayrimenkulleri eski hale iade kapsamında şirkete geri verilebilir ancak içerisindeki menkul malları ortadan kaybolmuş, çürümüş, paslanmış ya da parçalanmış olabilir. Bu durumda menkul mallar için tazminat gündeme gelebilecektir. Eski hale iade kapsamında mahrum kalınan kar düzenlenmemektedir. Bu durum mahrum kalınan karın tazminat kapsamında değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁶⁵ Tazminat yolu en çok yabancı yatırımcının yatırımının kamulaştırıldığı durumlarda gündeme gelmektedir.¹⁶⁶ Bu anlamda tazminatın

¹⁶¹ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Reports 14, parag.274. Son bölümde inceleneceği üzere yatırım tahkimi kararlarında da ölçülülük ilkesi uygulanmaktadır.

¹⁶² Gray, C. (1999). The Choice between Restitution and Compensation. *European Journal of International Law*, Vol.10, Issue 2, pp.413-423.

¹⁶³ Draft Articles on State Responsibility, art.36.

¹⁶⁴ Gabcikovo Nagymaros Project Case, (Hungary – Slovakia), Judgment, 1997, ICJ Reports, parag.46-48.

¹⁶⁵ Wittich, S. (2008). Compensation. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May pp.2-7.

¹⁶⁶ Marboe, I. (2017). *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford University Press, pp.7-41; Walde, T. W. & Sabahi, B. (2008). Compensation, Damages and Valuation. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.1050-1114.

kapsamı ve niteliği hususunda tartışmalar olmakla birlikte, *CMS v. Argentina* kararında olduğu gibi, birçok ICSID hakem heyeti “adil piyasa değeri” (fair market value) kriterine atıf yapmaktadır.¹⁶⁷

Diplomatik himaye neticesinde gündeme gelebilecek son onarım metodu tatmindir. Manevi onarım, özür ya da tarziye olarak da isimlendirilen tatmin, eski hale iade ve tazminat ile giderilemeyecek, maddi olmayan zararlar (immaterial damages) için başvurulabilecek bir onarım metodudur. Tatmin yoluna başvuru esasen eski hale iade ve tazminat ile karşılanmayan zararlar için gündeme geldiğinden istisnai bir karakter taşımakta olup, sıkça başvurulmuş bir yol değildir. Ancak tatmin yolunun istisnai olması ikincil olduğu anlamına gelmemektedir. Tatmin yolunu gerektiren zararlar çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Devletin egemenlik alametlerine veya devleti üst düzeyde temsil eden kişilere yönelik aşağılayıcı eylemler, gerçek kişinin haksız yere tutuklanması veya özel hayatını etkileyecek eylemler ya da şirketin itibarını ve güvenilirliğini kaybetmesine neden olan eylemler bu kabilden sayılabilir.¹⁶⁸ Uluslararası yatırım tahkimi davalarında manevi yaptırım sık başvurulmuş bir yol olmamakla birlikte bazı durumlarda manevi tazminata hükmedildiğine rastlanmaktadır.¹⁶⁹ *Desert Line v. Yemen* davasında yatırımcı Desert Line, çalışanlarının hak edişini alamaması, silahlı baskı, tehdit ve zorla alıkoyma gibi eylemlere maruz kalması sonucunda ICSID nezdinde Yemen aleyhine maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Hakem heyeti davacının bahsettiği eylemlerin davalı devletin silahlı kuvvetlerinin baskı ve kötü muamelesinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Heyet bu nedenle davacı lehine hem maddi tazminata hem de saygınlık ve itibarının zedelendiği gerekçesiyle manevi tazminata

¹⁶⁷ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Award, 12 May 2005, parag.402. Tazminatın hesaplanmasında kullanılan yöntemler için bakınız: Giray, F. K. (2013). *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*. Beta Yayınları, s.73-243.

¹⁶⁸ Hoss, C. (2011). Satisfaction. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.2-6.

¹⁶⁹ Dumberry, P. (2012). Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, Issue 1, pp.205-242; Parish, M. T. & Newlson, A. K. & Rosenberg, C. B. (2011). Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, Issue 1, pp.225-245.

hükmetmiştir.¹⁷⁰ *Lemire v. Ukraine* davasında ise ICSID hakem heyeti hangi hallerde manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini sıralamıştır. Buna göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için; 1) bir tarafın medeni ulus normlarını aşacak düzeyde cebir, tehdit ve benzeri kötü muamelede bulunması, 2) ev sahibi devletin eylemlerinin yatırımcı nezdinde saygınlık ve itibar kaybına veya beden ve ruh sağlığının bozulmasına yol açması, 3) manevi tazminatı gerektirecek tüm sebeplerin önemli boyutta olması gerekmektedir.¹⁷¹

Devlete bir yükümlülük veya zorunluluk yüklememekle birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2006 yılında hazırlanan Diplomatik Himayeye Dair Taslak Maddelerin 19. maddesi devletin diplomatik himaye hakkını nasıl kullanması gerektiğine dair yol gösterici nitelikte bazı tavsiyelerde bulunmaktadır. Buna göre; özellikle önemli bir zarar söz konusu olduğunda devlet diplomatik himaye hakkını kullanmakta özen göstermeli, diplomatik himayenin kullanımı ve diplomatik himaye neticesinde zararın giderilme biçimi hakkında, mümkünse, zarara uğrayan vatandaşının görüşünü dikkate almalı ve zarar veren devletten elde edilen herhangi bir tazminatı zarar gören vatandaşa aktarmalıdır.¹⁷² Her ne kadar diplomatik himaye hakkı devlete aitse de 19. madde düzenlemesi devletin bu hakkını kullanma biçimi bakımından insan hakları hukuku düzenlemelerine benzer bir metod tavsiye etmektedir.

2.3.4. Yatırım Tahkiminin Temeli Olarak Diplomatik Himaye Kurumu

Diplomatik himaye yabancı yatırımları korumak üzere başvuru yollarından en eskisidir. Nitekim kolonyal dönemden beri sermaye ihraç eden devletler güç diplomasisi yoluyla kendi yatırımcılarını himaye etmişlerdir. Güç kullanılarak sağlanan diplomatik himaye Latin Amerika ülkeleri gibi gelişmekte olan devletler

¹⁷⁰ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, parag.290.

¹⁷¹ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, parag.475-486.

¹⁷² Draft Articles on Diplomatic Protection, art.19.

nezdinde karşı tepkiler doğurmuş ve ulusal standart ya da Calvo Doktrini gibi fikirlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bu nedenle 20. yüzyılda diplomatik himaye özellikle hukuki yollar (uluslararası yargı ve tahkim) kullanılarak ikame edilmeye, devletler arasındaki uyuşmazlıklar depolitize edilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda devlet-devlet uyuşmazlığı şeklinde başlayan çözüm arayışları yatırımcı-devlet uyuşmazlığı şeklini almıştır.¹⁷³ Diplomatik himayeyi yatırım uyuşmazlıklarının temeli sayan Brabandere gibi yazarlar temelde modern yatırım tahkiminin de diplomatik himaye gibi devletin rızasına dayandığına, diplomatik himaye kurumunda da devletin kendi rızası ile uyuşmazlığın tarafı olduğuna vurgu yapmaktadır. Brabandere'ye göre her iki uyuşmazlık çözüm metodu da uluslararası hukuk (public international law) karakteri taşımaktadır.¹⁷⁴ Yackee gibi bazı yazarlar 1864 tarihli *Suez v. Egypt* davasını ilk yatırımcı-devlet tahkimi olarak görmekte ve yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının tarihini, ikinci dünya savaşı sonrası tarihe vurgu yapanların aksine, daha eski tarihlere dayandırmaktadır.¹⁷⁵

Diplomatik himaye kurumunun yatırım hukukunun temeli olmaktan ziyade tamamlayıcısı olduğunu düşünen yazarların genel itibarıyla kullandığı argümanlar ICSID Konvansiyonu'nun 27. maddesine dayanmaktadır. 27. madde hükmüne göre "1) uyuşmazlık neticesinde alınacak karara karşı tarafça uyulmaması veya kararın uygulanmaması durumları hariç tutulmak üzere, hakemliğe başvurmuş veya rızasını göndermiş hiçbir akit devlet uyuşmazlığın tarafı olan vatandaşına diplomatik himaye sağlayamaz ya da başkaca bir uluslararası iddiada bulunamaz. 2) Birinci paragrafın amaçları doğrultusunda belirtilen diplomatik himaye, anlaşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak için yapılan gayriresmi diplomatik yazışmaları kapsamaz."¹⁷⁶ 27.

¹⁷³ Benzer bir tartışma insan hakları hukuku hakkında da gündeme gelmiştir. Bazı yazarlar diplomatik himaye ile insan hakları konvansiyonları arasında güçlü bir ilişkinin olduğunu belirtmektedir. Tartışmalar için bakınız: Karazivan, N. (2007). Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially. *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.44, pp.299-352.

¹⁷⁴ Brabandere, E. (2014). *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, pp.15-24.

¹⁷⁵ Yackee, J. W. (2016). The First Investor-State Arbitration: The Suez Canal Company v. Egypt (1864). *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.17, Issue 3, pp.1-3.

¹⁷⁶ ICSID convention, art.27.

madde diplomatik himaye yoluna başvurunun “son çare ilkesi” kapsamında mümkün olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere tarihsel anlamda diplomatik himaye politik çıkarlar ekseninde yürütülmekteydi. Bu nedenle devletlerce yatırım uyuşmazlıklarının hukuki zeminde yürütülmesine yönelik bir eğilim ortaya çıkmış ve bu anlayış ICSID Konvansiyonu’nun 27. maddesine de yansımıştır.¹⁷⁷ Nitekim ICSID Konvansiyonu’nun hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) esnasında da 27. maddenin amacı ‘uyuşmazlığı diplomasi alanından çekip hukuki alana taşımak’ şeklinde vurgulanmıştır.¹⁷⁸ Davies, yatırım uyuşmazlıklarının diplomatik himaye ile çözümünün yatırımcılar açısından da istenilen bir durum olmadığını, zira yatırımcının böylesi bir durumda kendi devletinin politik kararlarına muhtaç kaldığını, iradesini devletin iradesine bağladığını belirtmektedir.¹⁷⁹ Amerasinghe ise 27. maddede belirtilen diplomatik himaye yoluna başvurma yasağının uluslararası teamül hukukuna dayanmadığını, böyle bir düzenlemenin ancak prosedürel anlamda mantıklı olmayan bir duplikasyonu önlemek amacını taşıdığını iddia etmektedir. Nitekim maddenin ikinci fıkrası da gayriresmi diplomatik girişimlere izin vermektedir.¹⁸⁰ Bu anlamda bazı yazarlar diplomatik himaye hakkından vazgeçilmediği, sadece tahkim süreci boyunca askıya alındığını düşünmektedir.¹⁸¹ Ancak *Banro American v. Democratic Republic of Congo* davasında hakem heyeti, tahkim sürecinde diplomatik himaye yoluna başvurmanın 27. maddeyi ihlal edeceğini ve bu durumun ise, uluslararası hukuka

¹⁷⁷ Genel bir yorum için bakınız: UNCTAD (2010). *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York, United Nations, p.53.

¹⁷⁸ *History of the ICSID Convention, Documents (1968)*, Vol.II, p.273.

¹⁷⁹ Davies, A. (2012). *Scoping the Boundary between the Trade Law and Investment Law Regimes: When does a Measure Relate to Investment?*. *Journal of International Economic Law*, Vol. 15/3, pp. 794-795.

¹⁸⁰ Amerasinghe, C. F. (2008). *Diplomatic Protection*. Oxford University Press, pp.334-341.

¹⁸¹ Tunic, D. (1998). *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection*. *Thesaurus Acroasium*, Vol. XXIII, p. 454.

aykırı eylem teşkil ettiğinden dolayı, devletin sorumluluğuna yol açacağını düşünmektedir.¹⁸²

Öte yandan Schreuer, 27. maddede yer alan diplomatik himayeye ancak karara uyulmadığında başvurulabileceği ifadesini özel hüküm (*lex specialis*) kavramı ile izah etmektedir. Yazara göre ICSID Konvansiyonu sadece taraf devletler için özel bir rejim kurmuştur. Bu rejim genel hükümlerden ayrılan bir *lex specialis* oluşturur ve konvansiyona taraf olmayan devletleri bağlamaz. Yani yatırım tahkimi açısından diplomatik himaye yoluna başvurulamayacağına dair genel bir kural söz konusu değildir ancak ICSID gibi bir sözleşmede yer alması devletin özel hükme rıza gösterdiğini gösterir. 27. madde düzenlemesi gereği, hakem kararının uygulanmaması nedeniyle diplomatik himaye yoluna başvuracak devletin artık uyrukluk bağına da ispat etmesine gerek yoktur. Zira diplomatik himayeye konu olacak dava ile artık ev sahibi devletin ICSID hakem kararını uygulamamasından dolayı sorumluluğu ileri sürülecektir. Bu anlamda ICSID Konvansiyonu'nun 64. maddesini de 27. maddeyi tamamlayıcı bir düzenleme olarak görmek gerekir. Buna göre "akit devletler arasında bu sözleşmenin yorumundan veya uygulamasından doğan ve görüşmelerle çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıklar, devletler başkaca bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde, Uluslararası Adalet Divanı'na götürülür."¹⁸³ Dugard ise diplomatik himaye, insan hakları ve yatırım hukukunun bireyi korumayı hedeflediğini ve birbirini tamamladığını belirtmekte, bu üç alanın birbirine göre *lex specialis* teşkil edemeyeceğini iddia etmektedir.¹⁸⁴

Kanaatimizce diplomatik himaye ile yabancı yatırım hukuku arasındaki ilişkiyi zamansal gelişim ile açıklamak daha uygundur. Diplomatik himaye önceleri yatırım

¹⁸² Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000, parag.18.

¹⁸³ Schreuer, C. et al. (2009). *The ICSID convention: A Commentary*. Cambridge University Press, pp.414-431; Trevino, C. J. (2014). State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.5, Issue 1, pp.199-233.

¹⁸⁴ Dugard, J. (2004). Fifth Report On Diplomatic Protection, Document A/CN.4/538. http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_538.pdf (erişim tarihi 02.11.2017).

uyuşmazlıklarının çözümünde başvuru ve yatırım hukukuna temel oluşturan bir hukuk yolu iken günümüz dünyasında artık popülaritesini yitirmiştir.¹⁸⁵ Ancak bu durum diplomatik himayenin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Diplomatik himaye, insan hakları hukuku veya yatırım tahkimi gibi uyuşmazlıkların çözümü için aynı oranda cari bir mekanizma olmakla birlikte, ICSID Konvansiyonu'nda olduğu gibi, devletlerin rızası ile sadece tamamlayıcı bir role de indirgenebilir.¹⁸⁶ Bu anlamda Dugard'ın diplomatik himayeyi diğer alanlar ile eşitleyen görüşüne katılmamaktayız. Zira diplomatik himaye esasen devletin sorumluluğu hukukunun bir parçasıdır ve temelde devletler arasında cereyan eder. İnsan hakları hukuku ve yatırım hukukunun özel rejim (*lex specialis*) olarak kabul edilmesi mümkün ise de diplomatik himaye hakkında aynı şeyi söyleyebilmek için yeterli kanıt bulunmamaktadır.

Zaman içerisinde uluslararası hukuk bireyin devlet karşısında doğrudan muhatap alındığı özel rejimleri doğurmuştur. Bu durum uyuşmazlıkları depolitize ederek devlet-devlet durumundan birey-devlet durumuna taşımıştır.¹⁸⁷ Bu anlamda sömürgecilik ve depolitizasyon fikirlerini de gelişimsel temelde bağdaştırmak mümkündür. Yabancı yatırım hukuku tarihsel anlamda sömürgecilik faaliyetlerinden doğmuş ise de modern anlamda depolitizasyon fikrinin bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim ICSID'in kurulmasında etkin rol oynayan Aron Broches, ICSID tahkiminin kurulmasının amacının yatırım uyuşmazlıklarını devletler arasındaki politik sahadan izole etmek olduğunu vurgulamıştır.¹⁸⁸ Benzer şekilde daha sonraki

¹⁸⁵ Bu anlamda diplomatik himayeden kastettiğimiz hukuki temelde Uluslararası Adalet Divanı'na dava açma yoludur. Zira politik anlamda diplomatik himaye, özellikle konsolosluklar nezdinde kurulan ticaret ateşelikleri yoluyla, etkin bir şekilde kullanılmaya devam etmektedir.

¹⁸⁶ Belirtmeliyiz ki tamamlayıcı role indirgenen diplomatik himayeden, devletlerin "Vattelyan Kurgu" gereği Uluslararası Adalet Divanı'na dava açma yolunu kullanmasını kastetmekteyiz. Zira özellikle devletlerin yabancı devletler nezdindeki konsolosluklarında yer alan ticaret ateşelikleri yoluyla yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar diplomatik yoldan çözülmeye ve uyuşmazlıklar yargıya veya uluslararası tahkime taşınmadan anlaşma yoluyla sonlandırılmaya çalışılmaktadır.

¹⁸⁷ Orakhelashvili, A. (2001). The Position of the Individual in International Law. *California Western International Law Journal*, Vol.31, pp.241-276.

¹⁸⁸ Broches, A. (1995). Settlement of Investment Disputes. In Broches, A. (ed). *Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, p.163.

ICSID genel sekreterlerinden olan İbrahim Shihata da ICSID'in yatırım uyuşmazlıklarını depolitize etmek için kurulan bir mecra olduğunu vurgulamıştır.¹⁸⁹ Nitekim Hindelang'a göre ICSID 27/1 maddesine diplomatik himaye yasağı konması yatırım tahkiminin temel amaçlarından birinin diplomatik himayenin yerini alarak yatırım uyuşmazlıklarını depolitize etmek olduğunu göstermektedir.¹⁹⁰ Yazarların çoğunluğuna göre yatırım uyuşmazlıklarının depolitizasyonu süreci, hem yatırımcı hem ev sahibi devlet hem de kaynak devlet açısından avantajlıdır. İlk olarak yatırımcılar kendi devletlerinin takdir hakkına bağlı olmadan başka bir devlete dava açabilmekte ve diplomatik himayenin olumsuz yönlerinden kurtulabilmektedir.¹⁹¹ Ayrıca yatırımcılar uluslararası hukuka erişebilmekte ve devlet yargısına nazaran daha tarafsız bir heyet önünde hakkını arayabilme şansına sahip olmaktadır.¹⁹² İkinci olarak ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıya karşı olan muamelesinden dolayı, kaynak devletin müdahale ederek işlerine karışmasına veya kuvvet kullanmasına engel olmaktadır. Ev sahibi devlet uyuşmazlığı uluslararası tahkim yoluyla çözmekte ve kaynak devletin politik manevralarını önleyebilmektedir.¹⁹³ Üçüncü olarak ise kaynak devlet de kendi yatırımcısına muameleden dolayı başka bir devlet ile olan ilişkilerini bozmamakta ve her uyuşmazlıkta karmaşık politik ilişkiler içerisine girmemektedir.¹⁹⁴

Zamansal değişim Uluslararası Adalet Divanı'nın yatırım uyuşmazlıklarını içeren en önemli üç kararında da gözlemlenebilir. 1970 tarihli Barcelona Traction kararında

¹⁸⁹ Shihata, I. F. I. (1986). Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review-FILJ*, Vol.1, Issue 1, pp.1-25.

¹⁹⁰ Hindelang, S. (2011). Restitution and Compensation: Reconstructing the Relationship in Investment Treaty Law. In Hofmann, R. & Tams, C. J. (ed). *International Investment Law and General International Law*. Nomos Publications, p.189.

¹⁹¹ Sornarajah, M. (2000). *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, pp.61-84.

¹⁹² Puig, S. (2013). Recasting ICSID's Legitimacy Debate: Towards a Goal-Based Empirical Agenda. *Fordham International Law Journal*, Vol.36, pp.465-504; Puig, S. (2014). No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.35/3, pp.829-861.

¹⁹³ Pauwelyn, J. (2014). At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System. *ICSID Review-FILJ*, Vol.29, pp.372-418.

¹⁹⁴ Roberts, A. (2015). Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights. *Harvard International Law Journal*, Vol.56, pp.353-417.

son yarım yüzyılda yabancı yatırımlar alanında yaşanan önemli gelişmelere rağmen yatırımlara dair hukukun beklenildiği ölçüde gelişmediğini tespit eden¹⁹⁵ Divan, 1989 tarihli ELSI kararında FCN sözleşmeleri gibi iki taraflı yatırım andlaşmalarının artık yatırım uyuşmazlıkları alanında merkezi rol oynadıklarını kabul etmiştir.¹⁹⁶ 2007 tarihli Diallo kararında ise Divan, modern uluslararası hukukta artık yatırım uyuşmazlıklarının iki taraflı yatırım andlaşmaları veya Washington (ICSID) Konvansiyonu gibi yatırım uyuşmazlıklarına dair özel rejimlerce çözüldüğünü, ayrıca yatırımcı ve devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmelerinin etkili olduğunu, bu nedenle artık diplomatik himayenin ortadan kaybolmaya başladığını veya ancak özel bir rejimin olmadığı durumlarda uygulandığını tespit etmiştir.¹⁹⁷ Diplomatik himaye hakkında Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca hazırlanan taslak düzenlemenin 17. maddesi de yatırımlara dair andlaşmaların ilgili hükümleri gibi özel uluslararası hukuk hükümleri ile çatıştığı ölçüde diplomatik himayenin uygulanamayacağından bahsetmektedir. Taslak düzenlemenin yorumunda ise özel bir andlaşma düzenlemesinin olmadığı durumlarda diplomatik himayeye dair kuralların geçerli olacağı belirtilmektedir.¹⁹⁸

2.4. Uluslararası Kodifikasyon Girişimleri

Yabancı yatırım hukukunu andlaşmalar yoluyla düzenleme fikri daha çok 20. yüzyılın ürünüdür. Ancak yabancı yatırımlara dair birçok girişim, ortaya bağlayıcı ve çok taraflı bir belge çıkaramamıştır. Bu girişimlerden biri olan 1929 yılında Milletler Cemiyeti bünyesinde hazırlanan Yabancılar Muameleye Dair Taslak Andlaşma metni yabancı yatırımcılara ve mülkiyetlerine nasıl muamele edileceğine dair bazı düzenlemeler içermekte idi ancak taslak metin devletlerce kabul edilmemiş ve

¹⁹⁵ Barcelona Traction Case, Judgment, parag.89.

¹⁹⁶ ELSI Case, Judgment, parag.50-52.

¹⁹⁷ Diallo Case, Judgment, parag.88.

¹⁹⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, pp.89-90; Leys, D. (2015). Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach. *Harvard International Law Journal*, Vol.57, pp.1-14.

bağlayıcı nitelik taşımayan bir belge olarak kalmıştır.¹⁹⁹ Yine aynı tarihlerde Harvard taslak andlaşmalarından biri olarak Edwin Borchard tarafından hazırlanan “Kendi Ülkesinde Yabancıya ve Mülkiyetine Verilen Zararlardan Devletin Sorumluluğu” adlı düzenleme de resmi bir metne dönüşmemiştir.²⁰⁰ Aynı adı taşıyan bir taslak da Lahey Konferansında tartışılmış ancak yine bağlayıcı bir andlaşma ortaya konamamıştır. Öte yandan Milletler Cemiyeti’nin kuruluşundan sonra uluslararası ticaret ve yatırımları düzenlemekle görevli bir kuruluşun varlığı da tartışılmaya başlanmış ancak sermaye ihraç eden ve sermaye ithal eden devletler arasındaki görüş ayrılıkları nedeniyle hayata geçirilememiştir.²⁰¹

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra özellikle BM’nin kurulması ile hem politik hem de ekonomik düzlemde yeni bir dünya düzeni kurulmuştur.²⁰² Kolonilerin kademeli olarak bağımsızlıklarını kazanması ile birlikte, özellikle doğal kaynaklar üzerinde, sömürgeci devletlerce daha önce yabancı yatırımcılar lehine tanınan imtiyazların millileştirilmesi gerektiği tartışılmaktaydı. Sömürgeci devletlerin şirketlerine ait malların kamulaştırılması, Süveyş kanalının millileştirilmesi, petrol rafinerilerine el konulması gibi uygulamalar sık görülmeye başlanmıştır.²⁰³ 1944 yılında Bretton Woods konferansında Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD-Dünya Bankası) kurulmuştur. Ayrıca 1947 yılında Gümrük ve Ticaret Genel Andlaşması (GATT) ile çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin önü açılarak küreselleşme süreci hızlandırılmıştır.²⁰⁴ IMF, IBRD ve GATT uluslararası ekonomik sistemin temel 3 ayağını oluşturmuştur.²⁰⁵ 1948 yılında Havana’da düzenlenen BM

¹⁹⁹ Cutler, J.W. (1933). The Treatment of Foreigners in Relation to the Draft Convention and Conference of 1929. *American Journal of International Law*, Vol.27, pp.225-230.

²⁰⁰ Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners. (1929). *American Journal of International Law*, Vol.23(5), pp.132-139.

²⁰¹ Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International BV, pp.15-17.

²⁰² Mazower, M. (2009). *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*. Princeton University Press, pp.1-27.

²⁰³ Akinsanya, A. A. (1980). *Expropriation of Multinational Property in the Third World*. Praeger Publishers Inc., pp.10-34.

²⁰⁴ Bakınız: Herdegen, M. (2016). *Principles of International Economic Law*. Oxford University Press, pp.14-26.

²⁰⁵ Kayıhan, Ş. & Eski, M. (2010). *Uluslararası Ekonomi Hukuku*. Seçkin Yayınları, s.32-91.

konferansında yabancı yatırımların standartlarının bağlayıcı bir metinde belirlenmesi tartışılmış ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin muhalefeti nedeniyle pek kabul görmemiştir. Konferans sonunda düzenlenen Havana Şartı'nın 12. maddesi ekonomik kalkınma açısından yabancı yatırımların öneminden ve bazı önlemlerden bahsetse de metin bağlayıcılık kazanmamıştır. Ayrıca Havana konferansında tartışılan Uluslararası Ticaret Örgütü (ITO) de kurulamamış ve Havana Şartı tavsiye metninden öteye gidememiştir.²⁰⁶

Birleşmiş Milletler Şartı'nın en temel prensiplerinden bir tanesi devletlerin egemen eşitliği ilkesiydi.²⁰⁷ Yeni bağımsızlığını kazanan devletler, bu ilke uyarınca, doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik sahibi olduklarını dile getirmeye başlamışlardı. Bağımsızlığın en önemli şartı ekonomik bağımsızlıktı. Bu nedenle 1952 yılında Latin Amerika ülkelerinin öncülüğünde alınan 626 sayılı Genel Kurul kararı ile her devletin bağımsız bir şekilde doğal kaynaklarını çıkarabileceği ilkesel hükme bağlandı. 1962 yılında ise 1803 sayılı Genel Kurul kararı ile "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik" ilkesi deklare edilmiştir. Deklarasyonun yabancı yatırımları ilgilendiren en önemli maddeleri ev sahibi devletlere kamu yararı ve ulusal çıkar gibi belirli gerekçeler ile kamulaştırma hakkı tanıyan hükümlerdi. Ancak yine de bu hakkın uluslararası hukuka uygun şekilde kullanılması ve uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği de vurgulanmaktaydı.²⁰⁸ *Texaco v. Libya* davasında da hakem

²⁰⁶ Jackson, J. H. (1997). *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. The MIT Press, 2nd Edition, pp.11-28.

²⁰⁷ Anand, R.P. (1986). Sovereign Equality of States in International Law. In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Vol.197, Brill-Nijhoff, pp.22-165; Devletlerin egemen eşitliği ve uluslararası organizasyonlar hakkında bakınız: Kelsen, H. (1944). The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization. *The Yale Law Journal*, Vol.53, No.2, pp.207-220.

²⁰⁸ Schrijver, N. (1997). *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*. Cambridge University Press, pp.57-90.

1803 sayılı Genel Kurul kararının uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıttığını belirtmiştir.²⁰⁹

1970'lerde ortaya çıkan petrol krizinin de etkisiyle gelişmekte olan devletler BM bünyesindeki çoğunluk avantajlarını kullanarak 1974 yılında 3201 sayılı Genel Kurul kararına imza atmış ve Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen'i (NIEO) oluşturmak istemişlerdi. Buna göre yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeler gelişmekte olan devletler lehine olacak şekilde dizayn edilmiş, devletlerin ekonomik faaliyetleri üzerinde tam egemenlik sahibi olduğu vurgulanmıştır. Karara göre devletler herhangi bir kamulaştırma veya millileştirme eylemi karşısında diğer devletlerin baskısı ya da içişlerine müdahalesi ile karşılaşmamalıdır.²¹⁰ 3201 sayılı karardan yaklaşık altı ay sonra 3281 sayılı Genel Kurul kararı ile Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı kabul edilmiştir. Şart'ın yabancı yatırımları ilgilendiren 2. maddesinde yabancı yatırımlar ile ilgili düzenlemelerin ulusal yetki alanında olduğu, hiçbir devletin yabancı yatırımlara ayrıcalık tanınması hususunda baskıya maruz bırakılmayacağı vurgulanmıştır.²¹¹ *Texaco v. Libya* davasında hakem 3281 sayılı Genel Kurul kararının uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtmadığını belirtmiş, 1803 sayılı karar ile aynı ağırlıkta olmadığını düşünmüştür.²¹² Subedi, 3281 sayılı kararda özellikle uluslararası hukuka değinilmemesine dikkat çekmekte ve Calvo doktrininin izlerine geri dönüş şeklinde bir eğilim olduğunu tespit etmektedir. Subedi'ye göre bu durum aynı zamanda gelişmiş devletlerin deklarasyona olan desteğini de engellemiştir.²¹³

²⁰⁹ *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya*, 1977, IL Reports 53, parag.87; Ng'ambi, S. P. (2015). Permanent Sovereignty Over Natural Resources and the Sanctity of Contracts, From the Angle of Lucrum Cessans. *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol.12, Issue 2, pp.153-172.

²¹⁰ Gordon, R. (2009). The Dawn of a New: New International Economic Order?. *Law and Contemporary Problems*, Vol.72/131, pp.131-162.

²¹¹ Weston, B. (1981). The Charter of Economic Rights and Duties of States and Deprivation of Foreign-Owned Wealth. *American Journal of International Law*, Vol.75, p.437.

²¹² *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya*, 1977, IL Reports 53, parag.477-490.

²¹³ Subedi, S. P. (2012). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Hart Publishing, 2nd Edition, p.26.

Devletlerin girişimleri haricinde de yabancı yatırımları düzenlemek üzere birçok çalışma mevcuttur. 1959 tarihli Abs-Shawcross taslak konvansiyonu örnek olarak sayılabilir. Konvansiyon temel itibarıyla adil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik gibi yabancı yatırım hukuku standartlarını tespit etmeye çalışmış, kamulaştırma ve tazminat özelinde uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğine dair öneriler sunmuştur. Her ne kadar bağlayıcı bir metin haline gelmediyse de Abs-Shawcross taslağı uluslararası hukuk standartlarına vurgu yapması açısından önemli bir belgedir.²¹⁴ Yabancı yatırımları düzenleyen bir diğer önemli belge de 1992 tarihli ve Dünya Bankası tarafından hazırlanan Doğrudan Yabancı Yatırımlara Muamele Hakkında Davranış İlkeleri'dir. Çalışmanın yabancı yatırımlar alanında gelişmiş olan uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu olduğu söylenmekte ise de esasen mevcut kurallardan çok daha geniş düzenlemeler içermektedir. Örneğin 4. bölümde kamulaştırma ile ilgili düzenlemeler öngörülmüş ve kamulaştırmanın neticesinde uygun bir tazminatın ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Sonrasında ise uygun tazminattan yeterli, etkili ve hızlı tazminatın kastedildiği belirtilerek her bir unsur detaylı bir biçimde izah edilmiştir. Öte yandan adil ve hakkaniyetli muamele gibi standartlara uyulması gerektiğini belirten düzenleme uyuşmazlıklar açısından özellikle ICSID tahkimini tavsiye etmiştir.²¹⁵

Yabancı yatırım hukuku alanında devlet dışı aktörlerce hazırlanan çalışmalardan belki de en önemlisi OECD tarafından 1998 yılında tamamlanan Çok Taraflı Yatırım Andlaşması taslağıdır (Multilateral Agreement on Investment-MAI). 1950'lerden başlayarak yabancı yatırımları düzenleyen birçok çalışma ortaya koyan OECD'nin çalışmaları gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin anlaşmazlıkları nedeniyle bağlayıcı metne dönüşmemiştir. Bu anlamda esasen bağlayıcı bir metne dönüşmek üzere çok taraflı bir andlaşma taslağı olarak MAI hazırlanmıştır. Yatırımlara

²¹⁴ Schwarzenberger, G. (1961). The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary. *Current Legal Problems*, Vol.14, Issue 1, pp.213-246.

²¹⁵ Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (1992). World Bank Documents Vol.II, <http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf> (erişim tarihi 16.11.2017).

uygulanacak korumanın küreselleşmenin önünü açacağını düşünen OECD, MAI ile birlikte yatırımlar için yüksek standartlar ve etkin uyuşmazlık çözüm yolları sunulduğunu savunmuştur. Örneğin 4. madde uyarınca yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik standartları sağlanmalı, hiçbir taraf devlet uluslararası hukukun uygun gördüğü standartlardan daha düşük bir muamele yoluna gitmemelidir. MAI ayrıca kamulaştırma ve tazminat konusunda da detaylı düzenlemeler içermektedir.²¹⁶ Bazı yazarlar MAI'nin çok fazla yatırımcı lehine hükümler içerdiğini ve tüm yükümlülükleri ev sahibi devlete yüklediğini düşünerek taslak düzenlemeyi eleştirmiştir. Bu açıdan bakıldığında OECD veya UNCTC tarafından hazırlanan çok uluslu şirketlerin uyacakları davranış kodlarında düzenlenen bazı yükümlülüklerin MAI taslağına eklenmesinin daha dengeli bir metin ortaya çıkarabileceği tartışılmaktadır.²¹⁷ MAI'nin başarısızlığa uğramasının temel bazı nedenleri vardır. Birincisi, ABD ile AB ülkeleri arasında bölgesel ticari anlaşmalar için çekince konulması, film endüstrisine istisna getirilmesi ve çalışma ve çevre standartları hususunda uzlaşmaya varılamamasıdır. İkincisi, gelişmekte olan ülkelerin (özellikle Hindistan), kendi menfaatlerinin gözardı edildiğini ve MAI'nin sadece gelişmiş ülkelere göre dizayn edildiğini düşünmesi ve bu nedenle MAI'ye karşı çıkmasıdır. Üçüncüsü, hükümet dışı örgütlerin (NGOs) MAI'nin yeterli çalışma ve çevre standartları öngörmediğini düşünmesi ve MAI'ye karşı çıkmasıdır.²¹⁸

2.5. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Devri

Yabancı yatırımlara uygulanacak teamül hukuku kurallarının net olarak belirlenememesi, gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler arasındaki fikir ayrılıklarından ötürü yabancı yatırımları koruyan çok taraflı bir anlaşma

²¹⁶ Canner, S. J. (1998). The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, Vol.31, Issue 3, pp.657-681; MAI tartışmalarına Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde devam edilmek istenmiş ancak Doha konferansları esnasında kabul görmemiştir. Bakınız: Çalışkan, Y. (2008). *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment*. Boca Raton Publications, pp.110-142.

²¹⁷ Muchlinski, P. T. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?. *The International Lawyer*, Vol.34, No.3, pp.1033-1053.

²¹⁸ Schill, S. W. (2014). *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press, pp.54-55.

yapılamaması ve uluslararası yargı mercilerinin uyguladığı hukukun çağın taleplerinin gerisinde kalması gibi gerekçeler, yatırımcıların teşviki ile devletleri, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, iki taraflı yatırım andlaşmalarına yöneltmiştir.²¹⁹ İki taraflı yatırım andlaşması (BIT) şeklindeki ilk andlaşma Almanya ile Pakistan arasında 1959 yılında akdedilmiş ise de bazı devletlerce Dostluk, Ticaret ve Denizcilik andlaşmaları (FCN Treaties) yoluyla yabancı yatırımları koruma geleneği bir süre daha devam ettirilmiştir. Özellikle ABD ve İngiltere gibi devletler ikinci dünya savaşı sonrasında da, yatırımların korunmasına daha çok vurgu yapan, FCN andlaşmaları akdetmişlerdir.²²⁰ Örneğin 1956 tarihinde ABD ve Nikaragua arasında akdedilen FCN andlaşması her ne kadar BIT adını taşımasa da içerik olarak aynı özelliklere sahiptir ve aynı amaca hizmet etmektedir.²²¹

1959 tarihli ve Almanya ile Pakistan arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının FCN andlaşmalarından ayrılan en önemli karakteristik özellikleri arasında geniş bir şekilde yatırım tanımı yapması ve uyuşmazlık durumunda uluslararası çözüm yolu önermesi dikkat çekmektedir.²²² Nitekim andlaşma uyuşmazlık halinde Uluslararası Adalet Divanı'na (ICJ) veya taraflarca kararlaştırılacak bir tahkim merciine başvurulmasını öngörmektedir.²²³ Almanya'nın ardından İngiltere, Fransa, İtalya, İsveç, Norveç, Danimarka, Hollanda ve Avusturya gibi gelişmiş Avrupa devletleri 1960 ve 1970'ler boyunca çokca iki taraflı yatırım andlaşması akdetmişlerdir. Bu dönem akdedilen BIT'ler genel itibariyle kısa ve yatırımların korunmasına yönelik uluslararası standartlara vurgu yapan bir özellik

²¹⁹ Dolzer, R. & Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers. pp.1-15.

²²⁰ Vandeveld, K. J. (2017). *The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*. Oxford University Press, pp.57-111.

²²¹ Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Nicaragua, 21 January 1956, 367 U.N.T.S. 3 (entered into force 24 May 1958). <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280139d26> (erişim tarihi 06.12.2017).

²²² Germany-Pakistan BIT. Bakınız:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387> (erişim tarihi 06.12.2017).

²²³ Karl, J. (1996). The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad. *ICSID Review-FILJ*, Vol.11, pp.1-10.

taşıymaktaydı.²²⁴ 1965 yılında ICSID Konvansiyonu'nun imzalanması ile birlikte BIT'ler artık yaygın bir şekilde Asya ülkeleri ve gelişmekte olan devletlerce de akdedilmeye başlanmıştır. Ancak 1968 yılına kadar akdedilen BIT'lerde uyuşmazlıkların çözümü konusunda başvurulabilecek yollar arasında ICJ ya da Devlet-Devlet (state to state) tahkimi sayılmaktaydı. Yatırımcı-Devlet tahkiminin (investor to state) öngörüldüğü ilk BIT 1968 tarihinde Endonezya ve Hollanda arasında akdedilmiştir.²²⁵ 1969 yılında ise ICSID tarafından iki taraflı yatırım andlaşmalarına uygulanabilecek örnek yatırım tahkimi kizları yayınlanmıştır.²²⁶ Yatırım tahkimi, yatırımların korunması haricinde yatırım uyuşmazlıklarının depolitize edilmesi gibi bir amaca da sahipti. Daha sonra Sovyetler Birliği'nin çökmesi ile birlikte ve küreselleşmenin de etkisiyle, 1980'lerin sonunda 400 civarında olan BIT sayısı 1990'ların sonunda 2000'e yaklaşmıştı.²²⁷ Andean Paktı ile Calvo Doktrini'ni uygulayan ve ICSID Konvansiyonuna taraf olmaktan kaçınan Latin Amerika ülkeleri²²⁸ de 1990'lar sonrasında ekonomilerini liberalleştirmeye ve iki taraflı yatırım andlaşmaları imzalamaya başlamışlardır.

İki taraflı yatırım andlaşmaları devri aynı zamanda birçok bölgesel birliğin ve koruma sistemlerinin oluşmasının da önünü açmıştır. Arap Devletleri Birliği (League of Arab States) bünyesinde 1980 yılında Arap Devletlerinde Arap Sermayesi Yatırımları Hakkında Birleşik Sözleşme²²⁹ imzalanmış ve akit devletlerin kendi aralarındaki ekonomik entegrasyon ve kalkınma, bölgesel bir düzenleme ile geliştirilmeye

²²⁴ Juillard, P. (2001). Bilateral Investment Treaties in the Context of Investment Law. Conference Paper in Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe, 28-29 May 2001, Dubrovnik, Croatia, pp.1-6 <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/1894794.pdf> (erişim tarihi 06.12.2017).

²²⁵ Indonesia – Netherlands BIT, 7 July 1968, art.11.

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/1987> (erişim tarihi 06.12.2017).

²²⁶ Model Clauses Relating to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Designed for Use in Bilateral Investment Agreements, ICSID, September 1969, 8 ILM, p.1341.

²²⁷ UNCTAD Press Release (2000). Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s. 15 December 2000, TAD/INF/2877.

²²⁸ Oliver, C. T. (1972). The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment. *The American Journal of International Law*, Vol.66/5, pp.763-784.

²²⁹ League of Arab States (1980). Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States. Economic Documents, No. 3, Tunis.

çalışılmıştır. Ayrıca sözleşme Kahire merkezli Arap Yatırım Mahkemesi'ni (Arab Investment Court) uyuşmazlıklar için bir çözüm merkezi olarak kurmuştur.²³⁰ Ancak mahkeme ilk kararını ancak 2004 yılında verebilmiştir.²³¹ Benzer şekilde 1981 yılında İslam Konferansı Teşkilatı (güncel adıyla İslam İşbirliği Teşkilatı-OIC) bünyesinde İslam Konferansı Teşkilatına Üye Devletler Arasında Yatırımların Teşviki, Korunması ve Garanti Edilmesine Dair Sözleşme akdedilmiş, üye devletler arasında yapılacak iki taraflı yatırım anlaşmalarının yanında OIC sözleşmesi de yürürlüğe konmuştur. Sözleşme yatırımlara uygulanacak standartlardan bahsetmekte ve uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabilme imkanı tanımakta, hakem kararının iç hukukta verilen mahkeme kararı gibi icra edilebileceğini öngörmektedir.²³² Öte yandan 1987 yılında Güneydoğu Asya Devletleri Birliği (ASEAN) bünyesinde imzalanan Yatırımların Korunması ve Teşvikine Dair Sözleşme ile Doğu ve Güney Afrika Devletleri Ortak Pazarı (COMESA) için Yatırım Sözleşmesi de bölgesel sistemlere diğer örnekler olarak gösterilebilir.²³³ Önceki bölümlerde bahsettiğimiz gibi NAFTA ve ECT anlaşmaları da yatırım hükümleri içeren bölgesel ticari anlaşmalar olup yabancı yatırımlar açısından etkin koruma mekanizmaları sunmaktadır.²³⁴

Günümüz dünyasında yabancı yatırımlar için en önemli koruma mekanizması, sayısı 3000'i geçen iki taraflı yatırım anlaşmalarıdır. Esasen yabancı yatırım akışının artmasında BIT'lerin yadsınamaz bir etkisi olduğu kabul edilse de bazı yazarlar yine de asıl etkiyi ekonomik gelişmişliğin belirlediğini iddia etmektedir. Daha açık ifadeyle

²³⁰ Schill, S. W. & Tams, C. J. & Hofmann, R. (2016). *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*. Edward Elgar Publishing, p.324.

²³¹ Hamida, W. (2006). The First Arab Investment Court Decision. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.7, Issue 5, pp.699-721.

²³² General Secretariat of the Organisation of Islamic Conference (1981). Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments Among Member States of the Organisation of the Islamic Conference. Res. 7/12-E, UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol.2; Hussein, M. (2015). Toward Balanced Arab Regional Investment Regulations. CCSI, Columbia FDI Perspectives, Paper No.163, pp.1-3.

²³³ Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International BV, p.52.

²³⁴ Alvarez, G. A. & Park, W. W. (2003). The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11. *Yale Journal of International Law*, Vol.28, Issue 2, pp.365-409; Hober, K. (2010). Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, Issue 1, pp.153-190.

yabancı yatırımlara uygun imkanlara sahip olmayan ekonomiler sadece BIT ile taahhüt ettikleri hukuki koruma sayesinde yabancı yatırım çekemeyeceklerdir.²³⁵ Yatırımcı-Devlet tahkiminin teşvik edilmesi ve böylece yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların uluslararası hukuk (public international law) yoluyla politik alandan kısmen soyutlanması açısından BIT'lerin rolü yadsınamaz derecede önemlidir. Ancak Gill gibi bazı yazarlar, yatırımcı ve gelişmiş devlet lehine olan düzenlemelerinden ötürü, BIT'leri neo-emperyalist ajanda olarak görürken²³⁶, Schneiderman gibi yazarlar ise BIT'lerin gerçekte demokratik karar alma özgürlüğünü alt-üst eden bir duruma neden olduğunu düşünmektedir.²³⁷ Newcombe & Paradell, bu anlamda, BIT'lere yöneltilen eleştirileri üç kategoriye ayırmaktadır. Birincisi, yatırımlara uygulanacak standartlar çok geniş, karmaşık ve muğlak ifadeler taşımakta ve bu durum da sürekli yatırımcı lehine bir dengesizlik oluşturmaktadır. İkincisi, BIT'lerde yer alan yükümlülükler genel itibariyle ev sahibi devlete yüklenmekte, yatırımcı avantajlı konuma sokulmaktadır. Yatırımcının uyacağı davranış kurallarının bağlayıcı olmaması (soft law) ve yatırımcının uluslararası kişiliğinin olmaması nedeniyle devlet gibi sorumlu tutulmaması da durumu girift hale getirmektedir. Üçüncüsü ise BIT'lerde yer alan yatırımcı-devlet tahkiminin özellikle kamusal hizmet yürüten yatırımcılar yönünden uygun sonuçlar doğurmaması ve tahkimin bir temyiz mekanizmasına sahip olmaması, dengeli ve adil bir neticenin doğmasına engel olmaktadır.²³⁸ Bu anlamda birçok yazar temyiz mekanizmasına sahip bir uluslararası yatırım tahkimini daha etkili bulmaktadır.²³⁹ Bu konu ileride geniş bir şekilde tekrar tartışılacaktır.

²³⁵ Salacuse, J. W. & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*, Vol.46, pp.67-130.

²³⁶ Gill, S. (1995). Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. *Millennium: Journal of International Studies*, Vol.24, Issue 3, p.399.

²³⁷ Schneiderman, D. (2008). *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*. New York, Cambridge University Press, pp.1-25.

²³⁸ Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International BV, p.64.

²³⁹ Feldman, M. (2017). Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy and Balance of Power. *ICSID Review-FILJ*, Vol.32, Issue 3, pp.528-544.

3. BÖLÜM

YABANCI YATIRIM HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

Yabancı yatırım hukuku, en geniş manada yabancı yatırımların korunmasını düzenleyen hukuk dalıdır ve tarihsel olarak sermaye ihraç eden ülkeler ile sermaye ithal eden ülkelerin menfaatlerinin çatışması neticesinde oluşmuştur. Bu anlamda yatırım kavramının neleri kapsadığına ilişkin de gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında tartışmalar söz konusudur. Gelişmiş ülkeler hukuki açıdan daha geniş bir yatırım çerçevesi olduğunu iddia etmekte iken, gelişmekte olan ülkeler yatırım kavramını dar tutma taraftarıdır. Esasen gelişmekte olan ülkelerin tutumu, yabancı yatırımcılar eliyle, işlerine müdahale edilmemesi ve doğal kaynaklar üzerinde egemenliklerinin ihlal edilmemesi ilkeleri etrafında şekillenmektedir. Zira gelişmekte olan ülkelerin büyük çoğunluğu sömürgecilik geçmişine sahip olup, gelişmiş devletlere karşı tarihten kaynaklanan bir tepkiselliğe sahiptirler.²⁴⁰ Bu sebeple yabancı yatırım hukuku, zaman içerisinde, bir yandan yabancı yatırımların ev sahibi devlete karşı korunmasını amaçlayan diğer yandan yabancı yatırımlar ile ev sahibi devletin temel ekonomik menfaatleri arasındaki dengeyi korumayı hedefleyen çift yönlü bir hukuk dalı haline gelmiştir.²⁴¹

Günümüzde yatırım kavramının içeriğinin şekillenmesinde 20. yüzyılda yaşanan gelişmelerin çok büyük etkisi vardır. Küreselleşmenin etkisi ile yabancı yatırımcı şirketlerin devletler kadar güçlü hale gelmesi, sömürgecilik sonrası yeni uluslararası ekonomik düzen (new international economic order) arayışları, İkinci Dünya Savaşı sonrası Dünya Bankası gibi uluslararası düzenleyici kuruluşların sayısındaki artış bu

²⁴⁰ Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, pp.1-8.

²⁴¹ Schneiderman, D. (2016). *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law*. Palgrave Macmillan, pp.1-23; Schreuer, C. (2013). Investments, International Protection. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, p.1.

gelişmelerden sadece birkaçıdır.²⁴² Ayrıca yabancı bir ülkede yatırım yapan gerçek ve tüzel kişilerin diplomatik himaye yolu ile korunması neticesinde uluslararası yargı organları önüne birçok davanın taşınması, yabancı yatırımların uluslararası yargı organları tarafından da tartışılmasına yol açmıştır.²⁴³ *Mavrommatis* kararı²⁴⁴ ile birlikte gelişen uluslararası yargı kararlarında daha çok yabancılara verilen zararlardan devletin sorumluluğu üzerinde durulmuş, aynı zamanda gerçek kişiler ve şirketlerin uyrukluğundan şirket hissedarlarının korunmasına kadar birçok mesele tartışılmış ve yatırım tahkiminin fikri temelleri atılmıştır.²⁴⁵ Tabi bu anlamda en önemli gelişmeler Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme²⁴⁶ (convention on settlement of investment disputes between states and nationals of other states/ICSID Konvansiyonu) ile Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (international centre for settlement of investment disputes/ICSID)'nin kurulması ve hakem heyetlerinin zaman içerisinde kararlarını ortaya koyması sonrasında yaşanmıştır.²⁴⁷

Uluslararası bir yatırımın varlığından söz edebilmek için dört unsurun bir araya gelmesi gerekir: Yatırım, yatırımcı, ev sahibi devlet ve kaynak devlet.²⁴⁸ Ev sahibi devlet yatırımın yapıldığı devlettir (host state). Kaynak devlet ise yatırımcının

²⁴² Marcoux, J. M. (2018). *International Investment Law and Globalization: Foreign Investment, Responsibilities and Intergovernmental Organizations*. Routledge Publishing, pp.1-21.

²⁴³ Bakınız: Alvarez-Jimenez, A. (2008). Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol.33, No.3, pp.437-454.

²⁴⁴ *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Grece v. UK)*, Jurisdiction, PCIJ Reports, Series A, No.2, 1924.

²⁴⁵ Vermeer-Künzli, A. (2007). As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *European Journal of International Law*, Vol.18, No.1, pp.37-68.

²⁴⁶ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Entry into force 14 October 1966, Bkz:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf (erişim tarihi 10.07.2017). Türkiye ICSID Konvansiyonu'na 27.05.1988 tarihinde ve 3460 sayılı uygun bulma kanunu ile taraf olmuştur (RG. No. 19830, Yayımlı Tarihi: 02.06.1988).

²⁴⁷ ICSID'in rolü ve uluslararası yatırım hukukuna katkısı için bakınız: Kinnear, M. Et. Al. (ed) (2015). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Wolters Kluwer.

²⁴⁸ Tiryakioğlu, B. (2003). *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*. Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, s.9.

uyrukluğunu taşıdığı devlettir (home state). Ev sahibi devlet ve kaynak devletin iç hukuklarının önemi yatırım uyuşmazlığına uygulanacak hukuk sırasında yatırımcı sıfatı belirlenirken ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda iki devlet arasında akdedilmiş bir iki taraflı yatırım andlaşması veya her iki devletin taraf olduğu çok taraflı bir andlaşma var ise davayı gören mercinin ilk dikkate alması gereken hukuk kuralları, iç hukuk ile birlikte, bu andlaşmalar olacaktır. Yabancı yatırım hukukunda genel itibariyle uyuşmazlıklar ve tartışmalar kaynak devlet veya ev sahibi devletten ziyade yatırım ve yatırımcı kavramları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle yatırım ve yatırımcı kavramlarının hukuki çerçevesinin bilinmesi konunun anlaşılması açısından büyük önem arz etmektedir.²⁴⁹

3.1. Yatırım Kavramı

Yabancı yatırım hukukunun en önemli kavramlarından bir tanesi yatırımdır. Yatırımın belirlenmesi, hukuk düzenince hangi somut veya soyut malvarlıklarının korunup korunamayacağına karar verilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Öte yandan herhangi bir yatırım uyuşmazlığı esnasında hukuki uyuşmazlığı çözmesi gereken mercinin konu bakımından (*ratione materiae*) yetkili sayılabilmesi için ortada bir yabancı yatırımın olması gerekir. Birçok yatırım andlaşmasında akit devletlerce sağlanacak hukuki korumanın sadece “yatırımlar” için söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Douglas, hem yatırım hukukunun kaynaklarında hem de yatırım uyuşmazlığı davalarında yatırım kavramının dört kategori şeklinde karşımıza çıkabileceğini belirtmektedir: mülkiyet (property), sözleşmesel haklar (contractual rights), beklentiler (expectations) ve değerler (values).²⁵⁰ Sonraki bölümlerde izah edeceğimiz üzere, uluslararası andlaşmalarda yer alan geniş yatırım tanımları da mevzubahis kategoriler kapsamına girebilecek birçok unsuru sıralayarak yatırımın hukuki çerçevesini çizmektedir. Ancak daha öncesinde yatırım ve mülkiyet ilişkisine kısaca değinmek faydalı olacaktır.

²⁴⁹ Kayıhan, Ş. & Kara, E. (2017). *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*. Seçkin yayıncılık, s.106-120.

²⁵⁰ Douglas, Z. & Pauwelyn, J. & Vinuales, J. E. (2014). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford University Press, pp.369-405.

3.1.1. Yatırım Kavramının Kökeni Olarak Mülkiyet

Yatırım kavramı incelenirken genel itibariyle mülkiyet kavramı ile mukayeseli olarak ele alınmakta ve iki kavramın birçok açıdan aynı anlamı taşıdığı iddia edilmektedir. Kriebaum'a göre yatırım esasen mülkiyet ile aynı anlamı taşımaktadır. Her ne kadar yabancı yatırım hukuku ve insan hakları hukuku birbirinden ayrı gelişen disiplinler olsa da her ikisi de mülkiyet hakkını korumaktadır. Bu nedenle yatırıma mülkiyetten ayrı anlam yüklemeye lüzum yoktur. Yabancı yatırım hukuku da mülkiyeti koruma amacıyla geliştirilmiştir. Öte yandan, yazara göre, özdeş içeriğe sahip olduklarından dolayı insan hakları hukukunun mülkiyet hakkı koruması aynı zamanda yatırımlar için de geçerlidir. Aralarındaki fark yatırım hukukunda mülkiyet hakkı ev sahibi devlet tarafından ihlal edildiğinde yatırımcının lehine bir argüman sağlarken, yatırım operasyonları esnasında başkasına veya kamuya ait mülkiyet hakkı ihlali olduğunda yatırımcı aleyhine de kullanılabilir. ²⁵¹ Cohen ise mülkiyetin bir hak olarak ele alındığında esasen başkasına karşı olan ilişki biçimini ifade ettiğini tespit etmektedir. Daha açık ifade ile özel mülkiyet hakkı, eşya ile ilişki biçimini değil bir ya da birden fazla kişiye karşı ileri sürülebilen aidiyet ilişkisini ifade eder. ²⁵² Nitekim Montesquieu de mülkiyetin elde edilmesini özel hukuk kapsamında görürken mülkiyetin bir hak olarak başkalarına karşı olan statüsünü kamu hukuku kapsamında kabul etmektedir. ²⁵³

Yatırım kavramının kökeninin mülkiyet hakkı ile izah edilmesi tarihsel bağlamı ile birlikte düşünüldüğünde gayet anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim 19. yüzyıl boyunca ve 20. yüzyılın ilk yarısında yatırım kavramını karşılamak üzere daha çok "yabancı mülkiyet" (foreign property) kavramı kullanılmaktaydı. ²⁵⁴ Zira esasen tarih boyunca sermaye sahiplerinin, maddi çıkarlarını özel mülkiyet hakkı üzerinden korumaya

²⁵¹ Kriebaum, U. (2013). Foreign Investments & Human Rights: The Actors and Their Different Roles. *Journal of Transnational Dispute Management*, Vol 10-1. p.1.

²⁵² Cohen, M. R. (1927). Property and Sovereignty. *Cornell Law Quarterly*, Vol. 13, Issue 8, p.12.

²⁵³ Montesquieu (1748). *Spirit of Laws*. Batoche Books Kitchener 2001, Book XXVI, parag.15, pp.512-513.

²⁵⁴ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1968). *The International Lawyer*, Vol.2, No.2, pp.331-353.

çalışması neticesinde öncelikle vatandaşı olunan devlet nezdinde özel mülkiyetin korunması sağlanmış, daha sonrasında yabancıların korunmasına dair uluslararası hukukun gelişmesi ile birlikte diğer devletler nezdinde de özel mülkiyetin korunması teamül haline gelmiştir. Bu nedenle özel mülkiyet kavramının oluşumunda ve yabancı mülkiyetin korunmasında sermaye sahiplerinin etkisi yadsınamaz. Bu anlamda Fransız Devrimi'nde Burjuvazinin²⁵⁵ gücü ve rolünün kökenlerini Magna Carta'dan bu yana süregelen sermaye sınıfının yükselişinde aramak gerekir.²⁵⁶ Nitekim Magna Carta ile büyük sermaye ve toprak sahipleri olan Feodallerin en büyük iki talebinden biri keyfi cezalandırmaların önlenmesi, ikincisi ise vergilerin hafifletilerek özel mülkiyetlerine verilen zararların engellenmesiydi.²⁵⁷ Ancak belirtmeliyiz ki; yabancı yatırım kavramı günümüzde mülkiyetten farklılaşarak genişlemiş ve kendine has terimsel bir anlam kazanmıştır. Nitekim sonraki bölümlerde göreceğimiz üzere yabancı yatırımın uluslararası hukuk tarafından korunması için bizatihi mülkiyet unsurlarına sahip olunduğunu ispatlamak yeterli değildir.

Özel mülkiyetin korunması ekonomi-politik tartışmalarının da merkezi haline gelmiş, kapitalist sistemler ile sosyalist sistemler arasındaki temel fark özel mülkiyete bakıştan kaynaklanmıştır. Locke gibi düşünürler herkesin emeği karşılığında özel mülkiyete sahip olabileceğini savunarak liberal kapitalist düşüncenin temellerini atarken²⁵⁸, Marx ve Engels gibi düşünürler insan doğasındaki bencilliği tetiklediği gerekçesiyle özel mülkiyeti eleştirerek sosyalist düşüncenin temellerini atmıştır.²⁵⁹ Hatta Proudhon özel mülkiyetin insani özellikleri yok ederek kişiyi köleleştirdiğini

²⁵⁵ Burjuvazi ve Fransız İhtilalindeki rolü hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Heller, H. (2009). *The Bourgeois Revolution in France (1789-1815)*. Berghahn Monographs in French Studies, Berghahn Books.

²⁵⁶ Burke, E. (1790). *Reflections on the Revolution in France*. Oxford World's Classics, p.27-29.

²⁵⁷ Magna Carta Libertatum, 1215, parag. 4, 26 and 41. Magna Carta'nın orijinal tam metni için bakınız: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation> (erişim tarihi 14.07.2017).

²⁵⁸ Locke, J. (1689). *Second Treatise of Government*. Chapter 5, Hackett Publishing Company, pp.10-19.

²⁵⁹ Marx, K. & Engels, F. (1986). *Collected Works*. Vol. 28, Progress Publishers, Translated Version, p.502-510.

dahi iddia etmiştir.²⁶⁰ Machan gibi yazarlar bu tür eleştirilere cevap olarak özel mülkiyetin ahlaki yönüne vurgu yapmakta ve özel mülkiyet hakkının hukuki savunmadan önce ahlaki olarak varlığının savunulması gerektiğini düşünmektedirler. Machan'a göre ahlaki savunmadan sonra gelecek olan hukuki koruma ise daha tutarlı bir ekonomik atmosferin oluşmasına zemin hazırlayacaktır. Çünkü öncelikle insanların özel mülkiyet haklarının olabileceğinin ve bu durumun ahlakdışı bir netice oluşturmayacağına idrak edilmesi gerekir.²⁶¹

Esasen herhangi bir alanda pratiği yüksek olan aktörlerin o alanı şekillendirmede de öncelikli bir rol oynaması doğaldır. Nitekim tarihsel olarak özel mülkiyete daha çok sahip olan burjuvazinin mülkiyet hakkının içeriğini etkilemesinde olduğu gibi günümüzde de yatırım kavramının içeriğinin oluşmasında sermaye sahipleri etkin rol oynamıştır. Her ne kadar bu husustaki ulusal ve uluslararası hukuk kuralları devletlerce oluşturulmuş ise de kuralların oluşum sürecinde işadamlarının veya şirketlerin arka plandaki lobi faaliyetlerinin rolü büyüktür.²⁶² Öte yandan büyük sermaye sahipleri mülkiyet haklarını hukuki açıdan daha etkin korumak amacıyla uluslararası tahkim mekanizmalarının oluşmasına da önyak olarak devletlerin iç hukuk yargısından bağımsız bir mekanizmayı desteklemişlerdir.²⁶³ Hatta güçlü yatırımcıların tahkim mekanizmalarını tercih etmeleri eleştirilmiş, tahkim avukatları iç hukuk tarafından korunan kamu yararını hiçe saymakla itham edilmiştir.²⁶⁴ Bu açıdan baktığımızda sermaye sahiplerine karşı takınılan eleştirel tutum, yatırım

²⁶⁰ Proudhon, J. P. (1840). *What is Property*. Indy Publish, 2003 Version, pp.207-222.

²⁶¹ Machan, T. R. (2002). *The Right to Private Property*. Hoover Institution Press. p.3.

²⁶² Pelinescu, E. & Radulescu, M. (2009). The Impact of Foreign Direct Investment on the Economic Growth and Countries' Export Potential. *Romanian Journal of Economic Forecasting*, Vol.4, pp.153-169.

²⁶³ Hakem kararları da genellikle doğrudan etkili kararlar değildir. Bu nedenle günümüzde Avrupa Birliği sisteminde yer alan ulusalüstü hukuk sisteminin klasik uluslararası hukuka nazaran daha etkili olduğu ve uluslararası hukukun bu yönde geliştirilmesi gerektiğine dair görüşler yazarlar arasında daha sıkça dillendirilmeye başlanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Slaughter, A. M. & Burke-White, W. (2006). The Future of International Law is Domestic (or the European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, Vol.47, Number 2, pp.327-352.

²⁶⁴ Flood, J. (2007). Lawyer as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.14, Issue 1, pp.35-66.

kavramına yüklenen anlamın aşırı sosyalist veya aşırı kapitalist bir anlayışa sürüklenmesine neden olmaktadır.

20. yüzyılın özellikle ikinci yarısında artık mülkiyet hakkı birçok uluslararası belgenin içerisinde yer almış ve devletlerin mülkiyet hakkına saygı göstermesi için hukuki koruma mekanizmaları geliştirilmiştir. Günümüzde yatırım hukuku açısından mülkiyet hakkının önemi, uluslararası insan hakları mahkemelerinin kararlarında net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunların başında da en etkili bölgesel insan hakları denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararları gelmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ek 1 nolu protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkını güvence altına almış ancak mülkiyetin tanımını yapmamıştır.²⁶⁵ Bu durum mülkiyet kavramının içeriğinin belirlenmesi hususunda zengin bir AİHM içtihadının ortaya çıkmasına imkan tanımıştır. AİHM de özellikle *Van Marle and Others v. The Netherlands*²⁶⁶, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*²⁶⁷, *Traktörer v. Sweden*²⁶⁸ gibi birçok davada mülkiyet kavramının kapsamını oluşturmaya çalışmıştır. Bu anlamda AİHM; taşınır ve taşınmaz eşyadan fikri haklar, lisanslar, hisseler, menfaatler ve portföye varana kadar geniş bir mülkiyet içeriği oluşturmuştur.²⁶⁹ Öte yandan AİHS ek protokol 1, madde 1'in kapsamı ve mülkiyet hakkı korumasının uygulanması yönünden vatandaş ile yabancı arasında bir fark

²⁶⁵ Mülkiyetin Korunması başlıklı AİHS Ek Protokol m.1/1 şu şekilde düzenlenmiştir: 1- Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. 2- Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 17.07.2017).

²⁶⁶ Case of Van Marle And Others v. The Netherlands, ECtHR, Judgment, Application no. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, 26.06.1986.

²⁶⁷ Sporrong and Lönnroth v. Sweden, European Court of Human Rights, App. No. 7151/75, 7152/75, 23 September 1982, parag.60-69-73.

²⁶⁸ The Traktörer Aktiebolag v. Sweden, ECtHR, App. No. 10873/84, Judgment, 7 July 1989.

²⁶⁹ Wildhaber, I. & Wildhaber, L. (2009). Recent Case Law on the Protection of Property in the European Convention on Human Rights. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp. 657-677. Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. Beta Yayınları, s.84-110.

yoktur.²⁷⁰ Yabancıların mülkiyet hakkına müdahalenin uyumsuzluk konusu olduğu ilk dava ise *Agosi v. United Kingdom* davasıdır.²⁷¹ Sonraki bölümlerde AİHM'in en önemli kararlarından biri olan *James v. United Kingdom*²⁷² kararında görüleceği üzere orantılılık açısından mülkiyet hakkı sahibi yabancı ile mülkiyet hakkı sahibi vatandaş aynı yükümlülüklerle tabi tutulmamaktadır.

Yatırımların da uygun düştüğü ölçüde mülkiyet kapsamında değerlendirilmesi ve AİHM bünyesinde dava edilmesi mümkündür. Ancak bazı durumlarda iki taraflı yatırım andlaşması (BIT) gereği yatırım kapsamında kabul edilen bir varlık AİHS ek protokol madde 1 anlamında mülkiyet olarak kabul edilmeyebilir veya bu durumun tersi de söz konusu olabilir. Bu tip durumlarda yabancı açısından insan hakları mekanizması ve yatırım tahkimi birbirini tamamlayıcı bir işlev görmektedir.²⁷³ Yabancı yatırımlar açısından en çok gündeme gelen mülkiyet hakkı ihlalleri yatırımların ev sahibi devlet tarafından kamulaştırılması neticesinde meydana gelmektedir. Hatta *Yukos v. Russia* davasında olduğu gibi aynı kamulaştırmanın hem AİHM yargısına hem de Enerji Şartı Andlaşması (ECT) tarafından öngörülen yatırım tahkimine konu olduğu durumlar da söz konusudur.²⁷⁴

3.1.2. Yatırım ile Mülkiyet Kavramları Arasındaki Farklılıklar

Mülkiyet hakkı tarih boyunca en çok tartışmalı olan hakların başında gelmektedir. Mülkiyet hakkının ekonomik boyutu nedeniyle aslında temel haklardan olmadığı ve

²⁷⁰ AİHM'e başvuru için uyrukluk (nationality) bakımından vatandaş ve yabancı arasında fark olmamakla birlikte hem yabancı hem de vatandaş sorumlu olduğu iddia edilen devletin iç hukuk yollarını tüketmek (exhaustion of local remedies) zorundadır. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ve istisnaları ilerleyen bölümlerde ayrıca incelenecektir.

²⁷¹ *Agosi v. United Kingdom*, ECtHR, Application no. 9118/80, Judgment, 24 October 1986, parag.52.

²⁷² *James and others v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, 21 February 1986.

²⁷³ Kriebaum, U. (2009). Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration. In Dupuy, P. M. & Petersmann, E. U. (ed). *Human Rights in International Law and Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp. 219-245.

²⁷⁴ Brabandere, E. (2015). Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos-case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol.30(2), pp.345-355. Yukos davası son bölümde ve müstakil bir başlık altında incelenecektir.

bu nedenle de AİHS'e ek protokolle düzenlendiğini belirten görüşler olmuştur.²⁷⁵ Gerçekten de mülkiyet hakkı insanın bizatihi bedeni ile ilgili olmayan ancak varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan bir haktır. Daha açık ifadeyle mülkiyet hakkı kişi ile eşya arasında kurulan bir ilişkiden ziyade kişi ile diğer kişiler arasında belirli bir eşya hakkında kurulan bir ilişkiye dayanır.²⁷⁶ Ancak yine de Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nden bu yana mülkiyet hakkının belirli bir zümreye ait olmayan temel bir hak olduğu görüşü baskın olmuştur. Zira tarih boyunca mülkiyetin belirli bir zümreye ait olan bir ayrıcalık olduğu görüşü hakimdi.²⁷⁷

Mülkiyetin sınırları bakımından incelendiğinde yabancıların yatırımı veya mülkiyeti dokunulmaz değildir ve benzer şartlara riayet edilmek kaydıyla kısıtlanabilir. Nitekim AİHS ek 1 no'lu protokol'ün 1. maddesi mülkiyet hakkını düzenlerken kamu yararı amacıyla, kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca kısıtlanabileceğini hüküm altına almaktadır. Benzer şekilde uluslararası yatırım andlaşmalarına göre de yatırımcının mülkiyeti kısıtlanabilir veya kamulaştırmaya konu olabilir. Bunun için; kamulaştırma kamu yararı amacıyla yapılmalı, yerli ve yabancı yatırımcı arasında ayrımcılık yapılmamalı, usuli işlemlere özen gösterilmeli ve kamulaştırma neticesinde tazminat ödenmelidir.²⁷⁸ Yatırım ve mülkiyet uluslararası koruma mekanizmaları yönünden de benzerlik göstermekte ancak aralarında bazı usuli farklılıklar bulunmaktadır. Buna göre hem yatırım hem de mülkiyet uluslararası andlaşmalarca ancak yatırım kural olarak ICSID gibi yatırım tahkimi, mülkiyet ise kural olarak AİHM gibi uluslararası mahkemeler tarafından korunmaktadır. Bireyin devlete karşı korunmasını amaçlayan her iki hukuk dalı iç hukuk yollarının

²⁷⁵ Desmet, E. (2011). *Indigenous Rights Entwined with Nature Conservation*. Intersentia Publishers, pp.214-218; Cole, D. H. & Grossman, P. Z. (2002). The Meaning of Property Rights: Law versus Economics?. *Land Economics*, Vol.78, No.3, pp.317-330.

²⁷⁶ Cohen, M. R. (1927). Property and Sovereignty. *Cornell Law Review*, Vol.13, Issue 1, pp.8-30.

²⁷⁷ Cheneval, F. (2006). Property Rights as Human Rights. In De Soto, H. & Cheneval, F. (ed). *Realizing Property Rights*. Frank/Wynkin de Worde Publishing, p.11.

²⁷⁸ McCarthy, F. (2017). Protection of Property and the European Convention on Human Rights. *Property Rights Conference Journal*, Vol.6, pp.299-328; Allen, T. (2007). Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, Vol.28, Issue 2, pp.287-335.

tüketilmesi zorunluluğu bakımından da birbirinden farklıdır.²⁷⁹ İnsan hakları sisteminde iç hukuk yollarının tüketilmesi kural iken yatırım tahkiminde tüketilmemesi kuraldır. Ancak her iki durumda da istisnalar söz konusu olabilir. Örneğin AIHM etkin olmadığı gerekçesiyle iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığına karar verebilir veya devletler yatırım tahkiminden önce iç hukuk yollarının tüketilmesini bir önkoşul olarak kararlaştırabilirler.²⁸⁰ İnsan hakları mekanizması salt mülkiyet hakkını korumaz ancak yatırım tahkimi büyük oranda bizatihi yatırımı korumak amacıyla oluşturulmuştur.

Yatırım ve mülkiyet mahiyet itibariyle benzer ise de fonksiyonel açıdan farklıdır. Mülkiyetin ülkenin kalkınmasına katkı sağlamak gibi bir fonksiyonu yoktur. Bu nedenle yabancıların her mülkiyeti doğrudan yatırım tahkiminin koruması altına girmez. Yatırımcının ikamet etmek için satın aldığı bir ev ile araba üretmek için satın aldığı bir fabrika mahiyet itibariyle mülkiyet hakkına konu teşkil etse de fonksiyon itibariyle birbirinden farklıdır. Bu nedenle ilk durumda mülkiyet hakkının ihlali insan hakları yargısına konu olabilirken yatırım tahkimine konu olamamaktadır. Öte yandan sahiplik açısından da mülkiyet ve yatırım arasında farklılık söz konusudur. Mülkiyet açısından uyrukluk önemli değildir, hem vatandaş hem de yabancı mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle insan hakları yargısına başvurabilir. Ancak yatırımda uyrukluk önemlidir, yatırım tahkimine başvurabilmek için yabancı yatırımcı sıfatını taşımak gerekir.²⁸¹

Esasen yabancıların mülkiyetinin (ve yatırımının) korunması uluslararası insan hakları hukukunda mülkiyetin korunmasından daha eskidir. Uzun bir süre boyunca yabancı mülkiyet (ve yatırım) uluslararası hukukta özellikle Dostluk, Ticaret ve Denizcilik

²⁷⁹ Porterfield, M. C. (2015). Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come?. *The Yale Journal of International Law*, Vol.41, pp.1-12.

²⁸⁰ Bakınız: Mummery, D. R. (1964). The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies. *American Journal of International Law*, Vol.58, Issue 2, pp.389-414.

²⁸¹ Bakınız: Kriebaum, U. (2009). Nationality and the Protection of Property under the European Convention on Human Rights. In Buffard, I. et al. (ed). *International Law between Universalism and Fragmentation*. Brill Publications, pp.649-666.

(FCN) andlaşmaları veya kapitülasyonlar yoluyla korunmakta iken vatandaşların mülkiyetinin korunması sadece iç hukuka bırakılmıştı. İnsan hakları sözleşmelerinin imzalanması veya AİHM gibi uluslararası hukuk yollarının kurulması ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasına tekabül etmektedir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi gibi öncü belgeler daha çok mülkiyetin iç hukukta devletçe korunmasına vurgu yaparken uluslararası hukuk anlamında koruma ancak İnsan Hakları Evrensel Bildirisi veya AİHS gibi ikinci dünya savaşı sonrası belgeleri yoluyla oluşturulmaya başlanmıştır. Nitekim Dupuy da yabancı ve yabancı mülkiyetinin korunmasının insan hakları hukukundan eski ve insan hakları hukukunun öncüsü olduğunu belirtmektedir.²⁸² Zaman içerisinde BIT'lerin adil ve hakkaniyetli muamele (FET) veya tam koruma ve güvenlik (FPS) gibi yatırım standartları oluşturması, iç hukuk yollarını tüketme kuralına istisna getirmesi ve yatırım tahkimini teşvik etmesi yatırımı mülkiyetten daha korunaklı hale getirmiştir. Bu anlamda yabancı yatırım klasik mülkiyete göre daha avantajlı imkanlar sunmaktadır. Sonraki bölümlerde göreceğimiz üzere, birçok yönden benzerlik taşımasına rağmen, bazı hakem heyetlerinin insan hakları değerlendirmelerini dikkate almamasının en büyük nedeni de yatırımın daha avantajlı, daha özel ve yüksek standartlara sahip olduğunu düşünmelerinden kaynaklanmaktadır.

3.1.3. Uluslararası Andlaşmalarda Yatırım Kavramı

Yabancı yatırım hukukunun günümüzde içeriğini oluşturduğu yatırım kavramı, her ne kadar kökenleri eskiye dayansa da, daha çok 20. yüzyılın ürünüdür.²⁸³ Yatırım kavramının içeriğini yabancı yatırım hukukunun kaynaklarından faydalanarak izah edebiliriz. Esasen yabancı yatırım hukukunun kaynakları da uluslararası hukukun kaynaklarından farklı değildir. Zira ileride geniş bir şekilde ele alacağımız üzere yabancı yatırım hukuku uluslararası hukukun özel bir uzmanlık alanıdır ve temel

²⁸² Dupuy, P. M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. In Dupuy, P. M. & Petersmann, E. U. (ed). *Human Rights in International Law and Arbitration*. Oxford University Press, pp.48-50.

²⁸³ Trakman, L. & Ranieri, N. (2013). Foreign Direct Investment: A Historical Perspective. In Trakman, L. & Ranieri, N. (ed). *Regionalism in International Investment Law*. Oxford University Press, pp.14-27.

itibariyle andlaşmalar yoluyla düzenlenmektedir. Bu nedenle uluslararası hukukun kaynakları olarak bilinen genel çerçeve yabancı yatırım hukuku açısından da geçerlidir. Uluslararası hukukun kaynaklarını belirten en temel ifade ise Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) statüsünün 38. maddesidir. Madde düzenlemesi şu şekildedir:

1. Görevi kendisine havale edilen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka göre çözmek olan Divan;

a) Uyuşmazlık halindeki devletlerce açıkça kabul edilmiş, gerek genel gerekse özel, uluslararası andlaşmaları,

b) Hukuk kuralı olarak kabul edilmiş olan genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamülü,

c) Medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk ilkelerini,

d) 59'uncu madde hükmü saklı kalmak kaydı ile hukuk ilkelerinin tayininde yardımcı kaynak olarak yargı kararları ile en yetkin yazarların öğretilerini; tatbik eder.

2. İşbu hüküm, taraflar mutabık iseler, Divan'ın hak ve nisfete göre karar verme yetkisine halel getirmez.²⁸⁴

Uluslararası hukukun 38. maddede sıralanan kaynakları esasen yabancı yatırım hukuku için de geçerli olmakla birlikte daha spesifik olarak yabancı yatırım hukukunun en başta gelen kaynaklarını şu şekilde sıralamak mümkündür: İki taraflı yatırım andlaşmaları, çok taraflı andlaşmaların yabancı yatırım hukukunu ilgilendiren hükümleri, uluslararası teamül hukuku, mahkeme ve hakem kararları, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmeleri.²⁸⁵ Ayrıca uyuşmazlık ortaya çıktığında başta yukarıda bahsettiğimiz uluslararası hukuk kuralları olmak üzere ev sahibi devletin iç hukuk kuralları, kaynak ve ev sahibi devletin uyrukluğa ilişkin

²⁸⁴ Statute of the International Court of Justice art.38. Detaylı bilgi için bkz. Shaw, M. N. (2017). *International Law*. 8th Ed., Cambridge University Press. pp.54-96. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün tam metni için bakınız: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf (erişim tarihi 18.07.2017).

²⁸⁵ Schreuer, C. (2013). Investments, International Protection. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, pp.2-6.

kanunları ve kanunlar ihtilafı kuralları da göz önünde bulundurulması gereken diğer hukuk kuralları arasında yer almaktadır.²⁸⁶

Yatırım tanımını bulabileceğimiz en önemli kaynak andlaşmalardır. İleride verilecek örneklerde de görüleceği üzere gerek Enerji Şartı Sözleşmesi (Energy Charter Treaty-ECT) ve NAFTA (North American Free Trade Agreement) gibi çok taraflı andlaşmalar²⁸⁷ (multilateral treaties) gerekse ABD Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması (US Model BIT), Türkiye Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması gibi iki taraflı yatırım andlaşmaları (bilateral investment treaties-BITs) taslakları bu anlamda detaylı yatırım tanımları içermektedir. UNCTAD raporuna göre son dönemde imzalanmış yatırım andlaşmaları yatırımın içeriğini belirlemek için farklı yöntemler izlemektedir. Bazı andlaşmalar malvarlığı kategorilendirme esaslarına göre bir yatırım tanımı yapmakta, bazıları ise ekli liste halinde nelerin yatırım olarak kabul edileceğini tek tek saymaktadır. Öte yandan yatırımın içeriğini geniş bir şekilde düzenleyen ve her türlü yatırımı kapsamı içerisine almaya çalışan tanımlara veya bazı yatırımları koruma kapsamı dışına çıkaran düzenlemelere de rastlanmaktadır.²⁸⁸ Farklı tanımların ortaya çıkmasındaki en önemli etken devletlerin politik bakış açılarıdır. Devletlerin yabancı yatırıma bakış açıları ise kendi tarihsel tecrübelerine göre değişmektedir. Bu farklılıklar iç hukuk düzenlemelerinde farklı tanımlar şeklinde ortaya çıkmakta, uluslararası hukuk açısından ise devletlerarası andlaşmaları akdeden tarafların müzakereleri ve fikri çatışmaları sonucu oluşmaktadır. Bu nedenle tarihsel tecrübesi veya gelişmişlik düzeyi farklı devletler arasındaki müzakerelerden farklı hükümler doğmakta; her ülke kendi ekonomik

²⁸⁶ Dugan, C. & Wallace, D. & Rubins, N. & Sabahi, B. (2011). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press. pp.201-213.

²⁸⁷ Bakınız: Ünsal, H. (2016). *Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk*. İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayınları, s.311-322.

²⁸⁸ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rule Making*, United Nations, New York and Geneva, 2007, p.7. Bu anlamda çeşitli yatırım tanımları hakkında detaylı bir çalışma için bakınız: Çalışkan, Z. (2010). Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 29 (0), s.85-118.

beklentilerine, yabancı yatırım politikalarına, yabancı yatırıma açtığı yatırım sahalarına göre farklı yabancı yatırım tanımları belirleyebilmektedir.²⁸⁹

Yabancı yatırımların tabi olacağı uluslararası kurallara ilişkin gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu çok taraflı ve genel bir yatırım andlaşması yoktur. Bu durumun başlıca nedeni yabancı yatırımın korunması ve yabancı yatırıma yapılan muamele konularında, devletlerin yaklaşımlarının farklı olması ve özellikle gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında bir uzlaşma sağlanamamasıdır.²⁹⁰ Öte yandan, yabancı yatırımın ev sahibi ülkede yarattığı çevresel sorunlarla, insan hakları ihlallerini engelleyici hükümlerin andlaşmalarda yer almasını isteyen hükümetdışı örgütlerin de (non-governmental organisations/NGOs) yabancı yatırımlar alanında çalışmalar yapmaya başlaması neticesinde çok taraflı bir yatırım andlaşmasının akdedilmesi iyice zorlaşmıştır. Birleşmiş Milletler ve Dünya Bankası nezdinde yabancı yatırıma ilişkin çok taraflı yatırım andlaşması taslakları yapıldıysa da, bu girişimler başarılı olamamıştır. BM Çok Uluslu Şirketler Merkezi'nin (United Nations Centre on Transnational Corporations/UNCTC) çok uluslu şirketler hakkındaki sözleşme taslağı ile OECD'nin Yatırımlar hakkındaki çok taraflı andlaşma taslağı (Multilateral Agreement on Investment/MAI) da bu girişimlerden birkaçı olarak sayılabilir.²⁹¹ Her ne kadar söz konusu bu iki sözleşme gelişmekte olan ülkelere sosyal ve çevresel gereklilikleri dikkate almadıkları gerekçesiyle kabul görmese de²⁹² yatırıma ilişkin standartları tespit etmesi nedeniyle önemlidir ve bağlayıcı olmayan hukuk kuralı özelliğı taşımaktadır (soft law). İki sözleşme arasında yapılaş amacı bakımından temel bir farklılık söz konusudur. UNCTC'nin çokuluslu şirketler hakkındaki taslağı, şirketlerin ev sahibi ülkelerdeki hukuka aykırı faaliyetlerini

²⁸⁹ Yannaca-Small, C. (2008). Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. OECD, Report, s. 46 vd.

²⁹⁰ Nunnenkamp, P. & Pant, M. (2003). Why the Case for a Multilateral Agreement on Investment is Weak. Kiel Institute for the World Economy, *Kieler Diskussionsbeiträge*, No. 400, pp.3-35.

²⁹¹ Neumayer, E. (1999). Multilateral Agreement on Investment: Lessons for the WTO from the Failed OECD Negotiations. *Wirtschaftspolitische Bloetter*, Vol.46, No.6, pp.618-628.

²⁹² Picciotto, S. (1998). Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.19, pp.731-768.

önlemeyi, OECD tarafından hazırlanan MAI ise yatırımları korumayı ve yatırımlara ilişkin ilkeleri ortaya koymayı amaçlamaktadır.²⁹³

Yabancı yatırım hukuku söz konusu olduğunda belki de en önemli uluslararası anlaşma olan ICSID Konvansiyonu ise herhangi bir yatırım tanımı yapmamıştır. Öte yandan ICSID Konvansiyonuna göre bir uyuşmazlığın tahkim mercileri önünde görülebilmesi için uyuşmazlığın “yatırımdan” doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık niteliğine sahip olması gerekir.²⁹⁴ Şanlı’ya göre yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıktan; 1) devletlerle diğer devlet vatandaşı yabancı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, 2) bir tarafın yabancı yatırımlarla alakalı makamının yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım izninin yorumundan veya uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, 3) bir yatırım ile alakalı olarak ve sözleşme ile verilen ya da o yatırıma özel yaratılan bir hakkın çiğnendiği iddiasından doğan uyuşmazlıklar anlaşılmalıdır.²⁹⁵ Özellikle Türkiye’nin taraf olduğu BIT’ler de yatırım uyuşmazlığından bu üç maddenin anlaşılması gerektiğini düzenlemektedir.²⁹⁶ Bu nedenle yatırım tanımı uyuşmazlık safhası için de önem arz etmektedir. Mortenson’a göre Konvansiyon yabancı yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü kolaylaştırmak için sınırlayıcı bir tanım yapmayı uygun görmemiştir.²⁹⁷ Yatırımın tanımı hususunda hem bölgesel çok taraflı anlaşmalar

²⁹³ Geiger, R. (1998). Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, Vol.31, Issue 3, pp.467-475; Dhar, B. & Chaturvedi, S. (1998). Multilateral Agreement on Investment: An Analysis. *Economic and Political Weekly*, Vol.33, No.15, pp.837-849.

²⁹⁴ Bakınız: Tunç, M. A. (2010). *Türkiye’nin Taraf Olduğu ICSID ve İki Taraflı Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşmaları Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı Nedir?*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

²⁹⁵ Şanlı, C. (2016). *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. Beta Yayınları, İstanbul, s.537.

²⁹⁶ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma’nın 10/1 maddesi böyle bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre, “yatırım anlaşmazlığı, aşağıda belirtilen hususlar içeren bir anlaşmazlığı ifade eder: a) Âkit Taraflardan birinin yabancı yatırımlarla ilgili makamı tarafından, diğer Âkit Tarafın bir vatandaşı veya yatırımcısına verilen yatırım müsaadesinin yorumlanması ya da uygulanması; veya b) bir yatırım ile ilgili olarak, işbu Anlaşma ile verilen ya da yaraılan herhangi bir hakkın ihlali”. Resmi Gazete, Tarih: 14.12.1993, Sayı: 21788.

²⁹⁷ Mortenson, J. D. (2010). The Meaning of “Investment”: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, Vol.51, No.1, pp.257-318. Nitekim

hem de iki taraflı yatırım andlaşmaları, yatırımın içeriğini de belirleyecek şekilde, çeşitli tanımlar ortaya koymuştur. Devletlerarası iki taraflı yatırım andlaşmalarındaki yatırım tanımına örnek olarak Türkiye ile Romanya arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Andlaşma'daki yatırım tanımını verebiliriz. Madde 1/b hükmünde ifade edilen tanıma göre:

“Yatırım” ev sahibi akit tarafın ulusal kanun ve nizamlarına uygun her çeşit malvarlığını ve bunlarla sınırlı olmamak üzere aşağıdakileri içerir: (i) hisseler veya bir şirkete katılımın diğer şekilleri; (ii) taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, tedbir, rehin gibi mülkiyet hakları veya benzer mülkiyet hakları; (iii) yeniden yatırımda kullanılan gelirler; (iv) para alacakları veya mali değer taşıyan ve bir yatırımla ilişkili olan edim alacakları; (v) patentler, ticari markalar, ticari isimler, endüstriyel tasarımlar, "know-how" ve peştemaliye dahil sınai mülkiyet hakları ve fikri mülkiyet hakları; (vi) kanun veya sözleşmeyle tanınan, özellikle doğal kaynakların araştırılması, çıkarılması ve kullanılması ile ilgili imtiyazlar.²⁹⁸

1997 tarihli ABD ve Ürdün arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım andlaşması 1(d) maddesinde de yatırım olabildiğince kapsamlı bir şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre:

“Bir vatandaş veya şirket ‘yatırımı’ ibaresi, ilgili vatandaşın veya şirketin doğrudan veya dolaylı mülk edindiği ya da kontrolünü elinde tuttuğu her türlü yatırıma denir. Bu yatırım aşağıdaki unsurlardan ibaret olabilir yahut aşağıdaki formlara bürünebilir:

- 1- Bir şirket ;
- 2- Hisseler, hisse senetleri ve diğer sermaye katılım tipleri; tahviller, teminatsız borç senetleri ve bir şirkete borç verilerek elde edilen diğer kazanç türleri,

benzer şekilde AİHS ek 1 no'lu protokol de herhangi bir mülkiyet tanımı yapmamış, mülkiyet hakkının içeriğini uygulamaya bırakmıştır.

²⁹⁸ Türkiye-Romanya Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki Andlaşması, madde.1, RG 03.07.2010, 27630.

3- Anahtar teslimi proje kontratları, inşaat veya yönetim sözleşmeleri, gelir-ortaklığı üretim sözleşmeleri, imtiyaz anlaşmaları ve benzeri akitlerden doğan haklar,
4- Gayrimenkul mülkiyet dahil maddi varlıklar; haklar, kira kontratları, ipotek senetleri, ihtiyati hacizler, rehinler dahil gayrimaddi varlıklar,
5- Telif hakları ve bağlantılı haklar, sınai mülkiyet hakları, patentler, bitki çeşitliliği hakları, faydalı ürün modelleri, sınai tasarım veya modeller, yarı-iletken düzenek tasarımı, menşe göstergeleri, ticari sırlar, (teknik) uzmanlık bilgileri, gizli ticari bilgiler, ticari ve hizmet markaları ve ticari unvanlar dahil olmak üzere fikri mülkiyet hakları; ve lisanslar ve ruhsatlar gibi kanunen verilen diğer haklar.”²⁹⁹

1990’lardan sonra başlayan Model andlaşma taslaklarına yönelik 2000’lerden sonra artarak devam etmiştir. Model iki taraflı yatırım andlaşmaları (Model BITs) esasen Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) öncülük ettiği bir fenomen olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim 1980’lere kadar Dostluk, Ticaret ve Denizcilik (FCN) andlaşmaları akdetmeye devam etmiş ancak ABD Başkanı Ronald Reagan, 1982 yılında bir Model BIT hazırlatmıştır. Model BIT hazırlanmasının temel gerekçesi, FCN andlaşmalarının yabancı yatırımların korunmasında yetersiz kalması ve Avrupa devletlerinin BIT sistemine geçmiş olmasıydı.³⁰⁰ Sonraki tarihlerde birçok kez değiştirilen ve revize edilen ABD Model BIT son olarak 2012 tarihinde değiştirilmiştir. Bu anlamda model iki taraflı yatırım andlaşmalarında yer alan yatırım tanımına, 2012 tarihli ABD ‘Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması’nın (US Model BIT-2012) tanımlar başlığını taşıyan 1. maddesini örnek olarak verebiliriz. Madde 1 yatırımı tanımlarken dipnotlar ile kavramlara açıklık getirmeye çalışmıştır. Buna göre;

‘Yatırım’, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı mülk edindiği ya da kontrolünü elinde tuttuğu ve ayrıca şu karakteristik yatırım özelliklerini taşıyan her türlü aktife denir: sermaye ve benzeri kaynak taahhüdü, kazanç veya kar beklentisi ya da risk

²⁹⁹ US-Jordan BIT, art.1 available at <https://www.state.gov/documents/organization/43565.pdf> (çeviri tarafımızca yapılmıştır) (erişim tarihi 20.07.2017).

³⁰⁰ Ruttenberg, V. H. (1987). The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations on the Model. *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Vol.9/1, pp.121-143.

varsayımı. Bir yatırımın bürünebileceği formlar arasında şunlar yer alır (a) bir teşebbüs; (b) hisseler, hisse senetleri ve bir teşebbüsün sermayesine farklı katılım tipleri; (c) tahviller, teminatsız borç senetleri ve diğer borçlanma araçları, krediler;³⁰¹ (d) vadeli işlemler, opsiyonlar ve diğer türevler; (e) anahtar teslimi projesi, inşaat, yönetim, üretim, imtiyaz, gelir-ortaklığı ve benzeri sözleşmeler; (f) fikri mülkiyet hakları; (g) lisanslar, ruhsatnameler, izinler ve iç hukukun tanıdığı benzer haklar^{302, 303}; ve (h) diğer maddi veya gayrimaddi; taşınır veya taşınmaz mülk hakları, ve kira kontratları, ipotekler, ihtiyati hacizler ve rehinler gibi ilgili diğer mülkiyet hakları.³⁰⁴

Model iki taraflı yatırım andlaşmaları günümüzde artmış ve birçok devlet kendi Model iki taraflı yatırım andlaşmasını hazırlamıştır. Model BIT'lerin artış göstermesinin devletler açısından çeşitli nedenleri vardır. Bunlardan en önemlisi, model BIT yoluyla devletin yabancı yatırımlara bakış açısı önceden ortaya konmakta ve hem devletlerin hem de yabancı yatırımcıların dikkatine sunulmaktadır. Günümüzde ABD, Birleşik Krallık, Çin, Rusya, Fransa, Avusturya, Güney Kore, Japonya, Almanya, İtalya, Kanada, Singapur ve İsviçre başta olmak üzere birçok ülke model iki taraflı yatırım andlaşmasına sahiptir.³⁰⁵ UNCTAD verilerinden anlaşıldığı üzere 2000 yılında hazırlanan, 2009 ve 2016 tarihlerinde revize edilen bir "Türkiye

³⁰¹ Tahviller, teminatsız borç senetleri ve uzun-vadeli senetler gibi bazı borç tipleri bir yatırımın karakteristik özelliklerini taşımaya daha yatkınken, doğrudan mal veya hizmetlerin satışından kaynaklanan ödemelerle ilgili talepler ise bu özellikleri taşımaya daha az eğilimlidir.

³⁰² Belirli bir lisans, ruhsatname, izin ve benzeri resmi evrakın (bir resmi evrak niteliği taşıması koşuluyla bir imtiyazın) bir yatırım özelliği taşıyıp taşımadığı, belge hamilinin Taraf'ın kanunları uyarınca elde ettiği hakların niteliği ve boyutu gibi faktörlere bağlıdır. Yatırım özellikleri taşımayan lisanslar, ruhsatnameler, izinler ve benzeri resmi evraklar arasında, iç hukuk tarafından koruma altına alınmış herhangi bir hak tevdi etmeyen belgeler de yer almaktadır. Daha net ifade etmek gerekirse, bir önceki cümledeki ifade, lisans, ruhsatname, izin ve benzeri resmi evrakla bağlantılı herhangi bir aktifin yatırım özelliği taşıyıp taşımadığına herhangi bir hâl getirmemektedir.

³⁰³ "Yatırım" ibaresi, adli veya idari bir işlem ya da davada verilmiş herhangi bir emir veya kararı içermemektedir.

³⁰⁴ US Model BIT 2012, Art.1, available at

<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> (Çeviri tarafımızca yapılmıştır. Metnin orijinalinde yer alan dipnotlar da çevrilmiştir) (erişim tarihi 20.07.2017).

³⁰⁵ Model iki taraflı yatırım andlaşmaları hakkında genel bilgi ve bahsigeçen devletlerin model BIT'lerinin incelemesi için bakınız: Brown, C. (ed). (2013). *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*. Oxford University Press, pp.1-1018.

Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması” mevcuttur.³⁰⁶ Şit-Köşgeroğlu’nun Ekonomi Bakanlığı’dan edindiğini aktardığı bilgiye göre Model Andlaşma 2011 yılında da revize edilmiştir.³⁰⁷ Ancak ne 2011 ne de 2016 tarihli revize metin kamuya açıktır. Bu nedenle, temel tanımlar aynı kaldığı için, Türkiye Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması’na dair aktarımlarda 2009 tarihli metin dikkate alınacaktır. Model andlaşma “tanımlar” başlığını taşıyan 1. maddesinde yatırımı tanımlamış ve bir şirketin yüzde 10’undan az olan hisse veya oy hakkı sahipliğine tekabül eden, borsa yoluyla edinilmiş yatırımları andlaşma kapsamı dışında bırakmıştır.³⁰⁸ Buna göre;

“İşbu andlaşmanın amacı bakımından, “yatırım” terimi; uzun süreli ekonomik ilişkiler kurmak amacıyla bir akit tarafın ülkesinde akit tarafın kanunlarına ve düzenlemelerine uygun olarak edinilen, iş faaliyetlerine ilişkin her türlü mal varlığını ifade eder ve sınırlı olmamak üzere özellikle aşağıdakileri içerir:

- a) taşınır ve taşınmaz malların yanısıra ipotek, rehin ve ülkesinde malvarlığının bulunduğu akit tarafın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak tanımlanan diğer benzer hakları,
- b) yeniden yatırıma çevirilen gelirler, para alacakları ve bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer bütün haklar,
- c) hisseler, hisse senetleri ya da şirketlere iştirakin diğer her türlü şekli,
- d) markalar, ticari itibar ve know-how ve diğer benzer hakların yanı sıra patentler, sınai tasarımlar, teknik süreçler gibi sınai ve fikri mülkiyet hakları,

³⁰⁶ Bakınız: Model Agreements. List,

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchIRIResults> (erişim tarihi 27.02.2019).

³⁰⁷ Şit-Köşgeroğlu, B. (2013). Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı. *TBB Dergisi*, Sayı 107, s.143-172.

³⁰⁸ Benzer bir kısıtlama 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar kanununun 2. maddesinde yer alan yatırım tanımında da öngörülmüştür. Madde düzenlemesine göre: “Doğrudan yabancı yatırım: Yabancı yatırımcı tarafından, 1) Yurt dışından getirilen; - Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, - Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), - Makine ve teçhizat, - Sinaî ve fikrî mülkiyet hakları, 2) Yurt içinden sağlanan; -Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, - Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar, gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla; i) Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, ii) Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı, ifade eder”. Resmi Gazete, Sayı 25141, Tarih 17.06.2003.

e) doğal kaynaklara ilişkin olarak verilen imtiyazlar da dahil olmak üzere, kanun veya sözleşme ile verilmiş iş imtiyazları.

Bununla birlikte, bir şirketin yüzde onundan (10) daha az hissesine veya oy hakkına tekabül eden ve borsa yoluyla edinilmiş yatırımlar işbu andlaşma kapsamına girmez".³⁰⁹

Bölgesel çok taraflı andlaşmalarda geçen yatırım tanımına örnek olarak ise Kuzey Amerika Serbest Ticaret Andlaşması'nı (NAFTA) gösterebiliriz. NAFTA'nın tanımlar başlığını taşıyan 1139. maddesinde yatırım, hem yatırım kapsamında sayılacak hem de yatırım olarak kabul edilmeyecek hususlar sıralanarak tanımlanmıştır. Bu anlamda NAFTA'nın tanımı aynı zamanda geniş yatırım tanımlarına da başlıca örnek olarak gösterilmektedir. 1139. maddeye göre;

Yatırım ifadesi şu anlamlara gelmektedir:

- (a) bir teşebbüs,
 - (b) bir teşebbüsün ortaklık (hisse) senedi,
 - (c) bir teşebbüsün borç senedi,
 - (i) teşebbüsün, yatırımcının bir bağlı şirketi olduğu durumlarda veya
 - (ii) borç senedenin orijinal ihraç tarihindeki vadesinin en az üç yıl olduğu durumlarda;
- ancak bir devlet teşebbüsünün borç senedi, orijinal ihraç tarihindeki vadesi ne olursa olsun, bu kapsama girmemektedir.
- (d) bir teşebbüse verilen kredi,
 - (i) teşebbüsün, yatırımcının bir bağlı şirketi olduğu durumlarda veya

³⁰⁹ Turkish Model of Bilateral Investment Treaty. 2009. Article 1 (çeviri tarafımızca yapılmıştır). Bakınız: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2852> (erişim tarihi 20.07.2017). Türkiye Model İkili Yatırım Andlaşmasında yer alan yatırım tanımı sonraki tarihlerde akdedilen ve Türkiye'nin taraf olduğu birçok iki taraflı yatırım andlaşmasında değiştirilmeden kullanılmıştır. Örnek olarak bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 1. Resmi Gazete, Tarih: 12.07.2015, Sayı: 29414. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Karadağ Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 1. Resmi Gazete, Tarih: 02.08.2016, Sayı: 29789.

(ii) kredinin orijinal vadesinin en az üç yıl olduğu durumlarda;

ancak bir devlet teşebbüsüne verilen kredi, orijinal vadesi ne olursa olsun, bu kapsama girmemektedir.

(e) sahibine ilgili teşebbüsün gelir ve karını paylaşma yetkisi tanıyan bir teşebbüs menfaati;

(f) tasfiyesi halinde sahibine ilgili teşebbüsün, (c) ve (d) alt paragraflarında hariç tutulan borç senedi veya kredi türleri dışındaki aktiflerini paylaşma yetkisi tanıyan bir teşebbüs menfaati;

(g) Ekonomik menfaat veya başka ticari amaçlar için kullanılan veya bu beklentiyle iktisap edilen gayrimenkul yahut maddi veya gayri maddi diğer mülkler; ve

(h) Bir Taraf'ın kendi topraklarında yürütülen bir ekonomik faaliyete Taraf'ın topraklarında yapılan sermaye veya diğer kaynak taahhütlerinden doğan menfaatler; örneğin,

(i) Bir yatırımcıya ait mülkün Taraf'ın topraklarındaki mevcudiyetini ilgilendiren sözleşmeler; örn, anahtar teslim proje anlaşmaları, inşaat kontratları veya imtiyaz sözleşmeleri ya da,

(ii) Kazancın, büyük ölçüde bir teşebbüsün üretimine, gelir veya karına bağlı olduğu sözleşmeler,

ancak yatırım şu anlamları ihtiva etmemektedir:

(i) sadece aşağıdaki alt maddede belirtilen işlemlerden elde edilen para üzerindeki hak talepleri,

(i) Bir Taraf'ın topraklarında faaliyet gösteren bir teşebbüs veya bir vatandaşın mal veya hizmetleri bir başka Taraf'ın topraklarındaki teşebbüse satmasını konu alan ticari sözleşmeler ya da

(ii) Bir ticari işlemle bağlantılı olarak kredi verilmesi, örn, alt paragraf (d)'nin kapsamı dışında kalan krediler, ticaret finansmanı,

(j) (a)'dan (h)'ye kadarki paragraflarda belirtilen menfaat türlerini içermeyen diğer parayla ilgili hak talepleri.³¹⁰

Çok taraflı andlaşmalardaki yatırım tanımına bir diğer örnek olarak Enerji Şartı Andlaşması'ndaki (ECT) yatırım tanımını gösterebiliriz. ECT'nin yatırım tanımı BIT'lerde yer alan tanımlara benzemekte ve NAFTA gibi detaylı bir şekilde düzenlenmemektedir. Enerji Şartı Andlaşması "Tanımlar" başlıklı 1. maddesine göre:

Yatırım; doğrudan veya dolaylı olarak yatırımcıya ait veya yatırımcı tarafından kontrol edilen her türlü varlıktır ve aşağıdakiler bu tanıma dahildir: (a) maddi (somut) ve maddi olmayan (soyut), menkul-gayrimenkul mülkiyet ve kira, mortgage, rehin, ipotek gibi her türlü mülkiyetten doğan haklar, (b) bir şirket veya ticari girişim, hisseler, katılım payları veya diğer paydaşlık şekilleri, bir şirkete veya ticari girişime katılma, bonolar veya bir şirketin ya da ticari girişimin diğer borçları, (c) para alacakları ve sözleşmesel, ekonomik değeri olan ve yatırımla bağlantılı edim alacakları, (d) fikri mülkiyet, (e) getiriler (karlar), (f) enerji sektöründe ekonomik faaliyette bulunmak için kanunun veya sözleşmenin verdiği veya kanunun bahsettiği lisanslara ve izinlere dayalı bütün haklar.³¹¹

Hem iki taraflı, hem Model hem de çok taraflı andlaşmaların yatırım tanımı yapan ilgili maddelerinde görüleceği üzere yatırım; mülkiyeti, sözleşmesel ve fikri hakları, ekonomik değerleri ve beklentileri kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştır. Öte yandan yatırım andlaşmalarında kullanılan kavramlara göre yatırım doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Sornarajah'a göre doğrudan yabancı yatırım, bir ülkenin refahını arttırma amacıyla, taşınır veya taşınmaz varlıkların, sahibinin kısmen veya tamamen denetimi altında, ilgili ülkeye transferidir. Dolaylı yabancı yatırım ise bir ülkedeki şirketin paylarını satın alma amacıyla yapılan yatırımdır. Doğrudan

³¹⁰ NAFTA art.1139, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029.pdf> (çeviri tarafımızca yapılmıştır) (erişim tarihi 20.07.2017).

³¹¹ Enerji Şartı Andlaşması, madde 1, Resmi Gazete, 12.07.2000, No: 24107.

yatırımda yatırımcı şirket üzerinde denetim ve idare yetkisine sahipken dolaylı yatırımlarda böyle bir imkan mevcut değildir. Diğer yandan dolaylı yatırımcı risk gördüğünde yatırımını hemen geri çekme imkanına sahipken doğrudan yatırımcının böyle bir hareket kabiliyeti yoktur. Doğrudan yatırımlar uzun vadeli yatırımlar iken dolaylı yatırımlar genel itibariyle kısa vadeli sıcak para hareketleridir.³¹² Bu açıdan bakıldığında yatırım andlaşmalarında geçen yatırım tanımları daha çok doğrudan yatırımlar dikkate alınarak hazırlanmıştır dersek yanılmış olmayız.

Öte yandan iki veya çok taraflı andlaşmalar yatırım tanımı için bazı şartlara veya kısıtlamalara yer vermektedir. Bunlardan en bilineni ev sahibi devletin ulusal mevzuatına uygunluk şartıdır. Örneğin, Türkiye ile Bahreyn arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının 1/2. maddesinde bir malvarlığının yatırım olarak kabul edilebilmesi “ev sahibi devletin mevzuatına uygun olduğu ölçüde” mümkün olacağı hüküm altına alınmıştır.³¹³ Yatırıma getirilebilecek şartlardan bir diğeri “coğrafi” olarak sınırlandırmadır. Bu anlamda bazı iki taraflı yatırım andlaşmaları (BIT) sadece “akit tarafların ülkesinde” yapılmış yatırımları koruma kapsamına almaktadır. Bazı yatırım andlaşmaları sadece akit tarafların ülkesine atıf yaparken bazıları ise ülke kavramından ne anlaşılması gerektiğini detaylı bir şekilde izah etmektedir. Nitekim Türkiye ile Finlandiya arasında akdedilen BIT’in 1/1-e maddesinde “ülke; Türkiye ve Finlandiya açısından, sırasıyla, Türkiye Cumhuriyetini ve Finlandiya Cumhuriyetini oluşturan ülkeyi ifade eder”³¹⁴ şeklinde belirtilirken, Türkiye ve Suudi Arabistan arasında akdedilen BIT’in 1/4 maddesinde “ülke; (a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili olarak; ülkeyi, karasularını, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası hukuka göre tabii kaynakların araştırılması, işletilmesi ve korunması amacıyla üzerinde egemenlik veya kaza hakkının bulunduğu deniz alanlarını, (b) Suudi Arabistan Krallığı ile ilgili olarak; kara sınırları içerisinde bulunan alanlara ek olarak,

³¹² Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, pp.1-8.

³¹³ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Bahreyn Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 25.03.2010, Sayı: 27532.

³¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Finlandiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 21.03.1995, Sayı: 22234.

Suudi Arabistan Krallığı'nın uluslararası hukuka göre üzerinde egemenliğini icra ettiği ve üzerinde egemenlik veya kaza hakkının bulunduğu deniz ve deniz altı alanlarını ifade eder"³¹⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Öte yandan Türkiye ve Danimarka arasında akdedilen BIT'in 1/4 maddesinde ise andlaşmanın "Faroe Adaları ve Grönland"³¹⁶ bakımından uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bazı yatırım andlaşmalarının uygulaması belirli bir zaman ile sınırlandırılmıştır. Bu anlamda yatırım andlaşmaları çeşitlilik arz etmektedir. Bazı BIT'ler andlaşmanın; "mevcut bütün yatırımları" kapsayacağını, "sadece yürürlük sonrası yapılan yatırımları kapsayacağını" veya "yürürlük tarihinden belirli bir süre önce yapılmış yatırımlar ile birlikte yürürlük sonrası yatırımları kapsayacağını" beyan etmektedir. Bazı BIT'ler ise uyumsuzluk durumunu da zaman ile kısıtlamakta ve andlaşmanın "sadece yürürlük sonrası ortaya çıkan yatırım uyumsuzluklarına" uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Öte yandan andlaşmalar süreli olarak da yapılabilmekte ve hatta fesih tarihinden sonra belirli bir süre daha hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı hüküm altına alınabilmektedir. Son olarak bazı BIT'ler sadece devletin onay verdiği yatırımların andlaşma kapsamında korunacağını hüküm altına almaktadır.³¹⁷ İleride ele alacağımız gibi hem yatırım kavramının kapsamı hem de yatırım kavramına getirilen andlaşma sınırlamaları ICSID hakem kararlarına konu olmuştur.

3.1.4. ICSID Hakem Kararlarında Yatırım Kavramının Yorumu

İki taraflı yatırım andlaşmalarında yer alan yatırım kavramının kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi uygulamada çoğunlukla ICSID hakem heyetleri tarafından yapılmaktadır. Bu anlamda yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin en sık başvurduğu kaynaklardan biri 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31, 32 ve 33. maddelerinde düzenlenen yorum kurallarıdır. Viyana Sözleşmesi bu anlamda tüm andlaşmalara uygulanabilecek uluslararası teamül

³¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suudi Arabistan Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 18.12.2008, Sayı: 27084.

³¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Danimarka Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 27.05.1992, Sayı: 21240.

³¹⁷ Yılmaz, A. Ç. (2013). *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, s.83-90.

hukuku kurallarını kodifiye etmiştir. Öte yandan Viyana Sözleşmesi uluslararası hukukun bütünlüğünü sağlayan andlaşmaların da başında gelmektedir. Bu nedenle ICSID hakem heyetlerince yatırım kavramının nasıl yorumlandığına geçmeden önce hakem heyetlerince kullanılan Viyana Sözleşmesi'nin yorum kurallarına kısaca değinmekte fayda vardır.

3.1.4.1. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde Yer Alan Yorum Metodu

Yatırım kavramının uygulamada içeriğinin doldurulması temel olarak yatırım andlaşmalarının yorumlanması yoluyla gerçekleşmektedir. Bu anlamda ICSID hakem heyetleri, önüne gelen uyuşmazlıkta uluslararası hukukun kabul ettiği yorum araçlarını kullanmaktadır. Bu anlamda yatırımın ne olduğunun belirlenmesinde iki taraflı yatırım andlaşmalarında kullanılan ifadeler, tarafların iradesi ve andlaşmanın amacı büyük önem arz etmektedir. Herhangi bir hakem heyetince iki taraflı yatırım andlaşması yorumlanırken kullanılması gereken yorum ilkeleri, diğer tüm andlaşmalarda olduğu gibi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde öngörülen kurallardır. Sonraki bölümlerde ele alacağımız üzere uluslararası insan hakları hukuku ilkelerinin yabancı yatırım hukukuna entegrasyonunda Viyana Sözleşmesinin genel yorum kuralları ile Sözleşmenin 31/3-c maddesinde öngörülen uluslararası hukuka bütüncül yaklaşım kilit rol oynamaktadır. "Genel Yorum Kuralı" başlığını taşıyan Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre:

1. Bir andlaşma, hükümlerine, andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.
2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, andlaşmanın bütünü; girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.
3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler de dikkate alınır: a) Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma, b) Tarafların andlaşmanın yorumu

konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması, c) Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.³¹⁸

Ayrıca andlaşmanın 32. maddesi, 31. maddenin tatbiki muğlak veya anlamsız bir netice veriyor ise anlamı ortaya çıkarabilmek için andlaşmanın hazırlık çalışmaları veya yapıma şartları gibi tamamlayıcı yorum araçlarına da başvurulabileceğini belirtmektedir. Son olarak andlaşmanın 33. maddesi de birden fazla dilde tevsik edilmiş andlaşmaların, görüş ayrılığı halinde nasıl yorumlanacağını düzenlemektedir.³¹⁹

Shaw, Viyana Sözleşmesinden yola çıkarak, uluslararası hukukta andlaşmaların yorumlanmasına dair kurallara yaklaşımların üç şekilde kategorize edilebileceğini belirtmektedir. Birincisi, andlaşmada kullanılan kelime, kavram ve terimlere olağan ve ilk anlamını vererek andlaşma yorumlanabilir (literal and textual approach). İkincisi, andlaşma akdeden tarafların andlaşma akdetmedeki amaç ve iradesi göz önünde bulundurularak andlaşma yorumlanabilir (subjective approach). Üçüncüsü ise andlaşma metni bir bütün olarak ele alınıp konu ve amacına uygun olarak yorumlanabilir (teleological approach).³²⁰ Bu yorum metodları herhangi bir uluslararası mahkeme ya da hakem kararında karşımıza çıkabilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı; “Bir Devletin Birleşmiş Milletler Üyeliğine Kabulünde Genel Kurul’un

³¹⁸ 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m.31-32-33, Tam metin için bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969), 1155 UNTS 331.

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf> (erişim tarihi 23.07.2017).

³¹⁹ Yatırım Andlaşmalarının yorumu hakkında geniş bir inceleme için bakınız: Gordon, K. & Pohl J. (2015). *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World. OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02, OECD Publishing, pp.5-36.

³²⁰ Shaw, M. N. (2017). *International Law*. 8th Ed., Cambridge University Press. pp.932-933. Benzer bir sınıflandırma için bakınız: Dixon, M. (2005). *Textbook on International Law*. Oxford University Press, pp.66-67.

Yetkisi” hakkındaki danışma görüşünde (advisory opinion), kendisine dava tevdi edilen herhangi bir heyetin ilk işinin, dava konusu anlaşmanın hükümlerini doğal ve ilk anlamlarına uygun olacak şekilde yorumlamak olduğunu vurgulamıştır.³²¹ Diğer bir mahkeme olan AİHM’in *Lithgow v. United Kingdom* davasında, ek 1 no’lu protokol’ün 1. maddesinde yer alan “uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak” ibaresinden yola çıkarak yorum araçlarının da genel uluslararası hukukta olduğu şekilde (viyana sözleşmesinde olduğu gibi) uygulanması gerektiğini ancak yorum araçları kullanılırken sözleşmenin amacının da gözetilmesi, zira AİHS’in amacının temel hak ve özgürlükleri korumak olduğunu da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.³²² *Siemens v. Argentina* davasında ICSID hakem heyeti her iki tarafın da iddialarını uyuşmazlık konusu anlaşmanın, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31/1 maddesi uyarınca yorumuna dayandırdıklarını tespit etmiş ve kendisinin de Viyana Sözleşmesinin yorum maddelerine bağlı kalarak uyuşmazlık konusu anlaşmanın hükümlerini yorumlayacağını belirtmiştir.³²³ *Noble Ventures v. Romania* davasında ise hakem heyeti öncelikle Viyana Sözleşmesinin 31. maddesini uygulamış daha sonrasında ise 32. maddede öngörülen tamamlayıcı yorum metodunu kullanmıştır. Hakem heyeti bu nedenle uyuşmazlığa konu olan anlaşmanın hazırlık çalışmaları ile yapımı esnasındaki şartları da incelemiştir.³²⁴

Davanın taraflarının tek tarafı olarak yaptıkları yorumlar sınırlı bir etkiye sahiptir ve bağlayıcı değildir. Ancak iki tarafı yatırım anlaşması eğer tarafların yoruma ortak deklarasyonunun hakem heyetini bağlayacağını düzenlemiş ise bu durumda hakem heyeti tarafların iradesi ile bağlıdır. ABD Model BIT’in 30. maddesinin son

³²¹ Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the U.N., *Advisory Opinion*, 3 March 1950, I.C.J. Reports 5, pp.4-8.

³²² Case of *Lithgow and others v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Judgment, 8 July 1986, parag.114.

³²³ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, parag.80.

³²⁴ *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, parag.50.

paragrafında böyle bir hüküm öngörülmüştür.³²⁵ Bazı durumlarda andlaşma ayrıca bir yorum mekanizması öngörmüş olabilir. Örneğin, NAFTA üç devletin temsilcilerinden oluşan Serbest Ticaret Komisyonu'nun (Free Trade Commission-FTC) bağlayıcı yorum yapabileceğini düzenlemektedir.³²⁶ ICSID Konvansiyonu da bazı durumlarda yoruma dair hükümler içermektedir. Konvansiyonun 50/1. maddesine göre "kararın anlamı veya kapsamı hakkında taraflar arasında bir anlaşmazlık olursa, taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak kararın yorumunu isteyebilir". Konvansiyonun 64. maddesine göre ise "bu sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan ve görüşmelerle çözüme kavuşturulmayan âkit devletler arasındaki anlaşmazlıklar, devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde, Uluslararası Adalet Divanına götürülür".³²⁷ İstinalar olmakla birlikte genel itibariyle andlaşmayı yorumlama yetkisi uyuşmazlığa bakacak olan merciye aittir. Bu anlamda hakem heyetlerinin kullandıkları yorum metodları, bir yandan uluslararası hukukta bütünlük yaklaşımlarını desteklerken birçok konuda da farklı kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İleride göreceğimiz gibi, örneğin, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı'nın prosedürel konuları da kapsayıp kapsamayacağı hususunda hakem heyetleri arasında yorum farkları söz konusudur. Keza ICSID hakem heyetlerinin yetkisi, devletlerin yargı ve cebr-i icra bağışıklığının

³²⁵ US Model BIT Article 30/3: "A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision". <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (erişim tarihi 24.07.2017).

³²⁶ NAFTA madde 1131/2 şu şekilde düzenlenmiştir: "An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section".

³²⁷ ICSID Konvansiyonu'nun resmi çeviri metni için bakınız: Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme. Madde 50/1 ve 64. Resmi Gazete, Tarih: 02.06.1988, Sayı: 19830. Belirtmek isteriz ki Türkiye ICSID Konvansiyonu'nun 64. maddesine çekince koymuştur. Hatta Türkiye Model Andlaşması'nın 9. Maddesi de andlaşmanın yorumu açısından tarafların ICSID Konvansiyonunda öngörülen Uluslararası Adalet Divanı'na başvuramayacağını hüküm altına almaktadır. Maddenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir: "With regard to the Article 64 of the "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States": The Republic of Turkey shall not accept the referral of any disputes arising between the Republic of Turkey and any other Contracting State concerning the interpretation or application of "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States", which is not settled by negotiation, to the International Court of Justice". Ayrıca bakınız: Avsar, M. (2017). ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, s.95-140.

sınırları, yatırım kavramının kapsamı gibi konularda da hakem heyetlerinin dar veya geniş yorumu benimsemesine bağlı olarak farklı yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır. Yorum farklarına rağmen yine de ICSID hakem heyetleri bir yandan daha önceki hakem kararları ile bağlı olmadıklarını belirtirken diğer yandan sıkça daha önce verilmiş hakem kararlarına atıfta bulunmaktadır.

3.1.4.2. ICSID Hakem Kararlarında Yatırım Kavramının Belirlenmesi

ICSID Konvansiyonu herhangi bir yatırım tanımı öngörmemiştir. Bu nedenle iki taraflı yatırım andlaşmalarında veya çok taraflı andlaşmalarda yer alan yatırım kavramı, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan yorum metodları kullanılarak, hakem heyetlerince yorumlanacaktır. Nitekim Konvansiyon uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması gerektiğini düzenlemektedir. Daha açık ifadeyle ICSID hakem heyetleri önünde herhangi bir uyuşmazlığın görülebilmesi için öncelikle ortada bir yatırım olmalıdır. Yatırım andlaşmalarının (bazı durumlarda yatırım sözleşmelerinin³²⁸) yorumlanması ve yatırım kavramının içeriğinin belirlenmesi hususunda hakem kararları detaylı bir içeriğe sahiptir. Örneğin bazı ICSID hakem kararlarında kullanılan yorum yöntemine göre sözleşme hazırlıkları çerçevesinde yapılan masraflar yatırım kapsamında sayılamazlar. Nitekim *Mihaly v. Sri Lanka* davasında hakem heyeti sözleşme (yatırım sözleşmesi) öncesi safhada taraflar arasındaki mektup teatisinin sözleşme anlamına gelmediğine ve dolayısıyla bu aşamada yapılan masrafların istenemeyeceğine hükmetmiştir. Zira davaya konu olayda sözleşme öncesi safhada birkaç kez mektup teatisi yapılmış ve ileride akdedilecek olan yatırım sözleşmesinin içeriği tartışılmıştır. Görüşmeleri herhangi bir bağlayıcı anlaşma yapılmadan sona erdirilmiştir. Hakem heyetine göre sözleşme imzalanmadığı için taraflar arasında sözleşmesel bir borç da doğmamıştır.³²⁹

³²⁸ İç hukukta yatırımcı ile devlet arasında akdedilen sözleşmeye genel olarak "yatırım sözleşmesi" denilmektedir.

³²⁹ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, March 15, 2002, parag.36-47; Chatterjee, C. C. (2003). When Pre-Investment or Development Costs may or may not be Regarded as Part of Investment under Article 25(1) of the ICSID Convention: the *Mihaly Case*. *Journal of World Investment*, Vol.4(5), pp.909-926.

Buna karşılık *PSEG v. Turkey* davasında, geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmenin yapıldığı kabul edilmiş ve sözleşme sonrası safhada yapılan masraflar yatırım kapsamında sayılmıştır. Davaya konu olan olayda ABD’li PSEG Global şirketi ile Enerji Bakanlığı arasında Konya’da elektrik santralının kurulması için imtiyaz sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşme Danıştay’ın incelemesinden de geçmiştir. Sonradan çıkan uyuşmazlık üzerine PSEG Global şirketi ICSID tahkiminde dava açmıştır. Şirkete göre imtiyaz sözleşmesi Türkiye ve ABD arasında akdedilen BIT uyarınca yatırım olarak kabul edilmelidir. Enerji Bakanlığı ise projenin yapılmadığını ve dolayısıyla ortada bir yatırımın olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti imtiyaz sözleşmesinin Danıştay tarafından onandığını ve tarafların imzasının olduğunu, tarafların sözleşme ile bağlı olduğunu ve dolayısıyla sözleşme imzalandıktan sonra yapılan araştırma ve geliştirme masraflarının da yatırım kapsamına girdiğini tespit etmiştir.³³⁰

İki taraflı yatırım andlaşmalarına göre hangi varlıkların yatırım olarak kabul edilebileceğine dair de birçok ICSID hakem kararı mevcuttur. Bu kararlardan bir tanesi olan *AMT v. Zaire* davasında, SINZA adlı Zaire³³¹ şirketinin %94 hissesine sahip olan AMT adlı şirket Zaire’ye karşı açtığı davada SINZA şirketinin mülkiyetinin Zaire güçleri tarafından zarara uğratıldığını ve yağmalandığını iddia etmiş, tazminat talep etmiştir. Zaire ise SINZA adlı şirketin Zaire kanunlarına göre kurulmuş yerel bir şirket olduğunu, ortada uluslararası bir yatırım olmadığını ve davanın ICSID’de değil yerel mahkemelerde görülmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti ABD ile Zaire arasındaki iki taraflı yatırım andlaşması hükümlerinde geçen “hisse dahil olmak üzere her türlü doğrudan veya dolaylı yatırım” ifadesine dayanarak SINZA’nın AMT şirketinin bir yatırımı olduğuna ve Zaire’nin tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir.³³² Bazı hakem kararlarında yatırımın önemli bir parçası olan işlemler de,

³³⁰ PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/05, Decision on Jurisdiction, 4 June 2004, parag.81-103.

³³¹ Şu anki adıyla Demokratik Kongo Cumhuriyeti

³³² American Manufacturing and Trading Inc. v the Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award of 21 February 1997, YCA Vol. XXII (1997), s. 60. Kararda ayrıca Tam Koruma ve Güvenlik (Full

diğer kısımlar ile birlikte yatırım olarak kabul edildiği için, yatırım kapsamında değerlendirilmiştir. *CSOB v. Slovakia* davasında hakem heyetine göre yatırım kompleks bir operasyon ve birbiriyle bağlantılı işlemler bütünü olarak görülmüştür. Bu sebeple heyet önüne gelen işlem tek başına düşünüldüğünde yatırım olarak değerlendirilemeyecek kapasitede iken bu işlemin, bir bütün halinde yatırımın önemli bir parçası olduğu dikkate alınarak, yatırım olduğu kabul edilmiştir.³³³

Fedax v. Venezuela kararında ise Fedax şirketi kendisine ciro yoluyla devredilen bonoların Venezuela tarafından ödenmediği iddiasıyla ICSID tahkimine başvurmuştur. Venezuela hükümeti bonoların bir yatırım teşkil etmediğini iddia etse de hakem heyeti Hollanda ile Venezuela arasındaki iki taraflı yatırım andlaşmasında geçen “her türlü değer ve para talebi” ifadelerinden yola çıkarak bonoların bir kredi aracı ve dolayısıyla yatırım olduğuna hükmetmiştir. Hakem heyeti yatırımın varlığını araştırdığı incelemesini üçlü bir kategorizasyon ile yaptığı yoruma dayandırmıştır. Birincisi, hakem heyetine göre, ICSID Konvansiyonu’nun yapılış amaçları ve hazırlık çalışmaları dikkate alınarak olağan ticari işlemler (ordinary commercial transactions) yatırımdan (investment) ayrılmalıdır. İkincisi, akit tarafların davaya konu BIT’de yatırım ile ilgili uyuşmazlıklar açısından ICSID hakem heyetlerinin yetkisine rıza gösterip göstermediği incelenmelidir. Üçüncüsü, uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre ortada gerçekten bir yatırımın var olup olmadığı incelenmelidir. Hakem heyeti bu anlamda genel itibariyle bir yatırımdan bahsedebilmek için 4 kriterin bir arada bulunması gerektiğini tespit etmiştir: 1) belirli bir süre, 2) belirli bir kar ve getiri, 3) risk unsuru, 4) önemli bir taahhüt ve ev sahibi devletin ekonomik gelişimi açısından önemli olması.³³⁴

Protection and Security) ilkesinin ihlal edildiğine dair değerlendirmeler için bakınız aşığıda bölüm 2.3 Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi.

³³³ *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, parag.72.

³³⁴ *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, March 9, 1998, parag.21-43.

Fedax davasında belirtilen kriterler, daha sonra *Salini v. Morocco* davasında da hakem heyetince formülize edilmiş ve “Salini Testi” olarak anılmaya başlamıştır. Dava konusu uyuşmazlık inşaat sözleşmesinin yatırım teşkil edip etmediğine ilişkindir. İtalyan şirketleri olan Salini ve Italstrade, Fas Hükümeti tarafından finanse edilen ADM şirketi ile otoyol inşası için sözleşme akdetmişlerdir. İtalyan şirketleri bazı gecikmeler ve aksaklıkları Fas Hükümeti’ne bildirmiş ancak sonuç alamamıştır. Bunun üzerine ICSID tahkiminde dava açmışlardır. Fas Hükümeti inşaat sözleşmesinin Fas ve İtalya arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşması (BIT) uyarınca yatırım kapsamına sokulamayacağını iddia etmiştir. Hakem heyeti ise inşaat sözleşmesinin “ekonomik değeri olan sözleşmesel edim” kapsamına girdiğini ve Fas ve İtalya arasındaki BIT uyarınca yatırım olarak kabul edilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Daha sonrasında hakem heyeti yatırımın genel kriterlerini ortaya koymaya çalışmıştır. Salini kararını veren hakem heyetine göre yatırımın 4 kriteri vardır. Bu kriterler: 1) ekonomik değerde bir para ya da malvarlığı katkısı olması, 2) belirli bir süreye yayılması, 3) risk unsurunu barındırması ve 4) ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunmasıdır.³³⁵ Uluslararası hukukta emsal ve bağlayıcı içtihat (precedent) doktrininin uygulanmadığını göz önüne aldığımızda aynı şekilde yabancı yatırım hukukunda da bir hakem kararı ile diğer merciler bağlı sayılmazlar. Ancak yine de hakem heyetleri diğer hakem kararlarına bolca atıf yapmaktan çekinmemektedirler.³³⁶ Salini testi yatırımın unsurlarını formülize etmesi açısından hakem heyetlerince işlevsel bulunmaktadır.³³⁷ Bu nedenle birçok hakem kararında baz alınmıştır ancak bazı hakem kararları bu kriterlere yeni bazı unsurlar

³³⁵ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, parag.52. Karar hakkında değerlendirme için bakınız: Gaillard, E. & Banifatemi, Y. (2003). Introductory Note to Icsid: Salini Costruttori Spa And Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco (Proceeding On Jurisdiction). *International Legal Materials*, Vol.42(3), pp.606-608; Bechky, P. S. (2018). Salini's Nature: Arbitrators' Duty of Jurisdictional Policing. *Journal of Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.17, pp.145-163.

³³⁶ Grabowski, A. (2014). The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, Article 13, pp.287-309.

³³⁷ Bakınız: Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, parag.130.

daha eklemekte diğerk bazıları ise kriterleri tam olarak kullanmamaktadır.³³⁸ Özellikle ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı kriteri ICSID hakem kararlarında yatırımın belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Örneğin *Malaysian Salvors v. Malaysia* davasında hakem heyeti deniz kurtarma sözleşmesini, ev sahibi devletin ekonomisine önemli bir katkı yapmadığı gerekçesiyle yatırım olarak kabul etmemiştir.³³⁹ Benzer şekilde *Mitchell v. Congo* davasında da *ad hoc* iptal komitesi davacının sahibi olduğu hukuk bürosunun ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkı yapmadığını ve dolayısıyla yatırım sayılamayacağını hüküm altına almıştır.³⁴⁰ Öte yandan yatırım kriterlerini değerlendiren Demirkol'a göre de yatırım kavramını, yatırım andlaşmalarında belirtilen listeler yerine ilgili yatırım andlaşması ve ICSID konvansiyonunun amaçları doğrultusunda objektif olarak (Viyana Sözleşmesi uyarınca) yorumlamak daha uygundur. Salini testi bu nedenle önemlidir. Bu anlamda en azından belirli malların özgülmesi anlamında ekonomik katkı, belirli bir süre ve risk unsurları aranmalıdır.³⁴¹

Phoenix v. Czech Republic davasında Salini testi yetersiz bulunmuş ve belirlenen dört kritere iki kriter daha eklenmiştir. Hakem heyetine göre yatırımın Salini testinde yer alan kriterlere sahip olması yetmez anı zamanda ev sahibi devletin hukukuna uygun ve iyi niyetli olarak yapılmış olması gerekir.³⁴² *Saba Fakes v. Turkey* davasında ise hakem heyeti, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/1 maddesindeki "olağan anlam" kavramından yola çıkarak Salini testinde belirtilen "ev sahibi ekonomik kalkınmasına katkı" kriterinin belirsiz olduğunu ve yatırım yapılmasına rağmen işlerin yolunda gitmemesinden ötürü bu kriterin yine gerçekleşmeyebileceğini belirtmiştir. Heyete göre ev sahibi devletin ekonomik

³³⁸ Bakınız: *Joy Mining Machinery Limited. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ICSID Case No. ARB/03/11, 6 August 2004.

³³⁹ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Jurisdiction, 17 May 2007, parag.70.

³⁴⁰ *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, parag.23-48.

³⁴¹ Demirkol, B. (2015). The Notion of 'Investment' in International Investment Law. *The Turkish Commercial Law Review*, Vol.1, Issue 1, pp.49-50.

³⁴² *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, parag.100-114.

gelişimine katkı ancak yatırımın bir sonucu olabilir. Bu anlamda heyet yatırımın objektif kriterler oluşturularak belirlenmesi anlamına gelen Salini testine katılmamıştır. Somut olayda heyet Saba Fakes'in Uzan ailesinden Telsim hisselerini devraldığı ve dolayısıyla bir yatırımı olduğu iddiasını, yatırım olmadığı gerekçesiyle reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir.³⁴³ Schreuer de yatırım kavramı açısından Salini testine benzer kriterler ortaya koymuş ve bazı hakem heyetlerince eleştirilmiştir. Yazara göre bir yatırımın tipik karakteristiğini şu hususlar belirler: 1) belirli bir süre, 2) kar ve getiri devamlılığı, 3) karşılıklı risk varsayımı, 4) önemli taahhüt, 5) operasyonun ev sahibi devlet için önemi.³⁴⁴ *Malaysian Salvors v. Malaysia* davasında ise Salini testi ve Schreuer'in yaklaşımı hakem heyeti tarafından eleştirilmiş ve hukuki olmaktan çok ekonomik bir çerçeveye çizdiği iddia edilmiştir. Heyete göre esasen yatırımın çerçevesinin hukuki olarak çizilmesi ve unsurlarının belirlenmesi yargı yetkisi (jurisdiction) bakımından da önemlidir. Zira bu durumda bir unsurun eksikliği, ortada bir yatırımın olmamasından dolayı, uyuşmazlığın konu bakımından kabul edilebilirliğini etkileyecektir.³⁴⁵ Yatırım kavramı kriterleri üzerinde herhangi bir uzlaşma söz konusu değildir. Bu nedenle hem hakem heyetleri hem de uzmanlar Salini testine benzer şekilde bazı kriterler üzerinden ve özel duruma bakarak inceleme yapmaktadırlar. Bu anlamda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin yorum metodları çok önemli bir rol oynamaktadır.

Yatırım tanımına getirilen sınırlamalar da ICSID hakem kararlarında tartışılmıştır. Ev sahibi devletin mevzuatına uygunluk konusunun gündeme geldiği *Inceysa v. El Salvador* davasında davacının ulusal mevzuata aykırı şekilde ihaleye fesat karıştırarak imtiyaz sözleşmesinin tarafı olduğu anlaşılmıştır. Hakem heyeti kötü niyetle ve dürüstlük kuralına ve ev sahibi devletin mevzuatına aykırı olarak gerçekleştirilen yatırımların BIT'lerde yer alan yatırım korumasından

³⁴³ Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, parag.110. Saba Fakes davası yatırımcı sıfatı açısından ayrıca ileride değerlendirilecektir.

³⁴⁴ Schreuer, C. et al (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, p.40.

³⁴⁵ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 May 2007, parag.70.

faydalanamayacağını tespit etmiştir.³⁴⁶ *World Duty Free v. Kenya* davasında da davacının Kenya'lı üst düzey bir devlet görevlisine rüşvet vererek yatırımını gerçekleştirdiği ortaya çıkmıştır. Hakem heyeti, iç hukukta yapılan yolsuzlukların aynı zamanda uluslararası kamu düzeninin genel kurallarını da ihlal ettiğine atıfta bulunarak yolsuzluk ile elde edilen sözleşmesel hakların yargı makamları veya hakem mercileri önünde korunamayacağını vurgulamıştır.³⁴⁷ Diğer bir şart olan ülkesel kısıtlama *SGS v. Philippines* davasında gündeme gelmiştir. Davaya konu olan olayda SGS şirketi Filipinler devletine gümrük izinleri, kontrolü ve denetimi hakkında danışmanlık hizmeti vermektedir. Davalı devlet ise SGS şirketinin ülke sınırları dışında faaliyet gösterdiğini ve ortada iki taraflı anlaşmaya uygun bir yatırımın olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti, değerlendirmesinde, SGS şirketinin faaliyetlerinin yurtdışında olmasına rağmen yatırımın sonuçlarının ve kazancının Filipinler ülkesi içerisinde doğduğunu ve davacının faaliyetlerinin Manila İrtibat Ofisi aracılığıyla yapıldığını tespit ederek "ülke dışılık" itirazını reddetmiş ve yatırımın varlığına hükmetmiştir.³⁴⁸ Zaman bakımından *Maffezini v. Spain* davasında davalı devlet, uyuşmazlığın BIT'in yürürlüğe girdiği 1992 tarihinden önce ortaya çıktığını ve BIT'in uygulanamayacağını ifade etmiştir. Hakem heyeti ise daha önceki yazışmaların davacı tarafın görüşlerini bildirmesi kabilinden olduğunu, uyuşmazlık için tarafların hukuki menfaatlerinin açıkça çatışması gerektiğini tespit ederek zaman bakımından BIT'in uygulanabileceğine hükmetmiştir.³⁴⁹ Onay bakımından getirilen sınırlama açısından *Gruslin v. Malaysia* davasında davacı Malezya Menkul Kıymetler Borsası'ndan hisse senedi almış ve ortaya çıkan uyuşmazlıkta bu işlemin bir yatırıma vücut verdiğini iddia etmiştir. Davacıya göre borsada işlem yapılmasına izin verilmiş olması BIT'te yer alan onay şartını sağlamaktadır. Hakem heyeti ise Belçika-Lüksemburg-Malezya arasında akdedilen BIT'te yalnızca onay verilmiş projelerin

³⁴⁶ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, parag.231-249.

³⁴⁷ *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, ICSID Case No. Arb/00/7, Award, 4 October 2006, parag.139-179.

³⁴⁸ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, parag.101-106.

³⁴⁹ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, parag.90-98.

yatırım kapsamında sayıldığını, Malezya tarafından genel bir iznin verilmiş olmasının mevcut yatırıma da onay verildiği şeklinde yorumlanamayacağını belirterek davacının iddiasını reddetmiştir.³⁵⁰

3.2. Yatırımcı Kavramı

Yatırım kavramı kadar yatırımcı kavramı da önemli olup yabancı yatırımcı sıfatının tespit edilmesi ve yorumlanması da büyük önem arz etmektedir. Nitekim ICSID tahkimi için ortada bir yatırımın varlığının tespiti yetmemekte, aynı zamanda bu yatırıma sahip olan kişinin veya şirketin de Konvansiyon'a taraf bir devletin uyruğunda olması ve ev sahibi devletin uyruğunda olmaması ya da ev sahibi devletin uyruğunda olmakla birlikte yabancı kontrolünde olması ve bu durumun taraflarca kararlaştırılmış olması aranmaktadır.³⁵¹ Bu husus ICSID Konvansiyonunun 25/2 maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Diğer âkit ülke vatandaşları deyimi aşağıdakileri kapsar; a) âkit bir devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir kişi haricinde, 36'ncı maddenin 3'üncü paragrafı veya 28'inci maddenin 3 üncü Paragrafı uygulanarak istemleri kaydedilmiş ve anlaşmazlık tarihinde sözkonusu anlaşmazlığı merkeze sunmak üzere taraf olmuş olan diğer ülke vatandaşları, b) âkit ülke vatandaşlığına sahip herhangi bir yasal kişi haricinde, tarafların rızasıyla anlaşmazlığın Arabuluculuk veya Hakemliğe sunulduğu tarihte taraf olan devlet veya sözkonusu tarihte anlaşmazlığa taraf olan âkit devlet vatandaşlığına sahip olan herhangi bir yasal kişi ve bu sözleşmenin amaçları doğrultusunda yabancı kontrolü yüzünden 'diğer bir âkit devlet vatandaşı' muamelesi görmesi kararlaştırılmış diğer taraflar".³⁵² En basit anlamıyla ev sahibi ülkede yatırımı bulunan gerçek veya tüzel kişiye yatırımcı denir. Yatırımcı kavramı da 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum ilkelerine göre belirlenecektir. Bu anlamda yatırımcının yabancı yatırımcı olup olmadığı ve buna göre hangi uluslararası hukuk enstrümanlarından faydalanabileceği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

³⁵⁰ Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, 27 November 2000, parag.10.6-25.5.

³⁵¹ Demir, I. E. (2014). *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*. Filiz Kitabevi, s.39.

³⁵² ICSID Konvansiyonu, madde 25/2.

Daha açık ifadeyle yatırımcı sıfatının tespit edilmesi uyumsuzluk halinde davanın hangi hukuki rejime tabi olacağı ve hangi yatırım anlaşmalarının uygulanacağı belirlenmesinde kilit rol oynamaktadır. Dahası, bir yabancı yatırım varlığını tespit etmek için yatırımcının uyruğunun (nationality) da öncelikle bilinmesi gerekmektedir. Uyruğun belirlenmesi temel itibariyle iç hukuk yoluyla sağlanmaktadır. Nitekim her egemen devlet bir gerçek veya tüzel kişiye uyrukluk tanıma hususunda serbesti sahibidir.³⁵³ Aynı serbesti iki taraflı yatırım anlaşmaları açısından da söz konusudur.³⁵⁴ Ancak ICSID tahkimine başvuru açısından hem iç hukuk hem de iki taraflı yatırım anlaşması hükümleri ICSID konvansiyonuna aykırılık oluşturmamalıdır.³⁵⁵

Öte yandan bazı uluslararası mahkeme kararlarında uyruklığa sahip olmak bizatihi yeterli kabul edilmemektedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, Liechtenstein ve Guatemala arasında geçen *Nottebohm* davasında, çifte vatandaşlığa sahip bir kimsenin hangi ülkenin himayesinde olduğunun belirlenmesinde etkin vatandaşlık bağı (genuine connection) kriterini aramıştır. Buna göre gerçek kişilerin vatandaşlığının tespiti için kişi ile devlet arasında sıkı bir ilişki olması gerekir.³⁵⁶ Kanada ve Ürdün arasında akdedilen Yabancı Yatırımların Korunması Model Anlaşması (Canada-Jordan FIPA) gibi bazı yatırım anlaşmaları çifte vatandaşlığa sahip olan vatandaşların uyruğunun dominant ya da etkin bağ prensibine göre

³⁵³ Donner, R. (1994). *The Regulation of Nationality in International Law*. Martinus Nijhoff, 2nd Edition, pp.2-10.

³⁵⁴ Örneğin Türkiye ve Libya arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasına göre: “Yatırımcı terimi; diğer akit tarafın ülkesinde yatırım yapmış olan, a) her bir akit tarafın yürürlükteki mevzuatına göre vatandaşı sayılan gerçek kişiler, b) akit taraflardan birinin yürürlükteki kanunları çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş ve yönetim merkezi o akit tarafın ülkesinde olan şirketleri, firmaları ve iş ortaklarını ifade eder”. Bakınız: Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması. Resmi Gazete, Tarih: 09.04.2011, Sayı: 27900.

³⁵⁵ Bu anlamda belirtmek isteriz ki her ne kadar 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu “yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını” da yabancı yatırımcı saymışsa da, bu vasfa sahip kişiler ICSID tahkimine başvuramayacaktır.

³⁵⁶ *Nottebohm Case*, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, s.23; Jones, J. M. (1956). *The Nottebohm Case. The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.5, No.2, pp.230-244; Kunz, J. L. (1960). *The Nottebohm Judgment. American Journal of International Law*, Vol.54, Issue 3, pp.536-571. *Nottebohm* kararı ileride geniş bir şekilde ele alınacaktır.

çözülmesi gerektiğini açıkça belirtmektedirler.³⁵⁷ Dolzer ve Stevens, böyle bir madde yoksa dahi genel uluslararası hukuktaki etkin vatandaşlık bağı ilkesinin cari olacağını düşünmektedirler.³⁵⁸ Nottebohm davasında enteresan olan husus Divan'ın etkin bağ doktrinini çifte vatandaşlık kıyaslaması üzerinden yapmamasıdır. Nitekim Divan, Nottebohm'un, vatandaşı olduğu Almanya ile ilişkisine dair bir inceleme yapmamış vatandaşı olmadığı Guatemala ile etkin bağına vurgu yapmıştır. Bu nedenle Sloane, Nottebohm davasında tartışılan kriterlerin uluslararası hukuka katkı yaptığını kabul etse de günümüz dünyasında vatandaşlık tespiti için kullanılan tek tipleştirici kriterlerin verimli sonuçlar doğurmadığını düşünmektedir.³⁵⁹

Etkin vatandaşlık bağı hakem kararlarında da tartışılmıştır. ICSID hakem heyetleri de, genel itibariyle, bir diplomatik himaye davası olan Nottebohm kararındaki etkin vatandaşlık ilkesinin çok abartılmaması ve dikkatli uygulanması gerektiği kanaatinde dirler. *Olguin v. Paraguay* davasında hakem heyeti hem Peru hem de ABD vatandaşlığına sahip olan ve Paraguay ile Peru arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması korumasından faydalanmak isteyen davacının her iki (Peru ve ABD) vatandaşlığının da etkin olduğuna, bu nedenle davacının Peru ile Paraguay arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşması hükümlerinden faydalanabileceğine hükmetmiştir.³⁶⁰ *Saba Fakes v. Turkey* davasında ise davacı hem Hollanda hem de Ürdün vatandaşlığına sahiptir ve Hollanda ile Türkiye arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşmasından istifade etmek istemektedir. Davacı Uzan ailesinden belirli oranda Telsim hissesini devraldığını ve yabancı yatırımcı olduğunu iddia etmiş, davalı devlet ise Saba Fakes'in sadece Uzan ailesi adına hareket eden bir şahıs olduğunu, hukuken Telsim hisselerini devralmadığını iddia etmiştir. Davalı devlete göre Saba Fakes'in yapmaya çalıştığı işlem Uzan ailesinin mal varlıklarını kaçırmasına yardımcı olacak niteliktedir ancak başarılı olamamıştır. Bu nedenle Saba Fakes

³⁵⁷ Canada-Jordan Foreign Investments Protection Agreement, art.1

³⁵⁸ Dolzer, R. & Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers. p.34.

³⁵⁹ Sloane, R. D. (2009). Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality. *Harvard International Law Journal*, Volume 50, Number 1, s.59-60.

³⁶⁰ Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, parag.60.

yatırımcı kabul edilemez. Öte yandan davalı devlet, davacının Hollanda ile etkin bir vatandaşlık bağının olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyetine göre davalı tarafın “Nottebohm kararı uyarınca etkin vatandaşlık yok” savunması geçerliliği olabilecek bir savunma olmakla birlikte somut olayda uygulanabilir değildir. Heyete göre bu kural, çok uzun bir süre vatandaşı olunan ülke ile iletişim kurmama veya formalite vatandaşlık gibi durumlarda uygulanmalıdır. Somut olayın diplomatik yoldan himaye hakkını kullanan bir devletin himaye ettiği kişi ile etkin bir bağının olup olmadığı sorunu ile alakası yoktur. Uluslararası teamül hukukunun diplomatik himaye ile ilgili kuralları burada uygulanamaz çünkü ICSID Konvansiyonu ile devletler bir anlamda vatandaşlarını diplomatik himaye ile korumaktan imtina etmiş ve uyuşmazlığı ICSID hakem heyetlerinin görmesini istemişlerdir.³⁶¹ Ayrıca Hollanda ile Türkiye arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması da davacıya bu hakkı tanımaktadır. Ancak heyet ortada bir yatırımın olmamasından dolayı yetkisizlik kararı vermiştir.³⁶² Amerasinghe’ye göre de diplomatik himayenin amacı ile ICSID’e yapılan başvurunun amacı birbirinden farklıdır. Dolayısıyla Nottebohm davasındaki etkin vatandaşlık ilkesi sadece istisnai durumlarda uygulanmalıdır.³⁶³ Benzer şekilde Schill’e göre diplomatik himaye ve insan hakları hukukunda temel itibarıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı arandığından, bu iki hukuk alanında kullanılan vatandaşlık kavramı ile doğrudan başvurulabilen yatırım tahkimi açısından vatandaşlık kavramı birbirinden ayırt edilmelidir.³⁶⁴

Bazı hakemlik kararlarına göre, hakem önündeki bir davada yatırımcı sıfatının dava açıldığı esnada bulunması, daha önceden kaybedilmemiş olması gerekir. Nitekim *Soufraki v. UAE* davasında davacı İtalya ve Birleşik Arap Emirlikleri (UAE) arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanmak istemiş ve heyete İtalyan vatandaşlığını

³⁶¹ ICSID Konvansiyonu’nun 27. maddesinde yer alan bu düzenleme sonraki bölümlerde geniş bir şekilde incelenecektir.

³⁶² Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, parag.68-69-70.

³⁶³ Amerasinghe, C. F. (1979). The Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Indian Journal of International Law*, Vol.19, pp.166-203.

³⁶⁴ Schill, S. W. (2015). Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward. *E15Initiative*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum, p.2-7.

gösterir bir dizi kimlik fotokopisi beyan etmiştir. Heyet yaptığı incelemede davacının esasen Kanada vatandaşlığını kazandığını, İtalyan vatandaşlığını kaybettiğini ancak İtalyan otoritelerinin durumun farkında olmadığını belirterek ortada bir İtalyan vatandaşlığının olmadığını ve dolayısıyla davacının İtalya ve Birleşik Arap Emirlikleri arasındaki iki taraflı yatırım andlaşmasından faydalanamayacağını belirtmiştir. Heyet'e göre tahkim veya yargı önüne gelen meselelerde incelemeyi yapacak merci, tarafların vatandaşlık durumunu evleviyetle incelemeye yetkilidir. Vatandaşlığın iç hukuk kuralları tarafından düzenleniyor olması aktüel/güncel inceleme yapılmasına engel değildir.³⁶⁵

Yabancı yatırımcı ev sahibi ülkede de ikamet ediyor olabilir. ICSID hakem kararlarına göre ilk önce bakılması gereken ikamet değil kişinin veya şirketin uyrukluğudur. Nitekim ICSID konvansiyonunun 25. maddesi de çifte vatandaşlığa sahip yatırımcıların ikamet ettiği ülkeden ziyade kendi vatandaşı olduğu ülke aleyhine dava açamayacağını belirtmektedir. Maddeden ikamet edilen ülkeye dava açılabileceği anlamı çıkmaktadır. Bu nedenle *Champion Trading v. Egypt* davasında hakem heyeti Mısır vatandaşlığı taşıyan davacıların Mısır vatandaşlığının etkin olmadığı iddiasını kabul etmezken³⁶⁶, *Siag v. Egypt* davasında hakem heyeti sadece İtalyan uyrukluğunda olan davacının daha önce Mısır uyrukluğunu kaybetmiş olmasının ya da hala Mısır'da oturuyor olmasının konuyla alakasız olduğunu, zira ortada çifte vatandaşlık durumu olmadığını belirtmiştir.³⁶⁷

3.2.1. Şirketlerin ve Şirket Hissedarlarının Yatırımcı Sıfatı

Önceki bölümlerde bahsedildiği üzere, tüzel kişiler olan şirketlerin ya da tüzel kişi şirketlere ortak olan hisse sahiplerinin yatırımcı sıfatıyla uluslararası uyuşmazlık

³⁶⁵ Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, parag.55; Lim, C. L. & Ho, J. & Paparinskis, M. (2018). *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials*. Cambridge University Press, p.240.

³⁶⁶ Champion Trading Company, Ameritrade International Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003, Sections 3.4.1 and 3.4.3.

³⁶⁷ Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, parag.195-201.

çözüm yoluna gidebilmesi hususunda en meşhur davalardan biri Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) önünde görülen *Barcelona Traction* davasıdır. 1911 yılında Kanada’da kurulmuş olan Barcelona Traction şirketi İspanya’da elektrik üretim ve dağıtım alanında faaliyet göstermiştir. 1936-1952 yılları arasında İspanya hükümetinin aldığı bir dizi önlem şirketin zarar görmesine ve el değiştirmesine neden olmuştur. Bunun üzerine Belçika Hükümeti, şirketin hisselerinin büyük çoğunluğunu elinde tutan vatandaşlarını³⁶⁸ himaye etmek üzere, İspanya aleyhine Uluslararası Adalet Divanı’na başvurmuştur. Divan, şirketin Kanada kanunlarına göre kurulmuş olmasını, merkezinin bu ülkede olmasını ve toplantılarının bu merkezde yapılmasını, vergi ve hesaplarının bu ülkede tutulmasını göz önüne alarak şirketin Kanada uyrukluğunda olduğuna hükmetmiştir. Bu açıdan Divan, Belçika’nın diplomatik himaye hakkının olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Barcelona Traction davasında Divan, şirketlerin uyrukluğunda oldukları devlet ile ilişkileri açısından “yakın ve sürekli bir bağ”ın yeterli olduğunu, devletlerce farklı bir hükme tabi tutulmadıkça şirketlerin tescil edildiği ülkenin uyrukluğunda olduğunu kabul etmiştir.³⁶⁹

Barcelona Traction davası incelenirken davanın diplomatik himaye ile ilgili olduğunu unutmamak gerekir.³⁷⁰ Bu nedenle davanın, şirketlerin yatırımcı sıfatının belirlenmesi hususunda genel bir kriter ortaya koyduğu söylenemez. Karardan anlaşılması gereken en başat hukuki ilkelerden biri hisse sahiplerinin uyruğunu taşıdığı devlet tarafından şirket tüzel kişiliğini aşarak himaye edilemeyeceğidir.³⁷¹ Nitekim *Diallo* davasında da Uluslararası Adalet Divanı, Gine’nin Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde kurulu olan şirket hissedarlarının uyrukluğ devleti sıfatıyla diplomatik himaye yoluna gidemeyeceğini tekrarlamıştır. Divan’a göre hissedarların

³⁶⁸ Şirketin %88 hissesi Belçika vatandaşlarının elindeydi.

³⁶⁹ Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, p.42.

³⁷⁰ Barcelona Traction, ELSI ve Diallo davaları ayrı bir bölümde daha geniş bir şekilde incelenecektir.

³⁷¹ Rodley, N. S. (1971). Corporate Nationality and the Diplomatic Protection of Multinational Enterprises: The Barcelona Traction Case. *Indiana Law Journal*, Vol.47, Issue 1, pp.70-86; Mann, F. A. (1973). The Protection of Shareholders' Interests in the light of the Barcelona Traction Case. *American Journal of International Law*, Vol.67(2), pp.259-274; Tams, C. & Tzanakopoulos, A. (2010). Barcelona Traction at 40: the ICJ as an Agent of Legal Development. *Leiden Journal of International Law*, Vol.23 (4), pp.781-800.

yatırımcı olarak korunması meselesi güncel uluslararası hukukta iki taraflı yatırım andlaşmaları veya çok taraflı andlaşmalar çerçevesinde düzenlenmektedir. Buna karşın şirket tüzel kişiliğini aşarak hissedarların diplomatik himaye yolu ile korunması, kaynağını uluslararası teamül hukukunda bulabileceğimiz bir kural değildir.³⁷² ICSID hakem kararlarında şirketlerin ve şirket hissedarlarının yatırımcı sıfatı tartışılmıştır. Şirket tüzel kişiliği açısından *Autopista v. Venezuela* davasında hakem heyeti uluslararası hukuka göre şirket uyrukluğunun belirlenmesi için tescil yeri, yönetim yeri, etkili yönetim merkezi gibi birden fazla kriterin kullanılabilmesine dikkat çekmiştir.³⁷³ Çok taraflı andlaşmalar veya iki taraflı yatırım andlaşmaları da bu anlamda farklı kriterler kullanmaktadır. Nitekim birçok uluslararası andlaşma yatırımcı şirket sıfatının tespiti için taraflardan birinin hukukuna göre kurulmuş şirket olması koşulunu aramaktadır.³⁷⁴

Uluslararası teamül hukukunda yerleşik bir kural olmamakla birlikte şirket hissedarlarının yatırımcı sıfatının uygulanacak iki taraflı yatırım andlaşmasında yer alıp almadığının önemi büyüktür. *Tokios Tokeles v. Ukraine* davasında davacı şirket Litvanya kanunlarına göre kurulmuş ancak %99 hissesi Ukrayna vatandaşlarına ait olan bir tüzel kişidir. Davalı devlet her ne kadar şirketin Ukrayna vatandaşları tarafından kontrol edildiğini, Litvanya ile gerçek bir bağının olmadığını iddia etse de hakem heyeti Litvanya ve Ukrayna arasındaki iki taraflı yatırım andlaşmasına göre Litvanya kanunlarına göre kurulmuş bir şirketin yatırımcı olarak kabul edileceğine hükmetmiştir.³⁷⁵ Öte yandan *Champion Trading v. Egypt* davasında hakem heyeti her ne kadar davacıların Mısır vatandaşlığının etkin olmadığı iddiasını yerinde bulmamış ise de ABD ve Mısır arasındaki iki taraflı yatırım andlaşmasına göre şirketi büyük oranda kontrol eden hissedarların uyrukluğunun da baz alınabileceğini, ayrıca

³⁷² Ahmadou Sadio Diallo, (Guinea v. Democratic Republic of Congo), Judgment, 24 May 2007, ICJ Reports 2007, p.582.

³⁷³ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, parag.107

³⁷⁴ Bakınız: Energy Charter Treaty ve US Model BIT.

³⁷⁵ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, parag.21-71.

andlaşmanın çifte vatandaşları bu hüküm haricinde tutmadığını tespit ederek uyuşmazlık üzerinde yetkili olduğunu söylemiştir.³⁷⁶

Hisse sahipleri (shareholders) bakımından ise ICSID tahkimi hem ICJ hem de AİHM'den daha avantajlı bir başvuru yoludur. Zira AİHM de Barcelona Traction gibi ICJ kararlarına atfen kural olarak hisse sahiplerinin başvuru hakkını kabul etmemekte ancak çoğunluk hissesi ya da yönetim hissesine sahip olanların kamulaştırmadan etkileneceğini belirtmekte ve sadece bu kimselere başvuru hakkı tanımaktadır.³⁷⁷ Öte yandan bazı durumlarda devletler yabancı yatırımcıdan kendi ülkesinde şirket kurmasını talep etmektedirler. Bu durum da yabancı yatırımcının yerli yatırımcı olarak muamele görmesi ve ICSID tahkiminden mahrum kalması riskini taşımaktadır. Böyle bir durumun oluşmasını engellemek adına ICSID Konvansiyonu 25/2-b maddesi genel kurala ek bir düzenleme öngörmüştür. ICSID konvansiyonu 25/2-b maddesine göre uyuşmazlığın tarafı olan devlet (ev sahibi devlet) uyrukluğuna sahip olan bir şirket de yabancı hissedarlar tarafından kontrol ediliyorsa ve şirket ile ev sahibi devlet arasında bu hususta bir mutabakat var ise yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilir.³⁷⁸ Buna göre şirketin ev sahibi devletin uyrukluğunda olan bir şirket olması ve yabancı kontrolünde olması yetmez ayrıca bu şirketin yabancı kontrolünde olduğunun taraflarca kararlaştırılması da gerekir. Böyle bir anlaşma yatırımcı ile devlet arasında açık bir sözleşme veya sözleşmeye konacak hüküm yoluyla sağlanabileceği gibi bazı durumlarda örtülü anlaşma olması da mümkündür. Bu durumun en bariz örneği yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen bir sözleşme ile veya mevcut sözleşmeye eklenen bir hüküm ile uyuşmazlık çıktığında yetkili mercinin ICSID olduğunun belirtilmesidir. Nitekim *Klöckner v. Cameroon* davasına hakem heyeti yerel ortak SOCAME ile devlet arasında akdedilen sözleşmeye ICSID klotunun eklenmesini yabancı kontrol şartı için

³⁷⁶ Champion Trading Company, Ameritrade International Inc. v. Arab Republic of Egypt, Section 3.4.2.

³⁷⁷ Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. Beta Yayınları, s.84-110.

³⁷⁸ ICSID Convention, art.25/2-b.

yeterli saymıştır.³⁷⁹ *Amco v. Indonesia* davasında ise hakem heyeti, Amco şirketinin alt kuruluşu olan PT Amco ile Endonezya Hükümeti arasında akdedilen sözleşmede PT Amco'dan “yabancı işletme” ve “yabancı sermaye” şeklinde bahsedilmesini örtülü anlaşma olarak kabul etmiştir.³⁸⁰

Öte yandan yabancı kontrol hususunda anlaşmanın olması yetmemekte gerçekte de yabancı kontrolün olup olmadığı ICSID hakem heyetlerince araştırılmaktadır. Nerets'e göre böyle bir hükmün varlığı yatırımcı şirketin yabancı hissedarların kontrolünde olduğuna dair bir karine sağlar ancak bu niteliği taşımayan bir şirkete yabancı yatırımcı niteliği vermez.³⁸¹ *Vacuum Salt v. Ghana* davasında hakem heyeti Gana ile şirket arasındaki sözleşmede ICSID kaydının yer almasının şirketi otomatik olarak yabancı yatırımcı haline getirmedeğini, şirketin gerçekten büyük oranda yabancı kontrolünde olup olmadığını da araştırılması gerektiğini söylemiştir. Nitekim heyet Vacuum Salt şirketinin esasen yabancı kontrolünde olmadığını tespit ederek, yatırımcı sıfatının olmadığı gerekçesiyle, yetkisizlik kararı vermiştir. Heyet, şirketin iddia edildiği gibi Yunan vatandaşının kontrolünde olmadığını, mevzubahis kişinin yüzde 20 oranında şirkete ortak olduğunu, esasen ICSID Konvansiyonunun hisse oranları ile ilgili bir kriter koymamasına rağmen gerçek durumda da şirketin Yunan vatandaşı tarafından idare ve sevk edilmediğinin şirket evraklarından anlaşıldığını tespit etmiştir.³⁸² Benzer şekilde *TSA v. Argentina* kararında da hakem heyeti yabancı kontrolün gerçek olarak gerçekleşmediğini, sadece kağıt üzerinde kaldığını tespit ederek yetkisizlik kararı vermiştir.³⁸³ Bu açıdan bakıldığında ICSID hakem heyetleri ICSID Konvansiyonunun 25/2-b maddesinin iyi niyetli olmayan kullanımına da izin vermemektedirler.

³⁷⁹ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, parag.52.

³⁸⁰ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Award, 5 June 1990, p.66.

³⁸¹ Nerets, V. (2011). Nationality of Investors in ICSID Arbitration. RGSL Research Papers, No.2, pp.28-39.

³⁸² Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994, parag.35-55.

³⁸³ TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19.12.2008, parag.119-147.

3.2.2. Uyruluk Planlaması ve Paravan Şirketler

Yabancı yatırımcılar mevcut uluslararası andlaşmalar içerisinde kendileri için en yararlı olanını tercih etmek üzere uyruluk planlaması (nationality planning) yoluna gidebilirler. Ekonomik ve hukuki menfaatlerini korumak amacıyla başka bir ülkenin hukukuna tabi bir şirket kurarak bu şirket üzerinden yatırımlarına yön vermek en bilinen planlama yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası yargı kararlarında böyle bir yola başvurmak hukuk veya ahlak dışı bir yöntem olarak sayılmamakla birlikte yine de dürüstlük kuralı ve iyi niyet (good faith) gibi temel prensiplere uyulması gerektiğine dair değerlendirmelere rastlanmaktadır.³⁸⁴ Bu anlamda kötü niyetli hisse devri veya salt ICSID tahkiminden faydalanmak için paravan şirket kurmak dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmektedir. Örneğin *Phoenix v. Czech Republic* davasında esasen Çek uyruluğunda olan bir şirket, Çek Cumhuriyeti ile uyuşmazlıkların ortaya çıkmış olduğu bir dönemde, sırf İsrail ve Çek Cumhuriyeti arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım andlaşması hükümlerinden faydalanabilmek ve yatırımcı sıfatı kazanarak ICSID tahkimine başvurabilmek için İsrail'de bu amaçla kurulmuş olan Phoenix şirketi tarafından satın alınmıştır. Hakem heyeti ekonomik faaliyetler yerine sadece ICSID tahkimine başvurabilme şansı kazanmak için şirket kurulmasının ve bu şekilde dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu belirterek davayı reddetmiştir.³⁸⁵ Benzer şekilde Uzan davaları olarak bilinen ve Enerji Şartı Andlaşmasına (ECT) dayanarak açılan birçok dava hakkın kötüye kullanılması yönünden reddedilmiştir. Aşağıda Libananco davasında izah edildiği üzere, daha öncesinde görülen Cementownia ve Europe Cement davaları da Uzan ailesinin ÇEAŞ ve KEPEZ hisselerinin paravan şirketlere devri ile ilgilidir. *Cementownia v. Turkey* davasında Türkiye Hükümeti ile Uzan ailesi arasında uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra ve imtiyaz sözleşmelerinin Türkiye tarafından iptal edilmesinden 12 gün önce Türk şirketlerinin hisselerinin Polonyalı Cementownia şirketine aktarıldığı iddia edilmiştir. Hakem heyeti böyle bir aktarımın

³⁸⁴ Brabandere, E. (2012). 'Good Faith', 'Abuse of Process' and the Initiation of Investment Treaty Claims. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, Issue 3, pp.609-636.

³⁸⁵ Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, parag.142.

ispatlanamadığını tespit ederek davayı reddetmiş ve ayrıca ispatlansaydı dahi bu aktarımın iyi niyet kurallarına aykırı bir işlem oluşturacağından bahisle yine reddedilebileceğini tespit etmiştir.³⁸⁶ *Europe Cement v. Turkey* kararında da benzer şekilde davacı Europe Cement, Uzan hisselerini devraldığını iddia etmiş ancak hakem heyeti kendisine sunulan belgelerin gerçeği yansıtmaktan uzak olduğunu tespit ederek davacının iddialarını reddetmiştir.³⁸⁷

Aynı yönde başka bir dava olan *Libananco v. Turkey* davasına konu olan olayda Uzan ailesine ait olan Çukurova Elektrik Anonim Şirketi (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Anonim Şirketi (KEPEZ) Türkiye Hükümeti ile 2058 yılına kadar imtiyaz sözleşmesi akdetmiştir. 12 Haziran 2003 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından, sözleşmenin ihlali gerekçesiyle, imtiyaz sözleşmesi feshedilmiştir. Güney Kıbrıs uyrukluğunda olan Libananco şirketi ise ÇEAŞ ve KEPEZ hisselerinin Mayıs 2003'te kendisine geçtiğini iddia ederek, Enerji Şartı Sözleşmesi (ECT)'nin ihlal edildiğinden bahisle ICSID bünyesinde tahkim davası açmıştır. Hakem heyeti yaptığı incelemede Libananco şirketinin 12 Haziran 2003 tarihinden önce ÇEAŞ ve KEPEZ hisselerinin sahibi olduğunu ispatlayamadığını, sunulan delillerin çelişkili olduğunu ve davacının bu çelişkileri ortadan kaldıracak derecede ikna edici bilgiler sunmadığını, Libananco'nun ICSID ve ECT anlamında yatırımcı sayılamayacağını, bu nedenle heyetin davaya bakmakta yetkili olamayacağını tespit etmiştir.³⁸⁸ ÇEAŞ ve KEPEZ uyuşmazlığı son olarak Cem Uzan tarafından Stockholm Tahkimi'ne taşınmış ancak benzer şekilde hakem heyeti davacının kişi bakımından yetki (ratione personae) şartını sağlayamadığından dolayı yetkisizlik kararı vermiştir.³⁸⁹ Uzan davaları özelinde görüldüğü üzere uyruklu planlaması temel itibarıyla

³⁸⁶ Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, parag.117-156.

³⁸⁷ Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, parag.139-145.

³⁸⁸ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, parag.536-537.

³⁸⁹ Cem Cengiz Uzan v. Republic of Turkey, SCC Case No. V 2014/023, Award on Respondent's Bifurcated Preliminary Objections, 20 April 2016, parag.206.1.

yasaklanmamakla birlikte yapılış amacı ve zamanı bakımından bazı kısıtlamalara tabi tutulmaktadır.³⁹⁰

Öte yandan *Mobil v. Venezuela* davasında Exxon Mobil'e ait ve üzerinden Venezuela'da yatırımların yapıldığı Delaware ve Bahamalar uyruklu iki şirket Venezuela'da hükümetin değişmesinden endişe ederek ileride çıkabilecek bir uyuşmazlıkta sorun yaşamamak için yeniden bir yapılanma ile Hollandalı bir şirkete devredilmiştir. Mevcut şirketlerin Hollanda uyruğunu kazanması ve yeniden yapılandırma Venezuela hükümetine bildirilmiş ve herhangi bir itiraz ile karşılaşılmamıştır. Yapılandırmadan kısa bir süre sonra Venezuela hükümeti millileştirme kapsamında bir dizi karar almış ve neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için Mobil şirketi, Venezuela ve Hollanda arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım andlaşmasına dayanarak ICSID tahkimine başvurmuştur.³⁹¹ Hakem heyetine göre mevcut olayda gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara karşı uyrukluk planlaması yapılması meşru bir amaçtır. Heyete göre olayda Phoenix davasında olduğu gibi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra sırf ICSID tahkimine başvuru imkanı kazanabilmek için yapılmış kötü niyetli bir işlem söz konusu değildir.³⁹²

Şirket kurma yoluyla uyrukluk planlaması yapmak meşru olmakla birlikte bazı durumlarda devletler belirli şartlar ile şirketleri bu haktan mahrum bırakabilirler (denial of benefits). Enerji Şartı Sözleşmesi 17(1) maddesine göre şirketi kontrol eden hissedarlar ECT'ye taraf olmayan üçüncü bir ülkenin vatandaşları ise veya şirket ECT'ye taraf bir ülke uyruğunda olmakla beraber organize olduğu ülkede

³⁹⁰ Detaylı bilgi için bakınız: Erkan, M. (2013). *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Yetkin Yayınları, s.1-410. Türkiye'ye karşı ICSID Tahkiminde açılmış davaların ve Türk yatırımcıların diğer devletlere karşı ICSID Tahkiminde açtığı davaların incelemesi için bakınız: Akıncı, Z. (2011). *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*. Juris Publications, pp.224-241.

³⁹¹ Blyschak, P. M. (2011). Access and Advantage Expanded: Mobil Corporation v. Venezuela and Other Recent Arbitration Awards on Treaty Shopping. *The Journal of World Energy Law & Business*, Vol.4, Issue 1, pp.32-39.

³⁹² Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, parag. 92-187-200-201; Figueiredo, R. C. (2011). Mobil v. Venezuela: The Nationality Requirement Under the ICSID Convention. *Arbitration Law Review*, Vol.3, pp.25-46.

kayda değer bir ekonomik faaliyeti yok ise devletler andlaşmanın sağladığı korumayı bu tip şirketlere sağlamaktan imtina edebilirler.³⁹³ Madde hükmü resmi metin çevirisinde şu şekilde düzenlenmiştir: “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; (2) Gerçekleştirilen Yatırımın, reddeden Anlaşma Tarafınca, aşağıda belirtilen şartlarda, üçüncü bir ülkenin Yatırımcıları tarafından yapılmış olduğunun tescil edilmesi: (a) reddeden Anlaşma Tarafının bir diplomatik ilişki tesis etmediği üçüncü bir ülke tarafından yapılmış olması; (b) (i) reddeden Anlaşma Tarafının Yatırımcıları ile iş yapılmasını yasakladığı bir üçüncü ülke tarafından yapılmış olması; (ii) bu bölümde yer alan menfaatlerin söz konusu üçüncü ülkenin Yatırımcılarına veya Yatırımlarına sağlanmasının, reddeden Anlaşma Tarafının benimsemiş olduğu veya yürürlükteki önlemlerini ihlal etmesi durumu”.³⁹⁴

Böyle bir kayıt iki taraflı yatırım andlaşmalarına da eklenebilmektedir. Hak mahrumiyeti kaydının (denial of benefits clause) andlaşmalarda yer almasının temel sebebi kağıt üzerinde kurulan (formalite) ya da paravan şirketler yoluyla yatırımcılar tarafından elde edilen koruma karşısında devletlere bir itiraz hakkı tanıyabilmektir.³⁹⁵ Hakem kararları, andlaşmalarca izin verilen bu hakkın devlet tarafından bilfiil kullanılması gerektiği, uyuşmazlık ortaya çıktığında geçmişe etkili olarak bu hakkını kullanmaması gerektiği yönündedir.³⁹⁶ ECT'nin 17. maddesinin tartışıldığı en meşhur karar *Plama v. Bulgaria* kararıdır. Davaya konu olayda davacı şirket Kıbrıs uyruğuna

³⁹³ Yılmaz, A. Ç. (2013). *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, s.193-208.

³⁹⁴ Enerji Şartı Andlaşması, madde 17, Resmi Gazete, 12.07.2000, No: 24107.

³⁹⁵ Mistelis, M. A. & Baltag, C. M. (2009). Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty. *Penn State Law Review*, Vol.113/4, pp.1301-1321; Gadelshina, E. R. (2012). Burden of Proof Under the ‘Denial-of-Benefits’ Clause of the Energy Charter Treaty: Actor Incumbit Onus Probandi?. *Journal of International Arbitration*, Vol.29, Issue 3, pp.269-284.

³⁹⁶ Gastrell, L. & Cannu, P. L. (2015). Procedural Requirements of ‘Denial-of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, No.1, pp.78-97.

sahip olup ICSID tahkimine başvurmuştur. ICSID nezdinde dava açıldıktan sonra Bulgaristan davacı şirketin ECT'ye taraf olmayan ülke uyruğuna sahip kimselerce kontrol edildiğinden ve şirketin Kıbrıs ile kayda değer bir ekonomik ilişkisi olmadığından bahisle ECT m.17'den kaynaklanan hakkını kullanmak istemiştir. Hakem heyeti öncelikle uyuşmazlık çözümünün de 17. madde kapsamında sayılıp sayılmayacağını karara bağlamıştır. Heyete göre, ECT'nin 17 maddesi sadece 3. bölümde yer alan haklardan mahrumiyet imkanını düzenlemektedir. Uyuşmazlık çözümü ise 5. bölümde (26. madde) düzenlenmiştir. Bu nedenle 17. maddenin 5. bölümde düzenlenen uyuşmazlık çözümüne uygulanması mümkün değildir. Öte yandan hakem heyeti ECT m.17'nin hak mahrumiyetine sadece izin veren bir madde olduğunu, bu hakkın uyuşmazlık çıkmadan önce gerçekten kullanılması gerektiğini, geçmişe etkili olacak biçimde kullanılamayacağını belirterek davalı devletin iddiasını reddetmiştir.³⁹⁷ Hatta hakem heyetine göre devlet bu hakkı yatırım yapılmadan önce kullanmalıdır. Aksi durum yatırımcı nezdinde, devletin hakkını kullanmayacağı yönünde haklı bir beklentiye yol açacaktır. Ancak hakem heyetinin bu son görüşü çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Zira devletlerin daha yatırım yapılmadan önce yatırımcı hakkında detaylı bilgi toplaması mümkün değildir. Yatırımcının paravan bir şirket olup olmadığı gibi hususlar yatırım yapıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır.³⁹⁸ Öte yandan *Libananco v. Turkey* davasında da Türkiye ayrıca ECT'nin 17/2. maddesine dayanarak diplomatik ilişkisinin olmadığı Güney Kıbrıs şirketi Libananco'ya ECT 3. Bölümde yer alan hakları tanımadığını belirtmiş ancak hakem heyeti Güney Kıbrıs'ın ECT'ye taraf olduğunu ve dolayısıyla 17/2 hükmünün taraf devletlere uygulanamayacağını belirterek Türkiye'nin iddiasını reddetmiştir.³⁹⁹ Ancak daha önce belirttiğimiz gibi dava, paravan şirket iddiaları yönünden Türkiye lehine sonuçlanmıştır.

³⁹⁷ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, parag.139-143 and 152-165.

³⁹⁸ Antonietti, A. (2005). Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24). *ICSID Review-FILJ*, Vol.20, Issue 1, pp.259-261.

³⁹⁹ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, parag.552-556.

4. BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA YABANCI YATIRIMLARI KORUYAN STANDARTLAR

Yabancı yatırım hukukunun en önemli düzenleme araçları iki taraflı yatırım andlaşmalarıdır. Ancak bu durum uluslararası teamül hukukunun dikkate alınmadığı anlamına gelmemektedir. Özellikle yatırım uyuşmazlığı davalarında uluslararası teamül hukukunun önemi daha yakından gözlemlenebilmektedir.⁴⁰⁰ Nitekim yabancı yatırımcıya zarar veren eylemin devlete isnadı hakkındaki sorumluluk kurallarından andlaşmaların yorumlanmasına veya yabancı yatırımcıya uygulanacak minimum standartlara kadar birçok mesele uluslararası teamül hukuku çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Hirsch gibi yazarlar ise uluslararası teamül hukukunun temelde hukuki boşluk (*lacunae*) söz konusu olduğunda tamamlayıcı bir rol üstlendiğini belirtmektedir.⁴⁰¹ Vinuales gibi yazarlar ise uluslararası teamül hukukunun sadece tamamlayıcı bir pozisyona indirgenemeyeceğini düşünmekte, uyuşmazlığa uygulanacak andlaşmanın açıkça yasaklamadığı hallerde teamül hukukunun eşit düzeyde uygulanabileceğini düşünmektedir. Vinuales temelde *lex specialis* doktrinini reddetmemekle birlikte yabancı yatırımlar alanında uluslararası teamül hukuku ile andlaşmalar arasındaki ilişkiyi üç kategoride belirlemek gerektiğini vurgulamaktadır. Birincisi, teamül hukuku andlaşmaların yorumlanmasında başvurulan bir araçtır. İkincisi, teamül hukuku, emredici kuralların (*jus cogens-peremptory norms*) söz konusu olduğu bazı durumlarda andlaşmalardan üstün tutulabilir. Üçüncüsü ise teamül hukuku andlaşmaların açıkça düzenlenmediği alanlarda tamamlayıcı bir rol üstlenebilir.⁴⁰² Benzer tartışma yatırım tahkimi davalarında da gözlemlenebilmektedir. *Enron v. Argentina* davasında hakem heyeti teamül hukukunun tamamlayıcı rolüne vurgu yapmakla birlikte “zaruret hali”nin

⁴⁰⁰ Parlett, K. (2016). Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, Issue 2, pp.434-456.

⁴⁰¹ Hirsch, M. (2012). Sources of International Investment Law. In Bjorklund, A. & Reinisch, A. (ed.). *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar Publications, 2012, pp.9-39.

⁴⁰² Vinuales, J. E. (2014). Customary Law in Investment Regulation. *Italian Yearbook of International Law*, Vol.23/1, pp.23-48.

(necessity) tespitinde uluslararası teamül hukukuna başvurmaktan başka bir yol olmadığını tespit ederek devletin sorumluluğuna dair taslak maddelere atıf yapmıştır.⁴⁰³ Öte yandan *Phoenix v. Czech Republic* davasında hakem heyeti ICSID Konvansiyonu'nda veya BIT'lerde yer alan yetkiye dair kuralların uluslararası hukuk ve hukukun genel ilkelerinden soyutlanma olarak anlaşılamayacağını tespit etmiştir.⁴⁰⁴

İki taraflı yatırım andlaşmalarının (BIT) uluslararası teamül hukuku üzerindeki etkisi günümüz yatırım hukukunun en tartışmalı meselelerinden biridir. Schwebel'e göre birbiriyle ahenk içerisinde olan iki binden fazla BIT artık yabancı yatırımlara uygulanacak olan uluslararası teamül hukukunu değiştirmiştir.⁴⁰⁵ *Mondev v. United States* davasında da artık FCN ve BIT'lerin çok yaygın olduğu günümüz dünyasında uluslararası teamül hukukunun yeniden şekillendiği iddia edilmiştir.⁴⁰⁶ Öte yandan *Dumberry* ise BIT'lerin halihazırda yeni uluslararası teamül hukuku oluşturduğu fikrine karşı çıkmaktadır. Yazara göre teamül hukukunun oluşumu için gerekli olan devletlerin aynı yönde pratiği (consistent state practice) mevcut değildir. Zira sermaye ihraç eden ülkeler ile sermaye ithal eden ülkeler herhangi bir uzlaşmaya varabilmiş değildir. Bu nedenle BIT'lerin içerikleri birbiri ile tam olarak uyumlu sayılmaz. Ayrıca devletler BIT'leri kendi aralarında yatırımların teşviki ve korunması amacıyla yapmaktadırlar, bu durum da teamül hukuku oluşturmaya yönelik hukuki bağlayıcılık inancının (*opinio juris*) olmadığını gösterir. *Dumberry* halihazırda BIT'lerin teamül hukuku oluşturmadığını düşünmekle birlikte gelecekte oluşacak teamül hukuku kurallarının üzerinde BIT'lerin yadsınamaz bir etkisinin olacağını da

⁴⁰³ Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, parag. 334.

⁴⁰⁴ Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, parag.78.

⁴⁰⁵ Schwebel, S. M. (2004). Investor-State Disputes and the Development of International Law: the Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, Vol.98, p.27.

⁴⁰⁶ Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, parag.121.

kabul etmektedir.⁴⁰⁷ Ancak Dumberry'nin *opinio juris*'i devletlerin politik niyetlerine bağlaması eleştiriye açıktır.

BIT'lerin yeni teamül hukuku oluşturup oluşturmadığına dair tartışmalara ilerleyen bölümlerde tekrar döneceğiz ancak bu tartışmadan önce hem teamül hukuku hem de uluslararası andlaşmalar çerçevesinde tartışılan standartların ne olduğunun bilinmesi gerekir. Klasik uluslararası hukuk metinlerinde görülen en çok gözetilen ulus kaydı, ulusal muamele gibi ilkeler ile birlikte günümüz yabancı yatırım hukukunda sıkça kullanılan adil ve hakkaniyetli muamele ya da tam koruma ve güvenlik gibi ilkelerin içeriği, yabancı yatırımlara uygulanacak uluslararası hukuk standartlarını anlamamıza yardımcı olacaktır. Ancak yatırım standartlarına geçmeden önce yatırım standardı olup olmadığı tartışmalı olan şemsiye klozları (umbrella clauses) kısaca incelemekte fayda vardır.

4.1. Şemsiye Klozlar

Tartışmalı mahiyetine rağmen yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hukukun rolü etkin olarak şemsiye klozlar uygulamasında da görülebilmektedir.⁴⁰⁸ Bu anlamda şemsiye klozlar iç hukuk sözleşmesini uluslararası andlaşmanın koruması ve yönetimi altına sokmaktadır.⁴⁰⁹ Belirtmeliyiz ki şemsiye klozların kaldıraç görevi tartışmalıdır. Zira yatırım tahkiminde kural olarak andlaşmanın ihlali gündeme gelmektedir. İç hukuk uyarınca akdedilen yatırım sözleşmeleri kural olarak ICSID tahkimine konu olamamakta ancak bazı ICSID hakem heyetlerine göre şemsiye klozlar bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Şemsiye klozları esasa ilişkin

⁴⁰⁷ Dumberry, P. (2010). Are BITs Representing the 'New' Customary International Law in International Investment Law. *Penn State International Law Review*, Vol.28, Number 4, pp.676-701.

⁴⁰⁸ Şemsiye klozların geniş bir incelemesi için bakınız: Demir, I. E. (2007). *Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klozlar*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

⁴⁰⁹ Schill, S. W. (2016). The Impact of International Investment Law on Public Contracts. In Audit, M. & Schill, S. W. (ed). *Transnational Law of Public Contracts*. Bruylant Publications, pp.231-258; Ho, J. & Lim, C. L. (2016). Internationalisation and State Contracts: Are State Contracts the Future or the Past?. In Lim, C. L. (ed). *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*. Cambridge University Press, pp.377-402.

uluslararası hukuk standardından ziyade, uluslararası hukuk standartlarından faydalanmanın kapısını açan prosedürel bir garanti kaydı olarak görmek daha doğru olur. Uluslararası Daimi Adalet Divanı (PCIJ) *Serbian Loans* (Sırp Borçları) davasında uluslararası hukuk ile iç hukuk çatıştığında uluslararası hukuka üstünlük tanınacağını tespit ettikten sonra uluslararası hukuk kişileri olan devletlerce akdedilmeyen sözleşmelerin iç hukuka tabi olduğunu vurgulamıştır.⁴¹⁰ Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişmeler insan hakları veya yabancı yatırımlar gibi birey-devlet ilişkilerinin de uluslararası hukuk tarafından düzenlenebileceği bir sistemi doğurmuştur.⁴¹¹ Nitekim şemsiye klozlar yoluyla da esasen iç hukukun koruması altında olan devlet ile yatırımcı arasında akdedilmiş ‘yatırım sözleşmesi’ uluslararası andlaşmanın koruması altına alınmaktadır. Şemsiye klozlar ilk olarak Uluslararası Adalet Divanı’nın *Anglo-Iranian Oil Company* davasından sonra tartışılmıştır. İran’ın petrol şirketlerini millileştirmesi üzerine İngiliz petrol şirketi ICJ nezdinde istediği neticeyi elde edemeyince, Elihu Lauterpacht tarafından İngiltere ile İran arasında yapılacak bir sözleşmeye şemsiye kloz konulması önerilmiştir. Buna göre Şirket ile İran arasındaki yatırım (imtiyaz) sözleşmesinin ihlali aynı zamanda İngiltere ve İran arasında akdedilen andlaşmanın da ihlali anlamına gelecekti. Lauterpacht’ın önerisi şemsiye klozlar tartışmasını başlatmakla beraber somut olayda İngiltere ve İran arasında andlaşma akdedilmemiştir.⁴¹² İlk iki taraflı yatırım andlaşması olan ve 1959 tarihli Almanya ile Pakistan arasında akdedilen BIT aynı zamanda ilk şemsiye klozun olduğu andlaşmadır. Söz konusu andlaşmanın 7. maddesine göre: “Taraflar diğer sözleşme tarafı ülkenin şirketleri veya vatandaşlarınca yapılan yatırımlar bakımından yüklenmiş olabilecekleri taahhütlere riayet etmelidirler”.⁴¹³ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İran Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve

⁴¹⁰ Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes). Permanent Court of International Justice, Judgment No.14, 12 July 1929, parag.38-44.

⁴¹¹ Uluslararası hukukta bireyin konumu hakkında bakınız: Parlett, K. (2011). *The Individual in the International Legal System*. Cambridge University Press; Peters, A. (2016). *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge University Press.

⁴¹² Gölcüklü, İ. (2017). Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration. *Public and Private International Law Bulletin*, Vol.37, No.2, p.357.

⁴¹³ Germany-Pakistan BIT. Bakınız:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387> (erişim tarihi 06.12.2017).

Korunmasına ilişkin Andlaşma'nın 10. maddesi de benzer bir düzenleme içermektedir: "Her bir akit taraf, diğer akit tarafın yatırımcısıyla ilgili olarak bu anlaşma ile kabul ettiği taahhütlerin yerine getirileceğini garanti eder".⁴¹⁴ Çok taraflı andlaşmalardan şemsiye kloza tipik bir örnek olarak ECT'nin 10/1 maddesi gösterilebilir. Buna göre: "tüm akit devletler diğer taraf devletlerin yatırımcıları veya yatırımları ile ilişkilerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekle mükelleftir".⁴¹⁵ Bu anlamda yatırımcı ile imzalanan yatırım sözleşmesinin ihlali aynı zamanda ECT'nin 10/1 maddesinde düzenlenen şemsiye kloxun da ihlali anlamına gelecek ve devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır.

Şemsiye kloxlar yatırım tahkimi kararlarında genel itibariyle Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca geniş veya dar yorumlanmaktadır. Şemsiye kloxların ICSID tahkimine konu olduğu ilk dava *SGS v. Pakistan* davasıdır. Davada İsviçreli SGS şirketinin sözleşmesi iptal edilmiş bunun üzerine SGS, İsviçre ve Pakitan arasındaki BIT'in 11. maddesinde yer alan şemsiye kloza dayanarak sözleşme iptalinin aynı zamanda BIT ihlali olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti ise Bit akdeden tarafların böyle bir iradesinin olmadığını ve dolayısıyla ilgili hükmün sözleşme ihlallerini ICSID tahkimine taşımaya yetmeyeceğini belirterek yetkisizlik kararı vermiştir.⁴¹⁶ Benzer şekilde *Salini v. Jordan* ile *Joy Mining v. Egypt* kararları da şemsiye klozu dar yorumlamış ve şemsiye kloxların yatırım sözleşmesini andlaşma seviyesine çıkarmak gibi bir işlevinin olmadığını belirtmiştir.⁴¹⁷ Öte yandan *SGS v. Phillippines* davasında hakem heyeti, iç hukukta akdedilen yatırım sözleşmesinin ihlalinin BIT'lerde yer alan şemsiye kloxları da ihlal edeceğini karara bağlamıştır.⁴¹⁸ Benzer şekilde *Eureko v.*

⁴¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İran Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Andlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 25.02.2005, Sayı: 25738.

⁴¹⁵ Energy Charter Treaty, article 10/1.

⁴¹⁶ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, parag.167-172.

⁴¹⁷ *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004, parag.66-119. *Joy Mining Machinery Limited. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ICSID Case No. ARB/03 /11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004, parag.81.

⁴¹⁸ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, parag.119-128.

*Poland*⁴¹⁹, *LG&E v. Argentina* kararında da sözleşme ihlali şemsiye klozların ihlalini oluşturur.⁴²⁰ Şemsiye klozların kaldırıcı işlevini kabul eden kararlarda genel itibariyle şemsiye klozların fonksiyonu geniş yorumlanmıştır. Nitekim *Noble Ventures v. Romania* kararında hakem heyetine göre Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesi uyarınca iki taraflı yatırım andlaşmasının konu ve amacını dikkate aldığımızda şemsiye klozların, yatırım sözleşmelerinin her türlü ihlalini kapsadığını kabul etmek gerekir.⁴²¹ Bazı yazarlarca da, *SGS v. Pakistan* davasındaki gibi şemsiye klozları sadece andlaşma yükümlülüklerine uyulması ile sınırlı tutan ve izin verilmesi halinde yatırım tahkiminde dava yükünü çok arttıracığını düşünen kararlar, genel itibariyle Viyana Sözleşmesi'nin yorum kurallarına uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁴²² Öte yandan bazı kararlar şemsiye klozların kaldırıcı işlevini kabul etmekle beraber içeriğinin sınırlandırılması gerektiğine hükmetmiştir. *El Paso v. Argentina* ve *Pan American v. Argentina* kararlarında hakem heyetlerine göre devletin ticari eylemleri ile egemenlik eylemleri birbirinden ayrılmalıdır. Bu anlamda yatırım sözleşmesinin devletin ticari eylemleri ile ihlal edilmesi şemsiye klozların ihlalini oluşturmaz. Devletin egemenlik eylemi ile yatırım sözleşmesini ihlal etmesi gerekir. Zira şemsiye klozun ihlali devletin sorumluluğunu gerektirmektedir. Aksi halde şemsiye klozlar ulusal hukuk sistemleri ile uluslararası hukuk sistemi arasındaki ayrımı belirsizleştirecektir.⁴²³ Netice itibariyle ICSID hakem heyetleri arasında Viyana Sözleşmesinden kaynaklanan yorum farklarından dolayı herhangi bir uzlaşma söz konusu olmamıştır. Kanaatimizce şemsiye klozları Viyana Sözleşmesi ve Devletin Sorumluluğuna Dair ILC Taslak

⁴¹⁹ Eureka B.V. v. Republic of Poland, *Ad hoc* Arbitration, Partial Award, 19 August 2005, parag.246-248.

⁴²⁰ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, parag.169-175.

⁴²¹ Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, parag.51.

⁴²² Schill, S. W. (2010). Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective. In Schill, S. W. (ed). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, pp.317-344.

⁴²³ El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision On Jurisdiction, 27 April 2006, parag.77. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, parag.108.

Maddeleri ışığında ve ancak uygulanacak BIT'in incelenmesi neticesinde, her iki tarafın menfaatlerini de gözetecek şekilde yorumlamak gerekir.

Şemsiye klozlar iç hukuk yükümlülüklerini uluslararası hukuk yükümlülükleri seviyesine yükseltebilmektedir. Bu anlamda şemsiye klozları dikkatli yorumlamak gerekir. Zira şemsiye klozlar yatırım tahkimini ticari tahkimden ayıran ve yatırım tahkimini uluslararası hukuk (public international law) çerçevesi içerisine sokan önemli araçlardan bir tanesidir. Şemsiye klozların yatırım tahkimi kararlarında tartışılması 2003'te verilen *SGS v. Pakistan* kararı öncesinde çok yaygın değildi.⁴²⁴ Bu nedenle Fleury'e göre şemsiye klozların uygulamadaki gücü anlaşıldıkça devletler iç hukukta çözümlenmesini istedikleri meselelerin uluslararası hukuk sorunu haline gelmesini istemeyecek ve zamanla yeni akdedilen BIT'lerde şemsiye klozlardan kaçınabileceklerdir.⁴²⁵

4.2. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi

En çok gözetilen ulus muamelesi (most-favoured-nation treatment/MFN) yüzyıllar boyunca devletlerce yapılan anlaşmalarda sıkça görülen bir ilkedir. İlkenin amacı iki devlet arasında yapılan bir anlaşmadaki avantajlı hükümlerin, anlaşma ilişkisi içerisine girilen üçüncü devletlere ve üçüncü devletlerin vatandaşlarına da tanınmasıdır. En çok gözetilen ulus muamelesinin kökenleri çok eski tarihlere dayanmaktadır. Devletler temel olarak birbirlerine karşı tanıdığı ayrıcalıkları mütekabiliyet esasına göre uygulamaktadır. Daha açık ifadeyle bir devlet, diğer devlete veya diğer devletin vatandaşlarına karşı bazı ayrıcalıklar tanıdığı anda aynı durum karşı devlette kendi vatandaşları açısından da tanınmaktaydı.⁴²⁶ 17. yüzyılda özellikle Avrupa merkezli ticaretin gelişmesi ile birlikte Dostluk, Ticaret ve Denizcilik (FCN) anlaşmalarında devletler birbirlerine karşı üçüncü devletlere karşı tanıdığı

⁴²⁴ Sinclair, A. C. (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. *Arbitration International*, Vol.20, No.4, pp.411-434.

⁴²⁵ Fleury, R. P. S. (2015). Umbrella Clauses: A Trend towards Its Elimination. *Arbitration International*, Vol.31, pp.679-691.

⁴²⁶ Paris, F. & Ghei, N. (2003). The Role of Reciprocity in International Law. *Cornell International Law Journal*, Vol.36, Issue 1, pp.93-123.

ayrıcılıkları da tanımayı kabul etmeye başlamışlardır. Örneğin 1654 tarihli Birleşik Krallık ile İsveç arasındaki Barış ve Ticaret Andlaşması'da her iki devlette ikamet eden vatandaşların herhangi bir yabancıya sağlanan en yüksek imtiyaz, hak ve özgürlüklerden yararlanacağı kararlaştırılmıştır. Benzer şekilde 1675 tarihinde İngiltere ve Osmanlı İmparatorluğu arasında akdedilen ticaret andlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydına rastlanmaktadır. Buna göre "daha önceki bir zamanda Fransa'ya, Venedik'e veya Hükümdarı ile barış içerisinde bulunan diğer Hıristiyan Milletlere tanınan ayrıcalıklar aynı şekilde İngiliz Millette de tanınır".⁴²⁷ 'En çok gözetilen ulus' ibaresi ise 18. yüzyılda formülize edilerek bu dönemdeki, 1778 tarihli ABD ve Fransa arasında akdedilen FCN gibi, iki taraflı akitlerde görülmeye başlamıştır. 20. yüzyıl boyunca Versailles gibi birçok barış andlaşmasında da görülen en çok gözetilen ulus kaydı, özellikle ikinci dünya savaşı sonrası iki taraflı yatırım andlaşmalarına eklenerek yabancı yatırım hukukunun da bir enstrümanı haline gelmiştir.⁴²⁸ Günümüzde en çok gözetilen ulus muamelesi birçok iki taraflı yatırım andlaşmasında yer almaktadır. Bu anlamda Türkiye ve İngiltere arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasınının 3/2 maddesini tipik bir örnek olarak belirtebiliriz. Buna göre: "Akit taraflardan hiçbirisi, kendi ülkesindeki diğer akit tarafın vatandaş veya şirketlerince yapılan yatırımların, idaresi, bakımı, kullanımı faydalanılması veya tasarrufuna, kendi vatandaş veya şirketlerinden ya da herhangi bir üçüncü ülkenin vatandaş veya şirketlerinden daha az elverişli muamele uygulayamaz".⁴²⁹ MFN klozlarının yorumu da Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum kurallarına tabidir. MFN klozlarının kapsamı ve içeriği başta Uluslararası Adalet Divanı olmak üzere uluslararası mahkeme ve hakem kararlarında tartışılmıştır. Şemsiye klozların

⁴²⁷ Miles, K. (2018). History and International Law: Method and Mechanism – Empire and 'Usual' Rupture. In Schill, S. W. & Tams, C. J. & Hofmann, R. (ed). *International Investment Law and History*. Edward Elgar Publications, p.157.

⁴²⁸ Geib, R. & Hilf, M. (2014). Most-Favoured-Nation Clause. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, July, pp.2-7.

⁴²⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 21.03.1993, Sayı: 21531.

yorumunda görüldüğü gibi MFN klozlarının yorumunda da ICSID hakem heyetleri arasında görüş ayrılıkları söz konusudur.⁴³⁰

4.2.1. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesinin Kapsamı ve Hukuki Çerçevesi

Schreuer & Dolzer en çok gözetilen ulus muamelesinin uluslararası teamül hukukunda bulunan bir ilke olmadığını, bu kaydın sadece devletler arasındaki uygulamalarda bir ahenk sağlamaya dönük olduğunu aktarmaktadır.⁴³¹ Buna göre MFN kaydının mevcut olmadığı adlaşma açısından teamül hukukunda var olduğu savı ileri sürülemeyecektir. Kaydın kapsamının belirlenmesi için Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) 1978 tarihinde “En Çok Gözetilen Ulus Kaydı’na Dair Taslak Maddeler” başlığı ile bir çalışma ortaya koymuş ve yerleşik bir uygulama halinde ortaya çıkan bu ilkenin temel çerçevesini çizmeye çalışmıştır. Taslak düzenlemenin en çok gözetilen ulus kaydı (most-favoured-nation clause) başlığını taşıyan 4. maddesi bu ilkeyi “en çok gözetilen ulus kaydı, belirlenen bir alanda, devletlerin diğer devletlere karşı en çok gözetilen ulus muamelesi sağlayacaklarına dair taahhüt ettiği bir yükümlülüğü ifade eden andlaşma hükmüdür” şeklinde tanımlamaktadır. Maddenin yorumunda Komisyon maddenin uzun süreden beri yerleşik olan kullanım şeklini değiştirmek istemediğini ancak maddede kullanılan ulus (nation) kelimesinin devleti (state) ifade ettiğini belirtmektedir. Öte yandan komisyon en çok gözetilen ulus kaydının kullanıldığı alanların çok çeşitli olduğunu belirttikten sonra, tahdidi olmamak üzere, en çok kullanılan alanları sıralamaktadır. Buna göre en çok gözetilen ulus kaydı; uluslararası ticaret ve ödemelerde, yabancıların ikamet ve seyahatleri ile uçak, gemi ve tren gibi araçların ulaşımına uygulanacak muamelede, gerçek ve tüzel kişiliklerin oluşturulması ile bunların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, diplomasi ve konsolosluk gibi misyonların kurulması ile bunların dokunulmazlık ve ayrıcalıklarının belirlenmesinde, fikri mülkiyet haklarının korunmasında, adalete

⁴³⁰ Detaylı bir inceleme için bakınız: Aydoğmuş, A. Y. (2009). İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 29, s.21-84.

⁴³¹ Schreuer, C. & Dolzer, R. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2nd Edition, p.206.

erişim ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde sıkça rastlanan bir ilkedir.⁴³²

En çok gözetilen ulus muamelesi (most-favoured-nation treatment) başlığını taşıyan 5. maddede ise komisyon, en çok gözetilen ulus kaydı ile hangi muamelenin tanınacağına açıklık getirmiştir. Buna göre MFN kaydı ile gözetilen devlet (granting state), yararlanan devlete (beneficiary state) ya da o devlet ile ilişkilerinde kararlaştırılan konu, kişi ve mallara, üçüncü devletler ile aynı konu, kişi veya mallar hakkında girdiği ilişkilerde uygulanan standartların altında bir standart uygulamamayı taahhüt eder.⁴³³ Öte yandan komisyon 7. madde yoluyla en çok gözetilen ulus muamelesinin hukuki dayanağını (legal basis) irdelemiştir. Buna göre en çok gözetilen ulus muamelesi gözetilen devletin andlaşma yoluyla taahhüt ettiği en çok gözetilen ulus kaydına dayanır. Bu kaydın yokluğu halinde devletin uluslararası yükümlülük gereği en çok gözetilen ulus muamelesini tanınması gerektiği söylenemez. Esasen bu durum devletlerin egemen eşitliği ile yakından alakalıdır. Devletler, bağlayıcı bir teamül hukuku kuralı olmadıkça, açıkça taahhüt etmedikleri yükümlülüklerden sorumlu tutulamazlar. Komisyon bu anlamda en çok gözetilen ulus muamelesini bir teamül hukuku yükümlülüğü olarak görmemekte ve devletlerin kendi rızası ve açık taahhüdü ile ortaya çıkan bir avantaj olduğunu düşünmektedir. Ayrıca Komisyon, en çok gözetilen ulus muamelesinin genel olarak ayrımcılık yasağı olarak adlandırabileceğimiz yükümlülüğü ihlal etmediğini belirtmekte, bir devlete ticari anlamda avantajlı hakların tanınmasının ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturmayacağını tespit etmektedir.⁴³⁴ Schwarzenberger, en çok gözetilen ulus kaydını, diğer devletlere karşı kazanılan ve en yüksek standartlara erişim sağlayan bir garanti olarak görmektedir. Yazara göre en çok gözetilen ulus kaydının

⁴³² Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries, ILC 1978, Yearbook of International Law Commission, Vol.II, Part 2, art.4 with commentary, pp.18-21. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf (erişim tarihi 30.12.2017).

⁴³³ Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses, art.5.

⁴³⁴ Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries, art.7; Harrison, J. (2013). The International Law Commission and the Development of International Investment Law. *George Washington International Law Review*, Vol.45(3), pp.413-442.

yaygınlaşması, ayrıca, politik arenada ticari uyuşmazlıklardan doğabilecek tansiyonu da azaltma işlevi görecektir. Zira bir devletin avantajlı durumu otomatik olarak diğer devletlere de uygulanmaktadır.⁴³⁵ *Fas'taki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşlarının Hakları Davası*'nda da Uluslararası Adalet Divanı, en çok gözetilen ulus kaydının amacının, ayrımcılık yaratmadan ilgili devletler arasındaki temel eşitliği sağlamak olduğunu belirtmiştir.⁴³⁶ Radi ise devletlerin BIT'lere ekledikleri MFN kaydını "Truva Atı" metaforuna benzetmektedir. Zira MFN kaydı bir devlete, başka devletler arasında akdedilmiş andlaşmaların adeta içerisine girme ve andlaşmanın avantajlı yönlerinden faydalanma şansı vermektedir.⁴³⁷

En çok gözetilen ulus kaydı yatırım andlaşmalarında sıkça görülen bir ilkedir. OECD ilkeyi "yatırım andlaşmaları uyarınca en çok gözetilen ulus muamelesi, bir devletin belirli bir alanda, diğer akit tarafın yatırımları ve yatırımcılarına, üçüncü devletlerin yatırım ve yatırımcılarına sağlanan haklardan daha düşük haklar tanımaması" olarak fomülize etmiştir. Ayrıca devletlerin MFN uygulamasında çekinceler ve sınırlamalar koyabileceği ya da mütekabiliyet esasını arayabileceği de belirtilmiştir. Özellikle bölgesel ekonomik örgütler veya entegrasyonlara sağlanan imtiyazlar bu anlamda en sık görülen istisna türüdür.⁴³⁸ UNCTAD raporunda ise en çok gözetilen ulus muamelesinin hukuki karakteristiğinden bahsedilmektedir. Buna göre en çok gözetilen ulus muamelesi; 1) andlaşma temelli bir yükümlülüktür ve mutlaka belirli bir andlaşmada yer almalıdır, 2) aynı koşullara sahip (like circumstances) iki farklı yatırımcıya yapılan muamele arasında bir mukayese gerektirir ve benzer objektif durumlarda kullanılmalıdır, 3) sadece en çok gözetilen ulus kaydının belirttiği konu, kişi ve mallar ile sınırlı kalmak şartıyla uygulanmalıdır (*ejusdem generis principle*), 4)

⁴³⁵ Schwarzenberger, G. (1945). The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice. *British Yearbook of International Law*, Vol.XXII, pp.96-121.

⁴³⁶ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment, 27 August 1952, I.C.J. 192, p.20.

⁴³⁷ Radi, Y. (2007). The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'. *European Journal of International Law*, Vol.18, Issue 4, pp.757-774.

⁴³⁸ OECD (2004). Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law. Working Papers on International Investment, Number2004/2, p.2.

sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmeli ve hiçbir devlet yatırımcılara MFN muamelesi tanımaya zorlanmamalıdır, 5) devlet tarafından ihlali iddia edildiğinde, yabancı yatırımcının uyrukluğundan kaynaklanan daha az avantajlı bir durum yaratıldığı ispat edilmelidir, 6) andlaşmaların yorumlanmasına dair genel ilkelere tabi olmalıdır.⁴³⁹ En çok gözetilen ulus kaydının kapsamı ve sınırlarının daha iyi anlaşılması ve yabancı yatırım hukuku alanındaki uygulamasına daha yakından bakabilmek için, kaydın, Uluslararası Adalet Divanı ve ICSID hakem kararlarında nasıl anlaşıldığının da incelenmesi faydalı olacaktır.

4.2.2. Uluslararası Adalet Divanı Kararlarında En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi

En çok gözetilen ulus muamelesinin kapsamının anlaşılması için teorik çalışmaların yanında uygulamada verilen Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) kararları da önemli hukuki tespitler içermektedir. Bu anlamda Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen ilk dava Birleşik Krallık ve İran arasında cereyan eden *Anglo-Iranian Oil Company* uyuşmazlığıdır.⁴⁴⁰ Davaya konu olayda 1933 yılında Anglo-Iranian Oil şirketi ile İran arasında bir petrol imtiyazı sözleşmesi imzalanmış ve İran Meclisi tarafından da onaylanmıştır. 1951 yılında İran Meclisi Anglo-Iranian şirketini de kapsamına alacak şekilde petrol endüstrisinin millileştirilmesine dair bir kanunu onaylamıştır. Bunun üzerine 26 Mayıs 1951 tarihinde Birleşik Krallık, Anglo-Iranian şirketinin haklarını savunmak üzere, eski hale iade ve tazminat talebiyle, diplomatik himaye hakkını kullanmış ve Divan nezdinde İran'ı dava etmiştir. Divan öncelikle İran'ın yetki itirazını incelemiştir. İran devleti, Divan'ın yetkisini kabul ettiği deklarasyonda sadece yetkinin kabul edildiği tarihten sonra imzalanan andlaşmaların ve sözleşmelerin yorumlanması ile sınırlı olarak Divan'ı yetkili kıldığını öne sürmüş,

⁴³⁹ United Nations Conference on Trade and Development (2010). Most-Favoured-Nation Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Switzerland, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, pp.13-14.

⁴⁴⁰ Brown, B. F. (1952). The Juridical Implications of the Anglo-Iranian Oil Company Case. *Washington University Law Quarterly*, Vol.384, Number 8, pp.384-397.

kabul beyanından önce akdedilen andlaşma ve sözleşmelerin Divan'ın yetkisi dışında kaldığını iddia etmiştir. İran'ın iddiası Divan tarafından da kabul edilmiştir.⁴⁴¹

Divan'ın yetki kararı üzerine 1933 tarihli imtiyaz akdine dayanamayan Birleşik Krallık en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak Divan'ın uyuşmazlığa bakmakta yetkili kılınabileceğini iddia etmiştir. Buna göre Birleşik Krallık ile İran arasında akdedilen 1857 tarihli ticaret andlaşmasının 9. maddesi ile 1903 tarihli ticaret andlaşmasının 2. maddesi en çok gözetilen ulus kaydını düzenlemektedir. İran ile Danimarka arasında akdedilen 1934 tarihli Dostluk ve Ticaret Andlaşmasında “her akit devlet, kendi ülkesinde, diğer tarafın vatandaşlarına ve mülkiyetine uluslararası hukukun sağladığı korumayı tanımakla yükümlüdür” kaydı bulunmaktadır. Birleşik Krallık'ın iddiasına göre hala yürürlükte olan bu hüküm İngiliz vatandaşlarına da uygulanabilir ve ayrıca uluslararası yargı yollarına başvurmayı da kapsamaktadır. Bu açıdan en çok gözetilen ulus kaydına göre İran'ın diğer devletler ile yaptığı akitlerde yer alan ve Divan'ın yargı yetkisine izin veren hükümler mevcut uyuşmazlığı da kapsayacak şekilde genişletilmelidir.⁴⁴² Divan ise İran ile Danimarka arasındaki akdin sadece bu iki devleti bağladığını (*res inter alios acta*), Birleşik Krallık'ın bu andlaşmaya dayanamayacağını, davanın esası ile ilgili olsa dahi en çok gözetilen ulus kaydı yoluyla yetki genişlemesinin mümkün olmadığını belirterek yetkisizlik kararı vermiştir. Divan'a göre İran'ın yetkiye dair deklarasyonu açıkça daha öncesindeki akitlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları Divan'ın yetkisi dışında bırakmaktadır ve bu yetkinin 1857 ve 1903 tarihli andlaşmalarda yer alan en çok gözetilen ulus kaydına dayanılarak genişletilmesi mümkün değildir.⁴⁴³ Anglo-Iranian davası ICSID hakem kararlarında “yetki” (jurisdiction) bağlamında en çok atıf yapılan kararlardan bir tanesidir.⁴⁴⁴ Divan en çok gözetilen ulus kaydına dair ortaya koyduğu görüşlerini

⁴⁴¹ Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports, pp.93-109.

⁴⁴² Potter, P. (1953). Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction). *American Journal of International Law*, Vol.47/1, pp.114-115.

⁴⁴³ Anglo-Iranian Oil Co. Case, Judgment, p.20.

⁴⁴⁴ Orakhelashvili, A. (2007). Interpretation of Jurisdictional Instruments in International Dispute Settlement. *LPICT*, Vol.6, pp.159-188.

*Fas'taki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşlarının Hakları Davası'nda da tekrar etmiş ve ilkenin içeriğini oluşturmaya çalışmıştır.*⁴⁴⁵

En çok gözetilen ulus muamelesinin kapsamının belirlenmesi açısından bir diğer önemli dava yine ICJ nezdinde görülen *Ambatielos* uyuşmazlığıdır. Davaya konu olayda Yunan vatandaşı olan Nicolas Eustache Ambatielos İngiliz hükümetinden 19 buharlı gemi satın almıştır. Gemilerin teslimatının gecikmesi ile birlikte Ambatielos gemilerin bedelini ödemede güçlük çekmiştir. Bunun üzerine İngiliz hükümetince dava edilen Ambatielos, davada karşı iddialarda bulunarak gemilerin teslim tarihi hakkında sözlü bir anlaşmanın bulunduğunu ancak bu tarihe uyulmadığını, bu nedenle zararının ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Ambatielos'un iddiaları, 1922 ve 1923 yıllarında, hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi önünde reddedilmiş⁴⁴⁶, Ambatielos tarafından mesele daha fazla takip edilmeyerek Lordlar Kamarası'na taşınmamıştır. Daha sonra Ambatielos kendi devleti olan Yunanistan'dan diplomatik himaye talep etmiştir. Yunan ve İngiliz hükümetleri arasındaki görüşmeler, İkinci Dünya Savaşı'nın da araya girmesiyle, başarısızlığa uğramış, sonunda Yunanistan tek taraflı olarak Uluslararası Adalet Divanı'na başvurup Divan'dan İngiliz Hükümeti'nin davaya rızasını beyan etmesi hakkındaki yükümlülüğünü tespit etmesini talep etmiştir. Yunanistan iddiasını 1886 ve 1926 tarihli iki FCN andlaşmasına dayandırmış ve bu andlaşmalarda yer alan uyuşmazlık çözüm metodlarının mevcut uyuşmazlığa da uygulanabileceğini iddia etmiştir.⁴⁴⁷

İngiltere, Yunanistan ile arasındaki uyuşmazlığı Divan'a götürme yükümlülüğü altında olduğunu reddetmiş, hatta Divan'ın böyle bir yükümlülüğün varlığını da inceleyemeyeceğini iddia etmiştir. Divan ise öncelikle İngiltere'nin yükümlülüğünün

⁴⁴⁵ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, pp.19-21.

⁴⁴⁶ Ambatielos Temyiz aşamasında bir İngiliz resmi görevlisinin tanık olarak dinlenmesini talep etmiş ancak bu talebi, ilk derece mahkemesin önünde dile getirmediği gerekçesiyle temyiz mahkemesince reddedilmiştir.

⁴⁴⁷ Weib, W. (2007). Ambatielos Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.1-2.

olup olmadığını incelemeye yetkili olduğuna karar vermiştir.⁴⁴⁸ Daha sonrasında İngiltere en çok gözetilen ulus kaydının yargı işlemlerini kapsamadığını iddia etmiş ve böyle bir kayda dayanarak yargılama yetkisinin genişletilemeyeceğini ileri sürmüştür. Yunanistan ise 1886 tarihli FCN andlaşmasının 10. maddesinde geçen “tüm ticaret ve denizcilik ile ilgili meselelere, her iki devletin ülkesinde, en çok gözetilen ulus kaydı uyarınca muamele edilir” ve 1926 tarihli FCN andlaşmasının 3. ve 4. maddelerinde yer alan “her iki devletin vatandaşları ve malları hukuki koruma anlamında en çok gözetilen yabancı devletin hükümlerine göre muamele görür” ibarelerinin ticaret ile ilgili her hususu kapsadığını ve yargılamanın düzenlemelere istisna getirmedeğini tekrar vurgulamıştır. 1926 tarihli andlaşmanın 29. maddesi bu andlaşmadan veya andlaşmanın yorumundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime götürülmesini öngörmektedir. Bu nedenle İngiltere bu hükmün Divan’ın yetkisine izin verdiği kabul edilse dahi bu durumun 1926 tarihinden önce gerçekleşen Ambatielos uyuşmazlığına uygulanamayacağını ileri sürmüştür.⁴⁴⁹ Divan ise 1886 tarihli andlaşmanın Ambatielos uyuşmazlığına uygulanabileceğini, 1926 tarihli andlaşma ile birlikte İngilterenin aynı tarihte bir deklarasyon ile uyuşmazlıkların tahkime götürüleceğini kabul ettiğini, her ne kadar Divan’ın Ambatielos uyuşmazlığının esasına girme yetkisi olmasa da İngiltere’nin uyuşmazlığı tahkim ile çözüme yükümlülüğü altında olduğunu tespit etmiştir.⁴⁵⁰

Uluslararası Adalet Divanı kararından sonra Yunanistan ve İngiltere 24 Şubat 1955 tarihinde anlaşmaya vararak beş üyeli bir hakem heyeti oluşturmuş ve Ambatielos uyuşmazlığını heyete havale etmiştir. Hakem heyeti Ambatielos hakkındaki iddiaları iki açıdan reddetmiştir. Birincisi, 1886 tarihli andlaşmanın 10. maddesi her ne kadar en çok gözetilen ulus kaydından söz etse de somut uyuşmazlığı bu maddeye dayandırmak imkan dahilinde değildir. Andlaşmanın 15. maddesi her iki tarafın

⁴⁴⁸ Ambatielos case (Greece v. United Kingdom), Jurisdiction, Judgment of 1 July 1952, I.C.J. Reports, p.28.

⁴⁴⁹ Ambatielos Case, pp.10-19; Johnson, D. H. N. (1956). The Ambatielos Case. *The Modern Law Review*, Vol.19, No.5, pp.510-517.

⁴⁵⁰ Ambatielos Case, Merits: Obligation to Arbitrate, Judgment, 19 May 1953, pp.6-17.

vatandaşlarına yargı yollarının açık olduğunu belirtmiş ve nitekim Ambatielos İngiliz mahkemelerine başvurabilmiştir. İngiliz devleti Ambatielos'a kendi vatandaşlarına uyguladığından daha fazla bir hak sağlamak zorunda olmayıp, ideal bir adalet sistemi temin etmek zorunda değildir. Bu anlamda Ambatielos'un yerinde bir İngiliz vatandaşı olsaydı dahi aynı sonucu alacak şekilde ve eşit şartlar altında yargılama yapılmıştır. Bu nedenle ortada bir adaletten imtina (denial of justice) durumundan bahsetmek de mümkün değildir. İkincisi, diplomatik himayenin şartlarından biri olan iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı da Ambatielos tarafından tam olarak yerine getirilmemiştir. Zira imkan olduğu halde temyiz mahkemesinin kararı Lordlar Kamarası'na taşınmamıştır.⁴⁵¹ Ambatielos uyuşmazlığına tahkim davalarında, genellikle, en çok gözetilen ulus kaydının adalete erişim özelinde yorumlanması açısından atıf yapılmaktadır.⁴⁵² Cole'a göre Ambatielos kararının en önemli tespiti, en çok gözetilen ulus kaydının sadece aynı kategori ile sınırlı olmak üzere sadece kaydın izin verdiği ölçüde uygulanacağını belirten *ejusdem generis* prensibini teyit etmesidir. Bu yorum yabancı yatırım hukuku açısından en çok gözetilen ulus kaydının sınırlarının çizilmesi açısından da önem arz etmektedir.⁴⁵³

4.2.3. ICSID Hakem Kararlarında En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi

En çok gözetilen ulus muamelesi modern iki taraflı yatırım anlaşmalarında (BIT) sıkça görülen bir standarttır. FCN anlaşmaları ve BIT'ler uzunca bir süre en çok gözetilen ulus kaydını içermesine rağmen yatırım tahkimi uyuşmazlığına ciddi düzeyde konu olmamıştır. Ancak 2000 yılında verilen *Maffezini v. Spain* kararında en çok gözetilen ulus kaydının içeriği ve prosedürel işlemleri kapsayıp kapsamadığı değerlendirilince MFN kaydı ICSID hakem kararlarında ve akademik çevrelerce,

⁴⁵¹ Ambatielos Claim, (Greece v. United Kingdom), Award, 6 March 1956, XII RIAA, pp.83-153; Bishop, W. W. & Lissitzyn, O. J. (1956). Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom). *American Journal of International Law*, Vol.50, Issue 3, pp.674-679.

⁴⁵² Lipstein, K. (1957). The Ambatielos Case: Last Phase. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.6, pp.643-656.

⁴⁵³ Cole, T. (2012). The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol.33, Issue 3, p.567.

yatırım tahkimi bağlamında ele alınmaya başlanmıştır.⁴⁵⁴ Douglas, MFN kaydının yorumlanması hakkındaki ICSID hakem kararlarının birbiri ile uyumlu olmaması durumunun neticede yazarlar arasında da bir fikir ayrılığına neden olduğunu not etmektedir.⁴⁵⁵ Bu nedenle ICSID hakem kararlarında en çok gözetilen ulus muamelesi standardı hakkındaki değerlendirme ve tartışmaların bilinmesi günümüz yatırım tahkiminde MFN kaydının hukuki çerçevesinin anlaşılması için elzemdir.

Uyuşmazlık durumunda MFN kaydının esasa uygulanması ile yatırımların ve yatırımcının MFN kaydından faydalanabilmesi hakkında çok fazla tartışma yoktur. ICSID hakem kararlarında daha çok MFN kaydının prosedürel işlemlere uygulanması sorunu ve bu durumun MFN standardının amacına uygun olup olmadığı meselesi üzerinde durulmuştur.⁴⁵⁶ Bu anlamda tartışmayı başlatan ilk karar *Maffezini v. Spain* kararıdır. Davaya konu olayda Arjantin vatandaşı olan Emilio Agustin Maffezini İspanya merkezli kimyevi ürünler imal ve ithalatı ile iştigal eden EAMSA şirketinin %70 hissesine sahiptir. Kalan %30 hisse ise yine İspanya merkezli ve Galiçya bölgesinin endüstriyel gelişimi için kurulmuş olan SODIGA şirketine aittir. 1992 yılındaki çevresel etki değerlendirmesinden sonra EAMSA finansal kriz yaşamış bunun üzerine SODIGA'nın EAMSA bünyesinde çalışan bir temsilcisi tarafından 30 milyon İspanya pesetası Maffezini'nin şahsi hesabından EAMSA'ya transfer edilmiştir. Sonrasında EAMSA ve SODIGA arasında çıkan anlaşmazlık, 1994 yılında yapılan görüşmeler de netice vermeyince, tahkime taşınmıştır. Maffezini, İspanya kuruluşlarınca kendine yapılan muamelenin Arjantin ve İspanya arasında akdedilmiş

⁴⁵⁴ Bakınız: Schill, S. W. (2009). Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.27, Issue 2, pp.496-569.

⁴⁵⁵ Douglas, Z. (2011). The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.2, No.1, pp 97-113.

⁴⁵⁶ Parker, S. L. (2012). A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Arbitration Brief*, Vol.2, Issue 1, pp.30-63.

olan BIT hükümlerine aykırı ve İspanya'nın bu durumdan sorumlu olduğunu iddia etmiştir.⁴⁵⁷

İspanya öncelikle Maffezini'nin iç hukuk yollarını tüketmediğini iddia ederek yetki itirazında bulunmuştur. Buna göre Arjantin-İspanya arasında akdedilen BIT'in 10/2. maddesi uyuşmazlıkların barışçıl yolla ve yatırımın yapıldığı yerde bulunan ehil bir merci aracılığıyla yapılacağını öngörmekte, 10/3. maddesi ise 18 ay içerisinde netice alınamazsa taraflardan birinin tahkime başvurabileceğini ya da her iki tarafın anlaşması kaydıyla bu süreyi beklemeksizin tahkime başvurulabileceğini belirtmektedir. Hakem heyeti 10. maddede belirtilen yolun zorunluluk teşkil etmediğini ve iç hukuk yollarının da bir seçenek olarak kullanılabilceğini vurguladığını düşünerek İspanya'nın iddialarını reddetmiştir.⁴⁵⁸ Daha sonra heyet, Arjantin ve İspanya arasındaki BIT'te yer alan MFN kaydını yorumlamıştır. Öncelikle kaydın yorumlanması ve prosedürel konulara uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirilebilmesi için Anglo-Iranian Oil Company, Fas'taki Amerikan Uyruları ve Ambatielos kararlarına atıf yapan heyet *res inter alios acta* ve *ejusdem generis* gibi prensipleri analiz etmiştir.⁴⁵⁹ Heyet iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu getirilmesinin, Şili ve İspanya arasındaki BIT'te yer alan daha avantajlı uyuşmazlık çözüm yolunun Arjantin ve İspanya arasındaki BIT'te yer alan MFN kaydı uyarınca uygulanması neticesinde, mümkün olamayacağını düşünmektedir. Zira Şili ve Arjantin arasındaki BIT iç hukuk yollarına dair bir hükme sahip değildir. Böylece Heyet, MFN kaydı uyarınca sadece esasa ilişkin avantajlı hükümlerin uygulanabileceğine dair görüşü reddetmiş, uyuşmazlık çözümüne dair prosedürel hükümlerin de MFN kapsamına girdiğine hükmetmiştir. Hakem heyeti MFN kaydında geçen "bu andlaşmada yer alan her husus" ibaresinin uyuşmazlık çözümüne dair meseleleri de kapsadığını ve uyuşmazlık çözümünün de esasa dair

⁴⁵⁷ Reinisch, A. (2007). Maffezini v. Spain Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, August, pp.1-2.

⁴⁵⁸ Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, parag.35.

⁴⁵⁹ Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, parag.43-50.

hakların korunması için hayati öneme sahip olduğunu vurgulamıştır.⁴⁶⁰ Öte yandan heyet MFN kaydının da aşırı geniş bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini, kamu düzeni söz konusu olduğunda kaydın daraltılabileceğini kabul etmiş ancak somut olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığını tespit etmiştir.⁴⁶¹ Heyet esasa ilişkin kararında ise, diğer taleplerini reddetmekle birlikte, Maffezini'nin hesabından aktarılan 30 milyon İspanya pesetasının faiziyle birlikte iade edilmesine ve devletin bu durumdan sorumlu olduğuna hükmetmiştir.⁴⁶²

Maffezini kararında hakem heyetinin “mevcut dava ile alakası olmamakla birlikte” diye başlayarak MFN kaydının geçerli olamayacağı durumları da sıralaması, MFN muamelesinin sınırlarının belirlenmesi açısından önemlidir. Hakem heyetinin tespitlerine göre; 1) Eğer akit taraflardan birisi uluslararası tahkime olan rızasını açıkça iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlı kılmış ise artık, MFN kaydına binaen, üçüncü bir akitte böyle bir şartın olmadığı ileri sürülerek iç hukuk yollarını tüketmeden tahkime başvurmak mümkün olmaz. 2) Taraflar uyuşmazlık çözümünde anlaşmışsa kendi aralarında yaptıkları iç hukuk yolları veya uluslararası tahkime dair seçim diğerini imkan dışı bırakacaktır (Fork in the Road principle⁴⁶³). Bu durumun MFN kaydına dayanarak aşılması mümkün değildir. 3) Uygulanacak anlaşma ICSID gibi spesifik bir tahkim merciine başvurulması gerektiğinden bahsetmiş ise MFN kaydına dayanılarak diğer tahkim mercilerine başvurulamaz. 4) Taraflar, mevcut davada veya NAFTA'da olduğu gibi, kurumsal tahkime ve kurumun uyguladığı sıkı prosedürlere rıza göstermiş ise bu durumun da MFN kaydına dayanılarak değiştirilmesi mümkün değildir. Zira buna tarafların açık rızası söz konusudur. MFN kaydının uygulanmasını, tarafların ana anlaşmada açıkça belirlediği kamu düzeni veya başka gerekçelerle, tarafların rızası ile ya da hakem kararı ile sınırlandırmak

⁴⁶⁰ Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, parag.55.

⁴⁶¹ Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, parag.62.

⁴⁶² Maffezini v. The Kingdom of Spain, Award, 13 November 2000, parag.83.

⁴⁶³ Bakınız Schreuer, C. (2004). Travelling th BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.5, No.2, pp.231-256.

mümkündür. Bu anlamda bir yanda kaydın meşru bir şekilde elde edilebilecek hak ve menfaatlere uygulanması ile diğer yanda kaydın andlaşma seçilmesinde (treaty shopping) yıkıcı ve kargaşa çıkarıcı şekilde uygulanması arasındaki denge gözetilmelidir.⁴⁶⁴

Maffezini kararı yabancı yatırım hukukunda MFN kaydının nasıl uygulanacağına dair tartışmaları alevlendirmiştir.⁴⁶⁵ Bu tartışmalar Maffezini sonrası verilen ICSID hakem kararlarında da açıkça gözlemlenebilmektedir. Zira bazı kararlar Maffezini kararını onaylarken bazıları ise uygulanan kriterlere karşı çıkmıştır. Öte yandan kararda öngörülen tespitlere temelde karşı çıkmamakla birlikte MFN kaydının sınırlanmasında kullanılacak kriterleri genişleten veya daraltan kararlara rastlamak da mümkündür. *Tecmed v. Mexico* kararında MFN kaydının zaman bakımından yetkinin (ratione temporis) geçmişe etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayamayacağına hükmedilmiş ve temel olarak Maffezini kararında yer alan kamu düzenine ilişkin tespitler kabul edilmiştir.⁴⁶⁶ *Siemens v. Argentina* kararında ise hakem heyeti, Arjantin ve Almanya arasında akdedilen BIT'te yer alan "tahkime başvurulmadan önce 6 aylık görüşme" şartını, MFN kaydı gereği, Şili ve Arjantin arasındaki BIT'te yer alan avantajlı hükümleri uygulayarak aramamıştır. Kararda hem Maffezini kararında yer alan tespitler hem de Uluslararası Adalet Divanı'nın daha önce bahsedilen kararlarında oluşturulan ilkeler geniş bir şekilde değerlendirilmiştir.⁴⁶⁷ *Gas Natural SDG v. Argentina* kararında ise hakem heyeti Maffezini kararında oluşturulan kamu düzeni prensibini uygulamış ve somut olayda

⁴⁶⁴ Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, parag.63.

⁴⁶⁵ Paparinskis, M. (2011). MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?. *ICSID Review-FILJ*, Vol.26(2), pp.14-58.

⁴⁶⁶ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, parag.69.

⁴⁶⁷ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, pp.7-75.

MFN kaydının uygulanmaması için kamu düzeni gerekçesi olmadığına hükmetmiştir.⁴⁶⁸

Maffezini içtihadından ayrılan görüşler de birçok ICSID hakem kararına konu olmuştur. *Salini v. Jordan* davasında davacı, İtalya ve Ürdün arasındaki BIT'in 3. maddesinde yer alan MFN kaydına dayanarak Ürdün-ABD ve Ürdün-İngiltere arasındaki BIT'lerde yer alan ICSID'e başvuru imkanından faydalanmak istemiştir. Hakem heyeti ise kararında, İtalya ve Ürdün arasındaki BIT'in 3. maddesinde yer alan MFN kaydının, başka bir BIT'te yer alan ICSID kaydından faydalanmayı sağlayacak düzeyde geniş olmadığını vurgulamıştır. Heyet bu anlamda Maffezini ve Siemens kararlarını MFN kaydını çok geniş tuttıkları gerekçesiyle eleştirmiştir.⁴⁶⁹ *Plama v. Bulgaria* davasında da hakem heyeti Maffezini kararında oluşturulan ilkelere karşı çıkmış ve MFN kaydının kural olarak uyuşmazlık çözümü ve prosedürel alanlara uygulanamayacağını vurgulamıştır. Heyete göre böyle bir çıkarımın yapılması, ancak ve ancak MFN kaydından, tarafların buna izin verdiğinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ve açıkça anlaşılmasından sonra mümkün olabilecektir.⁴⁷⁰ Nitekim İngiltere Model iki taraflı yatırım andlaşması gibi sayıca az bazı BIT'ler MFN kaydının uyuşmazlık çözümünü de kapsayacağını açık bir şekilde düzenlemektedirler. Model andlaşmanın 8. maddesi uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülebileceğini düzenlerken, 3/3. maddesi de MFN kaydının 1-12 maddeleri arasında yer alan hükümleri kapsadığını açıkça belirtmiştir.⁴⁷¹ *Wintershall v. Argentina* davasında da hakem heyeti Plama kararına benzer şekilde yorum yapmış ve MFN kaydının, açık bir şekilde izin vermedikçe, uyuşmazlık çözümüne uygulanamayacağını belirtmiştir. Heyete göre böyle bir uygulama MFN kaydının

⁴⁶⁸ Gas Natural SDG SA v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005, parag.28.

⁴⁶⁹ Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004, parag.66-119.

⁴⁷⁰ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, parag.223.

⁴⁷¹ United Kingdom Model BIT. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847> (erişim tarihi 20.02.2019).

kapsamını belirsiz hale getireceği gibi kargaşaya yol açacak şekilde andlaşma alışverişinde bulunmanın (treaty shopping) da önünü açacaktır.⁴⁷²

Esasen ICSID hakem heyetleri arasındaki yorum farkına dayanan tartışma MFN kaydının uyuşmazlık çözümüne uygulanıp uygulanamayacağı meselesi değildir. Kaydın uyuşmazlık çözüm yollarından yararlanmaya müsaade edip etmediğidir. Maffezini ve Siemens gibi kararlarda “her mesele” (all matters) ibaresinin uyuşmazlık yollarını da kapsadığı düşünülürken, Salini ve Plama gibi kararlarda ise sadece esasa yönelik muamelede avantajlı hükümlerin kastedildiği, uyuşmazlık çözümünün devletlerin açık iradesi ile belirtilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁷³ Daha açık ifadeyle bazı hakem heyetlerine göre devletlerin iradesinden, açık bir şekilde, MFN kaydının uyuşmazlık çözümünü de kapsayacak şekilde oluşturulduğu anlaşıldığı takdirde kayıt prosedürel işlemlere de uygulanabilecektir. Aksi halde uygulanması mümkün değildir.⁴⁷⁴ Batifort & Heath, kararlar arasındaki farklılığın yeni BIT’lerde yer alan MFN kayıtlarının daha dar bir şekilde hazırlanmasına yol açtığını ve hatta hakem heyetlerinin esasa ilişkin standartlarda (substantive standards) bile dar yoruma başvurmaya başladıklarını, bu durumun yatırımların korunmasında olumsuz bir fren işlevi göreceğini tespit etmektedir.⁴⁷⁵ Zira MFN kaydı, yatırım uyuşmazlıklarına, diğer iki taraflı andlaşmalarda geçen adil ve hakkaniyetli muamele gibi birçok standardın transfer edilmesinde anahtar rol oynamaktadır.

⁴⁷² Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008, parag.182.

⁴⁷³ Schill, S. W. (2015). Maffezini v. Plama: Reflections on the Jurisprudential Schism in the Application of Most-Favored-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement. In Kinneer, M. Et. Al. (ed). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Wolters Kluwer, pp.251-265.

⁴⁷⁴ Kurtz, J. (2005). The Delicate Extension of Most-Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: Maffezini v Kingdom of Spain. In Weiler, T. (ed). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May, London 2005, pp.523-555.

⁴⁷⁵ Batifort, S. & Heath, J. B. (2018). The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization. *American Journal of International Law*, Vol.111, Issue 4, pp.873-913. Ayrıca bakınız: Schill, S. W. (2017). MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath. *American Journal of International Law*, Vol.111, Issue 4, pp.914-935.

4.3. Ulusal Muamele

Önceki bölümlerde tarihsel anlamda ve Calvo Doktrini ekseninde ulusal muamelenin, sermaye ithal eden devletlerin, sermaye ihraç eden devletlere karşı savunduğu bir standart olduğundan bahsedilmişti. Özellikle 1960'lardan sonra gelişmekte olan devletler BM genel kurulunda elde ettikleri çoğunluk gücünü de kullanarak, ekonomik bağımsızlıklarına saygı duyulan, yeni bir ekonomik düzene geçiş yapmak istemekteydi. Bu anlamda ortaya çıkan deklarasyonlardan en önemlileri 1962 tarihinde 1803 sayılı Genel Kurul kararı ile ilan edilen “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik”⁴⁷⁶ bildirisi, 1974 yılında 3201 sayılı Genel Kurul ile oluşturulan “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen’in Kurulmasına Dair Bildiri”⁴⁷⁷ ve 3281 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilen “Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı”⁴⁷⁸ dır.⁴⁷⁹

Ulusal muamele, isminin aksine, uluslararası bir standarttır ve bugün birçok BIT’te yer almaktadır. Bu anlamda Türkiye ile İngiltere arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasınının 3/1 maddesi tipik bir örnek olarak zikredilebilir. Buna göre: “Akit tarafların hiçbiri, kendi ülkesindeki diğer akit tarafın vatandaş veya şirketlerinin yatırım veya kazançlarına; kendi vatandaş veya şirketlerinin yatırım veya kazançlarına ya da üçüncü bir ülkenin vatandaş veya şirketlerinin yatırım veya kazançlarına uygulandığından daha az elverişli muamele uygulamayacaktır”.⁴⁸⁰ Genel itibariyle ulusal muamele standardının günümüzdeki işlevi ev sahibi devlet içerisinde faaliyet gösteren yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcının benzer muamele

⁴⁷⁶ Permanent Sovereignty over Natural Resources. A/RES/1803(XVII).

Bakınız: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)) (erişim tarihi 31.12.2017).

⁴⁷⁷ Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. A/RES/S-6/3201. Bakınız: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm> (erişim tarihi 31.12.2017).

⁴⁷⁸ Charter of Economic Rights and Duties of States. A/RES/3281(XXIX). Bakınız: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/3281\(XXIX\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/3281(XXIX)) (erişim tarihi 31.12.2017).

⁴⁷⁹ Vielleville, D. E. & Vasani, B. S. (2008). Sovereignty over Natural Resources versus Rights under Investment Contract: Which One Prevails?. *Journal of Transnational Dispute Management*, Vol.5, Issue 2, pp.2-21.

⁴⁸⁰ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 21.03.1993, Sayı: 21531.

görmesini ya da daha açık ifadeyle yabancı yatırımcının yerli yatırımcıdan dezavantajlı bir muamele görmemesini sağlamaktır. Bu anlamda ulusal muamele, en çok gözetilen ulus muamelesinin bir nevi tamamlayıcısı olarak görev yapmaktadır. Zira MFN, üçüncü ülkelerin yatırımcıları ile benzer fırsat eşitliğini sağlarken ulusal muamele kaydı da yerli yatırımcılar ile benzer standart sunmaktadır.⁴⁸¹ *Midland v. Mexico* davasında da hakem heyeti ulusal muamele standardının en önemli amacının yerli yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında ayırım yapılmasının önlenmesi olduğunu aktarmaktadır. Zira bazı devletler yerli yatırımcıya hem *de jure* hem de *de facto* olarak daha avantajlı hükümler sunabilmektedir.⁴⁸²

Ulusal muamele kaydının çok taraflı andlaşmalarda yer alan tipik örneği NAFTA'nın yatırımları düzenleyen 11. bölümü altında düzenlenen ve "ulusal muamele" (national treatment) başlığını taşıyan 1102. maddesinde yer almaktadır. Maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre yabancı yatırımcı ve yatırımlar yönünden her devlet, benzer durumlar (like circumstances) söz konusu olduğunda, kendi yatırımcısı veya yatırımlarına kurulum, yönetim, birleşme, satım gibi hususlarda uyguladığı standartlardan daha düşük olmayan bir muamele göstermelidir. Üçüncü fıkrada ise birinci ve ikinci fıkrada kastedilen standardın MFN standardından düşük olamayacağı vurgulanmıştır.⁴⁸³ Öte yandan andlaşmalarda yer alan ulusal muamele kaydı, yabancı yatırımcıya iç hukuk yollarına başvuru imkanı da sunabilmektedir. Ancak bu tür kayıtlar, Calvo kaydından farklı olarak, uluslararası hukuk yollarına başvurunun önünü kesmek için değil yatırımcıya uyumsuzluğu öncelikle iç hukukta çözebilme imkanı tanıyabilmek için andlaşmalara konmaktadır. Zira iç hukuk yollarının, özellikle kamulaştırma durumlarında, uyumsuzluğun çözülmesi için imkan dahilinde olması yatırımcının lehine bir durumdur. Yatırımcıyı her uyumsuzlukta

⁴⁸¹ Vinuesa, R. E. (2011). National Treatment Principle. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.2-4. Ulusal muamele standardı sadece yatırım andlaşmalarında değil aynı zamanda uluslararası ticareti düzenleyen GATT ve WTO andlaşmaları gibi birçok belgede de yer almaktadır.

⁴⁸² Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, 21 November 2007, parag.193.

⁴⁸³ NAFTA, art.1102; Alvarez, G. A. (2002). Commentary: Investment Disputes under NAFTA. *Arbitration International*, Vol.18, No.3, pp.309-310.

doğrudan uluslararası tahkim yoluna mecbur kılmak hem masraflı olacak hem de önemsiz uyuşmazlıklar için mantıklı bir durum oluşturmayacaktır. Nitekim iç hukukta istediği neticeyi elde edemeyen yabancı yatırımcı uluslararası tahkim yoluna isterse yine başvurabilecektir.⁴⁸⁴

Ulusal muamele standardının yorumu da Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne tabidir. Bu anlamda ulusal muamele standardının karşılanıp karşılanmadığı üç kritere göre değerlendirilmektedir: birincisi, yerli yatırımcı ile yabancı yatırımcı kıyaslanabilir bir durumda olmalı; ikincisi, yabancı yatırımcıya uygulanan muamele en azından yerli yatırımcı düzeyinde olmalı ve üçüncüsü, yerli yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında bir ayırım yapılmış ise bu durumun haklı bir gerekçesi olmalıdır.⁴⁸⁵

UPS v. Canada davasında da NAFTA uygulanarak bu üç kriter tespit edilmiş ve aynı neticeye ulaşılmıştır.⁴⁸⁶ Ulusal muamele standardının ihlali için gerekli birinci şart "benzer durumda olmak" (like circumstances) kriterine aykırı şekilde ayrımcılık yapılmasıdır. Bu kriter ICSID hakem kararlarında detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu anlamda 'birebir aynı işi yapmak' ya da 'aynı sektörde yer almak' kriterlerinin benzerlik için yeterli sayılıp sayılamayacağı tartışılan hususlar olarak öne çıkmaktadır.⁴⁸⁷ *Methanex v. USA* davasında davacı bir tür kimyevi alkol olan metanol üreten bir yabancı yatırımcıdır. California Eyaleti yönetimi tarafından metanol yasaklanmış ancak yine başka bir kimyevi alkol olan etanol yasaklanmamıştır. Davacı bu iki maddenin benzer (like) olduğunu iddia ederek ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. Davalı ABD devleti ise metanol ve etanol'un farklı kimyevi ürünler olduğunu ve farklı alanlarda kullanıldığını savunmuştur. Hakem heyeti, incelemesinde, Methanex firmasının yerli yatırımcıdan daha az

⁴⁸⁴ DiMascio, N. & Pauwelyn, J. (2008). Non-discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?. *The American Journal of International Law*, Vol.102/48, pp.48-89.

⁴⁸⁵ Schreuer, C. & Dolzer, R. (2012). *Principles of International Investment Law*. p.199.

⁴⁸⁶ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, parag.83.

⁴⁸⁷ Wallace, D. & Bailey, D. B. (1998). The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions. *Cornell International Law Journal*, Vol.31, Issue 3, pp.615-630.

avantajlı bir muamele görmediği neticesine vararak davacının iddiasını reddetmiştir. Heyete göre methanol ve ethanol arasında ayırım yapmanın konu ile alakası yoktur. California Eyaleti yönetimi bizatihi methanol üreticileri arasında ayırım yapmış ve yabancı yatırımcıya daha az avantajlı bir muamele öngörmüş değildir. Heyete göre benzer durum (like circumstances) ile GATT/WTO sözleşmelerinde rastlanan benzer ürün (like products) aynı şey değildir.⁴⁸⁸ Benzer ürün kavramı daha çok uluslararası ticaret hukukunda gündeme gelmekte ve bu nedenle yatırım hukukuna uygulanması mümkün gözükmemektedir.⁴⁸⁹ *Feldman v. Mexico* davasında ise hakem heyeti sigara ihracatı ile uğraşan firmaları benzer durum içerisinde kabul etmiş ve ulusal muamele kaydını 'benzer işle iştilal' şeklinde uygulamıştır.⁴⁹⁰ Benzer durum kriteri devletin regülasyon hakkının sınırlarının belirlenmesinde de önemli rol oynamaktadır. *SD Mayers v. Canada* davasında hakem heyeti; "devletin kamu yararı uyarınca, özellikle çevresel düzenleme söz konusu olduğunda, belirli alanlara yasak getirmesi halinde de benzer durum kriterinin dikkate alınması gerekir" diyerek regülasyonun ayırmacılık içermemesi gerektiğine vurgu yapmıştır.⁴⁹¹

Ulusal muamele standardının ihlali için gerekli olan ikinci şart, yerli yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında eşitsizlik yaratılmasıdır. Böyle bir durumun doğrudan bir eylem veya dolaylı bir eylemle yapılması arasında fark yoktur. Ayrıca ayırmacılık hukuki araçlar kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi fiili olarak da yapılabilir.⁴⁹² *Corn Products v. Mexico* davasında hakem heyeti devletçe uygulanan vergilerin sadece benzer alanda faaliyet gösteren yabancı yatırımcıları etkilemesini eşitsiz

⁴⁸⁸ İki kavramın karşılaştırması için bakınız: Kurtz, J. (2009). The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and Its Discontents. *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, pp.749-771.

⁴⁸⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Arbitration Under UNCITRAL by ICSID, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, Chapter B, p.10.

⁴⁹⁰ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, parag.171.

⁴⁹¹ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration under UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, pp.59-72.

⁴⁹² Bakınız: Leong, C. Y. & Vivekananda, N. (2015). Non-discrimination between Foreign and Domestic Investment in ASEAN. *Journal of International Arbitration*, Vol.32, Issue 4, pp.387-412.

durum için yeterli saymıştır.⁴⁹³ *Thunderbird v. Mexico* davasında ise hakem heyeti, eşitsizliğin salt vatandaşlık durumundan kaynaklanmasının gerekli olmadığını tespit ederek yerli yatırımcıya nazaran daha az avantajlı durumun yaratılmasını ulusal muamele standardının ihlali için yeterli saymıştır.⁴⁹⁴ Öte yandan *Feldman v. Mexico* davasında ayrımcılık yapıldığına dair özel bir kastın aranmasının şart olmadığı, ayrımcılığa dair kanıtların sunulmasının yeterli olduğu karara bağlanmıştır.⁴⁹⁵ Daha açık bir ifade ile devletin eylemi yabancı yatırımcıyı kasten hedef almasa dahi netice itibariyle ayrımcılık sayılabilecek bir durumun oluşması ulusal muamele standardının ihlali için yeterlidir. İncelememizden de anlaşılacağı üzere ulusal muamele standardı MFN'e benzer bir işlev görmektedir. Bu anlamda ulusal muamele kaydı da andlaşmaya dayalı bir standart olup uluslararası teamül hukuku niteliği taşımamaktadır.

4.4. Adil ve Hakkaniyetli Muamele

Uluslararası yatırım andlaşmalarında geçen en önemli standardın adil ve hakkaniyetli muamele⁴⁹⁶ (fair and equitable treatment-FET) olduğunu söylersek abartmış olmayız. Hem iki taraflı yatırım andlaşmalarında hem de çok taraflı andlaşmaların yatırımları ilgilendiren bölümlerinde sıkça görülen FET standardı, yatırım uyuşmazlık çözümlerinde de en çok ileri sürülen ilkelerin başında yer almaktadır. FET standardı, devletin; keyfilik göstermeme, ayrımcılık yapmama, şeffaf olma, tutarlı davranma ve yatırımcının meşru beklentilerine saygı gösterme gibi

⁴⁹³ *Corn Products International Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 Januray 2008, parag.138; Ault, H. J. & Sasseville, J. (2010). Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration. *World Tax Journal*, Vol.22, pp.101-125.

⁴⁹⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, NAFTA Arbitration under UNCITRAL, Award, 26 January 2006, parag.177.

⁴⁹⁵ *Feldman v. Mexico*, Award, parag.181.

⁴⁹⁶ Adil ve hakkaniyetli muamele aynı zamanda "adil ve eşit muamele" olarak da kullanılmaktadır.

Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Moldova Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da (bkz:

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5600> erişim tarihi 01.01.2018) "adil

ve hakkaniyete uygun muamele" olarak kullanılırken, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa

Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda (bkz:

<https://ticaret.gov.tr/data/5b8b05a413b8760ee0836d21/Fransa.pdf> erişim tarihi 01.01.2018) "adil

ve eşit muamele" olarak kullanılmaktadır. İki çeviri arasında herhangi bir fark görmemekle birlikte biz

Türk doktrininde daha çok benimsenen adil ve hakkaniyetli muamele kavramını kullanacağız.

yükümlülükleri çerçevesinde yatırımcılar tarafından tahkim davalarında sıkça ileri sürülmektedir.⁴⁹⁷ Devletin kamu yararı uyarınca sahip olduğu düzenleme yetkisi de FET'in sınırları bağlamında ayrıca tartışılmaktadır. Bu anlamda hangi eylemlerin devletin sorumluluğunu doğurduğunun tespiti için hem uygulanacak hukuka hem de somut olayın özelliklerine bakmak gerekmektedir.⁴⁹⁸ Ancak öncesinde FET standardının kapsamı ve hukuki çerçevesini ortaya koymak konunun daha iyi anlaşılmasına katkıda bulunacaktır.⁴⁹⁹

4.4.1. Adil ve Hakkaniyetli Muamelenin Mahiyeti

Adil ve hakkaniyetli muamele (FET), andlaşmalarda yer alan bir standart olduğu için uluslararası hukukun düzenlemesi altındadır. Bu anlamda yerli yatırımcı ve yatırımlara uygulanan iç hukuk standartlarından bağımsızdır. Uluslararası teamül hukuku açısından ise FET standardının uluslararası teamül hukukunda yer alan minimum standardın bir parçası mı, yeni bir teamül hukuku kuralı mı yoksa hukukun genel bir ilkesi mi olduğu tartışması, üzerinde uzlaşmış bir mesele değildir. Schwebel FET standardının uluslararası teamül hukukunda yerleşik olarak bulunabileceğini iddia ederken⁵⁰⁰, Tudor bu standardın ancak hukukun genel bir ilkesi olabileceğini belirtmektedir.⁵⁰¹ Öte yandan Mann, adil ve hakkaniyetli muamelenin uluslararası teamül hukukunu aşan otonom bir ilke olduğunu düşünmekte ve FET standardının teamül hukukunda yer alan minimum standarttan daha geniş ancak daha objektif bir ilke olduğunu savunmaktadır.⁵⁰² Schreuer ise FET

⁴⁹⁷ Diehl, A. (2012). *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International, pp.2-95.

⁴⁹⁸ UNCTAD (2012). *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p.13.

⁴⁹⁹ Detaylı bir inceleme için bakınız: Gürsu, A. (2018). *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*. Astana Yayınları, s.1-156. Partalçı, R. (2016). Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen "Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 36, Sayı 2, s.131-162.

⁵⁰⁰ Schwebel, S. M. (2005). *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*. *Transnational Dispute Management*, Vol.2/5, pp.27-30.

⁵⁰¹ Tudor, I. (2008). *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. Oxford University Press, pp.85-104.

⁵⁰² Mann, F. A. (1981). *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*. *British Yearbook of International Law*, Vol.52, pp.241-244.

standardının niteliğinin iyi niyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi, adil ve hakkaniyetli muamelenin hak ve nispet (*ex aequo et bono*) kavramı ile karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁰³ Öte yandan FET standardının diğer yatırım standartları ile ilişkisi hususunda da tartışma vardır. Mann gibi yazarlar FET standardının kapsayıcı olduğunu, diğer standartların FET'in kapsamındaki alt kısımlar olduğunu iddia etmekte iken⁵⁰⁴ Dolzer gibi bir kısım yazar ise diğer standartların FET'ten bağımsız bir varlığa sahip olduğunu düşünmektedir.⁵⁰⁵ FET standardını insan hakları hukuku ile bağlantılı olarak düşünen Alvarez'e göre ise FET esnek bir yapıya sahiptir. Öyle ki FET standardının esnek yapısı hakem heyetlerine, FET yoluyla, devletin insan hakları yükümlülüğü ile regülasyon hakkını dengeleyebilme fırsatı dahi sunmaktadır.⁵⁰⁶ Bu nedenle FET'in içeriğinin ve mahiyetinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

UNCTAD raporuna göre farklı görüşler, anlaşmalarda yer alan FET standartlarının da farklı görünümde ortaya çıkmasını sağlamış ve neticede FET açısından dört tip formülasyon oluşmuştur: 1) herhangi bir kritere bağlanmamış FET standardı, 2) uluslararası hukuka vurgu yapan FET standardı, 3) uluslararası teamül hukuku uyarınca yabancılara muamele ve minimum standarda vurgu yapan FET standardı, 4) adaletten imtina (denial of justice) gibi diğer ilkeler yoluyla ekstra içerik yüklenmiş FET standardı.⁵⁰⁷ Raporda sayılan kriterler uluslararası belgelerde ve yatırım anlaşmalarında çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının içeriği çok daha eskiye dayanmakla birlikte kavram, bu isimle ilk olarak 1948 tarihli Havana Şartı'nın 11/2. maddesinde "just and equitable treatment" şeklinde yer almıştır. Daha sonra 1959 tarihli Abs-Shawcross Taslak

⁵⁰³ Schreuer, C. (1996). Decisions Ex Aequo et Bono under the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol.11, p.37.

⁵⁰⁴ Mann, F. A. (1981). British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, p.243.

⁵⁰⁵ Dolzer, R. (2005). Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties. *The International Lawyer*, Vol.39/1, pp.87-106.

⁵⁰⁶ Alvarez, J. E. (2010). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.464-465.

⁵⁰⁷ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Fair and Equitable Treatment, UN Publications, p.14.

Sözleşmesinin 1. maddesinde de “fair and equitable treatment” şeklinde kullanılmış ve zamanla kavram yabancı yatırım hukukunda yerleşik hale gelmiştir.⁵⁰⁸

Adil ve hakkaniyetli muamele standardı neredeyse tüm BIT’lerde veya Enerji Şartı Andlaşması ve NAFTA gibi çok taraflı andlaşmaların yatırımları ilgilendiren hükümlerinde “her akit taraf diğer tarafın yatırımlarına ve yatırımcılarına adil ve hakkaniyetli muamele standardını tanımakla yükümlüdür” ifadesiyle yer almakta ancak standardın kapsamı net bir şekilde belirtilmemektedir.⁵⁰⁹ Bu durumun temel nedenlerinden biri devletlerin adil ve hakkaniyetli muamelenin içeriği hususunda bir uzlaşısının olmaması, ikincisi ise standardın içeriğinin yargı ve hakem kararlarınca dava temelli olarak yorumlanmasının daha uygun olacağı fikridir.⁵¹⁰ Bu anlamda, Paparinskis’e göre, herhangi bir uyuşmazlıkta adil ve hakkaniyetli muamele standardı yorumlanırken Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. maddesinin ve iyi niyet ilkesinin kullanılması gerektiğinde şüphe yoktur.⁵¹¹ Zira andlaşmaların ve andlaşma içeriğinde yer alan standartların yorumu, daha önce de belirttiğimiz gibi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin yorum kurallarına tabidir.

Adil ve hakkaniyetli muamele temel itibariyle tek taraflı olarak devletin yabancı yatırımlara karşı tutumunu ifade ediyor gibi görünse de McLahlan gibi yazarlar kamu yararı açısından da bir denge kurulması ve standardın tek taraflı olarak uygulanmaması gerektiğini savunmaktadırlar.⁵¹² Nitekim bu anlayışın izlerini görebileceğimiz *Saluka v. Czech Republic* davasında da hakem heyeti yatırım

⁵⁰⁸ Paparinskis, M. (2013). *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford University Press, pp.83-171.

⁵⁰⁹ Dumberry, P. (2013). *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*. Kluwer Law International, pp.3-62; Schreuer, C. (2008). Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards. In Coop, G. & Ribeiro, C. (ed). *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*. JurisNet LLC Publishing, pp.63–100.

⁵¹⁰ Schill, S. (2006). Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law. Institute for International Law and Justice, Working Paper 6, pp.2-3.

⁵¹¹ Paparinskis, M. (2015). Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. In Mitchell, A. D. & Sornarajah, M. & Voon, T. (ed). *Good Faith and International Economic Law*. Oxford University Press, pp.143-172.

⁵¹² McLahlan, C. & Shore, L. & Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford University Press, p.206.

andlaşmasının tek amacının yabancı yatırımları korumak olmadığını, genel itibariyle tarafların ekonomik ilişkilerinin düzenlenmesi olduğunu, yatırımların korunmasına yapılan aşırı vurgunun devletleri yabancı yatırıma karşı önyargılı hale getirebileceğini tespit etmiştir. Heyet bu nedenle adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün, yine bir uluslararası hukuk ilkesi olan, iç işlerinde devletin bağımsızlığı prensibi ve ekonomik ilişkileri düzenleme serbestisi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵¹³

NAFTA gibi bazı andlaşmalarda adil ve hakkaniyetli muameleden ‘uluslararası minimum standart’ başlığı altında bahsedilmektedir. Minimum muamele standardı başlığını taşıyan 1105/1. madde “her akit taraf, diğer tarafın yatırımcılarına ve yatırımlarına, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukukun sağladığı muameleyi göstermekle yükümlüdür” hükmünü taşımaktadır.⁵¹⁴ Maddenin yorumunu yapan NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu (FTC)⁵¹⁵, 1105. maddenin; uluslararası teamül hukukunda yabancılara uygulanan minimum standardı öngördüğünü, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkelerinin ise uluslararası minimum standarda ek ya da onu aşan bir anlam taşımadığını belirtmiştir.⁵¹⁶ Bu durum da doktrinde adil ve hakkaniyetli muamelenin mahiyetinin teamül hukukundaki uluslararası minimum standart ile aynı olduğuna dair bazı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁵¹⁷ Önceki bölümlerde bahsedildiği üzere yabancılara muamele açısından uluslararası

⁵¹³ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 17 March 2006, parag.300-305.

⁵¹⁴ NAFTA, 1105/1.

⁵¹⁵ NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu, NAFTA’ya taraf devletlerin (ABD, Kanada ve Meksika) ticaret ve ekonomi bakanlarının ortak yönettiği bir birimdir. Alt komiteler ve çalışma grupları halinde çalışan Komisyon NAFTA’nın yorumu ve uygulanmasından kaynaklanan anlaşmazlıkları çözmek için kurulmuştur.

⁵¹⁶ Kaufmann-Kohler, G. (2011). Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law. In Bachand, F. (ed). *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*. Juris Publications, Geneva, p.181.

⁵¹⁷ Haeri, H. (2011). A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law: The Gillis Wetter Prize. *Arbitration International*, Vol.27, Issue 1, pp.27-46; Mayeda, G. (2007). Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties. *Journal of World Trade*, Vol.41, Issue 2, pp.273-291.

minimum standardın kapsamına dair fikir veren temel davalardan biri olan *Neer Claim* uyuşmazlığında ABD-Meksika Genel Alacaklar Komisyonu; “yabancılara muamelenin uluslararası hukuk ihlali teşkil edebilmesi için eylemin açık, kötü niyetle, kasten veya ihmal ile ya da herhangi tarafsız bir insanın ilk bakışta uluslararası standartların altında kaldığını görebildiği, devletin bir noksan fiili yoluyla gerçekleşmesi gerekir” şeklinde hüküm tesis ederek uluslararası minimum standardın ne olduğundan daha çok hangi durumlarda uygulanabileceğine dikkat çekmiştir.⁵¹⁸

Adil ve hakkaniyetli muamele ile uluslararası minimum standardı eşitleyen görüşler azımsanmayacak derecede çoktur. Eşitlemenin temel gerekçesi adil ve hakkaniyetli muamele kavramının belirsizlik ifade ettiğinin düşünülmesidir. OECD tarafından hazırlanan 1967 tarihli mülkiyetin korunmasına dair taslak sözleşmenin yorumunda 1. maddede geçen adil ve hakkaniyetli muameleden kastın uluslararası hukukça korunan minimum standart olduğu vurgulanmıştır.⁵¹⁹ Vandevelde ise her iki kavramın eşitlenmesinin temel çıkış noktasını yatırım andlaşmalarının adil ve hakkaniyetli muameleyi düzenlerken uluslararası hukuka atıf yapması olarak açıklamaktadır.⁵²⁰ Öte yandan eşitleme fikri birçok yazar tarafından eleştirilmiştir. Muchlinski’ye göre eğer iki kavram aynı olsaydı devletlerin akdettikleri andlaşmalarda bu durumu açıkça belirlemeleri gerekirdi. Aksi halde her iki kavramı da aynı andlaşmada kullanan devletleri abesle iştigal etmekle suçlamış oluruz.⁵²¹ Dolzer & Stevens da eşitlik görüşüne karşı çıkmakta, bazı BIT’lerin uluslararası hukuka referans yapmadan müstakil olarak adil ve hakkaniyetli muameleden

⁵¹⁸ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, 15 October 1926, Volume IV, pp.60-66.

⁵¹⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development (1967). Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention. Paris, p.1.

⁵²⁰ Vandevelde, K. J. (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. *Cornell International Law Journal*, Vol.21, pp.221-222.

⁵²¹ Muchlinski, P. T. (2007). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford University Press, 2nd Edition, pp.637-638.

bahsettiğini tespit etmektedir.⁵²² Sacerdoti ise bu tür münhasır kullanımların özellikle uluslararası teamül hukuku standartlarından ayrılmak için konulmuş olabileceğine dikkat çekmektedir.⁵²³

FET standardının mahiyeti, yeknesak olmamakla birlikte, hakem kararlarında da tartışılmıştır. Bazı kararlarda hakem heyetleri adil ve hakkaniyetli muamelenin kendine özgü bir anlamının olduğunu savunmaktadır. Nitekim *National Grid v. Argentina* davasında hakem heyeti uygulanacak andlaşmada uluslararası hukuka veya minimum standarda gönderme olmadığı gereçesiyle adil ve hakkaniyetli muameleyi “adil” ve “hakkaniyetli” kavramlarını yorumlayarak uygulamıştır.⁵²⁴ Karar ile ilgili olarak Schreuer & Dolzer adil ve hakkaniyetli kavramlarının bütünlük arzettiğini, her iki kavramın ayrı ayrı uygulanamayacağını not etmektedir.⁵²⁵ *Azurix v. Argentina* davasında hakem heyeti FET standardını Arjantin-ABD arasındaki BIT’in 2/2 maddesinde yer alan “yatırımlara uygulanacak muamele uluslararası hukuk tarafından öngörülen muameleden düşük olamaz” cümlesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Heyete göre bu ibareden çıkarılacak anlam FET standadının hiçbir zaman uluslararası hukuk standardlarının altına düşmemesi gerektiğidir. Daha açık ifade ile madde hükmü bir taban belirlemiş ancak bir tavan belirlememiştir. Dolayısıyla FET’in uluslararası minimum standardın üzerinde ve ötesinde bir kural olarak geniş yorumlanmasında bir sakınca yoktur.⁵²⁶ *Chemtura v. Canada* davasında hakem heyeti FET standardının uluslararası teamül hukukunu geliştirerek ona katkı sağladığını ve BIT’lerin bu süreci hızlandırdığını düşünmüş,⁵²⁷ *Merrill v. Canada* davasında ise hakem heyeti bizatihi FET’in uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiğini iddia etmiştir. Heyete göre FET standadının günümüzde devletlerce

⁵²² Dolzer, R. & Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*, p.59.

⁵²³ Sacerdoti, G. (1997). *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection. Collected Courses of th Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff, p.341.

⁵²⁴ *National Grid plc. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Arbitration, Award, 3 November 2008, parag.167.

⁵²⁵ Schreuer, C. & Dolzer, R. (2012). *Principles of International Investment Law*, p.133.

⁵²⁶ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, parag.361.

⁵²⁷ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration, Award, 2 August 2010, parag.121-236.

geniş ve istikrarlı uygulaması hukuki bağlayıcılık inancının (*opinio juris*) da varlığını göstermektedir.⁵²⁸ Görüldüğü üzere yatırım tahkimi kararlarında da herhangi bir uzlaşma söz konusu olmamıştır. Kanaatimizce adil ve hakkaniyetli muameleyi, içeriksel olarak, uluslararası teamül hukukundaki minimum standardı geliştiren bir standart olarak görmek makul bir yaklaşımdır. Aksi halde uluslararası hukukun gelişmeyen ve statik bir sistem olduğunu kabul etmek gerekecektir.

4.4.2. Adil ve Hakkaniyetli Muamelenin Kapsamı ve Uygulaması

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının kapsamına hangi eylemlerin gireceğine dair belirli bir liste mevcut değildir. Bu nedenle birçok hakem kararı uygulanacak andlaşmada FET standardı kapsamında kullanılan kavramlardan yola çıkarak FET'in içeriğini oluşturmaya çalışmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi FET uygulaması genel itibariyle dava temelli (case-based) olarak ortaya çıkmakta ve kapsamı hakem kararları ile şekillendirilmektedir. Bu anlamda FET'in kapsamına dair en geniş tanımlamanın *Tecmed v. Mexico* kararında yapıldığı görülmektedir. Heyete göre FET standardı, andlaşmadaki ifadeler dikkate alınarak uluslararası hukuk ve iyi niyet prensipleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre; "Hakem heyeti, andlaşmada yer alan bu hükmü uluslararası hukukça öngörülen iyi niyet prensibi ışığında değerlendirmekte ve yabancı yatırımlara uygulanacak muamelenin, yatırımcının ilgili yatırımı yaparken hesap ettiği temel beklentilerine aykırı bir durum oluşturmaması gerektiğini düşünmektedir. Yabancı yatırımcı ev sahibi devletten istikrarlı bir şekilde davranmasını, yatırımcı ile ilişkilerini belirsizlikten uzak ve şeffaf bir zeminde kurmasını, yatırımını planlayabilmesi ve uyumlu bir şekilde sürdürebilmesi için ilgili tüm düzenleme ve hukuki kuralların açık ve seçik bir şekilde belirlenmiş olmasını beklemektedir. Yatırımcı ev sahibi devletten keyfi davranmamasını, yatırımın gerçekleştirilmesi için alınmış kararların veya izin verilmiş durumların ortadan kaldırılmamasını ümit etmektedir. Aynı zamanda yatırımcı, ev sahibi devletten, yatırımlar ile ilgili normal şartlarda kullandığı olağan hukuki araçları

⁵²⁸ Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/01, Award, 31 March 2010, parag.210.

kullanmasını, hukuk dışı veya olağanüstü yollara başvurmamasını, yatırımdan mahrum bırakıldığında kendisine tazminat ödemesini beklemektedir.”⁵²⁹

Tecmed kararı, Maffezini kararının en çok gözetilen ulus kaydında yaptığı gibi, adil ve hakkaniyetli muamelenin kapsamına dair çok önemli kriterler ortaya koymuştur.⁵³⁰ Buna göre adil ve hakkaniyetli muamelenin içeriği; meşru beklentiler (legitimate expectations), iyi niyet (good faith), istikrar (stability), şeffaflık (transparency), hukuki usule özen (due process of law), adaletten imtina (denial of justice), keyfilik ve ayrımcılık yasağı (prohibition of arbitrariness and discrimination) ve ölçülülük (proportionality) gibi tahdidi olmayan kavramlar vasıtasıyla oluşturulmaktadır. Tecmed kararı, hakem kararlarında, adil ve hakkaniyetli muamele bağlamında en çok atıf yapılan karardır. Bu anlamda Tecmed kararında geçen kriterler birçok hakem heyetince eleştirilmiş, kapsamı daraltılmış veya genişletilmiştir.⁵³¹ Douglas, Tecmed kararının kusursuz bir dünyadaki kusursuz bir regülasyon örneği öngördüğünü, her devletin buna talip olup ancak çok azının başarabileceğini belirterek kararı eleştirmiştir.⁵³² Adil ve hakkaniyetli muamelenin içeriğinde yer alan kavramlar uygulamadan karar örnekleri ile daha kolay anlaşılacaktır.

4.4.2.1. Meşru Beklentiler

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının en önemli bileşenlerinden biri meşru beklentilerdir. Yatırım kararı uzun planmalar ve araştırmalar neticesinde verilmekte, yatırımcı tarafından belirli bir risk üstlenilmektedir. Bu anlamda yatırımcının, yatırım planı ve programı esnasında hem ekonomik hem de hukuki anlamda meşru

⁵²⁹ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Award, parag.154.

⁵³⁰ Stone, J. (2012). Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment. *Leiden Journal of International Law*, Vol.25, Issue 1, pp.77-107.

⁵³¹ Leite, K. (2016). The Fair And Equitable Treatment Standard: A Search For A Better Balance In International Investment Agreements. *American University International Law Review*, Vol.32, issue 1, pp.363-401.

⁵³² Douglas Z. (2006). Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureka and Methanex. *Arbitration International*, Vol.22, pp.27-51.

beklentilerinin ortaya çıkması son derece normaldir.⁵³³ Palombino'ya göre meşru beklentiler 3 alanda ortaya çıkmaktadır: birincisi sözleşmesel taahhütlere uymak, ikincisi tek taraflı olarak verilen garantilere aykırı davranmamak, üçüncüsü ise ulusal mevzuatı yatırımları olumsuz etkileyecek şekilde değiştirmemektir.⁵³⁴ Bu anlamda uygulamada genel olarak yatırımcının, yatırımı yaptığı esnadaki hukuki çerçeveye dayanan meşru beklentileri dikkate alınmaktadır. Nitekim AİHM de *Slivenko v. Latvia* kararında mülkiyet hakkını elde eden kişinin bu hakkını etkin kullanabilmesi yönünde meşru bir beklentisinin olmasını 1 no'lu protokolün kapsamında görmekte ve protokolün amacına uygun bulmaktadır.⁵³⁵ Zira bu beklentiler olmasaydı yabancı yatırımcı ev sahibi devlette yatırım yapmayacaktı. *Gami v. Mexico* kararında da hakem heyeti yatırımcının en baştaki yatırım kararını etkileyen hukuki düzenlemelerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁵³⁶ Adil ve hakkaniyetli muamele standardı yatırımcının meşru beklentileri ile ev sahibi devletin, uluslararası minimum standardın altında olmayacak şekilde, düzenleme yapma hakkını dengelemekte de rol oynamaktadır. Daha açık ifadeyle herhangi bir yatırım andlaşmasındaki adil ve hakkaniyetli muamele kaydı, ev sahibi devlete, ileride yapacağı hukuki düzenlemeler için yatırımcının meşru beklentilerini de hesaba katmayı bir yükümlülük olarak öngörmektedir.⁵³⁷ Hatta *Enron v. Argentina* davasında da hakem heyeti FET standardının, ev sahibi devlete, hukuki ve ticari çerçeveyi dengeli bir şekilde koruma yükümlülüğü yüklediğini vurgulamıştır.⁵³⁸

⁵³³ Campbell, C. (2013). House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law. *Journal of International Arbitration*, Vol.30, Issue 4, pp.361-379; Dumberry, P. (2014). The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration*, Vol.31, Issue 1, pp.47-74.

⁵³⁴ Palombino, F. M. (2018). *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*. Springer, Asser Press, p.86.

⁵³⁵ *Slivenko and Others v. Latvia*, European Court of Human Rights, App no. 48321/99, 23 January 2002, parag.121.

⁵³⁶ *Gami Investments Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration, Award, 15 November 2004, parag.93.

⁵³⁷ Dolzer, R. (2014). Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.12, pp.9-33.

⁵³⁸ *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, Award, parag.260.

Benzer şekilde *PSEG v. Turkey* davasında hakem heyeti, hukuki düzenlemelerin sürekli değişmesinin yatırımcı için öngörülemez bir durum oluşturduğunu, bu durumun da andlaşmada yer alan dengeli ve öngörülebilir bir yatırım ortamı oluşturulması yükümlülüğüne aykırı olduğunu tespit etmiştir.⁵³⁹ *CMS v. Argentina* davasında ise ev sahibi devlet doğalgaz taşıma ücretinin belirlenmesi konusunda yasal düzenlemelere dayalı bir güvence ve lisans vermiş, daha sonraki bir olağanüstü hal yasası ile bu düzenlemeler askıya alınıp verilen garantiler iptal edilmiştir. Hakem heyeti kararında istikrarlı bir hukuki ve ticari ortamın adil ve hakkaniyetli muamelenin en önemli parametrelerinden biri olduğunu vurgulayarak yapılan düzenlemelerin ticari ve hukuki ortamın ve dolayısıyla yatırımların altını oyduğunu tespit etmiştir. Heyet, istikrar ve öngörülebilirlik kriterlerinin adil ve hakkaniyetli muamelenin olmazsa olmaz, ayrılmaz parçaları olduğunu vurgulamıştır.⁵⁴⁰ Bu anlamda hukuki istikrar ve öngörülebilirlik de yatırımcının meşru beklentileri arasında kabul edilmektedir. Nitekim *Eureko v. Poland* davasında yatırımcı ile devlet arasında Polonya devletine ait bir şirketin belirli oranda hisselerinin alımı için sözleşme yapılmış ve yatırımcı şirket Polonya şirketinin azınlık hissesini elde etmiştir. Sözleşmeye ek bir protokol ile yatırımcı şirketin ileride daha çok hisse alabilmesi ve çoğunluk hissenin sahibi olabilmesi garanti edilmiştir. Ancak daha sonra Polonya özelleştirme politikasını değiştirerek yatırımcının daha fazla hisse almasını engellemiştir. Hakem heyeti açık bir şekilde yatırımcı şirketin meşru beklentilerinin karşılanmadığını belirterek Hollanda ve Polonya arasında akdedilen BIT’te yer alan FET standardının ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵⁴¹

Meşru beklentilerin soyut ve makul olmayan beklentiler olmaması, kanıtlanabilir ve gerçek beklentiler olması gerekir. Öte yandan devletin adil ve hakkaniyetli muamele standardına uygun bir hukuki ve ticari ortam sunması demek hiçbir şekilde değişiklik

⁵³⁹ PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, Award, 19 January 2007, parag.252-253.

⁵⁴⁰ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Award, 12 May 2005, parag.274-276.

⁵⁴¹ Eureko B.V. v. Republic of Poland, *Ad hoc* Arbitration, Partial Award, 19 August 2005, parag.231-234.

yapamayacağı anlamına da gelmemektedir. Aksi halde ekonomik hayatı da düzenlemek yetkisine sahip olan devletin bu yetkisi, egemenlik hakkı ihlal edilecek düzeyde sınırlanmış olur. Bu anlamda devletin makul düzeyde hukukunu değişen ekonomik şartlara uyarlaması imkanı kabul edilmektedir.⁵⁴² *EDF v. Romania* davasında da hakem heyeti FET standardının aşırı geniş ve içeriği belirsiz bir şekilde uygulanmaması, devletin ekonomik ve hukuki ortamını belirli bir zaman için donduracak düzeyde yorum yapılmaktan kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. Makul ekonomik değişimlere uygun düşmeyen beklentiler meşru ve mantıklı sayılmaz.⁵⁴³ *Duke Energy v. Ecuador* davasında da hakem heyeti, yatırımcının; yatırım yaptığı ülkedeki politik, sosyo-ekonomik, kültürel ve tarihsel şartların farkında olması gerektiğini, meşru beklentilerin devlet tarafından ancak bu şartlar çerçevesinde sağlanabileceğini belirtmiştir. Heyete göre yatırımcının beklentileri ile devletin regülasyon hakkı arasında bir denge kurulmalı, devletin yatırımın yapılması için sunduğu taahhütler de bu çerçevede değerlendirilmelidir.⁵⁴⁴ Regülasyon anlamında ilk akla gelen devletin kamu yararı (public interest) uyarınca gerçekleştirdiği çevreye ilişkin düzenlemelerdir.

Adil ve hakkaniyetli muamelenin uygulanmasında meşru beklentiler içerisinde sayılabilecek önemli bir kavram da şeffaflıktır. Yatırımcının yatırımlarını planlayabilmesi için hukuki düzenlemelerin açık ve ulaşılabilir olması şeffaflık olarak değerlendirilmektedir. Ancak bazı durumlarda resmi temsil konumunda olan kimselerin de eylemleri şeffaflık çerçevesinde değerlendirilebilmektedir.⁵⁴⁵ *SPP v. Egypt* davasında, davalı, yatırımcı ile bazı işlemler yürüten resmi görevlilerin Mısır hukukuna aykırı davrandığını, eylemlerinin yok hükmünde olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, Mısır hukukuna göre geçerli olsun ya da olmasın, eylemlerin resmi

⁵⁴² Potesta, M. (2013). Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. ICSID Review-FILJ, Vol.28, Issue 1, pp.88-122.

⁵⁴³ EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, parag.217.

⁵⁴⁴ Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18August 2008, parag.340.

⁵⁴⁵ Maupin, J. A. (2013). Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky. In Bianchi, A. & Peters, A. (ed). *Transparency in International Law*. Cambridge University Press, pp.142-172.

görevlilerin eylemi olduğunu ve yatırımcı nezdinde uluslararası hukukça korunan meşru ve haklı bir beklenti yarattığını tespit etmiştir.⁵⁴⁶ Heyetin adil ve hakkaniyetli muamele yerine uluslararası hukuka atıf yapması şeffaflık prensibinin teamül hukukunca da korunduğunu göstermektedir.

Metaclad v. Mexico davasına konu olan olayda Meksika devleti yetkili makamlarınca Metaclad şirketine atık toplama ve dönüştürme projesi izni verilmiş ve proje ile ilgili yapıların kurulmasına müsaade edilmiştir. Ancak yatırımcı, devletten aldığı garantiye rağmen yerel belediyenin engeli ile karşılaşmış ve kurmak istediği yapıları inşa edememiştir. Bu nedenle yatırımcı sürecin şeffaflık ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyetine göre; “şeffaflık ilkesine göre yabancı yatırımcıların operasyonlarını başlatacakları andan bitirecekleri ana kadar tüm ilgili hukuki düzenlemelerin farkında olması gerekir. Bu farkındalık da devletin açık ve seçik bir şekilde tüm süreçler hakkında yatırımcıyı doğru bilgilendirmesi ile mümkün olur. Devlet bu anlamda yatırımcıya tüm eylemlerinin mevcut hukuka göre yapıldığını anlayabileceği imkanları sunmakla yükümlüdür. Bu nedenle şeffaf ve öngörülebilir bir hukuki çerçeve sunmakta başarısız olan devlet FET standardını ihlal etmiştir.”⁵⁴⁷

Hakem heyetinin şeffaflık ilkesi uyarınca hukuk normlarının ulaşılabilir olması gerektiğine vurgu yapması hukuki güvenlik ilkesi açısından da önem arz etmektedir. Nitekim *MTD v. Chile* davasında yatırımcı şirket, Şili Yabancı Yatırım Komisyonu binasını inşa etmek üzere sözleşme imzalamış ancak daha sonra şehrin imar planına aykırı olduğu tespit edildiğinden bina yapılamamıştır. Hakem heyeti kararına göre her ne kadar yatırımcının, ilgili ülkede yapacağı yatırım için gerekli hukuki düzenlemeleri araştırma yükümlülüğü olsa da devletin FET yükümlülüğünü bundan bağımsız olarak düşünmek gerekir. Yatırımcının özeninden bağımsız olarak ev sahibi

⁵⁴⁶ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Award, 20 May 1992, parag.82-83.

⁵⁴⁷ Metaclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, parag.76-99.

devletin tüm hukuki düzenlemelerini şeffaflık içerisinde bildirmesi gerekir. Bu nedenle Şili ve Malezya arasındaki BIT'te yer alan FET standardı ihlal edilmiştir.⁵⁴⁸

Adil ve hakkaniyetli muamele kapsamında meşru beklentilerden bahsederken istikrar kaydına da (stabilization clause) kısaca değinmek gerekir.⁵⁴⁹ Meşru beklentileri incelerken FET standardının devletin regülasyon hakkı ile birlikte düşünülmesi gerektiğini belirtmiştik. Ancak devletin sahip olduğu bir hakkı kendi rızası ile kısıtlaması da mümkündür.⁵⁵⁰ İstikrar kaydı adı verilen düzenlemelere göre devlet, yatırımcı arasında yaptığı sözleşmede (investor-state agreement) belirli değişikliklerin yapılmaması yönünde bir garanti verebilir. İstikrar kaydı yatırımın yapıldığı andaki hukuki düzenin ilgili yatırım için dondurulması şeklinde görülebileceği gibi vergisel düzenlemelerde değişiklik yapılmaması veya yapılacaksa da ilgili yatırımı etkilememesi şeklinde de olabilir.⁵⁵¹ İstikrar kaydının meşru ve hukuki olduğu, egemenlik yetkisi ile çelişmediği çeşitli hakem kararlarında teyit edilmiştir. Ancak istikrar kaydının, örneğin kamulaştırma gibi bir nedenle, ihlali durumunda sözleşmenin eski hale mi getirilmesi yoksa tazminat mı ödenmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur.⁵⁵² Netice itibarıyla istikrar kaydını adil ve hakkaniyetli muamelenin bir güvencesi olarak da düşünebiliriz. Yatırımcı için çoğu zaman özel sözleşmede yer alan istikrar kaydı, devletler arasındaki anlaşmada geçen FET'ten daha cazip imkanlar sunmaktadır.

⁵⁴⁸ MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, parag.165-166.

⁵⁴⁹ Ev sahibi devletin mevzuat değişikliğinden kaynaklanan uyuşmazlıkların incelemesi için bakınız: İste, C. (2013). *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uzlaşmazlıkları*. On İki Levha Yayınları, s.29-90.

⁵⁵⁰ Zeyl, T. (2011). Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law. *Alberta Law Review*, Vol.49, Issue 1, pp.203-235.

⁵⁵¹ Halabi, S. (2011). Efficient Contracting Between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.31, pp.261-312.

⁵⁵² Gehne, K. & Brillo, R. (2017). Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. Working Paper 143, Martin Luther University Halle-Wittenberg, pp.2-49.

4.4.2.2. Sözleşmesel Taahhütler ve İyi Niyet

Yabancı yatırımcının yatırımını garanti altına alan en önemli araçlardan biri de ev sahibi devlet ile akdettiği yatırım sözleşmesine iyi niyetle uyulmasıdır. Bu yükümlülük aynı zamanda yatırımcının kendisinden de beklenmektedir.⁵⁵³ Ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) andlaşmalar hukukunda akdi taahhütlere uyulmasını öngörmektedir.⁵⁵⁴ Ahde vefa ilkesi, aynı zamanda, yatırımcı ile devlet arasında akdedilen sözleşme açısından da önemlidir. Bu anlamda FET standardı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yapılan yatırım sözleşmesinin hükümlerine uyulmasında çok önemli bir işlev görmektedir. Zira hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik, verilen taahhütlere uyulmasından geçmektedir. Sözleşmesel taahhütler ile FET standardı ilişkisini somut olarak ancak hakem kararları ortaya koyabilmektedir. *SGS v. Paraguay* davasında hakem heyeti sözleşme gereği ödenmesi gereken faturaların ödenmemesini FET standardının ihlali olarak görmüştür. Heyete göre böylesi bir ihlal, ancak, sözleşmenin tanınmaması, ekonomik amacının ihlal edilmesi veya değerinin ortadan kaldırılması gibi bir durum varsa gündeme gelebilecektir.⁵⁵⁵ Benzer şekilde *Waste Management v. Mexico* davasında da hakem heyeti belediye tarafından borçların sık sık ödenmemesini, açıkça sözleşmenin tanınmaması olarak görmemiş ve FET standardının ihlal edilmediğini vurgulamıştır.⁵⁵⁶

FET standardı devletler arasında akdedilmiş andlaşmalarda yer aldığından ihlali durumunda devletin sorumluluğu gündeme gelir. Belirtmeliyiz ki her sözleşme ihlali aynı zamanda FET standardının da ihlali anlamına gelmemektedir. Bu anlamda basit sözleşmesel ihlaller ile FET standardının ihlalini birbirinden ayırmak gerekir.⁵⁵⁷ *Duke*

⁵⁵³ Dumberry, P. (2012). International Investment Contracts. In Gazzini, T. & Brabandere, E. (ed). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.215-245.

⁵⁵⁴ Lukashuk, I. I. (1989). The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law. *American Journal of International Law*, Vol.83, Issue 3, pp.513-518.

⁵⁵⁵ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, parag.146.

⁵⁵⁶ *Waste Management Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, parag.115.

⁵⁵⁷ Orakhelashvili, A. (2008). The Normative Basis of "Fair and Equitable Treatment": General International Law on Foreign Investment?. *Archiv des Völkerrechts*, Vol.46, No.1, pp.74-105.

Energy v. Ecuador davasında hakem heyeti, devletin egemenlik gücü ile yaptığı eylemler (*acta jure imperii*) ile özel hukuk yeteneği ile girdiği eylemler (*acta jure gestionis*) arasında bir ayırım yapılarak FET standardının ancak egemenlik yetkisi ile (sovereign power) ihlal edilebileceğini tespit etmiş, andlaşma ihlali ile sözleşme ihlaini birbirinden ayırmıştır.⁵⁵⁸ Esasen eylemin Devlete isnadı için egemenlik yetkisi ya da özel hukuk yetkisi arasında bir fark yoktur. Önceki bölümlerde bahsedildiği üzere eylemin bir devlet organı, devlet adına görevli veya devlet nam ve hesabına çalışan ya da devletin onayladığı bir kimse olması yeterlidir.⁵⁵⁹ Hakem heyetlerinin bu anlamda vurgulamak istediği husus, devletlerin FET standardının ihlali için basit bir sözleşmesel ihlalden öte bir kasta sahip olmaları gerektiğidir. Ancak daha önce de bahsettiğimiz gibi devletin eylemi kasıtsız olsa dahi eylem, netice itibarıyla, FET standardını ihlal ediyorsa devletin sorumluluğu doğacaktır.

Ahde vefa ilkesinin yanısıra andlaşmalara hakim diğer bir önemli ilke iyi niyet (good faith/*bona fide*) prensibidir. İyi niyet hem ulusal hukuk hem de uluslararası hukuk açısından en temel ilkelerden biridir.⁵⁶⁰ Vandeveld'e göre her ne kadar salt iyi niyet prensibinin ihlalinden kaynaklanan bir yatırım tahkimi kararı olmasa da FET standardının içeriğinin yorumlanmasında kullanılan en kilit kavramlardan biri iyi niyettir.⁵⁶¹ *Sempra v. Argentina* davasında hakem heyeti iyi niyet ilkesini "FET standardının anlaşılması ve yorumlanmasında yol gösterici bir fener" olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle Arjantin tarafından sözleşmede yer alan tarifeleri

⁵⁵⁸ Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, Award, 18August 2008, parag.345.

⁵⁵⁹ Acta Jure Impeii ve Acta Jure Gestionis ayrımı çoğunlukla devletin yargı bağısıklığı konusu ile ilgilidir ve Uluslararası Adalet Divanı'nın 2012 tarihli "Devletin Yargı Bağısıklıkları" davasında ele alınmıştır. Bu anlamda geniş bir inceleme için bakınız: McMEnamin, M. (2013). State Immunity Before the International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol.44/1, pp.189-219.

⁵⁶⁰ "İyi Niyet" ilkesi hakkında bakınız: Kolb, R. (2017). *Good Faith in International Law*. Hart Publishing.

⁵⁶¹ Vandeveld, K. J. (2010). A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. *Journal of International Law and Politics*, Vol.43, p.97.

değiştirici düzenlemelerin yapılmasını iyi niyet prensibine aykırı bulan heyet FET standardının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁶²

FET standardının ihlali anlamına gelebilecek iyi niyete aykırı eylemler çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. *Frontier Petroleum v. Czech Republic* davasında hakem heyetine göre, devlet tarafından gizli olarak yatırıma zarar vermek, hukuki düzenleme yoluyla yatırımı engellemek veya yerel yatırımcılara iltimas geçmek tipik kötü niyet ve FET ihlali örnekleridir. Aynı zamanda devletin, iç işlerini ileri sürerek yatırım sözleşmesine uymaması da iyi niyet prensibini ihlal eder.⁵⁶³ Benzer şekilde *Siemens v. Argentina* davasında da hakem heyeti merkezi idare ile belediyeler arasında sözleşmeye uyulması anlamında bir uyuşmazlık çıktığında bu durumun yatırımcıyı bağlamayacağını tespit ederek, devletin, kendi iş bölümüne ilişkin yapısını ileri sürerek sözleşmeye uymamasını FET standardının ihlali olarak görmüştür.⁵⁶⁴ FET standardının ihlali her zaman kötü niyet içermeyebilir. Nitekim *Mondev v. United States* davasında hakem heyeti yabancı yatırımcının adil ve hakkaniyetli olmayan bir muamele görmesinin yeterli olduğunu, bu muameleye sebebiyet veren eylemin iyi niyet veya kötü niyetle yapılmış olmasının bir öneminin olmadığını tespit etmiştir.⁵⁶⁵ Bu anlamda hakem kararlarında, yabancı yatırımcıya FET standardının gerektirdiği muamelenin yapılmaması bizatihi standardın ihlali için tek başına yeterli kabul edilmektedir.⁵⁶⁶

⁵⁶² *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, parag.297-299 and 313.

⁵⁶³ *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 12 November 2010, parag.300.

⁵⁶⁴ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Award, 6 February 2007, parag.308.

⁵⁶⁵ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award, 11 October 2002, parag.116.

⁵⁶⁶ Draguiev, D. (2014). Bad Faith Conduct of States in Violation of the 'Fair and Equitable Treatment' Standard in International Investment Law and Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.5, No.2, pp.273-305; Cremades, B. M. (2012). Good Faith in International Arbitration. *American University International Law Review*, Vol.27, Issue 4, pp.761-789.

4.4.2.3. Hukuki Usule Özen ve Adaletten İmtina Yasağı

Uluslararası hukukta hukuki usule özen (due process of law) ya da adaletten imtina yasağı (denial of justice)⁵⁶⁷ olarak, uluslararası insan hakları hukukunda ise adil yargılanma (fair trial) olarak sıkça karşımıza çıkan adalet hizmetinin özenli ve eşit olarak sunulması prensibi hem ulusal hukuk hem de uluslararası teamül hukukunun en temel ve köklü ilkelerinden biridir.⁵⁶⁸ Uluslararası yatırım andlaşmalarında geçen FET standardının bu ilkeyi de kapsadığı kabul edilmektedir. İlkenin FET standardı bağlamında kullanıldığı uluslararası andlaşmalara tipik örnek olarak 2009 tarihli ASEAN Genel Yatırım Andlaşması ile 2012 tarihli ABD Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması örnek verilebilir. ASEAN Andlaşması'nın 11/2(a) maddesine göre "adil ve hakkaniyetli muamele, korunan yatırımlara yönelik olarak, akit tarafların idari ve adli makamlarınca, hukuki usule özen prensibi uyarınca adaletten imtina etmemeyi gerektirir."⁵⁶⁹ ABD Model Andlaşması'nın 5/2(a) maddesi ise FET standardını "adil ve hakkaniyetli muamele, dünyanın başat hukuk sistemlerince kabul edilen hukuki usule özen prensibi uyarınca cezai, idari ve adli karar alma süreçlerinde adaletten imtina etmemeyi kapsar" şeklinde düzenlemiştir.⁵⁷⁰

Adaletten imtina esas itibariyle iç hukukta yabancıнын adil bir şekilde idari ve yargısal süreçlerden faydalanamaması ya da bu imkanlardan yoksun bırakılması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Focarelli, adaletten imtinayı, devletin yargısal zafiyetinden dolayı ulusal mahkemelerce adaletin sağlanamaması olarak tanımlamakta, kökenlerinin çok eskiye dayandığını tespit etmektedir. Yazar bu anlamda adaletten imtina kavramının Gentili, Grotius gibi ortaçağ ve sonrası klasik yazarlarca da ele

⁵⁶⁷ "Denial of justice" kavramının Türkçe karşılığı olarak bazı eserlerde "ihkak-ı haktan imtina etme" kavramı da kullanılmaktadır. Bu açıdan kavram "hakkın yerine getirilmesinden kaçınma" anlamına gelmektedir. Ancak "ihkak-ı hak", ceza hukuku bağlamında da "kendi adaletini yerine getirme" anlamında kullanılmakta ve yasaklanan bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle biz herhangi bir karışıklığa mahal vermemek adına "ihkak-ı hak" kavramını kullanmamayı uygun gördük.

⁵⁶⁸ Paulsson, J. (2009). *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, pp.1-10.

⁵⁶⁹ ASEAN Comprehensive Investment Agreement, art.11/2(a).

http://www.asean.org/storage/images/2013/economic/aia/ACIA_Final_Text_26%20Feb%202009.pdf (erişim tarihi 20.01.2018).

⁵⁷⁰ US Model BIT 2012, art.5/2(a), <https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> (erişim tarihi 20.01.2018).

alındığını, yabancıya karşı ortaya çıkan adaletten imtinanın uyrukluk devleti tarafından yapılacak bir misilleme (reprisal) ya da kuvvet kullanımının haklı gerekçesi olarak kabul edildiğini aktarmaktadır.⁵⁷¹ Francioni ise özellikle dini aidiyetlerinden dolayı yabancı devletlerin mahkemelerinde istediklerini elde edemeyen tüccarların zamanla, kendi devletlerinin de desteğiyle, özel yetkilere sahip uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kurduklarını ve bugünkü serbest ticaret bölgesi ve özel tahkimin temellerini attıklarını vurgulamaktadır.⁵⁷² Böylece adaletten imtina uluslararası hukuk mekanizmalarının gelişiminde de önemli bir rol oynamıştır.

20. yüzyıla gelindiğinde ise hukuki usule özen ve adaletten imtina öncelikle diplomatik himaye davalarına, daha sonra ise insan hakları yargısına konu olmaya başlamıştır.⁵⁷³ Nitekim *Ambatielos* davasında uluslararası teamül hukukunda yer alan ve yabancıya uygulanacak minimum prosedürel standartlar sıralanmıştır. Buna göre yabancı; kendi haklarını savunmak için özgür bir şekilde mahkemeye başvurabilme imkanına sahip olmak, davacı veya davalı olarak mahkeme önünde dinlenebilmek, hukuk tarafından izin verilen herhangi bir davayı açabilmek, hukuki olarak istediği şekilde savunma yapabilmek, avukata başvurabilmek, sözlü veya yazılı ya da başkaca şekillerde kanıt sunabilmek, kefalet talep edebilmek, temyize başvurabilmek, mahkemeyi ve mahkemenin imkanlarını vatandaşlar ile eşit düzeyde kullanabilmek haklarına sahiptir.⁵⁷⁴ *Ambatielos* davasında devletlerin iç hukuk düzeninde yer alan mahkemelerde yabancıların nasıl muamele görmesi gerektiği detaylı bir şekilde izah edilmiştir. Böylesi bir detaylı düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer alan Adil Yargılanma Hakkı'nı akıllara getirmektedir. Her

⁵⁷¹ Focarelli, C. (2013). Denial of Justice. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, October, pp.1-2.

⁵⁷² Francioni, F. (2009). Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *European Journal of International Law*, Vol.20, pp.729-747.

⁵⁷³ Caban, P. (2014). Diplomatic Protection and Other Mechanisms for the Protection of the Individual Against Serious Human Rights Violations: Limiting the Discretion. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, Vol. 5, pp.167-181.

⁵⁷⁴ The *Ambatielos* Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) 6 March 1956, UNRIIAA, Vol. XII, s.306-325.

ne kadar sözleşme, adil yargılanma standartlarını⁵⁷⁵ vatandaş ve yabancı ayrımı yapmadan bir temel hak olarak kabul etse de, sonraki bölümlerde detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, adaletten imtina kavramının içeriğinin yatırım tahkimi heyetlerince yorumlanmasında adil yargılanma hakkının ortaya koyduğu kriterlerden de faydalanılabilir.⁵⁷⁶ Nitekim *Mondev v. United States* davasında da hakem heyeti adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS 6. maddesine atıf yaparak insan hakları hukuku ile mukayeseli bir inceleme yapmıştır.⁵⁷⁷ Hatta Garcia-Amador da Uluslararası Hukuk Komisyonu'na sunduğu raporunda, hem esasa hem de prosedürel işlemlere uygulanabilecek uluslararası minimum standardın hiçbir zaman temel insan hakları standartlarının altına düşmemesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁷⁸

Adaletten imtina etmeme prensibi FET standardının içeriğini oluşturan önemli bir kavramdır. Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nce hazırlanan Kendi Ülkesinde Yabancıya ve Mülkiyetine Verilen Zararlardan Devletin Sorumluluğu'na dair taslak düzenlemenin 9. Maddesi hangi durumlarda adaletten imtina edilmiş sayılacağını saymıştır. Buna göre ev sahibi devlet: 1) makul olmayan gecikme veya adaletle

⁵⁷⁵ Sözleşme'nin Adil Yargılanma Hakkı başlığını taşıyan 6. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak." Bakınız: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 25.01.2017).

⁵⁷⁶ Karamanian, S. L. (2017). The Role of International Human Rights Law in Re-Shaping Investor-State Arbitration. *International Journal of Legal Information*, Vol.45, Issue 1, pp.34-41.

⁵⁷⁷ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award, 11 October 2002, parag.142.

⁵⁷⁸ Garcia Amador, F. V. (1957). State Responsibility. Document A/CN.4/106, ILC Yearbook II, p.104.

erişime engel olma, 2) adli ve usuli işlemlerin yürütülmesinde önemli yetersizlik, 3) uygun bir adaletin temini için gerekli olan garantilerin verilmemesi, 4) özellikle ayrımcı bir şekilde yabancıya karşı alınmış aşıkak haksız kararların verilmesi durumlarında adaletten imtina etmiş sayılır ve sorumluluğu doğar.⁵⁷⁹ UNCTAD raporunda ise adaletten imtina olarak sayılabilecek durumlar, tahdidi olmamak kaydıyla, şu şekilde belirlenmiştir: 1) mahkemelerin karar vermektan kaçınması, 2) makul olmayan prosedürel gecikmeler, 3) mahkemelerin yasama ve yürütme organlarından yeterince bağımsız olmaması, 4) nihai yargı veya hakem kararlarının tanınmaması ve tenfiz edilmemesi, 5) hakim tarafından işlenen yolsuzluk, 6) yabancı davacıya karşı ayrımcılık, 7) tebligat ya da dinlenme hakkı gibi temel usuli işlemlere gösterilen özensizlik.⁵⁸⁰

Uluslararası teamül hukukunda belirlenmiş olan ve adaletten imtina yasağı kapsamında kabul edilebilecek ilkeler FET standardı bağlamında yatırım tahkimi kararlarında da kullanılmaktadır. Bu anlamda ancak belirli bir ağırlığa sahip ya da aşıkak eylemlerin adaletten imtina sayılacağı kabul edilmektedir. Öte yandan eylemin hangi oranda adaletten imtina sayılacağı ise net değildir. Bu nedenle hangi eylemin adaletten imtina oluşturacağı olaya göre hakem heyetinin incelemesiyle ortaya çıkacaktır.⁵⁸¹ *Metaclad v. Mexico* davasında, davacı şirketin bina yapı izni iptal edilmiş ve iptal kararının alındığı belediye konseyi tarafından şirkete, buna dair bir bildirim yapılmamıştır. Ayrıca iptalin olduğu toplantıya Metaclad şirketi davet edilmemiş ve toplantıya katılma şansı tanınmamıştır. Hakem heyetine göre böylesi bir durum NAFTA 1105'te yer alan FET standardının ihlalini oluşturur.⁵⁸² *Middle East Cement v. Egypt* davasında, davacı şirkete ait olan gemiye el konulup açık arttırma

⁵⁷⁹ Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners. (1929), art.9.

⁵⁸⁰ UNCTAD (2012). Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p.80.

⁵⁸¹ Bjorklund, A. K. (2005). Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims. *Virginia Journal of International Law*, Vol.45, Issue 4, pp.809-895.

⁵⁸² *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, Award, 30 August 2000, parag.91; Dumberry, P. (2014). Denial of Justice under NAFTA Article 1105: A Review of 20 Years of Case Law. *ASA Bulletin*, Vol.32, No.2, pp.246-264.

yoluyla satılmış ancak bu durum şirkete tebliğ edilmemiştir. Hakem heyeti tebligat eksikliğinden kaynaklanan prosedürel işlemin FET standardı ile bağdaşmayacağını belirterek devletin sorumluluğuna karar vermiştir.⁵⁸³

Öte yandan *Loewen v. United States* davasında, cenaze işleri ile uğraşan Loewen şirketine yerel rakibi tarafından Mississippi mahkemelerinde dava açılmıştır. Yerel rakip kendisinin vatansever bir firma olduğunu, yöneticilerinin savaş zamanlarında devletin yanında yer aldığını, yerel halka hizmet götürdüğünü, Kanadalı Loewen şirketinin ise böyle bir amacının olmadığını ve haksız rekabet ettiğini iddia ederek cezalandırılmasını talep etmiştir. Loewen ise diğer şirketin vatanseverlik iddialarının sırf uyruğu nedeniyle kendisini ayrımcılığa uğrattığını belirterek davanın reddini talep etmiştir. Mississippi mahkemesi ise Loewen'e yüklü miktarda ceza vermiş, maddi gerekçelerden ötürü temyize gidilememiş ve neticede dava ICSID tahkimine konu olmuştur. Hakem heyeti kararında Loewen'e karşı uyrukluğuna dolayısıyla verilen kararın adaletin kötü yürütülmesi (miscarriage of justice) neticesinde oluştuğunu, açıkça ayrımcılık yarattığını bu nedenle uluslararası hukukta yer alan minimum standardın ve NAFTA'da yer alan FET standardının ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵⁸⁴

Buna rağmen davanın neticede iç hukuk yollarının tüketilmediğinden bahisle reddedilmesi Dodge gibi yazarlar tarafından, hatanın tespit edilmesine rağmen düzeltilmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵⁸⁵ Francioni'ye göre iç hukuk yolları testi ELSI ve Diallo gibi diplomatik himaye davalarında istisnaları ile birlikte değerlendirilerek uygulanmıştır. Yatırım tahkimi diplomatik himayeden farklıdır ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesi yatırım davalarında kullanılacaksa bile yine etraflı bir şekilde istisnaları ile birlikte düşünülerek uygulanmalıdır. Loewen kararında adaletin kötü yürütülmesinden bahseden heyetin, etkinlik ya da gereklilik

⁵⁸³ Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/06, Award, 12 April 2002, parag.143.

⁵⁸⁴ Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, parag.132-137.

⁵⁸⁵ Dodge, W. S. (2002). Loewen v. United States: Trials and Errors Under NAFTA Chapter Eleven. *DePaul Law Review*, Vol.52, pp.563-578.

gibi kriterlere bakmadan doğrudan iç hukuk yolları gerekçesiyle red kararı vermesi yatırım hukuku dünyası açısından kötü bir örnek teşkil etmektedir.⁵⁸⁶

Robert Azinian v. Mexico davasında da hakem heyeti adaletten imtina olarak kabul edilebilecek bazı kriterleri belirlemiştir. Buna göre; mahkemenin dava açma hakkını reddetmesi, davayı makul olmayan şekilde geciktirmesi, adalet hizmetinin yürütülmesinde ciddi noksanlıklar ve hukukun kasıtlı bir şekilde yanlış uygulanması adaletten imtina olarak kabul edilir.⁵⁸⁷ *Tokios Tokeles v. Ukraine* davasında ise hakem heyeti, ceza davalarında yürütülen prosedürlerdeki önemli bir eksikliğin aynı zamanda yatırım andlaşmasının da ihlalini oluşturabileceğini tespit etmiştir.⁵⁸⁸ Bu anlamda Paulsson'a göre ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanması (retroactive application) bu durumun tipik örneğidir. Yazara göre mahkemenin yerleşik içtihadından ayrılması ya da beklenmedik bir şekilde farklı içtihadı benimsemesi yabancı yatırımcıyı etkiliyor ise ortada adaletten imtina edildiğine dair ciddi bir şüphe vardır.⁵⁸⁹

Diğer bir önemli dava olan *Casado v. Chile* uyuşmazlığına konu olayda İspanya vatandaşı Victor Pey Casado, Şili'de sol görüşlere sahip bir gazetenin hisselerini satın almış ancak darbe sonrasında Pinochet rejimi tarafından gazetesine el konulmuştur. Her ne kadar yeni rejim el konulan mallar için tazminat ödeneceğini açıklasa da Casado'nun devlet başkanlığına yazdığı dilekçeye yedi yıl boyunca cevap verilmemiş ve Casado başvurduğu mahkemeden de sonuç alamamıştır. Neticede ödeme yapmaya karar veren rejim bu defa Casado'nun hissedarlık haklarını tanımamış ve tazminatı eski hissedarların mirasçılara ödemiştir. ICSID önünde görülen uyuşmazlıkta hakem heyeti, FET standardının en önemli bileşenlerinden birisinin adaletten imtina etmemek olduğunu belirterek; yedi yıl boyunca uyuşmazlığın

⁵⁸⁶ Francioni, F. (2009). Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, pp.732-735.

⁵⁸⁷ Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1 November 1999, parag.102-103.

⁵⁸⁸ Tokios Tokeles v. Ukraine, Award, 26 July 2007, parag.133.

⁵⁸⁹ Paulsson, J. (2009). *Denial of Justice in International Law*, pp.176-204.

sürüncemede kalmasını, el koyma tarihinde hisse sahibi olmasına karşın Casado'ya tazminatın ödenmemesini adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırı bulmuştur.⁵⁹⁰ *Genin v. Estonia* davasında ise hakem heyeti adaletten imtinanın mahkeme tarafından işlenebileceği gibi idari makamlar tarafından da işlenebileceğini belirtmiştir. Nitekim heyete göre; somut olayda belirli bilgileri vermediği gerekçesiyle banka lisansı iptal eilen Genin'e, böylesi bir durumun lisans iptaline neden olabileceği bildirilmemiş, iptalin görüşüldüğü Estonya Merkez Bankası toplantısına katılmasına izin verilmemiş, iptal kararının kamuya açıklanmasından önce hukuki bir başvuru imkanı tanınmamıştır.⁵⁹¹ Esasen hakem heyetleri ulusal mahkemeler için bir temyiz ve revizyon mercii değildir. Ancak FET standardı anlamında adaletten imtina, uluslararası bir merci tarafından iç hukukta yürütülen adaletin yabancı yatırımcı açısından ne kadar uygun olduğunu değerlendirmek için ciddi imkanlar sunmaktadır. Bu anlamda devletler, zorunlu olmasa da, kendilerine karşı verilen kararlardan yola çıkarak hukuk sistemlerini daha iyi hale getirmek için gerekli sorumluluğu üstlenmelidir.⁵⁹²

4.5. Tam Koruma ve Güvenlik

Tam koruma ve güvenlik ilkesi (full protection and security-FPS), iki taraflı yatırım andlaşmalarında ve çok taraflı andlaşmaların yatırım standartlarını düzenleyen bölümlerinde adil ve hakkaniyetli muamele ile birlikte düzenlenen bir standarttır.⁵⁹³ FPS standardının tipik örneği NAFTA'nın "minimum muamele standardı" başlığını taşıyan 1105/1. maddesidir. Buna göre: "her akit taraf, diğer tarafın yatırımcılarına

⁵⁹⁰ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, parag.628-636; Schreuer, C. (2014). Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile: Barely an Annulment. *ICSID Review-FILJ*, Vol.29, Issue 2, pp.321-327.

⁵⁹¹ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, parag.42-61; Frutos-Peterson, C. (2002). Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia (ICSID Case No.ARB/99/2): Introductory Note. *ICSID Review-FILJ*, Vol.17, Issue 2, pp.393-394.

⁵⁹² Sattorova, M. (2012). Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.61, Issue 1, pp.223-246.

⁵⁹³ Moss, G. C. (2008). Full Protection and Security. In Reinisch, A. (ed). *Standarts of Investment Protection*. Oxford University Press, pp.131-151.

ve yatırımlarına, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukukun sağladığı muameleyi göstermekle yükümlüdür” hükmünü taşımaktadır.⁵⁹⁴ Daha önce de belirtildiği üzere Serbest Ticaret Komisyonu NAFTA’nın yorumunda bu maddenin uluslararası teamül hukukunda yer alan minimum standardın ifadesi olduğunu, daha fazlası olmadığını vurgulamıştır. Nitekim *Noble Ventures v. Romania* davasında da hakem heyeti bu maddenin, uluslararası teamül hukukunda yer alan yabancıların korunmasına ilişkin minimum standardın ifadesi olduğunu belirtmiştir.⁵⁹⁵ Ancak tam koruma ve güvenlik ilkesinin klasik uluslararası minimum standardı ifade edip etmediği bazı yazarlar ve kararlarca tartışılmıştır.⁵⁹⁶ Uluslararası Adalet Divanı’nın 1989 tarihli *ELSI* kararında Divan, tam koruma ve güvenlik ilkesinin dar manada uluslararası minimum standardı ifade etmekle birlikte bu standardı aşabileceğini de vurgulamıştır.⁵⁹⁷ *Wena Hotels v. Egypt* gibi bazı hakem kararları ise tam koruma ve güvenlik ilkesinin adil ve hakkaniyetli muamele standardının bir uzantısı olduğu ve bu nedenle uluslararası andlaşmalarda hep ard arda düzenlendiği görüşündedirler.⁵⁹⁸ *Jan de Nul v. Egypt* davasında hakem heyeti tam aksine düşünerek FET standardı ile FPS standardının birbirinden farklı olduğundan ötürü andlaşmalarca ayrı ayrı düzenlendiğini iddia etmiştir.⁵⁹⁹ Schreuer de FET standardı ile FPS standardının birbirinden içerik olarak farklı olduğunu, andlaşmaların bu nedenle iki standardı ayrı düzenlediğini düşünmektedir. Yazara göre FET standardı yatırımcıya karşı ayrımcı olmayan adil ve hakkaniyetli bir muamele yükümlülüğü yüklerken, FPS standardı yatırımcının fiziki ve hukuki olarak zarara uğramaması için gerekli önlemleri almayı ve özeni göstermeyi ifade eder. Tam koruma ve güvenlik ilkesi klasik anlamda yatırımların ve yatırımcının ev sahibi devlet tarafından fiziki şiddete ve silahlı eylemlere karşı korunmasını ifade eder.

⁵⁹⁴ NAFTA 1105/1.

⁵⁹⁵ *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, parag.164.

⁵⁹⁶ Zeitler, H. E. (2010). Full Protection and Security. In Schill, S. W. (ed). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, pp.183-213.

⁵⁹⁷ Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy), Judgment, 20 July 1989, parag.111.

⁵⁹⁸ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, parag.84-95.

⁵⁹⁹ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, parag.269.

Yazara göre hakem kararlarında tam koruma ve güvenlik ilkesinin hukuki korumayı da içerisine aldığına dair yaygın bir kabul söz konusudur.⁶⁰⁰

4.5.1. Fiziki Şiddet ve Silahlı Çatışmaya Karşı Koruma

Tam koruma ve güvenlik ilkesine göre ev sahibi devlet, yabancı yatırımları ve yatırımcıyı, fiziki ve silahlı saldırılara karşı korumakla yükümlüdür. Bu anlamda devlet mücbir sebep veya zaruret hali gibi hukuka uygunluk nedenleri olmadıkça gerekli özeni göstermek zorundadır.⁶⁰¹ FPS standardı son yıllarda özellikle Afrika devletlerinde gerçekleşen silahlı çatışmaların çoğalması ile birlikte daha sık tartışılmaya başlanmıştır.⁶⁰² Bu anlamda Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) 2011 tarihli “Silahlı Çatışmaların Andlaşmalar Üzerindeki Etkisine Dair Taslak Maddeler” başlığı ile ortaya koyduğu çalışma önemlidir. Düzenlemenin 2/b maddesine göre silahlı çatışma “devletler arasındaki silahlı güç kullanımını veya hükümet güçleri ile organize silahlı örgütler arasındaki uzun süreli silahlı güç kullanımını” ifade eder. Maddeden silahlı çatışmaların uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olabileceği anlaşılmaktadır. Düzenlemenin 3. maddesi ise silahlı çatışmanın kendiliğinden andlaşmaları hükümsüz kılamayacağını veya askıya alamayacağını düzenlemektedir. Bu anlamda silahlı çatışmanın tarafı olan devletler arasındaki andlaşmalar ile bir tarafı silahlı çatışmanın tarafı diğer tarafı ise üçüncü devlet olan andlaşmalar arasında bir fark bulunmamaktadır.⁶⁰³ Dolayısıyla silahlı

⁶⁰⁰ Schreuer, C. (2010). Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, Issue 2, pp.353-369.

⁶⁰¹ Junngam, N. (2018). The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured from?. *American University Business Law Review*, Vol.7, No.1, pp.1-100.

⁶⁰² Brabandere, E. (2017). Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.18, Issue 3, pp.530-555; Alreshaid, N. (2016). Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign Direct Investments in Post-Gadhafi Libya: Two Governments, Tribal Violence, Militias and Plenty More. *Florida Journal of International Law*, Vol.28(1), pp.63-86.

⁶⁰³ ILC (2011). Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties. A/66/10, 2011, art.2-3 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_10_2011.pdf (erişim tarihi 03.02.2018); Peng, B. (2013). The International Law Commission's Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change. *Asian Journal of International Law*, Vol.3, Issue 1, pp.51-76; Dudley, L. (2016). Until We Achieve Universal Peace: Implications of the International Law Commission's Draft Articles

çatışma söz konusu olduğunda BIT'lerde yer alan tam koruma ve güvenlik ilkesinin sağladığı koruma devam edecektir. Hatta tam koruma ve güvenlik ilkesinin yer almadığı andlaşmalar bakımından korumanın uluslararası teamül hukukunda yer alan yabancıнын korunmasına dair genel özen kuralları (due diligence) çerçevesinde sağlanması gerektiği de yaygın olarak kabul edilen bir görüştür.⁶⁰⁴

Tam koruma ve güvenlik ilkesinin içeriği hakem kararlarında da tartışılmıştır. *Rumeli v. Kazakhstan* davasında hakem heyeti tam koruma ve güvenlik ilkesinin, ev sahibi devlete, yabancı yatırımın fiziki zararlardan korunmasına yönelik bir yükümlülük yüklediğini tespit etmiştir.⁶⁰⁵ *Eastern Sugar v. Czech Republic* davasında ise hakem heyeti fiziki zararlardan korumanın sadece devletin yasal kolluk ve askeri kuvvetlerinden gelebilecek zararları kapsamadığını, aynı zamanda mafya, isyancılar, eşkıyalar gibi üçüncü kimselerden gelebilecek zararlara karşı korumayı da ifade ettiğini belirtmiştir.⁶⁰⁶ Hatırlanacağı üzere *ELSI* davasında da davacının iddialarından biri İtalyan hükümetinin, işçilerin fabrikayı işgal etmesine izin verdiği ve FCN andlaşmasında yer alan sürekli koruma ve güvenlik ilkesini ihlal ettiği idi. Divan ise böyle bir ilkenin tüm fiziki rahatsızlıklara karşı bir garanti olarak anlaşılamayacağını, somut olayda İtalyan otoritelerinin üzerine düşen görevi yerine getirdiğini tespit etmiştir.⁶⁰⁷ Ancak *Wena Hotels v. Egypt* davasında hakem heyeti davacının otelinin kamu kurumunun işçileri tarafından işgal edilmesini ve polisin bu durumu bilmesine rağmen müdahale etmemesini tam koruma ve güvenlik ilkesine aykırı bulmuştur.⁶⁰⁸ *Pantechniki v. Albania* davasında ise davacı, devletin, ayaklanmalara karşı yatırımları

on the "Effects of Armed Conflict on Treaties". *American University National Security Law Brief*, Vol.6, Issue 1, pp.13-36.

⁶⁰⁴ Foster, G. K. (2012). Recovering "Protection and Security": The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning and Key Current Significance. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.45, pp.1095-1156.

⁶⁰⁵ Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, parag.668.

⁶⁰⁶ Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007, parag.203.

⁶⁰⁷ Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy), Judgment, 20 July 1989, parag.105-108.

⁶⁰⁸ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Award, 8 December 2000, parag.84.

koruma yükümlülüğünün yanında böyle durumların ortaya çıkmaması için gerekli önlemleri de alma yükümlülüğü altında olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti ise bu tür durumların somut olaya göre değerlendirileceğini, devletin olay anındaki eylemleri ve gücü nispetinde durumun ihlal oluşturup oluşturmadığına karar verileceğini belirterek toptancı yaklaşımı reddetmiştir.⁶⁰⁹ *Amco v. Indonesia* davasında ise yabancı yatırımcının yerel ortağı PT Wisma'nın çalışanları ve yöneticileri Amco şirketine ait olan oteli zorla ele geçirmiştir. Hakem heyeti, her ne kadar eylemin Endonezya devletine atfedilmesi mümkün gözükmesede, Endonezya tarafından yabancı yatırımın korunamadığına ve uluslararası yükümlülüklerin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶¹⁰

Tam koruma ve güvenlik ilkesi doğal olarak devlet güçlerinin dahil olduğu silahlı şiddet durumlarında da gündeme gelmektedir. *AAPL v. Sri Lanka* davasına konu olan olayda davacı Hong Kong merkezli bir şirket olup Sri Lankalı kamu şirketi Serendip ile ortak olarak karides ihracatı ile iştigal etmektedir. Serendip 1986 yılında doğu Sri Lanka'da bir karides işletmesi kurmuş ancak bölge Tamil Kaplanları adlı örgütün isyan hareketine sahne olmuştur. 1987 yılında Sri Lanka kuvvetleri de bölgeye müdahale ederek Tamil Kaplanları ile silahlı çatışmaya girmiş, neticede Serendip'e ait arazi ve işletme yıkıma uğramıştır. Bunun üzerine AAPL, Birleşik Krallık ile Sri Lanka arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak⁶¹¹ ICSID'e başvurmuş ve anlaşmanın 2. maddesinde yer alan tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davalı devlet ise egemen haklarına dayanarak bölgede güvenliği yeniden tesis etmek için operasyon düzenlediğini, ortada askeri gerekliliklerin söz konusu olduğunu, yatırım yapılan bölgenin özellikleri dikkate alındığında yatırımcının böyle bir riski bilerek operasyonlarını yürüttüğünü ileri sürmüştür.⁶¹² Hakem heyeti incelemesinde öncelikle tam koruma ve güvenlik ilkesinin uluslararası

⁶⁰⁹ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009, parag.71-84.

⁶¹⁰ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, parag.172.

⁶¹¹ Uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihte Hong Kong, Birleşik Krallık egemenliği altında bir bölgeydi.

⁶¹² Marboe, I. (2007). *AAPL v. Sri Lanka Case. Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, p.1-2.

teamül hukukunda yer alan minimum standardın ötesinde bir içeriğe sahip olduğu iddiasını kabul etmemiş, tam koruma ve güvenlik ilkesini minimum standartta yer alan özen yükümlülüğü (due diligence) ile birlikte uygulamıştır. Heyete göre uyumsuzluk konusu arazide Sri Lanka kuvvetleri, oprasyon yapmaya yetkili olmakla birlikte, gerekli bütün önlemleri alma hususundaki özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Nitekim arazide yer alan çiftliğin sorumlusu Sri Lanka kuvvetlerinin arama yapması için her türlü desteğin verilebileceğini açıklamış ancak adli arama yerine doğrudan orantısız bir silahlı güce başvurularak şirketin mallarına zarar verilmiştir.⁶¹³

AMT v. Zaire davasında tam koruma ve güvenlik ilkesi uluslararası minimum standart kapsamında değerlendirilmiştir. Davaya konu olan olayda; SINZA adlı Zaire şirketinin %94 hissesine sahip olan AMT adlı yabancı yatırımcı, SINZA şirketinin mülkiyetinin Zaire askeri güçleri tarafından zarara uğratıldığını ve yağmalandığını, tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti de kararında Zaire güçlerinin yatırıma zarar vermemek için herhangi bir önleyici tedbir almadığını ve koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Heyete göre Zaire uluslararası hukukça tanınan minimum standardı açıkça ihlal etmiş, bu nedenle sorumluluğu doğmuştur.⁶¹⁴ Tam koruma ve güvenlik ilkesinin gündeme gelebileceği bir örnek de Libya'daki silahlı kargaşa olaylarıdır. Bilindiği üzere 2011 yılında Libya bir iç savaşın eşiğine gelmiş, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı uyarınca Libya'ya askeri müdahalede bulunulmuş ve Kaddafi rejimi ortadan kalkmıştır.⁶¹⁵ Öte yandan Kaddafi sonrası dönemde de ülkede iç karışıklık devam etmektedir. Ülkedeki karışıklıklar nedeniyle özellikle Libya'da yatırımı bulunan Türk yatırımcılar çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. Bu anlamda hem Türkiye ve Libya arasında akdedilen iki

⁶¹³ Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, parag.48-79; Sharma, S. P. (1992). Interpretation of Bilateral Investment Treaties: The Case of Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Republic of Sri Lanka. *Asia Pacific Law Review*, Vol.1, Issue 2, pp.123-133.

⁶¹⁴ American Manufacturing and Trading Inc. v The Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, parag.6.02-6.11.

⁶¹⁵ Teimouri, H. & Subedi, S. P. (2018). Responsibility to Protect and the International Military Intervention in Libya in International Law: What Went Wrong and What Lessons Could Be Learnt from It?. *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 23, Issue 1, pp.3-32.

tarafli yatırım andlaşmasında hem de İslam Konferansı Teşkilatı (şimdiki adıyla İslam İşbirliği Teşkilatı) tarafından hazırlanan ve Türkiye ve Libya'nın taraf olduğu yatırımların korunmasına dair andlaşmada yer alan koruma ve güvenlik ilkeleri uyarınca Türk yatırımcıların, uyuşmazlık durumunda, Libya'yı dava etmesi imkan dahilindedir. Ancak belirtmeliyiz ki her iki andlaşmada da ICSID tahkimi öngörülmemiş, uyuşmazlık çözümü açısından *ad hoc* tahkim usulü düzenlenmiştir.⁶¹⁶

4.5.2. Hukuki Koruma

Tam koruma ve güvenlik standardının fiziki şiddetin ötesinde hukuki korumayı da içerisine aldığı yaygın olarak kabul edilen bir görüştür.⁶¹⁷ Walde'ye göre tam koruma ve güvenlik ilkesi polis korumasından öte bir anlamı ifade eder, hukuki ve ekonomik regülasyonu da kapsar.⁶¹⁸ Nitekim *CME v. Czech Republic* davasında resmi makamlarca, yatırımcının yerel partnerine sözleşme iptali hakkı veren hukuki bir düzenleme yapılmıştır. Hakem heyeti Çek Cumhuriyeti ile Hollanda arasındaki BIT'te yer alan tam koruma ve güvenlik ilkesini uygulamış, Medya Konseyi adli mercinin mevcut idari düzenlemeyi değiştiren eylemlerinin, yatırımın hukuki koruması ve güvenliğini ortadan kaldırdığını tespit etmiştir. Heyete göre ev sahibi devlet yatırımcıya tanıdığı hukuki koruma ve güvenliği ortadan kaldıracak yasal veya idari düzenlemelerde bulunamaz.⁶¹⁹ Öte yandan *CME* ile aynı durumu paylaşan *Lauder v. Czech Republic* davasında ise hakem heyeti aksi yönde karar vermiş ve yatırımcının yerel partnerinin iradesi ile sözleşmenin feshedildiğini, Medya Konseyi'nin idari düzenlemelerinin yatırımcının sözleşmesinin yerel partneri tarafından feshedilmesi'ne neden olmadığını vurgulamıştır. Heyete göre somut uyuşmazlık iki şirketin kendi arasındaki bir durumdur ve davalı devletin iki şirket arasındaki

⁶¹⁶ Çalışkan, Y. (2011). Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya'daki Türk Yatırımları. Kenanoğlu, M. M. & Yeşilirmak, A. (ed). *Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi*. Küre Yayınları, s.59-87.

⁶¹⁷ Hatchondo, J. C. & Martinez, L. (2011). Legal Protection to Foreign Investors. *Economic Quarterly*, Vol.97, No.2, pp.175-187.

⁶¹⁸ Walde, T. W. (2004). Energy Charter Treaty-Based Investment Arbitration. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.5, p.390.

⁶¹⁹ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 13 September 2001, parag.613.

uyuşmazlığa müdahale yükümlülüğü bulunmamaktadır. Davalı devlet tam koruma ve güvenlik ilkesine göre ancak hukuk yollarını uyuşmazlık için açık tutmakla yükümlüdür.⁶²⁰

Azurix v. Argentina kararında da hakem heyetine göre herhangi bir fiziki şiddet veya zarar olmadan da tam koruma ve güvenlik standardı ihlal edilebilir. Heyete göre tam koruma ve güvenlik ilkesi sadece polis tarafından sağlanan fiziki şiddete karşı korumayı ifade etmez, aynı zamanda istikrarın olduğu güvenli bir yatırım ortamının korunmasını da kapsar. Heyete göre son zamanlarda, ABD ve Uruguay arasındaki serbest ticaret anlaşmalarında olduğu gibi, devletler tam koruma ve güvenlik ilkesini sadece polis gücü tarafından sağlanacak fiziki koruma olarak algılamaktadır. Ancak koruma ve güvenlik kavramları, önüne “tam” eki konularak kullanılır ve başka bir sıfat ya da açıklama ile desteklenmez ise, “tam koruma ve güvenlik” ibaresi fiziki şiddete karşı korumanın ötesinde bir anlamı ifade eder.⁶²¹ Daha açık ifadeyle, devletlerin başkaca ek bir açıklama olmaksızın anlaşmada “tam koruma ve güvenlik” ibaresini kullanması, hukuki korumayı da kapsam dahilinde saymamız için yeterli sayılacaktır.⁶²² *Biwater Gauff v. Tanzania* davasında da hakem heyeti, Tanzanya ve Birleşik Krallık arasındaki BIT’i inceleyerek, tam koruma kelimesi ile devlet tarafından fiziki, ekonomik ve hukuki istikrarın sağlanarak yatırımın korunmasının garanti edildiğini tespit etmiştir. Heyet, *Azurix* davasına da atıf yaparak, “tam” kelimesinin geçtiği yerde tam koruma ve güvenlik ilkesini sadece bir alana hapsedmenin özensizce yorum yapmak anlamına geleceğini belirtmiştir.⁶²³

Tam koruma ve güvenlik ilkesinin neden hukuki korumayı da kapsamı gerektiği maddi olmayan mülkiyet haklarının korunmasında net bir şekilde ortaya

⁶²⁰ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Award, 3 September 2001, parag.314

⁶²¹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Award, 14 July 2006, parag.408.

⁶²² Gaillard, E. (2004). Introductory Note to International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): *Azurix v. The Argentine Republic*. *International Legal Materials*, Vol.43/2, pp.259-261.

⁶²³ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, parag.725-730.

çıkılmaktadır. Yatırım kavramı sadece fiziki varlığa sahip mülkiyeti değil aynı zamanda fikri haklar, ticari haklar, domain adresi gibi soyut ve gayrimaddi varlığa sahip mülkiyeti de (intangible assets) kapsar.⁶²⁴ Nitekim *Siemens v. Argentina* davasında da hakem heyeti; yatırım kavramının fiziki ve fiziki olmayan mülkiyet varlıklarını kapsadığını belirterek, tam koruma ve güvenlik ilkesinin hukuki korumayı kapsamadığı düşünüldüğünde fiziki olmayan varlıkların koruma dışında kalacağını, dolayısıyla ilkenin anlamının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁶²⁵ Collins ise yatırım uyumsuzluğuna uygulanacak andlaşmada eğer dijital varlıkların da, örneğin siber saldırılara karşı, korunacağına dair bir hüküm konmuş ise devletin sorumlu olabileceğini ancak bu durumun ispatının kolay olmadığını düşünmektedir. Zira günümüz internet alanı devletlerin egemenlik alanını aşan bir yapıya sahiptir ve siber saldırılar genel itibariyle dünya üzerindeki çeşitli sunucular (server) üzerinden yapılmaktadır. Bu nedenle devlete genel itibariyle internet güvenliğini hukuki olarak sağlama ve yatırımcıya yönelen saldırıları önleme yükümlülüğü yüklense de böylesi bir siber saldırıdan sonra tazminatın belirlenmesi kolay olmayacaktır.⁶²⁶ Trachtman ise ülkedeki genel internet güvenliğinden ve altyapısından devleti sorumlu tutmanın mümkün olduğunu ancak şirketlerin kendi internet güvenliğini kendilerinin sağlaması gerektiğini belirtmektedir.⁶²⁷

Tam koruma ve güvenlik standardının sadece fiziki korumayı kapsayacağı, hukuki korumayı kapsam dışı bıraktığına dair kararlar da mevcuttur. Azınlıkta kalan bu görüşe göre tam koruma ve güvenliğin hukuki korumayı da kapsadığını iddia etmek için elimizde güçlü veriler olması gerekir. Nitekim *Suez v. Argentina* davasında

⁶²⁴ Correa, C. & Vinuales, J. E. (2016). Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?. *Journal of International Economic Law*, Vol.19, Issue 1, pp.91-120; Yu, P. K. (2017). The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights. *American University Law Review*, Vol.66, Issue 3, pp.829-910.

⁶²⁵ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, Award, 6 February 2007, parag.303.

⁶²⁶ Collins, D. A. (2011). Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Investments. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.12(2), pp.225-244.

⁶²⁷ Trachtman, J. (2006). Global Cyberterrorism, Jurisdiction and International Organization. In Grady, M. & Parisi, F. (ed). *The Law and Economics of Cybersecurity*. Cambridge University Press, pp.271-272.

hakem heyeti tam koruma ve güvenlik ilkesinin sadece fiziki korumayı ifade ettiğini belirterek bu görüşünü, uygulanacak andlaşmanın metinsel yorumuna dayandırmıştır.⁶²⁸ *Parkerings v. Lithuania* davasında da hakem heyeti; uygulanacak andlaşmada “tam” ibaresinin kullanılıp kullanılmadığına bakılması gerektiğini, “tam” koruma ve güvenlik ibaresinin olmadığı yerlerde standardın dar yorumlanarak sadece fiziki korumaya hasredilmesini uygun görmüştür.⁶²⁹ Bu anlamda hakem heyetinin Azurix kararında kullanılan kavramsal inceleme yönetimini kullandığı görülmektedir. Esasen bahsi geçen hakem heyetleri de hukuki korumanın her hal ve şartta kapsam dışında bırakılması gerektiğini düşünmemekte, uygulanacak hukuka göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

4.6. Yabancı Yatırımları Koruyan Standartlar ve Uluslararası Teamül Hukuku

Yabancı yatırımlara uygulanacak standartların uluslararası teamül hukukunu değiştirip değiştirmediği, daha önce bahsettiğimiz üzere, tartışmalı bir konudur. BIT’lerde yer alan koruma standartlarının yeni uluslararası teamül hukuku oluşturması salt teorik açıdan değil pratik anlamda da önem arz etmektedir. Birincisi BIT koruması olmayan bir ülkeye yatırım yapan yabancıların da BIT’lerde düzenlenen adil ve hakkaniyetli muamele veya tam koruma ve güvenlik gibi standartların içeriğinden faydalanabilmesi mümkün olacaktır. İkincisi yatırım uyuşmazlığı tahkime taşındığında uygulanacak BIT olmasa ya da BIT olup da bahsi geçen standartlar düzenlenmese dahi uluslararası hukukun bir parçası olarak uygulanma şansı bulacaktır. Üçüncüsü bazı devletler iç hukuklarında, uluslararası teamül hukukunu da doğrudan uygulanabilir kurallar olarak kabul etmektedir. Bu nedenle yatırım standartları, BIT’lerde olduğu gibi, uluslararası teamül hukuku olarak da yerel mahkemelerde görülen yatırım davalarına uygulanabilecektir. Dördüncüsü ve belki de en önemlisi yabancı yatırımcının herhangi bir ülkeye yapacağı yatırım kararını doğrudan etkileyecektir.

⁶²⁸ *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, parag.171.

⁶²⁹ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, parag.354.

Bering, yabancı yatırım hukukunun geniş ve sistematik bir konsepte ihtiyacı olduğunu ve izole bir şekilde gelişmeyeceğini düşünmektedir. Bu nedenle hem genel uluslararası hukukun yabancı yatırım hukuku üzerindeki ve hem de yabancı yatırım hukukunun uluslararası hukuk üzerindeki dönüştürücü etkisini yadsımamak gerekir.⁶³⁰ Öte yandan Salacuse, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası yatırım anlaşmalarının global bir rejime dönüştüğünü ve 2008 yılı itibariyle 179 devletin en az bir BIT'e taraf olduğunu tespit etmektedir.⁶³¹ UNCTAD 2018 verilerine göre ise halihazırda 2947 BIT olup bunların 2364'ü yürürlüktedir ve her devlet en az bir BIT'e taraftır. Bunların 379'u bölgesel yatırım anlaşması ya da yatırım hükümleri taşıyan çok taraflı anlaşma olup, 309'u yürürlüktedir.⁶³² Global olmasına rağmen yatırım hukuku iki taraflı anlaşmalar üzerine kurulu olan özelliğini korumuş ve evrensel bir anlaşma yapılamamıştır. Ayrıca yatırım hukukunda karar alma süreçlerinin geniş bir alana yayılmaması ve uluslararası bir örgüt tarafından düzenlenmemesi belirli bir merkezden yola çıkarak kural oluşturmayı engellemektedir. Bu nedenle sayıları 3000'i bulan BIT'lerin nasıl bir uluslararası hukuk çerçevesi ortaya koyduğunu tespit etmek önemlidir.⁶³³

Gazzini, teamül hukukunun yatırım alanında, anlaşmalara rağmen çok önemli rol oynadığını düşünmektedir. Yazara göre BIT'lerin sayısı çok fazla olsa da gelişmiş devletler arasında çok fazla görülmemektedir. Bu nedenle yazar teamül hukukunun anlaşma ile yan yana durduğunu iddia etmekte, anlaşma ile teamül kuralı arasında bir hiyerarşi olmadığından yola çıkarak her iki hukukun da aynı anda uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak anlaşma kuralının *lex specialis* olması

⁶³⁰ Bering, J. et.al. (2011). General Public International Law and International Investment Law: A Research Sketch on Selected Issues. Working Paper 105, Martin Luther University Halle-Wittenberg, p.74.

⁶³¹ Salacuse, J. W. (2010). The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*, Vol.51, Number 2, pp.427-428.

⁶³² UNCTAD yatırım verileri için bakınız: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (erişim tarihi 07.02.2018).

⁶³³ Bakınız: Schill, S. W. (2014). *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press, pp.1-65.

durumunda ona öncelik tanınacaktır.⁶³⁴ Böylesi bir gerilim, örneğin, anlaşmada yer alan FET standardı ile teamül hukukunda yer alan uluslararası minimum standart arasında yaşanabilir. FET standardının uluslararası minimum standart ile aynı olduğu veya olmadığı ya da farklı olup minimum standardı aştığı tartışmaları henüz bir karara bağlanmış değildir ve yakın gelecekte de anlaşmazlık süreceği gibi durmaktadır. Zira bazı devletler, iki taraflı yatırım anlaşmalarında FET standardını uluslararası teamül hukuku ile sınırlı tutan bir anlayışa sahipken diğer bazıları otonom bir standart olarak düzenlemektedir. Dumberry, diğer standartlarda olduğu gibi, FET standardının da sürekli devlet pratiği ve hukuki bağlayıcılık inancından yoksun olduğu için uluslararası teamül kuralı haline gelemediğini iddia etmektedir. Yazara göre anlaşmalarda FET için öngörülen düzenlemeler çelişkiler arz etmekte ve gelişmiş devletler ile gelişmekte olan devletler arasında fikir ayrılıkları bulunmaktadır.⁶³⁵

BIT'lerin uluslararası teamül hukuku oluşturduğuna ya da mevcut teamül kurallarını geliştirdiğine önemli bir örnek olarak kamulaştırma durumunda ödenmesi gereken tazminat şartını gösterebiliriz. *CME v. Czech Republic* davasında hakem heyeti, farklı cümlelerle de olsa yatırım anlaşmalarının neredeyse tamamının kamulaştırma durumunda adil piyasa değerini karşılayacak bir tazminatı kabul ettiğini tespit etmektedir. Bu nedenle bu anlaşmaların içeriği artık evrensel hale gelmiştir. Uygulamada ise benzer içerikler *Chorzow Factory* davası ile ILC taslak düzenlemesine atıf yapılarak daha uyumlu hale getirilmiştir.⁶³⁶ Benzer bir görüş de FET standardı hakkında *Mondev v. United States* davasında hakem heyetince dile getirilmiştir. Buna göre sayıları binleri aşan BIT'lerin neredeyse tamamı adil ve hakkaniyetli muamele standardını, büyük bir çoğunluğu ise tam koruma ve güvenlik standardını düzenlemektedir. Doğudan batıya, kuzeyden güneye çok geniş bir alana yayılan

⁶³⁴ Gazzini, T. (2007). The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, No.5, pp.691-715.

⁶³⁵ Dumberry, P. (2017). Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.8, Issue 1, pp.155-178.

⁶³⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, parag.497.

BIT'lerin ortaya koyduğu pratik uluslararası hukukta yabancılara uygulanacak kurallar üzerinde de doğal olarak etkili olacaktır.⁶³⁷ Öte yandan *UPS v. Canada* davasında ise hakem heyeti BIT'lerin pratiğinin uyumlu olmadığını ve hukuki bağlayıcılık inancının (*opinio juris*) eksik olduğunu düşünmektedir. Heyete göre evrensel veya çok taraflı bir yatırım andlaşmasının yapılamamış olması bu durumun en büyük göstergelerindendir.⁶³⁸ Bazı hakem kararları ise uluslararası teamül hukukunun BIT'lerde yer alan boşlukları (*lacunae*) doldurmak için tamamlayıcı rol üstlenebileceğine dikkat çekmektedir. *ADC v. Hungary* davasında hakem heyeti haksız kamulaştırmayı tespit etmiş ancak tazminatın belirlenmesi için uluslararası teamül hukukuna başvurmuştur. Heyete göre BIT *lex specialis* ifade eder ve öncelik sahibidir ancak BIT'in sessiz kaldığı konularda uluslararası teamül hukukuna başvurulur.⁶³⁹

Lowenfeld, BIT'lerin içerisinde yer alan standartların artık *lex specialis* olmaktan çıktığını ve bizatihi kendilerinin uluslararası teamül hukuku kuralı olduklarını iddia etmektedir. Yazara göre 1960'lardan günümüze kadar olan devletlerin pratiği, ICSID ve MIGA gibi Konvansiyonlara geniş bir şekilde katılım ve 1990'lardan sonra BIT'lerde yaşanan patlama artık yeni uluslararası teamül hukukunu oluşturmuştur. Yazar artık klasik teamül hukuku oluşumunun modern uluslararası hukuk yapımının realitesine uymadığını düşünmekte ve yeni kuralların BIT'lere taraf olmayan devletleri de bağlayacağını iddia etmektedir. Lowenfeld'e göre 1960 ve 1970'lerde gelişmekte olan devletlerce ulusal koşullar ileri sürülerek uluslararası standartlara karşı çıkıldıysa da günümüzde bu devletlerin neredeyse tamamı uluslararası tahkim davalarına taraf olmakta ve ülkelerine yabancı yatırımları çekmek için çeşitli BIT'ler imzalamaktadır.⁶⁴⁰ Benzer şekilde Schwebel de BIT'lerin içeriklerinin birbiri ile uyumlu olduğunu düşünmekte ve artık BIT'lerin yeni bir teamül hukuku ortaya

⁶³⁷ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award, 11 October 2002, parag.117.

⁶³⁸ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration, Jurisdiction, 22 November 2002, parag.97.

⁶³⁹ *ADC Affiliate Limited and ADC &ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, parag.483.

⁶⁴⁰ Lowenfeld, A. (2008). *International Economic Law*. Oxford University Press, pp.535-593.

koyduğunu iddia etmektedir.⁶⁴¹ Öte yandan Guzman, az gelişmiş devletlerin tamamen ekonomik gerekçelerle, yatırım yarışından geri kalmamak için BIT'leri imzaladığını iddia etmektedir. Yazara göre esasen BIT'lerdeki standartlar az gelişmiş ülkelerin istemeyeceği bir durum olmakla birlikte yabancı yatırım çekmekteki ayartıcı etkisi yine de bu devletleri BIT imzalamaya itmektedir. Bu durumu 'mahkum ikilemi'ne (prisoner's dilemma) benzeten yazara göre az gelişmiş ülkeler; toplu hareket ettiklerinde yatırım andlaşmalarından uzak durulması, tek başlarına hareket ettiklerinde ise, diğerlerinden daha avantajlı bir konuma gelmek ve yatırımları ülkesine çekmek için, yatırım andlaşmaları akdedilmesi gerektiğini düşünmektedirler. Nitekim az gelişmiş devletlerin BM Genel Kurulunda ortaya koydukları ekonomik deklarasyonlar yoluyla minimum standardı kırmaya çalıştıkları unutulmamalıdır. Böyle bir motivasyonla imzalanan BIT'lerin ise yeni uluslararası teamül hukuku oluşturmak için yeterli kanıt sunduğu söylenemez.⁶⁴² Dupont ve Schultz da gelişmekte olan ülkelerece BIT'lerin getirisinin derinlikli bir şekilde değerlendirilmediğini ve çoğunlukla dış politika gereklerinden dolayı akdedildiklerini iddia etmektedir.⁶⁴³ Benzer şekilde Poulsen de az gelişmiş devletlerce, özellikle BIT'lerin içerdiği risklerin ve BIT'lerin çok büyük tazminatlara kapı aralayabileceğinin ilk yatırım tahkimi davası ile karşı karşıya kalana kadar dikkate alınmadığını belirtmektedir.⁶⁴⁴ Alvarez ise Guzman gibi düşünen yazarları BIT'leri ekonomik gerekçelere indirgediğinden dolayı eleştirmiş, Lowenfeld'in bazı açılardan haklı olduğunu ve birçok yeni hakem kararı tarafından da desteklendiğini vurgulamıştır. Ancak yazara göre henüz yabancı yatırımları ilgilendiren teamül hukuku kuralları gelişim sürecinde olup mevcut teamülü değiştirme kapasitesi zamanla test

⁶⁴¹ Schwebel, S. M. (2004). Investor-State Disputes and the Development of International Law: the Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, Vol.98, p.27.

⁶⁴² Guzman, A. T. (1997). Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Vol.38, pp.639-688.

⁶⁴³ Dupont, C. & Schultz, T. (2016). Towards a New Heuristic Model: Investment Arbitration as a Political System. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.7, p.16.

⁶⁴⁴ Polsen, L. N. S. (2014). Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties. *International Studies Quarterly*, Vol.58, p.2.

edilecektir. Ancak günümüzde hakem heyetlerince uluslararası minimum standardın içeriğinin yorumlanması açısından adil ve hakkaniyetli muamele kullanılmalıdır.⁶⁴⁵

Lowenfeld'in savunduğu fikirler sadece Guzman tarafından değil diğer birçok yazar tarafından da eleştirilmiştir. Sornarajah'a göre, BIT'lerin teamül hukuku oluşturduğu ve dolayısıyla BIT'lerde yer alan standartların taraf olmayanları da bağlayacağı iddiası doğru değildir çünkü andlaşmalar sadece kendisine taraf olanları bağlar. BIT'ler karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran ve ancak *lex specialis* oluşturabilecek araçlardır. Yazara göre BIT'ler hukuk üreten andlaşmalar (law-making treaties) değil, hak ve borç doğuran andlaşmalardır (contract treaties). Üstelik BIT'ler bazen pazarlık gücü çok düşük devletlerle zor şartlar altında yapılmaktadır.⁶⁴⁶ Yackee de devletlerin BIT'ler yoluyla yabancı yatırımcılara sunabileceği imkanları andlaşmada ifade ettiğini, genel bir hukuk yaratmak gibi bir iradesinin olmadığını savunmaktadır.⁶⁴⁷ Kishoiyian ise iki taraflı yatırım andlaşmaları ile serbest ticaret andlaşmaları veya yatırım hükümlerine sahip bölgesel andlaşmaların içeriklerinin birbirinden çok farklı olduklarını aktararak aynı yönde genel bir pratiğin olmadığını vurgulamaktadır.⁶⁴⁸

Öte yandan Schill, Çin'in imzaladığı BIT'leri inceleyerek 1990'lardan sonra ulusal muamele (national treatment) standardının yumuşatıldığını ve Çin'in global ekonomiye açıldığını tespit etmektedir. Yazara göre Çin'in az gelişmiş bir devlet olmamasına rağmen böyle bir dönüşüm geçirmesi hem sermaye ihraç eden hem de sermaye ithal eden bir ülke olarak dünya ekonomisinin gittiği yönü doğru okuması

⁶⁴⁵ Alvarez, J. E. (2009). A BIT on Custom. *Journal of International Law and Politics*, Vol.42/17, pp.17-80.

⁶⁴⁶ Sornarajah, M. (1986). State Responsibility and Bilateral Investment Treaties. *Journal of World Trade*, Vol.20, p.82; Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, pp.207-219.

⁶⁴⁷ Yackee, J. W. (2009). Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality. *Fordham International Law Journal*, Vol.32, p.1552.

⁶⁴⁸ Bernard Kishoiyian, B. (1994). The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.14, Issue 2, pp.327-375.

ile izah edilebilir. Bu nedenle Guzman'ın belirttiği gibi gelişmemişlikten kaynaklanan ekonomik baskı hissedilmeden de BIT'leri imzalamak mümkündür. Çin gümüzde dünya devletleri arasında en çok BIT akdeden ülkelerden bir tanesidir.⁶⁴⁹ Kanaatimizce de devletlerin, hangi gerekçe ile yapılırsa yapılsın hukuk oluşturmaya yönelik pratiklerine bakmak, her ne kadar pozitivist bir yaklaşım gibi görünse de, daha sağlıklı sonuçlar verecektir. Nitekim Çin de, ilkin, Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen (NIEO) konusunda az gelişmiş devletleri desteklemiş ancak global ekonomik dönüşüme ayak uydurarak bu tutumundan zamanla uzaklaşmıştır.

Esasen uluslararası hukuk yapımında Vestfalyan (westphalian) paradigmadan sıyrılıp güçlü devletlerin çok etkili olduğunu kabul etmek gerekir. Yatırım hukuku açısından da az gelişmiş devletler önceleri itiraz etmiş ancak daha sonra güçlü devletlerin uygulamak istediği standartları kabul etmek zorunda kalmıştır. Güçlü devletlerin bu konumu aslında uluslararası hukuk yapımının doğal süreci ile yakından alakalıdır. Bir andlaşma yapımına güçlü devletler örneğin 50 kişilik delegasyon ile katılırken zayıf devletler 2 delegasyon ile katılmakta ve bütün tartışmalara iştirak edememektedir. Neticede güçlü devletlerin etkisi altında ortaya çıkan metni imzalamaktadırlar.⁶⁵⁰ Bu güçlü devletler için bir suç değildir. Zayıf devletler treni kaçırmamak için bir yerde iddialarından vazgeçmekte veya onları yumuşatmaktadır. Nitekim BM'nin kuruluşunda da, özellikle insan hakları ve benzeri kavramların batılı olduğu gerekçesiyle, birçok belgeye karşı çıkan Suudi Arabistan gibi devletler sonra hepsini tek tek imzalamıştır. Uluslararası hukukta devletlerin pratiği araştırılırken bilinçli ya da bilinçsiz olarak her zaman güçlü devletlerden başlanır ve çoğu zaman çok güçsüz devletlerin pratikleri araştırılmaz. Bu devletlerin uluslararası hukukta pratiğinin çok az olması da bu anlamda bir nedendir. Zira pratiği en çok olan devletler etkisi de en

⁶⁴⁹ Schill, S. W. (2007). Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol.15, pp.73-118.

⁶⁵⁰ Bakınız: Sands, P. (2006). *Lawless World*. Penguin Books, pp.46-143; Mazower, M. (2012). *Governing the World: The History of an Idea, 1815 to the Present*. Penguin Books, pp.12-123.

çok olanlardır. Bu pratiğe ilişkin doğal durumun tarihsel olarak sömürgecilik (colonialism) ve Avrupa-merkezcilik (Euro-centrism) ile de yakından alakası vardır.⁶⁵¹

Kanaatimizce yabancı yatırımlar alanındaki uluslararası teamül hukuku kurallarının belirli bir gelişim (evolution) içerisinde olduğunu ve mevcut kuralların değişebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim tarihten günümüze yabancı yatırımlar alanı klasik güç diplomasisinden depolitize edilerek yatırım tahkimine evrilmiştir. Yatırım andlaşmalarının sayısı 3000'i aşmış ve az gelişmiş devletler azımsanamayacak derecede BIT'e taraftır. Üstelik mevcut BIT'leri sadece ABD gibi güçlü devletlerin baskısıyla oluşturdukları iddiası ya da Guzman'ın savunduğu gibi salt ekonomik gerekçelerle akdettikleri iddiası yeterli dayanağa sahip değildir. Gelişmekte olan devletler de akdettikleri BIT'lerde uluslararası hukuka atıf yapmakta ve yatırımcıya uluslararası tahkim imkanı sunmaktadır. Bu nedenle BIT'lerin hukuki bağlayıcılık inancıyla yapılmadığı vurgusu kanıtlanmaya muhtaçtır. Gelişmekte olan devletlerin endişeleri ile gelişmiş devletlerin rahatlığı kıyaslanarak doğru bir neticeye ulaşılması mümkün değildir. Bu anlamda *opinio juris*'in tespit edilebilmesi için devletlerin niyetlerinden ziyade pratiklerine bakmak gereklidir. Her ne kadar pozitivist bir bakış açısı gibi görünse de yatırım andlaşmaları söz konusu olduğunda gelişmiş devletlerin hukuki bağlayıcılık inancı ile, az gelişmiş devletlerin ise hukuki bağlayıcılık inancı olmadan andlaşma imzaladığını iddia etmek uluslararası hukukun güvenilirliğini zedeleyen bir anlayışa kapı aralayacaktır. Öte yandan akla Latin Amerika ülkeleri arasında geçerli olan bir bölgesel teamülün (local custom) olup olmadığı gündeme gelebilir ki pratikte böyle bir bölgesel teamülün oluşması için yeterli devlet pratiği oluşmamış, Latin Amerika ülkeleri çoğunlukla iddialarından vazgeçmişlerdir. Üstelik Latin Amerika ülkelerinin taraf olduğu yatırım tahkimi davalarının büyük çoğunluğunda Avrupalı hakemlerin tercih edildiği, başkanlık ettiği ve kararı etkilediği gözlemlenmektedir.

⁶⁵¹ Bowden, B. (2005). The Colonial Origins of International Law: European Expansion and the Classical Standard of Civilization. *Journal of the History of International Law*, Vol.7, pp.16-17.

Yatırım andlaşmalarında yer alan standartların da aynı gelişim içerisinde okunması gerekir. Zira bu gelişime paralel olarak yabancıların korunması standartları, yatırım hukuku söz konusu olduğunda, yerini yabancı yatırımların korunması standartlarına bırakmıştır. Mülkiyet kavramının iki taraflı yatırım andlaşmaları ile genişletilerek yatırım kavramının ortaya çıkarılmasına benzer şekilde uluslararası teamül hukukunda yer alan bazı ilkeler genişletilerek yatırımlara uygulanacak standartlar ortaya çıkarılmıştır. Neticede bu standartlar hakem heyetlerinin kendi buluşu değil devletlerin iradesiyle ortaya çıkan andlaşmalar yoluyla geliştirilmiş, böylece, özellikle son altmış yılda, yabancı yatırım hukuku uluslararası hukukun uzmanlık alanlarından biri haline gelmiştir. Gelişim süreci içerisinde ulusal muamele, uluslararası minimum standart kavramlarının yanında FET ve FPS gibi yabancı yatırımları vurgulama amacı taşıyan bazı standartlar eklenmiştir. BIT'lerde ve yatırım andlaşmalarının çoğunda yer alan bu standartların yabancı yatırımlara uygulanacak teamül hukuku kurallarını geliştirebileceğini kabul etmek gerekir.

Yabancı yatırım hukukunun teamül kurallarını değiştirebileceğini söylemekten çekinen yazarların çoğu ya çok yeni bir hukuk alanı olduğuna vurgu yapmakta ya da *lex specialis* niteliği taşıyan bir hukukun ve sadece taraflar açısından bağlayıcı olan BIT'lerin teamül kuralları üzerinde etki edemeyeceğini iddia etmektedirler. Ancak bilindiği üzere devletlerin pratiği (state practice) için öngörülmuş bir süre yoktur, reel olarak uzun sürede oluşan teamül hukuku kurallarının kısa bir sürede de oluşması mümkündür. Truman Deklerasyonu⁶⁵² neticesindeki devletlerin hızlı tutumu bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Üstelik dijital bir iletişim çağında yaşamaktayız. Devletlerin hukuk yapma iradesini tespit edebilmek için çok daha hızlı ve efektif araçlara sahibiz. Bu iradenin bizatihi BM kurullarında ya da çok taraflı andlaşmalar etrafında ortaya çıkması şart değildir. İzah edilen nedenlerle yabancı

⁶⁵² 1945 tarihinde ABD başkanı Harry S. Truman, kıta sahanlığı üzerinde devletlerin egemen yetkileri olduğundan söz etmiş ve bu görüş tüm devletlerce kısa sürede kabul edilmiştir. Kıta sahanlığı bir süre sonra da 1958 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na konu olmuştur. Bakınız: Scharf, M. (2013). *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*. Cambridge University Press.

yatırım hukukunun henüz genç olduğu ve teamül oluşturamayacağı iddiası doğru olmadığı gibi bizatihi yatırım hukukunun genç olduğu iddiası da doğru değildir. Önceki bölümlerde bahsettiğimiz üzere yabancı yatırım hukuku genel uluslararası hukukun içerisinde ve kökenleri Sömürge Avrupasına dayanmaktadır. *Lex specialis* iddiası uygulama ile alakalı olup iki hüküm çatıştığında özel hükme öncelik verilmesini gerektiren bir ilkedir. Bu durumun uygulanması için esasa uygulanacak anlaşmalara bakmak gerekir. Pratikte özel hükmün uygulanması FET gibi *lex specialis* olarak düzenlenen bir kuralın teamül hukuku kurallarının içeriği haline gelemeyeceğini göstermez.⁶⁵³ Bu anlamda, kanaatimizce, FET ve FPS standardı gibi anlaşma standartları halihazırda bağımsız bir şekilde teamül kuralı niteliğine sahip değilse de NAFTA'nın 1105/1 düzenlemesinde de belirtildiği üzere teamül kuralı olan uluslararası minimum standardın içeriğini oluşturmaktadır. Nitekim uluslararası minimum standart konusunda 1926 tarihli *Neer Claim* uyuşmazlığına başvurmak, bize günümüzde uluslararası minimum standardın içeriği hususunda yeterli veri sunmamaktadır.

⁶⁵³ Nitekim benzer bir gelişim süreci olarak uluslararası hukukta kuvvet kullanma ile ilgili hükümlerin değişmesini örnek verebiliriz. Kuvvet kullanma ile ilgili teamül hukuku serbestiyetten sınırlandırmaya ve en sonunda da yasaklamaya doğru evrilmiş ve hatta bugün jus cogens diye adlandırılan en üst normlar düzeyine ulaşmıştır. Mevcut kuralın içeriği ise İnsani Müdahale (humanitarian intervention), Koruma Sorumluluğu (responsibility to protect) gibi kavramlar ile genişletilmeye çalışılmakta, bu kavramların zamanla teamül hukuku kuralı haline gelebileceği tartışılmaktadır. Benzer bir gelişimin daha yaygın olan uluslararası yatırım hukuku standartları hakkında olamayacağını vurgulamak çağın gereklerini ve şartlarını anlayamamak ya da yakalayamamak anlamına gelecektir. Daha fazla bilgi için bakınız: Weller, M. (2015). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press.

5. BÖLÜM

YATIRIM TAHKİMİ VE ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ

Tahkim günümüzde en popüler uyuşmazlık çözüm yollarından bir tanesidir. Devletler, şirketler, bireyler veya uluslararası organizasyonlar, tahkim anlaşması yaparak, aralarındaki uyuşmazlığa ulusal veya uluslararası tahkim mercileri nezdinde çözüm arayabilmektedirler. Tahkimin tarihini çok geriye götüren ve ilk tahkim yargılamasının Hz. Süleyman tarafından görülen iki kadının arasındaki çocuk uyuşmazlığı olarak görenler ya da II. Philip'in veya Hammurabi'nin uygulamalarına dayandıranlar⁶⁵⁴ varsa da bu bölümde üzerinde duracağımız tahkim, uluslararası niteliğe sahip olan ve devletlerin yargılama alanlarının dışında bir mercide, daha doğrusu iç hukukun parçası olmayan kişiler (hakemler) veya kurum (ICSID) tarafından uyuşmazlığın çözülmesi anlamında kullanılan tahkim mekanizmasıdır. Zira tarihin eski dönemlerinden beri hakemlik niteliğinde uygulamalar sürekli var olmuştur. Kanaatimizce Süleyman, Philip ya da Hammurabi'nin egemen güçler olduğu ve kendi egemenlik yetkileri ile yargılama yaptığı gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim politik olarak kurumsallaşmanın gelişmediği dönemlerde iç hukuktaki yargılama dahi genel itibariyle hakemlik ile başlamış, sonrasında kurumsallaşmıştır. Aynı egemenlik gücü ile diğer devletler ile uyuşmazlıkların çözülmeye çalışılması ise diplomasinin bağlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bu tür uygulamalar uluslararası tahkimin kökenleri olarak görülmemelidir. Fraser, tahkimin tarihini iki döneme ayırmakta ve klasik uluslararası tahkimin Antik Yunan ile, modern uluslararası tahkimin ise 1794 Jay Andlaşması ile başladığını aktarmaktadır.⁶⁵⁵ Bu anlamda uluslararası yatırım tahkiminin temellerini de daha çok modern dönemde aramak gerekir.

⁶⁵⁴ Johnston, D. M. (2008). *The Historical Foundations of World Order: The Tower and The Arena*. Martinus Nijhoff Publications, Netherlands, p.195.

⁶⁵⁵ Fraser, H. S. (1926). Sketch of the History of International Arbitration. *Cornell Law Reivew*, Vol.11, pp.179-208.

Uluslararası tahkim de elbette bir anda ortaya çıkmamış, tarihsel olarak bazı gelişmelerin neticesinde gelişim göstermiştir. Her ne kadar uluslararası tahkimin gelişiminde, Jay Andlaşmasında olduğu gibi, 18. ve 19. yüzyıldaki tahkim uygulamalarının büyük önemi varsa da özellikle kurumsal tahkimin bir fenomen olarak ortaya çıkması 20. yüzyılda mümkün olmuştur.⁶⁵⁶ Bu nedenle biz 20. yüzyılda ortaya çıkan kurumsal tahkim ve sonrasında spesifik olarak yatırım tahkimi üzerinde duracağız. Zira bu yüzyılda tahkim alanındaki gelişmeler, devletlerin kendi egemenlik yetkilerinden rıza yoluyla vazgeçerek, yatırımcılar ile aralarındaki uyuşmazlıkları depolitize etmek amacıyla, andlaşmalar akdetmesinin önünü açmıştır.⁶⁵⁷ Üstelik böyle bir uluslararası tahkim kurumun ortaya çıkmasında devletler kadar devlet dışı aktörler de kilit rol oynamıştır.⁶⁵⁸ Yatırım tahkimi ise daha geç bir dönemde kurumsallaşmış ve diplomatik himaye yoluyla görülen yatırım uyuşmazlıkları yavaş yavaş yerini uluslararası yatırım tahkimine bırakmıştır.

5.1. Uluslararası Tahkimin Niteliği Üzerine Tartışmalar

Devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü tarihsel olarak güce dayalı ilişkilerden hukuki çözümlere doğru bir dönüşüm geçirmiştir. Özellikle Latin Amerika devletleri tarafından sıkça dile getirilen büyük devletlerin istediklerini almak için güce başvurmaması gerektiği tartışmaları zamanla devletlerarası ilişkilerin hukuki zemine oturtulmasını hızlandırmıştır. Örneğin Lahey'de akdedilen 1907 tarihli Drago-Porter Konvansiyonu devletlerin diğer devletlerden alacaklarını tahsil için silahlı güce başvurmasını kısıtlamaktaydı.⁶⁵⁹ Sonrasında ticari uyuşmazlıklarda diplomatik himaye hakkının da kötüye kullanılmaması gerektiğini söyleyen az gelişmiş devletler

⁶⁵⁶ Schwarzenberger, G. (1978). Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations. *Notre Dame Law Review*, Vol.53, p.715.

⁶⁵⁷ Shihata, I. F. I. (1986). Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review-FILJ*, Vol.1, Issue 1, pp.1-25.

⁶⁵⁸ Hayakawa, Y. (2013). Business Corporations as Non-State Actors in International Law: A Brand-New International Law-Making Process through Investment Treaty Arbitration. In Byrnes, A. & Hayashi, M. & Michaelsen, C. (ed). *International Law in the New Age of Globalization*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.347-363.

⁶⁵⁹ Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts, Convention Signed at Hague October 18, 1907, Treaty Series 537 <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf> (erişim tarihi 18.02.2018).

her ne kadar uluslararası tahkimden ziyade ulusal mahkemeleri önermekte ise de ileri sürdükleri depolitizasyon fikri uluslararası tahkime ilham vermiştir.⁶⁶⁰ Bu anlamda 1899 yılında Uyuşmazlıkların Barışçıl Yolla Çözülmesine Dair Konvansiyon akdedilmiş ve Sürekli Tahkim Mahkemesi (Permanent Court of Arbitration-PCA) kurulmuştur. Esasen otonom yargı yetkisine sahip olmayan mahkeme tahkim yargılaması için kurumsal işlevi olan bir merkez olarak tasarlanmıştır. Mahkeme belirli bir hakem listesine sahip olup başvuru devletlerin seçimiyle hakemler devletlerarası uyuşmazlıklara bakmakla yetkilendirilebilir. Mahkeme önünde uyuşmazlıkların çözümü esas itibarıyla diplomatik himayeye benzemektedir. Ancak günümüzde prosedürel işlemlerin 1976 UNCITRAL kuralları üzerine bina edilmiş olması PCA'yı diplomatik himayeden ayırarak özel tahkim mercilerine yaklaştırmıştır.⁶⁶¹

Bugünkü yatırım tahkiminden daha önce var olan uluslararası ticari tahkimin tarihi ise çok eskidir. Ticaret esasen her zaman uluslararası bir karaktere sahipti ancak özellikle sanayi devriminden sonra ticaretin globalleşmesi hızlanmış tacirler arasında dayanışmaya dayalı kurumsal birliktelikler çoğalmıştır. Zamanla tacirler kendi aralarındaki ilişkilerden ortaya çıkmış teamül kuralları olan *lex mercatoria*'nın ulusal mahkemelerce bilinmemesi ve uygulanmaması ya da devletlerin yargısının zaman zaman ayrımcı uygulamaları nedeniyle uyuşmazlıkların çözümünü devletin egemenlik alanının dışına çıkarmak istediler. Bu anlamda 1768 yılında kurulan New York Ticaret Odası, aynı yıl bir tahkim paneli kurmuş ve devletin yargı erkinden bağımsız olarak ticari uyuşmazlıklara bakmaya başlamıştır.⁶⁶² Ancak ulusal anlamda başlayan iç hukuktan bağımsızlık fikri 20. yüzyıla gelindiğinde uluslararası hukuk anlamında da bir ihtiyaç olarak hissedilmekteydi. Nitekim ticaret veya yatırım yaptığı

⁶⁶⁰ Paparinskis, M. (2010). The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol.3, pp.2-18.

⁶⁶¹ Ando, N. (2006). Permanent Court of Arbitration (PCA). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, October, pp.2-6.

⁶⁶² Jones, W. C. (1956). Three Centuries of Commercial Arbitration in New York: A Brief Survey. *Washington University Law Quarterly*, Vol.1956, Issue 2, pp.193-219; Macassey, L. (1938). International Commercial Arbitration: Its Origin, Development and Importance. *American Bar Association Journal*, Vol.24, No.7, pp.518-524.

devlet karşısında hukuki olarak korunmaya ihtiyaç duyan işadamları kendi devletinin diplomatik himayesine başvurmak zorundaydı ve 19. yüzyıl bu anlamda sıkça güç diplomasisine sahne olmuştu. Birinci Dünya Savaşının ardından oluşan yeni düzenden de cesaret alan ve kendilerini “barış tacirleri” (merchants of peace) olarak tanımlayan bir grup Avrupalı işadamı 1919 yılında Uluslararası Ticaret Odası’nı (ICC), 1923 yılında ise ICC bünyesinde Uluslararası Tahkim Mahkemesi’ni (ICA) kurmuşlardır. Mahkeme adını taşısa da PCA gibi tahkimi organize eden bir kuruluş olan ICA’nın kuruluşundaki temel felsefe uyuşmazlıkları devletlerin yargılama alanlarının dışında ve uzman kimseler eliyle çözmektir.⁶⁶³

Uluslararası tahkim açısından devrim niteliğinde sayılacak en önemli gelişmelerden biri 1958 tarihli New York Konvansiyonu’nun imzalanmasıdır. Zira her ne kadar hakem kararı bağlayıcı olsa da hakem kararına tarafların iradesi ile uyulmaması halinde kararın yaptırım gücü sorunu uluslararası tahkimin en önemli problemlerinden biriydi. Bu problemi çözmek üzere devletler 1958 yılında New York kentinde “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konvansiyon”u akdederek hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında ortak bir standart oluşturmayı hedeflemişlerdir. Bu anlamda devletlerce hakem kararları arasında ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmek istenmesi de Konvansiyonun akdedilmesinde diğer bir sebebi oluşturmaktadır.⁶⁶⁴ New York Konvansiyonu’nun içeriğini ve yabancı yatırım hukukundaki etkisini, ICSID hakem kararları özelinde, ayrı bir bölümde geniş bir şekilde ele alacağız. Öncesinde uluslararası tahkimin bizatihi kendisi hakkındaki bazı tartışmalara değinmek faydalı olacaktır.

Uluslararası tahkim uzun bir süre boyunca iç hukukta tartışmalara neden olmuştur. Bazen mahkemeler tahkimin bir yargılama olmadığı ve dolayısıyla iç hukuktaki yargı yetkisini ortadan kaldıramayacağını düşünerek bağlayıcı olmadığını düşünmüşlerdir.

⁶⁶³ Yu, H. (2008). A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.1, Issue 2, pp.255-286.

⁶⁶⁴ Sanders, P. (1959). New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Netherlands International Law Review*, Vol.6, Issue 1, pp.43-59.

Bu durum da uzun bir süre tahkimin yargısal niteliği üzerinde tartışmaların oluşmasına neden olmuştur.⁶⁶⁵ Lauterpacht tahkimin yargıdan farkının sadece alan farkı olduğunu method ve çözüm farkı olmadığını vurgulamaktadır. Bu nedenle, yazara göre, tarihsel gelişim tahkimin de yargısal karakterli olmasını sağlamıştır. İç hukukta bir yargıç yetkisini egemenden almaktayken tahkimde de hakem yetkisini tarafların iradesinden almaktadır. Bu irade egemen devletlere de ait olabilir.⁶⁶⁶ Nitekim tahkim BM Andlaşmasında da devletlerin başvurabileceği uyuşmazlık çözüm yolları arasında sayılmaktadır. Reuben'e göre de uluslararası tahkim; esasa uygulanacak hukukta çok bir farklılık getirmemekte, yine taraflardan bağımsız kişilerce yargılama esasını benimsemekte, sadece iç hukuka göre daha esnek prosedürel kurallar çerçevesinde hareket etmektedir. Yazara göre uluslararası tahkimin avantajı tarafların eşitliği, yargılamanın hızı, gayriresmîlik, hukuk seçimi ve gizlilik. Bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR) ulusal yargılama ile eşit sayılmalı ve böylece kamusal bir hizmet olan adalet mekanizması genişletilmelidir.⁶⁶⁷ Uluslararası tahkimin dezavantajları ise bazı durumlarda icra kabiliyetinin düşük olması ve yanlış olduğu düşünülen kararların temyiz imkanının çoğu zaman bulunmamasıdır. Ancak temyiz imkanının olmamasını, tahkim giderlerinden tasarruf, zaman bakımından hızlı, karar alma açısından ise daha efektif bulan yazarlar da vardır. Öte yandan gizlilik esasının şeffaflığa zarar verebileceğini ve temyiz imkanı olmasa dahi iç hukuk yolundan daha pahalı bir yol olduğunu düşünen görüşler de mevcuttur.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Howard, W. M. (1993). The Evolution of Contractually Mandated Arbitration. *Dispute Resolution Journal*, Vol.48, No.3, p.28; Sturges, W. A. (1960). Arbitration: What is It?. *New York University Law Review*, Vol.35, pp.1031-1047; Gill, L. M. (1989). The Nature of Arbitration: The Blurred Line between Mediatory and Judicial Arbitration Proceedings. *Case Western Reserve Law Review*, Vol.39, Issue 2, pp.545-555.

⁶⁶⁶ Lauterpacht, H. (1933). *The Function of Law in International Community*. Oxford University Press, p.379.

⁶⁶⁷ Reuben, R. C. (1997). Public Justice: Toward A State Action Theory Of Alternative Dispute Resolution. *California Law Review*, Vol.85, Issue 3, pp.577-641.

⁶⁶⁸ Kreindler, R. H. & Kopp, T. (2013). International Commercial Arbitration. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, November, pp.3-4; Gleason, E. E. (2007). International Arbitral Appeals: What are We so Afraid of. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.7(2), pp.269-294.

Yatırım tahkimi ticari tahkimden farklıdır. Ataman-Figanmeşe'ye göre bunun başlıca sebebi yatırım tahkiminin iki taraflı yatırım andlaşmalarına dayanmasıdır. Yazara göre yatırım tahkimi ile ticari tahkim şu yönlerden birbirinden ayrılabilir: Birincisi, yatırım tahkiminde uluslararası hukuk (devletler hukuku) ticari tahkime nazaran çok yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Bu anlamda tahkim sözleşmesi veya şartının yorumlanmasında, tahkim yargılaması usulünde ve yargılamanın esasında uluslararası hukuk önemli rol oynamaktadır. Ticari tahkimde ise uluslararası hukuk kural olarak uygulanmamakta, çok istisnai hallerde gündeme gelmektedir. İkincisi, yatırım tahkimi ticari tahkime nazaran şeffaftır. Bu anlamda yatırım tahkiminde kararların büyük çoğunluğu kamuya açık bir biçimde yayınlanmakta, yatırım tahkimi davalarına üçüncü kişilerin müdahalesine imkan tanınmakta ve yatırım tahkiminde hakem heyetleri, zorunlu olmamasına rağmen, geçmiş kararlara atıf yaparak kararlar arasında ahenk yaratmaktadır.⁶⁶⁹ Yatırım tahkimini klasik ticari tahkimden ayıran en önemli özelliklerden biri uluslararası andlaşmalara dayanmasıdır. Bu nedenle yatırım andlaşması tahkimi (investment treaty arbitration) olarak adlandırmalar da söz konusu olmaktadır. Bazı yazarlar yatırım tahkimi yoluyla bir devletin kendi iç hukukunda, andlaşma ile yüklendiği uluslararası ekonomik taahhütlerine ne kadar uyduğunun tespit edildiğini düşünmektedir. Weiler & Walde; yatırım tahkiminin yarı yargısal (quasi-judicial) bir niteliğe sahip olduğunu ve bu yolla devletin iç hukukunda gerçekleştirdiği eylemlerin, andlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku çerçevesinde, uluslararası hukuka ne kadar uygun olduğunun incelendiğini iddia etmektedir.⁶⁷⁰ Rogers da yatırım tahkimi heyetlerinin sadece uyuşmazlığı çözmediğini aynı zamanda devlet görevlilerinin eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığını da tespit ettiklerini ve bu anlamda yarı yargısal bir görevi icra ettiklerini düşünmektedir.⁶⁷¹ Yu & Shore ise hakemin yetkisinin de iç hukuktaki yargıcın yetkisi

⁶⁶⁹ Ataman-Figanmeşe, İ. (2012). Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 31 (1), s.91-152.

⁶⁷⁰ Weiler, T. & Walde, T.W. (2004). Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation. *Transnational Dispute Management*, Vol.1(1), pp.2-4.

⁶⁷¹ Rogers, C. (2010). International Arbitration's Public Realm. In Rovine, A. (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. The Fordham Papers, Martinus Nijhoff, p.165.

gibi devletin rızasından kaynaklandığını, bu nedenle hakemin yaptığı faaliyetin de esasen yargılama olduğunu düşünmektedir.⁶⁷² Öte yandan Dolzer, yatırım tahkimi kararlarının tamamının içeriği düşünüldüğünde iç hukuktaki idare hukukunu etkilediğini ve giderek yabancı yatırımlar özelinde global bir idare hukukunun oluştuğunu gözlemlemektedir.⁶⁷³ Bunlara ek olarak hakemin sözleşme ile istihdam edildiğini ve yargıçtan farklı bir işlevi olduğunu, bu nedenle sorumluluğunun farklı olması gerektiğini belirten görüşler de mevcuttur. Bu tartışmalara hakemlerin sorumluluğu ve güvenilirliği bağlamında tekrar döneceğiz.

Başaran, uluslararası tahkimin, tümevarımcı klasik bilimsellikten yoksun olduğunu belirtmekle birlikte temelde tahkimin bir sağduyunun ürünü olarak ortaya çıktığına dikkat çekmektedir. Yazara göre uluslararası tahkim makul bir karar verme çabasıdır ve mevcut uluslararası düzenin gerçeklerini göz ardı etmeden işlemektedir. Ayrıca tahkimin; uluslararası hukuk siyasetinin temel hedeflerinden olan özgürlük, güvenlik ve refahın sağlanması ile uyuşmazlıkların çözülmesi amaçlarını gerçekleştirmeye çalıştığını da unutmamak gerekir.⁶⁷⁴ Tahkimde, iç hukuktan farklı olarak, taraflar uyuşmazlığa uygulanacak prosedürel kuralları belirleme yetkisine sahiptir. Taraflar *ad hoc* tahkime gittiklerinde ayrıca hangi tahkim kurallarının uygulanacağını belirlemekte ya da bir kurumsal tahkim merciini ve kurumun prosedürlerini önceden kabul etmektedirler. Bu durumda bir kamu hizmeti olan adalet mekanizmasının özelleştirilmesi tartışması ortaya çıkmaktadır.⁶⁷⁵ Malin'e göre uluslararası hakem kararlarının kamu hukuku karakterini sağlayan mekanizma iç hukuktaki tanıma ve

⁶⁷² Yu, H. & Shore, L. (2003). Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators: US and English Perspectives. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.52, p.935.

⁶⁷³ Dolzer, R. (2005). The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law. *NYU Journal of International Law & Policy*, Vol.37, p.970.

⁶⁷⁴ Başaran, H. R. (2014). *Uluslararası Tahkim*. On İki Levha Yayınları, pp.3-14.

⁶⁷⁵ Moses, M. (2005). Privatized Justice. *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol.36, pp.535-550; Stephan, P. B. (2011). Privatizing International Law. *Virginia Law Review*, Vol.97, No.7, pp.1573-1664.

tenfiz kurumudur. Ulusal mahkemeler bu yolla uluslararası hakem kararlarını iç hukuk kararı gibi etkin kılmakta ve karara kamusal yaptırım gücü yüklemektedir.⁶⁷⁶

Yatırım tahkimi söz konusu olduğunda akla gelen ilk kurum ICSID olmaktadır. Zira ICSID, yatırımcı-devlet tahkimi için en önemli kuruluştur ve devletlerin büyük çoğunluğunun taraf olduğu bir uluslararası andlaşma olan Washington Konvansiyonu ile kurulmuştur. Ancak bu durum yatırım uyuşmazlıklarının başka bir kurumun çatısı altında görülemeyeceği anlamına gelmemektedir. Sürekli Tahkim Mahkemesi (Permanent Court of Arbitration), Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration), Amerikan Tahkim Derneği (American Arbitration Association), İsviçre Ticaret Odası Tahkim Kurumu (Swiss Chamber's Arbitration Institution), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute), Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (Singapore International Arbitration Centre) yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının görülebileceği en önemli tahkim mercilerinden bazılarıdır. Tahkim kurumsal olarak yürütülebileceği gibi *ad hoc* olarak da kurulabilir ve UNCITRAL gibi tahkim kuralları tercih edilebilir ya da UNCITRAL kurallarını uygulayan kurumsal tahkimler seçilebilir. Nitekim ICSID bünyesinde de UNCITRAL kuralları tercih edilip uygulanabilmektedir. Öte yandan İran-ABD Karma Tahkim Mahkemesi gibi iki ülke arasında belirli bir dönemde ortaya çıkmış olan yatırım uyuşmazlıklarını çözmek için kurulan özel tahkim mercilerine de rastlanmaktadır. Uyuşmazlık alanına göre de uluslararası tahkim merkezleri vardır. Fikri mülkiyet alanında Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tahkimi ya da Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) bu tür kurumlara örnek olarak gösterilebilir.⁶⁷⁷ Uluslararası tahkim kuruluşları sayısal olarak çok fazladır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları açısından ICSID tahkimi bu kurumlardan en önemlisi olduğu

⁶⁷⁶ Malin, M. H. (2001). Privatizing Justice but By How Much? Questions Gilmer Did Not Answer. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.16/3, pp.589-631.

⁶⁷⁷ Daha fazla bilgi için bakınız:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution> (erişim tarihi 04.03.2018).

için yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hukukun rolünü ICSID özelinde anlatmaya çalışacağız.

5.2. Yabancı Yatırımların ICSID Tahkimi Yoluyla Korunması

Uluslararası tahkim açısından devrim niteliği taşıyan gelişme 1958 tarihli New York Konvansiyonu iken daha özelde yatırım tahkimi için devrim ise 1965 tarihli ICSID Konvansiyonu'dur. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi olan ICSID'i kuran Konvansiyon, Washington D.C. şehrinde akdedildiğinden dolayı genel olarak Washington Konvansiyonu olarak da bilinmektedir.⁶⁷⁸ 2019 verilerine göre ICSID Konvansiyonu'na 162 devlet taraf olup, Konvansiyon 153 devlet tarafından onaylanıp yürürlüğe konmuştur. Konvansiyon'a taraf devletlerin profiline bakıldığında ICSID özelinde gelişmiş devletler ile gelişmekte olan devletlerin büyük bir uzlaşma içerisinde olduğu görülmektedir. ABD, Kanada, Avrupa Birliği Devletleri, Avustralya gibi gelişmiş liberal devletler taraf olduğu gibi Suudi Arabistan, Mısır, Kenya, Senegal, Fas, Şili, Arjantin gibi Ortadoğu, Afrika ve Latin Amerika ülkeleri de taraftır.⁶⁷⁹ Çin 1990 yılında taraf olduktan sonra 1993 yılında Konvansiyon'u onaylayıp yürürlüğe koyarken, Rusya Sovyetler Birliği'nin dağılmasını müteakiben 1992 yılında taraf olmuş ancak henüz onaylamamıştır. Ulusal muamele standardının ve Calvo Doktrini'nin öncülerinden Meksika ise 11 Ocak 2018 yılında Konvansiyon'a taraf olmuş ancak henüz onaylamamıştır.

Öte yandan Bolivya, Ekvador ve Venezuela Konvansiyona taraf olup onaylamış ancak daha sonra Konvansiyon'un 71. maddesi⁶⁸⁰ uyarınca taraf olmaktan çıkmışlardır.⁶⁸¹ Esasen Latin Amerika devletlerinin ICSID Konvansiyonundan ayrılmasını Calvo Doktrinine dönüş şeklinde algılamamak gerekir. Zira başta Ekvador olmak üzere bazı

⁶⁷⁸ Parra, A. (2017). *The History of ICSID*. Oxford University Press, pp.8-11.

⁶⁷⁹ Cannu, P. (2018). Foundation and Innovation: The Participation of African States in the ICSID Dispute Resolution System. *ICSID Review-FILJ*, Vol.33, Issue 2, pp.456-500.

⁶⁸⁰ ICSID Konvansiyonu 71. maddesine göre herhangi bir depozitere yapacağı yazılı bir bildirim ile bu andlaşmadan çekilebilir. Çekilme bildirim ulaştığı tarihten başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girer.

⁶⁸¹ ICSID Konvansiyonu'na taraf olan devletler açısından imza, onay ve yürürlük tarihleri için bakınız: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> (erişim tarihi 05.03.2018).

Latin Amerika devletleri bölgesel bir yatırım tahkimi mekanizması kurulması için 2010 yılından beri çalışmaktadır. Buna göre Güney Amerika Halkları Birliği (UNASUR) bünyesinde hem yatırımcı-devlet hem de devlet-devlet uyuşmazlıklarına bakabilecek ve temyiz mekanizmasına sahip bir yatırım tahkimi mekanizması kurulacaktır. Bu anlamda kurulacak merkez yatırımcı ile devlet menfaatlerini dengeleyecek bir işlev görecektir. Nitekim bahsi geçen devletlerin ICSID Konvansiyonundan ayrılmasının en büyük gerekçesi, ICSID tahkiminin yatırımcı yanlısı olduğunu ve devletin menfaatlerini gözetmediğini ve ayrıca bu problemin çözümü için bir temyiz mekanizmasına sahip olmamasının eksiklik olduğunu düşünmeleridir. Zira Latin Amerika devletleri ICSID tahkiminde açılan davaların büyük çoğunluğunu kaybetmiş ve büyük tazminatlar ödemek zorunda kalmışlardır.⁶⁸² Hakemlerin yanlılığı ve temyiz mekanizması önerileri ileride daha geniş bir şekilde ele alınacaktır. Kanaatimizce ICSID en etkin yatırım tahkimi mekanizması olma özelliğini korumaktadır. Bu nedenle yabancı yatırımların korunmasında ICSID tahkiminin rolünü daha yakından inceleyeceğiz.

5.2.1. Yabancı Yatırımların Korunmasında ICSID Tahkiminin Fonksiyonu

ICSID'in kurulmasındaki fikirsel arkaplan yatırımların korunmasına dair uluslararası bir mekanizma oluşturmak ve yabancı yatırımcıları cesaretlendirmektir. Devletler açısından ise ICSID'e taraf olmak yabancı yatırımları ülkelerine çekebilmek için avantajlı duruma geçmeyi ifade etmektedir. Subedi, ICSID'in kurulmasını yabancı yatırım hukukunda sessiz bir devrim olarak nitelendirmektedir. Yazara göre 1960'lı yıllarda insan hakları mekanizmaları ile başlayan bireylerin uluslararası hukuka doğrudan erişiminde olduğu gibi ICSID aracılığı ile de yabancı yatırımcının bir uluslararası hukuk merciine doğrudan erişebilmesi ve devleti dava edebilmesi büyük bir yeniliktir. Özellikle 1990 sonrasında BIT'ler çoğaldıkça ve ICSID tahkimini popüler hale getirdikçe, yatırımcının uluslararası mekanizmalara başvurmaması gerektiğini

⁶⁸² Grant, K. (2015). The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, Vol.11(108), No.6, pp.3-38.

söyleyen (Calvo Doktrini gibi) fikirlerin değişmesi de hız kazanmıştır. Hatta Arjantin ve Meksika gibi karşıt tutumu katı olan devletler dahi birçok BIT'e taraf olmuş ve uluslararası yatırım tahkimine başvuru için yabancı yatırımcılara imkan sağlamıştır.⁶⁸³ Devletler artık uluslararası tahkim imkanı tanımadan yatırımcıları ülkelerine çekemeyeceklerini anlamaya başlamışlardır. Nitekim *Gas Natural SDG v. Argentina* davasında da ICSID hakem heyeti; uluslararası tahkim yolunun açık olmasının yabancı yatırımların korunmasında en önemli araç olduğunu, uluslararası tahkim yoluyla hem yatırımcının ev sahibi devletin iç politik baskılarından kurtulduğunu hem de ev sahibi devletin yatırımcının uyrukluk devletinin politik baskılarından kurtulduğunu vurgulamaktadır.⁶⁸⁴

Daha önce de belirttiğimiz gibi yatırım uyuşmazlıklarının ICSID'de çözülme zorunluluğu yoktur, taraflar *ad hoc* tahkim yoluyla da uyuşmazlığı çözebilirler. Ancak ICSID'in, bazı avantajlara sahip olduğu için, yabancı yatırım uyuşmazlıklarında en çok tercih edilen kurum olduğu ifade edilmektedir.⁶⁸⁵ Schreuer'e göre ICSID dört açıdan avantaj sağlamaktadır. Birincisi, ICSID, prosedürel işlemlerde standart ve önceden belirlenmiş kurallar öngörmektedir. İkincisi, tahkim prosedürlerinin yürütülmesi hususunda kurumsal destek sunmaktadır. Üçüncüsü, prosedürün akamete uğramayacağı hakkında garanti vermektedir. Örneğin taraflarca hakem atanmazsa ICSID re'sen atama yapar, merkezin tahkime yetkili olup olmadığına hakem heyeti karar verir, taraflarca karşılıklı dilekçelerin aksatılması ya da tanık duruşmasına gelinmemesi prosedürü aksatmaz. Dördüncüsü, nihai kararın yerel mahkeme tarafından tanınması ve tenfizine gerek yoktur, karar (award) otomatik olarak iç hukuktaki mahkeme ilamı ile aynı icra kabiliyetine sahiptir.⁶⁸⁶ Esasen Schreuer'in saydığı avantajların çoğu genel itibariyle kurumsal tahkim mercilerinde de vardır.

⁶⁸³ Subedi, S. P. (2012). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Hart Publishing, p.32.

⁶⁸⁴ *Gas Natural SDG SA v. The Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005, parag.29-49.

⁶⁸⁵ Blythe, S. E. (2013). The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Bilateral Investment Treaties. *The International Lawyer*, Vol.47, No.2, pp.273-290.

⁶⁸⁶ Schreuer, C. (2013). International Centre for Settlement Investment Disputes (ICSID). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May, p.2.

ICSID ise kararlarının doğrudan icrası yönünden diğerlerinden daha çok tercihe şayandır.⁶⁸⁷

5.2.2. Tarafların ICSID Tahkimine Rızası ve Hakem Heyetlerinin Yetkisi

Uluslararası hukukta zorunlu bir yargı sistemi yoktur.⁶⁸⁸ Temel itibariyle varolan yargı mekanizmaları devletin rızasına dayanmaktadır.⁶⁸⁹ Her ne kadar Mills gibi yazarlar devlet dışı aktörlerin gittikçe uluslararası hukukta etkin hale geldiklerini ve zorunlu yargı konusunun yeniden ele alınması gerektiğini düşünse de⁶⁹⁰ devlet dışı aktörlerin, ICSID tahkiminde olduğu gibi, uluslararası yargı yollarına başvurabilmesi de genellikle devletin rızası ile taraf olduğu uluslararası anlaşmalar yoluyla mümkün olmaktadır. Ancak yabancı yatırımcının kabulünün olmadığı durumlarda devletin rızası tek başına uyumsuzluğu uluslararası tahkime taşımaya yetmemektedir. Guillaume ise her ne kadar zorunlu bir yargı sistemi olmasa da yargı kuruluşlarının ve hakem heyetlerinin geçmiş kararlara sıkça atıf yapmasının uluslararası hukuk uygulaması açısından ahenk yarattığını düşünmektedir.⁶⁹¹ ICSID sisteminde de içtihat doktrini (doctrine of precedent) olmamasına rağmen hakem heyetleri sıkça geçmiş hakem kararlarına atıf yapmaktadır. Netice itibariyle ICSID hakem kararları ICSID Konvansiyonu'na taraf olan diğer devletler açısından uyulması zorunlu bir içtihat oluşturmamakta, uluslararası uyumsuzluk çözüm yolları temelde tarafların

⁶⁸⁷ Ancak belirtmeliyiz ki ICSID idari konseyi tarafından 1978 yılında kurulan ICSID Ek Mekanizma (additional facility) bünyesinde verilen kararlar New York Konvansiyonu'nda öngörülen tanıma ve tenfiz prosedürüne tabidir. Ek Mekanizma ICSID bünyesinde bulunmakta ancak burada görülen davalar ICSID Konvansiyonu'nda yer alan prosedürler çerçevesinde yürütülmemektedir. Ev sahibi devlet ya da kaynak devletten birinin ICSID Konvansiyonu'na taraf olmadığı durumlarda da tarafların ICSID'in imkanlarından faydalanması için kurulmuştur. Bu bölümde en çok görülen davalar NAFTA ve UNCITRAL'e göre görülen davalardır.

⁶⁸⁸ Bakınız: Cohen, H. G. (2015). *Theorizing Precedent in International Law*. Oxford University Press, pp.268-290.

⁶⁸⁹ Boyle, A. & Chinkin, C. (2007). *The Making of International Law*. Oxford University Press, pp.263-313. Uluslararası hukukun doğasına dair klasik çalışmalar için bakınız: Scott, J. B. (1907). The Legal Nature of International Law. *American Journal of International Law*, Vol.1, Issue 4, pp.831-866; Foulke, R. R. (1919). Definition and Nature of International Law. *Columbia Law Review*, Vol.19, No.6, pp.429-466.

⁶⁹⁰ Mills, A. (2014). Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, Vol.84, Issue 1, pp.187-239.

⁶⁹¹ Guillaume, G. (2011). The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.2, No.1, pp.5-23.

rızasına dayanmaktadır.⁶⁹² Tarafların ICSID tahkimine başvurabilmesi için üç şartın birarada olması gerekir: 1) taraflar arasında uyuşmazlık durumunda ICSID tahkimine gitme hususunda yazılı bir anlaşma olmalıdır, 2) uyuşmazlık ICSID Konvansiyonuna taraf bir devlet ile diğer bir taraf devletin vatandaşı arasında olmalıdır (*ratione personae*), 3) uyuşmazlık yatırımdan (doğrudan) kaynaklanan bir hukuki uyuşmazlık olmalıdır (*ratione materiae*).⁶⁹³

5.2.2.1. Tarafların Rızası

ICSID tahkimine veya başkaca bir kurumsal ya da *ad hoc* tahkime taraflar üç şekilde rıza gösterebilir. Birincisi devlet ile yatırımcı, aralarında yaptığı sözleşmeye tahkim klotu koyabilir. İkincisi devlet kendi iç hukukunda yer alan bir düzenleme vasıtasıyla yabancı yatırımcının uluslararası tahkime müracaat edebileceğini öngörebilir. Üçüncüsü ise devlet, iki taraflı yatırım anlaşmaları ya da çok taraflı anlaşmalarda, yatırımdan kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözüme kavuşturulacağını önceden kabul ve taahhüt edebilir. Son iki durumda devletin kabul ettiği tahkim yatırımcı tarafından da kabul edilmelidir.⁶⁹⁴ Esasen tahkimde her iki tarafın rızası aranmakta ise de kural olarak devletin rızası kurucu rol oynamaktadır. Kurulduğu günden 2018'e kadar olan dönemde ICSID Konvansiyonu altında 583 dava, Ek Mekanizma ile birlikte toplamda 650 dava görülmüştür. İstatistiksel verilere göre toplam davaların ancak %16'sı bakımından ICSID tahkiminin yetkisi devlet ile yatırımcı arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklanmıştır. Bu anlamda toplam davalardaki yetkinin %60.6'sı iki taraflı yatırım anlaşmalarından, %9.2'si ev sahibi devletin iç hukukundan, %9.3'ü Enerji Şartı Anlaşmasından, %2.8'i NAFTA'dan, %0.8'i CAFTA'dan ve %1.3'ü de OIC, ASEAN ve diğer Serbest Ticaret Anlaşmalarının

⁶⁹² Schreuer, C. (2008). Consent to Arbitration. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, pp.830-868.

⁶⁹³ Ancak daha önce belirttiğimiz gibi bazı hakem heyetleri, taraflar arasında yazılı bir anlaşma olmamasına rağmen MFN kaydına dayanarak, ICSID hakem heyetlerinin uyuşmazlığa bakma yetkisinin olduğuna karar vermiştir. Bu konuda temel tartışmalar için bakınız: Çalışkan, Y. (2012). İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu. *Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.303-329.

⁶⁹⁴ Reed, L. & Paulsson, J. & Blackaby, N. (2010). *Guide to ICSID Arbitration*. Wolters Kluwer Publications, 2nd Edition, pp.12-15.

yatırım hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Görüldüğü üzere ICSID davalarında yetkinin kaynağı %74.8 oranında uluslararası andlaşmalara dayanmaktadır. Bu tablo da yatırım tahkiminin de uluslararası hukuk (public international law) kaynaklı olduğu tezini güçlendirmektedir. Enteresan bir şekilde davaların %70'inden fazlası da Latin Amerika, Doğu Avrupa, Orta Doğu ve Afrika ülkeleri gibi gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu davalardır.⁶⁹⁵ Bu durum da, ICSID özelinde, gelişmekte olan ülkelerin de artık uyuşmazlıkları uluslararası hukuk yoluyla çözme iradesinin, eskiye oranla, arttığını gösteren bir kanıttır.⁶⁹⁶

ICSID tahkiminde de klasik uluslararası hukuk yargısında olduğu gibi tarafların rıza göstermesi gerekir. ICSID Konvansiyonu'na taraf olmak otomatik olarak tahkim yetkisinin kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Devletin ve yatırımcının açık rızası şarttır. Konvansiyon'a göre tahkime başvuracak tarafların tahkim rızasını içeren yazılı bir belgeyi sunmaları şarttır. Bu nedenle taraflar genelde rızalarını yazılı olarak sunmakta ya da daha önce tahkim rızasının dercedildiği bir belge ibraz etmektedirler. Yorum yoluyla tahkim yetkisi çıkarılamaz, tahkim rızasının açıkça belirli olması gerekir.⁶⁹⁷ Nitekim *Cable TV v. St. Kitts and Nevis* davasında davacı, davalıyı temsil eden Nevis Adası Yönetimi ile ICSID tahkimine onay veren bir sözleşme imzalamıştır. Hakem heyeti ise, bu kurumun, St. Kitts and Nevis Federasyonu'na ait bir kamu kurumu olduğunu kabul etmekle birlikte kurumun Konvansiyon'un 25/1 maddesi uyarınca ICSID'de davaya taraf olmak için yetkilendirilmediğini veya Federasyon tarafından onaylanmadığını ve başkaca bir

⁶⁹⁵ The ICSID Caseload Statistics, Issue 2018-1, pp.7-11
[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf) (erişim tarihi 27.03.2018).

⁶⁹⁶ Paulsson, J. (1987). Third World Participation in International Investment Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.2, Issue 1, pp.19-65.

⁶⁹⁷ Wang, G. (2014). Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis. *Chinese Journal of International Law*, Vol.13, Issue 2, pp.335-361.

belgeden de Federasyon'un ICSID'e yetki verdiğinin ıkarılamadığını tespit ederek yetkisizlik kararı vermiştir.⁶⁹⁸

ICSID tahkimine rızanın açıkça verildiği ilk yöntem yatırımcı ile devlet arasındaki bir sözleşmeye (yatırım veya imtiyaz sözleşmesi) uyuşmazlıkların ICSID tahkiminde görüleceğine dair bir tahkim klozu koymaktır. Bu anlamda ICSID'in hazırladığı model klozlar yatırım sözleşmelerinde sıkça kullanılmaktadır.⁶⁹⁹ Ancak yatırımcı ile devlet arasında ICSID tahkimine dair anlaşmanın varlığı sözleşmeden çıkarılabileceği gibi başkaca bir belgeden de çıkarılabilir. *Amco v. Indonesia* davasında davacı, Endonezya Yabancı Yatırım Kurulu'na, yatırımın yürütülmesi kapsamında yerel bir şirket kurmak için başvuru dilekçesi sunmuş ve dilekçesinde uyuşmazlıkların ICSID'de czleceğini beyan etmiştir. Yatırımcının başvurusu kurul tarafından kabul edilmiştir. Hakem heyeti de kararında Konvansiyon'un 25/1 maddesindeki rızanın yazılı olmasının şart ancak belirli bir formatta verilmesinin şart olmadığını beyan ederek kurulun onayını yetki için yeterli kabul etmiştir.⁷⁰⁰ *CSOB v. Slovakia* davasında da yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmeye "bu sözleşme ek Cumhuriyeti i hukuku ve ek Cumhuriyeti ile Slovakya arasındaki BIT'e göre yürütülür" ibaresi eklenmiştir. Hakem heyeti, sözleşmeyi yapan tarafların iradesi ve BIT'in incelenmesinden ICSID'in mevcut davada yetkili olduğunun anlaşıldığını tespit etmiştir.⁷⁰¹

ICSID tahkim yetkisinin çıkarılabileceği diğer bir yöntem ev sahibi devletin i hukukuna bakmaktır. Ev sahibi devletler ulusal kanunlarında bir düzenleme yaparak yabancı yatırımcılara uluslararası tahkim imkanı sunabilmektedir. *Tradex v. Albania* davasında, Arnavutluk Devleti yabancı yatırım kanununun 8/2 maddesinde "yabancı

⁶⁹⁸ Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 13 January 1997, parag.1.01-8.06.

⁶⁹⁹ Gaillard, E. (1988). Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses. *ICSID Review-FILJ*, Vol.3, Issue 1, pp.136-146.

⁷⁰⁰ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, parag.400.

⁷⁰¹ Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, Parag.72-82.

yatırımcılar tarafından ICSID nezdinde dava açıldığında Arnavutluk'un davaya rızasının olduğunu" açık bir şekilde beyan etmiş ve hakem heyeti bu hükme dayanarak yetkili olduğuna karar vermiştir.⁷⁰² ICSID'e yetki veren benzer iç hukuk düzenlemeleri Orta Afrika Cumhuriyeti, Fildişi Sahili ve Moritanya gibi devletlerin yatırım kanunlarında da yer almaktadır. Öte yandan *Mobil v. Venezuela* davasında hakem heyeti Venezuela yatırım kanununun 22. maddesinde kullanılan ibarelerin çok belirsiz ve karmaşık olduğunu ve tahkim iradesinin açıkça anlaşılmadığını, bu nedenle ICSID'in yetkisinin Venezuela iç hukukundan çıkarılmadığını tespit etmiştir. Öte yandan hakem heyeti, yetkisini Venezuela ve Hollanda arasında akdedilmiş BIT'te yer alan açık bir ibareye dayandırmıştır.⁷⁰³

İç hukuk düzenlemesinin doğrudan tahkimi sunması ve yatırımcının bu teklifi kabul etmesi durumunda ICSID'in yetkisi doğar. Yatırımcı bu teklifi ICSID nezdinde dava prosedürünü başlatarak da kabul edebilir. Ancak, Potesta gibi birçok yazara göre, yatırımcının dava yoluyla değil daha önceki bir işlem ile tahkim teklifini kabul etmesi daha avantajlı bir durum yaratacaktır. Zira teklifi kabul ettiği anda, tahkime rıza geri alınamadığından (irrevocable), artık devlet ilgili yasal hükmü ortadan kaldırırsa dahi yatırımcının tahkime başvurma hakkını etkilemeyecektir.⁷⁰⁴ Daha önce bahsettiğimiz gibi yatırımcının bu teklifi kabul etmesi sözleşme yoluyla olabileceği gibi başkaca yazılı bir işlem yoluyla da olabilir. *SPP v. Egypt* davasında davacılar, ICSID'e dava açmadan bir yıl önce Mısır Turizm Bakanlığı'na bir mektup göndererek ICSID'in tahkim yetkisini kabul ettiklerini beyan etmiş, bu beyan da hakem heyetince yetkiye dayanak olarak kullanılmıştır.⁷⁰⁵ Ayrıca devlet sunduğu teklifte veya yatırımcı kabul cevabında yer alan rızasını belirli bir zamana veya şarta bağlayabilir. Öte yandan bazı

⁷⁰² Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, p.195.

⁷⁰³ Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, parag.67-140-142-206.

⁷⁰⁴ Potesta, M. (2011). The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws. *Arbitration International*, Vol.27, Issue 2, p.153.

⁷⁰⁵ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction, 14 November 1985, parag.40.

durumlarda iç hukuk düzenlemesi doğrudan bir tahkim teklifi sunmaz sadece devletin tahkim yolunu kabul edebileceğine dair hüküm içerir. Bu tür durumlarda ayrıca, ilk yöntemde olduğu gibi, devlet ve yatırımcı arasında özel bir sözleşmeye (contract) ihtiyaç vardır.⁷⁰⁶ Örneğin 1989 tarihli Mısır Yatırım Kanunu'nun 55. maddesinde 'yatırımcı ile yapılacak sözleşme ile uyuşmazlığın ICSID'e taşınabileceğine' dair ibare bulunmaktadır. Yine Türkiye'nin 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3/e maddesinde de tarafların anlaşması kaydıyla uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülebileceği düzenlenmektedir.⁷⁰⁷ 4875 sayılı Kanunun 'Uyuşmazlıkların Çözümü' başlığını taşıyan 3/e hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir". Belirtmeliyiz ki 4875 sayılı kanunun 3/e maddesi yabancı yatırımcıya doğrudan ICSID tahkimine başvuru imkanı tanımamaktadır. Bu nedenle yabancı yatırımcının 4875 sayılı kanuna dayanarak ICSID tahkimine başvurması halinde, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet

⁷⁰⁶ Brabandere, E. (2014). *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, pp.23-24.

⁷⁰⁷ 4875 sayılı "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" madde 3/e. Bakınız: Resmi Gazete, Sayı 25141, Tarih 17.06.2003. Öte yandan kamu imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırıldığında tahkim anlaşması 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun"da yer alan ilkelere göre yapılacaktır. Resmi Gazete, Sayı 23941, Tarih 22.01.2000. Ayrıca 4686 sayılı "Milletlerarası Tahkim Kanunu"nun 1. maddesine göre "21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tâbidir". Resmi Gazete, Sayı 24453, Tarih 05.07.2001.

(Türkiye) arasında uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülebileceğine dair (ayrıca) bir yazılı anlaşmanın varlığı aranacaktır.⁷⁰⁸

ICSID'in yetkili kılınabileceği üçüncü yöntem ise, ikinci yönteme benzer şekilde, uluslararası bir anlaşmada yabancı yatırımcıya tahkim yolunun taahhüt edilmesidir. Böyle bir taahhüt genel itibariyle BIT'lere uluslararası tahkim rızasını gösteren bir klotun (compromissory clause) konulması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Örneğin Türkiye ile Hollanda arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşmasının 8/2 maddesi uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülebileceğini düzenlemektedir. Buna göre: "Bir âkit Taraf ile, diğer âkit Tarafın bir yatırımcısı arasında bir yatırım anlaşmazlığı halinde, anlaşmazlığa Taraf olanlar, bu anlaşmazlığı öncelikle iyiniyetle girişilecek istişare ve müzakerelerle çözümlenmeye çalışacaklardır. Bu istişare ve müzakerelerin başarılı olamaması halinde anlaşmazlık, söz konusu yatırımcı ile âkit Tarafın üzerinde karşılıklı olarak anlaşacakları, ancak bağlayıcı olmayan bir üçüncü taraf usulleri ile çözümlenebilir. Eğer anlaşmazlık yukarıdaki yöntemler ile halledilemezse, ilgili yatırımcı, anlaşmazlığı, tahkim yoluyla halledilmesi için anlaşmazlığın, ortaya çıkışından itibaren 1 yıl geçtikten sonra herhangi bir zamanda, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi'ne (ICSID) götürebilir. Ancak, ilgili yatırımcının bu süre içinde anlaşmazlığı, anlaşmazlığa taraf olan âkit Tarafın mahkemesine müracaat etmiş olması halinde kesin bir tararın verilmemiş olması şarttır".⁷⁰⁹ Modern BIT'lerin çoğu açık ve seçik bir şekilde devletin yatırım tahkimine rızasını içermektedir. Birleşik Krallık ve Sri Lanka arasındaki BIT'te yer aldığı gibi bazı devletler ICSID'in tahkim yetkisini kabul etmek için açıkça rıza (consent) ibaresini kullanırken Alman Model BIT'te olduğu gibi bazı devletler, uyuşmazlıkların ICSID'e götürüleceği (shall submit to ICSID) ibaresini kullanmaktadır. Her iki durumda da ilgili yabancı yatırımcının kabul etmesi durumunda ICSID'in yetkisi doğacaktır. *Generation v. Ukraine* davasında hakem heyetinin belirttiği gibi, iç hukuk

⁷⁰⁸ Yılmaz, İ. (2004). *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*. Beta Yayınları, İstanbul, s. 56.

⁷⁰⁹ Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 8/2. Resmi Gazete, Tarih: 08.09.1989, Sayı: 20276.

düzenlemesine benzer şekilde BIT düzenlemesinin kabulü de ICSID'e doğrudan dava açmak suretiyle tamamlanabilir.⁷¹⁰ Ancak yine bu durumda da yatırımcının önceden kabulünü beyan etmesi daha avantajlı bir durum yaratacaktır. Öte yandan BIT düzenlemesi de doğrudan bir rıza içermeyip gelecekte ortaya çıkacak uyuşmazlıklar için rızanın verilebileceğine dair ibare taşıyorsa salt BIT'ten ICSID'in yetkisini çıkarmak mümkün olmamakta ayrıca yatırımcı ile devlet arasında bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Uluslararası tahkime rıza BIT yoluyla olabileceği gibi çok taraflı bir andlaşma yoluyla da olabilir. Nitekim NAFTA 1122. ve ECT 26. maddeleri bu anlamda taraf devletlerin uluslararası tahkime rızasını düzenlemektedir.⁷¹¹

Devletin bir iç hukuk düzenlemesi ile ya da uluslararası andlaşma ile tahkimi kabul etmesi tek taraflı ve yatırımcıdan bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Daha açık ifade ile devlet belirli bir yatırımcı ile sözleşme yapmak yerine genel bir düzenleme yaparak yabancı yatırımcılara uluslararası tahkim imkanı sunmaktadır. Bu imkan Paulsson tarafından şahsiliği veya gizliliği olmayan tahkim (arbitration without privity) olarak adlandırılmış ve literatürde ICSID'in yetkisinin varlığı araştırılırken sözleşmesel ilişkinin aranmadığı iki durum (yasal düzenleme veya uluslararası andlaşma) için kullanılmaktadır.⁷¹² Ancak daha önce de bahsettiğimiz gibi ICSID'e doğrudan dava açmak suretiyle de olsa yatırımcının bu imkanı kabul etmesi gerekir. Uluslararası tahkimde davalar her zaman iki tarafın rızası ile görülmektedir. Nitekim *AMT v. Zaire* davasında hakem heyeti davacının ICSID nezdinde dava açmak için verdiği başvuru dilekçesini daha önce Zaire tarafından rıza ile taahhüt edilen

⁷¹⁰ Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, parag.12.2-12.3.

⁷¹¹ Alvarez, H. C. (2000). Arbitration Under the North American Free Trade Agreement. *Arbitration International*, Vol.16, Issue 4, pp.393-430; Walde, T. W. (1996). Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation. *Arbitration International*, Vol.12, Issue 4, pp.429-466.

⁷¹² Paulsson, J. (1995). Arbitration without Privity. *ICSID Review-FILJ*, Vol.10, Issue 2, pp.232-257.

uluslararası tahkim imkanının kabulü olarak değerlendirmiş ve iki tarafın rızasının varlığını tespit etmiştir.⁷¹³

Tarafların rızalarının tamamlandığı tarih önemlidir zira buna bağlı olarak bazı hukuki sonuçlar doğmaktadır. Bu tarih, sözleşme ile rızanın tesis edildiği durumlarda sözleşmenin tarihi iken iç hukuk ya da uluslararası andlaşma ile rızanın tesis edildiği durumlarda yatırımcının teklifi kabul ettiği ya da ICSID'e dava açtığı tarihtir. Rızanın en önemli hukuki neticesi ICSID Konvansiyonu 25/1 uyarınca geri alınamamasıdır (irrevocable).⁷¹⁴ İkinci olarak hem gerçek kişi hem de tüzel kişi yatırımcı, rızanın verildiği tarihte Konvansiyon'a taraf bir devletin uyrukluğunu taşımaktadır. Bu nedenle rızanın tarihi uyrukluğun tespitinde de kritik rol oynamaktadır. Üçüncüsü, 26. maddeye göre, aksi kararlaştırılmadıkça ICSID tahkimine rızanın verilmesi diğer hukuk yollarını devre dışı bırakmaktadır. Ancak devlet rızasını iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlayabilir. Dördüncüsü, 27. maddeye göre, hakem kararının uygulanmadığı haller saklı kalmak kaydıyla, ICSID'e başvuru diplomatik himaye yolu ile dava açmayı devre dışı bırakır.⁷¹⁵ Beşincisi ise, 44. maddeye göre, aksi kararlaştırılmadıkça uyuşmazlığa uygulanacak prosedürel kurallar rızanın verildiği tarihteki kurallardır ve rızanın verilmesinden sonraki değişiklikler tarafları etkilemez.⁷¹⁶

5.2.2.2. Rızanın Kapsamı ve Sınırları

ICSID tahkimi uluslararası andlaşma yoluyla kurulmuştur. Bu nedenle Konvansiyonda yer alan kavramların yorumu Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan

⁷¹³ American Manufacturing and Trading Inc. v The Republic of Zaire, Award, 21 February 1997, parag.5.17-5.23.

⁷¹⁴ Fry, J. D. & Repousis, O. G. (2015). Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals. *Arbitration International*, Vol.31, Issue 2, pp.213-259.

⁷¹⁵ Parlett, K. (2007). Role of Diplomatic Protection in the Protection of Foreign Investments. *The Cambridge Law Journal*, Vol.66, No.3, pp.533-535.

⁷¹⁶ ICSID Convention, art.25-26-27-44. Devletin ICSID Konvansiyonu'ndan çekildiği durumlarda oluşabilecek hukuki problemler için bakınız: Wick, D. M. (2012). The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change. *Journal of International Business & Law*, Vol.11, Issue 2, pp.239-292.

yorum kurallarına tabidir.⁷¹⁷ ICSID, ancak belirli şartları taşıyan yatırımcıların rıza gösterebileceği bir tahkim mekanizmasıdır. Yetki bakımından Konvansiyonun kendisi 25. maddesinde uyuşmazlığın taraflarının (*ratione personae*) Konvansiyona taraf devlet veya devletin organı ile diğer taraf devletin gerçek veya tüzel kişi uyruğu olması gerektiğini düzenlemektedir. Yatırımcının uyrukluğuna meselesini önceki bölümlerde geniş bir şekilde izah etmiştik. ICSID tahkiminde ise yabancı yatırımcı olmak yeterli sayılmamakta aynı zamanda andlaşmaya taraf olan diğer bir devletin uyruğu olma şartı aranmaktadır. Diğer yandan ICSID tahkiminde çifte uyrukluğa sahip kimselerin ev sahibi devletin uyrukluğunu taşıması halinde, bu uyrukluğuna etkin olmasa dahi, taraf olma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu anlamda yatırımcı hem ICSID Konvansiyonu'na taraf bir devletin uyruğu olmalı hem de ev sahibi devletin uyrukluğunu taşımamalıdır.⁷¹⁸ Ancak daha önce de bahsettiğimiz gibi 25/2-b maddesi uyarınca, tüzel kişilerde, yabancı kontrol söz konusu ise istisnai olarak ev sahibi devletin uyrukluğunu taşıması halinde de yatırımcının yabancı yatırımcı sıfatını taşıması mümkündür. Gerçek kişilerde yatırımcı sıfatının; hem uyuşmazlığın taraflarca ICSID tahkimine götürüleceğini kararlaştırdığı günde hem de uyuşmazlığın resmi olarak ICSID'e kaydettirildiği günde var olması esas iken tüzel kişilerde yatırımcı sıfatının sadece uyuşmazlığın ICSID tahkimine götürüleceğinin kararlaştırıldığı gün olması yeterlidir.⁷¹⁹ Öte yandan devletlerin de ICSID tahkimine başvurabilmesi için ICSID Konvansiyonu'na taraf olma şartı vardır. Hatta devletler taraf olmadan da ICSID'in yetkisini kabul edebilirler ancak bu durum ancak taraf olduktan sonra hüküm doğurur. Ayrıca devletin, kamu gücünü kullanan bir alt organının da ICSID tahkiminde taraf olması mümkündür ancak bu durumda da devletin rızası aranmaktadır.⁷²⁰ Bu anlamda Türkiye 8 Ekim 1998 tarihinde TEAŞ

⁷¹⁷ Boddicker, J. M. (2010). Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term "Investment" in ICSID Arbitration. *American University International Law Review*, Vol.25, Issue 5, pp.1031-1071.

⁷¹⁸ Sinclair, A. C. (2008). ICSID's Nationality Requirements. *ICSID Review-FILJ*, Vol.23, Issue 1, pp.57-118.

⁷¹⁹ Wisner, R. & Gallus, N. (2004). Nationality Requirements in Investor-State Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.5, Issue 6, pp.927-945.

⁷²⁰ UNCTAD (2003). International Centre for Settlement of Investment Disputes: Requirements Ratione Personae. Report on Dispute Settlement, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.3, pp.7-8.

(şimdiki adıyla TEİAŞ) ve BOTAŞ'ı ICSID tahkimine taraf olabilecek organlar olarak ICSID Genel Sekreterliğine bildirmiştir.⁷²¹

ICSID tahkiminde rızanın kapsamı temel olarak yatırımdan 'doğrudan' kaynaklanan "hukuki uyuşmazlıklara" ilişkindir. ICSID Konvansiyonu 25/1 maddesine göre bu şartın sağlanması için ortada bir yatırımın olması, yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir uyuşmazlığın olması ve uyuşmazlığın hukuki nitelikte olması gerekir.⁷²² *Suez v. Argentina* davasında hakem heyetine göre uyuşmazlığın hukuki olmasından kasıt taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler anlamında karşıt görüşlerin bulunmasıdır.⁷²³ Nitekim *Maffezini v. Spain* kararında olduğu gibi birçok hakem heyeti; Uluslararası Adalet Divanı'nın *Doğu Timor*⁷²⁴ kararına da atıfta bulunarak, hukuki uyuşmazlığı taraflar arasındaki hukuki görüş veya menfaat çatışması olarak değerlendirmiştir.⁷²⁵

Hukuki uyuşmazlığın 'doğrudan' bir yatırımdan kaynaklanması 'doğrudan yatırım' ve 'dolaylı yatırım' ayrımı ile alakalı bir durum değildir. Uyuşmazlığın doğrudan, bir yatırım ile ilişkili olarak ortaya çıkması anlamında kullanılmaktadır (legal dispute arising directly out of an investment).⁷²⁶ Nitekim *Fedax v. Venezuela* kararında davalı devlet yatırımın "dolaylı yatırım" olduğunu ve ICSID yetkisinin dışında kaldığı iddiasını ileri sürmüştür. Hakem heyeti ise ICSID hakem heyetlerinin yetkisinin dolaylı yatırımlar için de söz konusu olabileceğini, uyuşmazlığın doğrudan veya

⁷²¹ Bakınız: Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention (February 2019) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf> (erişim tarihi 28.02.2019).

⁷²² ICSID Convention, art.25/1; Tondapu, G. S. (2010). International Institutions and Dispute Settlement: The Case of ICSID. *Bond Law Review*, Vol.22, Issue 1, pp.81-95.

⁷²³ *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006, parag.34-37.

⁷²⁴ Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995, parag.22.

⁷²⁵ Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, parag.94.

⁷²⁶ Timmer, L. J. E. (2012). The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre. *Journal of International Arbitration*, Vol.29, Issue 4, pp.363-373.

dolaylı bir yatırım ile alakalı olmasının yeterli olduğunu vurgulamıştır.⁷²⁷ Öte yandan yatırımın bir dizi eylem ve işlemin bütünü olarak değerlendirildiği durumlarda spesifik işlem tek başına yatırım olmasa dahi, yatırımın tamamını etkiliyorsa, bu işlemde kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar ICSID tahkiminin yetkisi dahilindedir. *CSOB v. Slovakia* kararında belirli bir para transferinin tek başına yatırım oluşturmayacağı ancak total işlemler bütününe yatırım olduğu dikkate alınarak, salt para transferinden kaynaklansa da, ortada bir hukuki uyuşmazlığın bulunduğu hükmedilmiştir.⁷²⁸ Ev sahibi devletler genel ekonomik politikaları ileri sürerek uyuşmazlığın yatırımlardan kaynaklanmadığını ve dolayısıyla hakem heyetinin yetkili olmadığını da ileri süremezler. Arjantin ekonomik krizinde bu argüman sıkça dile getirilmiştir. *CMS v. Argentina* kararında hakem heyeti; Arjantin devletinin ekonomi politikalarının doğru olup olmadığına dair bir değerlendirme yapamayacağını, ancak politikanın uygulanması sırasında alınan kararların ve uygulanan regülasyonların yatırımı ya da yatırımı ilgilendiren yükümlülükleri doğrudan etkilemesi durumunda yetkisinin doğacağını vurgulamıştır.⁷²⁹

Rızanın kapsamı ICSID hakem heyetlerince yorumlanmıştır. Özellikle devletin rızası, esasen kendi egemenlik yetkisini, ekonomik kalkınmayı desteklemek amacıyla ve uluslararası hukuka uygun şekilde kısıtlaması anlamına gelmektedir.⁷³⁰ Bu nedenle ICSID tahkim davalarında devletler genel itibarıyla rızanın dar yorumlanması gerektiğini aksi halde devletin egemenlik yetkilerine hanel gelebileceğini iddia etmektedirler. Buna karşın yabancı yatırımcılar da uluslararası tahkim imkanından faydalanabilmek için devletin rızasının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Nitekim şemsiye klostara ilişkin kararlarda görüldüğü üzere bazı hakem heyetleri dar yoruma başvurarak yatırım sözleşmesinden kaynaklanan

⁷²⁷ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, 11 June 1997, parag.24.

⁷²⁸ Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, Parag.72.

⁷²⁹ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, parag.33.

⁷³⁰ Bakınız: Andreeva, Y. (2011). Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions. *Arbitration International*, Vol.27, Issue 2, pp.129-148.

ihlallerin şemsiye klozun ihlali anlamında gelmeyeceğini, bu hususta devletin açık iradesinin aranması gerektiğini düşünürken, diğer bazı hakem kararları ise aksi yönde düşünerek şemsiye klozlar yoluyla yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların aynı zamanda andlaşma ihlali anlamına geleceğini ve ICSID tahkiminde görülebileceğini düşünmektedirler. Diğer bazı hakem kararları ise bu durumun sadece devletin egemenlik eylemi ile gerçekleştirdiği ihlaller ile sınırlı olması gerektiğini tespit etmektedir. Benzer bir yorum farkı MFN kayıtları için de söz konusudur. Bu anlamda bazı hakem heyetleri MFN kaydını uyuşmazlık çözümüne dair hükümlere de uygularken diğer bazı kararlar ise bunun için devletin açık rızasının olması gerektiğini düşünerek MFN kaydını uyuşmazlık çözümüne uygulamamaktadır. Bazı hakem heyetleri rızanın tarafların iradesine dayalı ve dengeli bir şekilde yorumlanması gerektiği kanaatinde dirler.⁷³¹ *Amco v. Indonesia* davasında hakem heyeti tahkim kaydının ne geniş ve liberal bir şekilde ne de dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini, tarafların ortak iradesine dayalı bir yorum metodunun kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmiştir. Heyete göre böyle bir yorumda kullanılması gereken en kritik iki kavram ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve iyi niyet (good faith) ilkeleridir.⁷³² Ahde vefa ilkesi ayrıca rızanın geri alınamamasında da ortaya çıkmaktadır. Uluslararası hukukta aslanan akdi yükümlülükler uyuşmasıdır. Hatta ICSID Konvansiyonu 72. maddesine göre devletin ICSID Konvansiyonu'ndan çekilmesi durumunda dahi daha önceden verdiği ve yatırımcı tarafından kabul edilen rızası geçerliliğini yitirmeyecektir.⁷³³

ICSID Konvansiyonu 26. maddesi aksi kararlaştırılmadıkça rızanın diğer hukuk yollarını devredışı bırakacağını düzenlemektedir. Ancak rızayı veren devlet rızasını

⁷³¹ Ciurtin, H. (2017). Paradoxes of (Sovereign) Consent: On the Uses and Abuses of a Notion in International Investment Law. In Baltag, C. (ed). *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*. Wolters Kluwer, pp.20-98; Cinotti, D. N. (2015). How Informed is Sovereign Consent to Investor-State Arbitration?. *Maryland Journal of International Law*, Vol.30, Issue 1, pp.105-117.

⁷³² *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, parag.394.

⁷³³ Garibaldi, O. M. (2009). On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp.251-278.

öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlayabilir. ICSID'e başvuru imkanının iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlanması en çok görülen sınırlamaların başında gelmektedir. Ancak bu durumda da devlet tarafından böyle bir kısıtlamanın getirilmesi ancak yatırımcının rızasını açıkladığı tarihe kadar mümkün olabilmektedir. Zira devletin uluslararası tahkim taahhüdü yatırımcı tarafından kabul edildiği anda artık rıza geri alınamaz, daraltılamaz ya da şarta bağlanamaz.⁷³⁴ Öte yandan BIT'lerde sıkça kullanılan başka bir şart ise ICSID tahkiminden önce taraflar arasında dostane bir çözüm (amicable settlement) arayışının ön koşul olarak yerine getirilmesidir. Bu anlamda, örneğin, ICSID'e başvurmadan önce taraflar arasında altı ay gibi bir süre boyunca dostane görüşmelerin yapılması (cooling off period) ve ancak sonuç alınamazsa ICSID'e başvurulması gibi bir şart öngörülebilir. Bazı BIT'lerde hem dostane çözüm hem de iç hukuk yollarının tüketilmesi birlikte düzenlenmektedir. Dostane çözüm esasen uluslararası hukukta uyuşmazlıkların barışçıl yollarla ve iyi niyet prensibi çerçevesinde çözülmesi kuralının bir yansımasıdır.⁷³⁵ Son olarak taraflar ICSID önünde tahkime başvurmadan önce uyuşmazlığın, yine ICSID kuralları tarafından düzenlenen, uzlaştırma (conciliation)⁷³⁶ yoluyla çözülmesini şart koşabilmektedirler ancak bu şart sıkça görülen bir durum değildir.⁷³⁷ İç hukuk yollarının tüketilmesi veya dostane çözüm için öngörülen sürelerin niteliği ICSID hakem heyetlerince tartışılmıştır. *SGS v. Pakistan* kararında hakem heyeti Pakistan ve İsviçre arasındaki BIT'te yer alan ICSID tahkimine gitmeden önceki 12 aylık danışma ve müzakere süresini sadece seçimlik bir hak olarak yorumlamış, bu süreyi geçirmeden ICSID tahkimine başvuran SGS'nin açtığı dava hakkında yetkisizlik kararı vermemiştir. Hakem heyetine göre bu tür kayıtlar uyuşmazlığın, doğrudan tahkime götürülmesinden önce taraflar arasında dostane çözümünü sağlayacak seçimlik

⁷³⁴ Brauch, M. D. (2017). Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law. IISD Best Practices Series, January, pp.7-24.

⁷³⁵ Brownlie, I. (1995). The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice. *Pace International Law Review*, Vol.7, Issue 2, pp.257-279.

⁷³⁶ Uzlaştırma ICSID Konvansiyonu 28-35. maddeleri arasında düzenlenen diğer bir uyuşmazlık çözüm yoludur.

⁷³⁷ Coe, J. J. (2005). Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes: A Preliminary Sketch. *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol.12/7, pp.8-46.

kayıtlar olup uyulmaması halinde ICSID hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesi gerekmez.⁷³⁸ Ancak *Enron v. Argentina* kararı gibi ICSID hakem kararlarının büyük çoğunluğu iç hukuk yolları veya dostane çözüme dair kayıtların yerine getirilmemesi halinde ICSID hakem heyetlerinin yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini düşünmektedir.⁷³⁹

5.3. ICSID Tahkiminde Uluslararası Hukukun Uygulanması

ICSID tahkiminin uluslararası hukuk karakterini sağlayan en önemli özelliklerinden biri de uyuşmazlığa uluslararası hukukun tamamlayıcı ve düzeltici bir şekilde uygulanmasıdır. Zira ICSID tahkimi kural olarak ICSID Konvansiyonuna ve iki taraflı yatırım andlaşmalarına (BIT) dayalı bir tahkim yoludur. Yatırım tahkiminde genel olarak davacı yatırımcı olmakta ve yatırımcı, ev sahibi devletin, yatırım sözleşmesini veya uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmektedir. Uluslararası yükümlülük BIT ya da bölgesel andlaşma gibi uluslararası bir andlaşmadan kaynaklanabileceği gibi uluslararası teamül hukukundan da kaynaklanabilir.⁷⁴⁰ Uluslararası hukukun uygulanması sadece ICSID Konvansiyonu'nda öngörülmemekte aynı zamanda BIT'ler, NAFTA 1131. maddesi ve ECT 26. maddesi de hakem heyetinin uygulanacak hukuk olarak uluslararası hukuk kurallarını ve prensiplerini dikkate alması gerektiğini düzenlemektedir.⁷⁴¹ Biz konunun genişliğine binaen incelememizi ICSID ile sınırlı tutarak, ICSID tahkiminde uluslararası hukukun rolünü ve iç hukuk ile uluslararası hukuk çatıştığında hangi hukukun üstün geleceğini uygulamadan örneklerle izah etmeye çalışacağız.

⁷³⁸ SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, parag.184.

⁷³⁹ Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, parag.88.

⁷⁴⁰ Robinson, S. (2014). International Obligations, State Responsibility and Judicial Review Under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime. *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol.30, No.78, pp.68-81.

⁷⁴¹ NAFTA 1131 ve ECT 26. Ancak NAFTA ve ECT'nin bahsi geçen maddeleri tarafların hukuk seçimi hususunda sessiz kalmaktadır. Bakınız: Puig, S. & Kinneer, M. (2010). NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.25, Issue 2, pp.225-267; Roe, T. & Happold, M. (2011). *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge University Press, pp.27-162.

5.3.1. ICSID Tahkiminde Tarafların Hukuk Seçimi ve Uluslararası Hukukun Yeri

ICSID Konvansiyonu hukuki uyumsuzluğa uygulanacak hukuku düzenlerken iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında dengeyi gözetmiş ve önceliği tarafların hukuk seçimine bırakmıştır (choice of law).⁷⁴² Konvansiyonun 42. maddesine göre; 1) hakem heyeti uyumsuzluğu taraflarca kararlaştırılmış hukuk kurallarına göre çözer. Taraflarca anlaşma olmaması halinde heyet, uyumsuzluğa taraf devletin hukukunu (kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte) ve uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarını tatbik eder, 2) heyet, hukukta belirsizlik ya da sessizlik olduğuna binaen ve uygulanacak hukuki kural olmadığı (*non liquet*) iddiasıyla çözüm getirmekten kaçınmaz, 3) 1. ve 2. paragraf hükümleri, taraflar anlaştığı takdirde, heyetin uyumsuzluğu hak ve nispet (*ex aequo et bono*) kurallarına göre çözmesine engel teşkil etmez.⁷⁴³ 42. madde hükmü uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Prosedürel işlemler, hakemlerin yetkisinin (jurisdiction) belirlenmesi ve uyrukluk (nationality) gibi konular 42. maddenin kapsamı dışında kalmaktadır.⁷⁴⁴ Nitekim *CSOB v. Slovakia* davasına bakan hakem heyetine göre tarafların tahkime rızasının ve dolayısıyla hakem heyetinin uyumsuzluğa bakmaya yetkisinin olup olmadığı iç hukuka göre değil ICSID Konvansiyonu 25. maddesi uyarınca ve ancak uluslararası hukuka uygun şekilde belirlenecektir.⁷⁴⁵ *Amco v. Indonesia* davasında ise davalı devlet yatırımcının uyrukluğuna itiraz etmiş ve Konvansiyonun 42/1. maddesi uyarınca kendi iç hukukunu ileri sürmüştür. Hakem

⁷⁴² Karton, J. (2017). Choice of Law and Interpretive Authority in Investor-State Arbitration. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Vol.3, pp.217-268.

⁷⁴³ ICSID Konvansiyonu 42. Madde metni şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.”
<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (erişim tarihi 04.04.2018).

⁷⁴⁴ Chukwumerije, O. (1997). International Law and Article 42 of the ICSID Convention. *Journal of International Arbitration*, Vol.14, Issue 3, pp.79-101.

⁷⁴⁵ *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, Parag.35.

heyeti ise yatırımcının uyrukluğunun, kurulduğu devletin iç hukukuna göre belirleneceğini vurgulayarak bu iddiayı reddetmiştir.⁷⁴⁶

Konvansiyonun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre uygulanacak hukukun belirlenmesi için öncelikle tarafların bu konuda bir anlaşmasının var olup olmadığı araştırılır. Taraflar arasındaki sözleşmede genel itibariyle yatırımın yapıldığı ev sahibi devletin iç hukukunun uygulanması gerektiği belirtilir.⁷⁴⁷ Örneğin yabancı yatırımcı yatırımını Almanya’da yapmış ise taraflar aralarındaki sözleşmeye “uyuşmazlık halinde Alman hukuku uygulanır” ibaresini ekleyebilirler ya da sadece uyuşmazlıkların çözümü için detaylı bir sözleşme yapabilirler. Yatırım tahkiminde, ticari tahkime nazaran, çok daha az sıklıkta başka bir devletin hukukuna atıf yapılmaktadır. Zira yatırım temel itibariyle gerçekleştirildiği ülkenin idare, borçlar, ticaret, vergi, iş veya gayrimenkul kanunları çerçevesinde yapıldığı için uyuşmazlık esnasında da en makul çözüme, yatırımın tabi olduğu hukukun uygulanması yoluyla ulaşılabilecektir. Bu nedenle genel itibariyle ikinci cümlede geçen kanunlar ihtilafı kurallarının ancak taraflar arasında bir anlaşma yoksa uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁷⁴⁸ Uygulanacak hukuk devletin taraf olduğu BIT’te de yer alabilir. Bu durumda yetkide olduğu gibi yine yatırımcının kabulüne ihtiyaç vardır. Öte yandan taraflar ICSID’e dava açıldıktan sonra dahi hukuk seçiminde bulunabilirler. Nitekim *Benvenuti v. Congo* davasında taraflar ICSID hakem yargılaması sürerken uyuşmazlığın hak ve nısfet (*ex aequo et bono*) çerçevesinde çözülmesi konusunda anlaşmışlar ve bu anlaşma heyetçe kabul edilmiştir.⁷⁴⁹ Öte yandan taraflarca kararlaştırılmış olan hukukun dışına çıkmak

⁷⁴⁶ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, parag.562.

⁷⁴⁷ Bakınız: Öztürk, N. Ö. (2006). *ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

⁷⁴⁸ Kjos, H. E. (2013). *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*. Oxford University Press, pp.61-105.

⁷⁴⁹ S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 15 August 1980, parag.1.22-4.65.

hakemlerin yetkisini aşması anlamına gelecektir ki bu durum da hakemin reddi ya da kararın iptalini gündeme getirebilecektir.⁷⁵⁰

Taraflar aralarında akdettikleri sözleşmede uluslararası hukuku ya da hukukun genel ilkelerini de, iç hukukun yanında, uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler. Yatırımcılar bazı durumlarda iç hukuktan kaynaklanan belirsizliklerden etkilenmemek için böyle bir hükmün sözleşmeye dercedilmesini talep etmektedirler. *AGIP v. Congo* davasında taraflar uyuşmazlığa Kongo hukuku ve tamamlayıcı olarak uluslararası hukukun uygulanacağını kararlaştırmıştır. Kamulaştırmadan kaynaklanan uyuşmazlığı inceleyen hakem heyeti uluslararası hukukun tamamlayıcı olarak belirlenmesinden dolayı önceliği Kongo iç hukukuna vermiş, uluslararası hukukun tamamlayıcı ya da hukuki boşluğu (*lacunae*) giderici bir rol üstleneceğini belirtmiştir.⁷⁵¹ Tarafların hukuk seçiminde ortaya çıkabilecek diğer bir problem de iç hukukun bir parçası haline gelmiş olan uluslararası hukukun da bu kapsama girebileceği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim bazı devletlerde uluslararası anlaşmalar bir kanun ile iç hukuk normu haline getirilmektedir.⁷⁵² Böyle bir durumda ortaya paradoksal bir döngü çıkmaktadır. Zira iç hukuk haline gelmiş olan uluslararası hukuk kurallarının artık hangi hukukun kapsamında sayılacağı tartışması yaşanacaktır. Böyle bir problemi aşmak için önce tarafların anlaşması yorumlanmalı sonrasında ise ilgili devletin iç hukukunda uluslararası hukukun yeri incelenmelidir. İç hukuka uluslararası hukuk kuralı doğrudan aktarılmamış veya sonradan başka bir düzenleme ile iç hukuk düzenlemesi değiştirilmiş olabilir. Bu nedenle uluslararası hukukun uygulanması konusunda

⁷⁵⁰ Shihata, I. F. I. & Parra, A. R. (1994). Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol. 9, pp.183-213.

⁷⁵¹ *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, p.323.

⁷⁵² Bakınız: Starke, J. G. (1999). Monism and Dualism in the Theory of International Law. In Paulson, S. L. & Litschewski-Paulson, B. (ed). *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford University Press, pp.537-553.

tarafaların iç hukukun parçası olarak uygulanma talebi davayı farklı neticelere götürebilmektedir.⁷⁵³

Tarafların hukuk seçiminde uluslararası hukuktan bahsedilmemesi durumunda dahi Konvansiyonun 42/1. maddesinin ikinci cümlesi uyarınca yine de uluslararası hukukun uygulanacağına dair görüşler ağırlıktadır.⁷⁵⁴ *SPP v. Egypt* davasında, Mısır yetkililerinin yetki aşımı suretiyle (*ultra vires*) gerçekleştirdikleri eylemden kaynaklanan uyuşmazlıkta, davalı devlet, taraflar arasında iç hukukun tercih edildiğini ileri sürerek uluslararası hukukun uygulanmasına karşı çıkmıştır. Hakem heyetine göre her ne kadar taraflar iç hukuku tercih ettiyse de bu durum iç hukukun boşluk bıraktığı (*lacunae*) noktalarda uluslararası hukukun uygulanmasına engel değildir. Hiçbir iç hukuk kusursuz değildir. Hukuki boşluğun olduğu durumlarda “tarafaların anlaşmalarının olmadığı” kabul edilir ve ikinci cümle rol oynamaya başlar. Bu nedenle heyetçe uluslararası hukukun ilgili prensipleri (devletin sorumluluğu kuralları) uygulanarak Mısır’lı yetkililerin eylemlerinin devlete atfedilebileceği ve yabancı yatırımcı nezdinde haklı beklentiye yol açtığı kabul edilmiştir.⁷⁵⁵ *LETCO v. Liberia* davasında da taraflar, aralarındaki sözleşmede Liberya iç hukukuna atıf yapmış, uluslararası hukuktan bahsetmemiştir. Davacı yine de 42/1 maddesinin son cümlesi uyarınca uluslararası hukukun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti incelemesinde her ne kadar Liberya hukuku tercih edilse de bu hukukun da uluslararası hukukun kontrolü altında olacağını tespit ederek uluslararası hukuku

⁷⁵³ Kreindler, R. H. (2004). The Law Applicable to International Investment Disputes. In Horn, N. & Kröll, S. (ed). *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, p.414.

⁷⁵⁴ Dumberry, P. & Stone, J. (2014). International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century. In Bjorklund, A. (ed). *Yearbook on International Law & Policy 2012-2013*. Oxford University Press, pp.477-516.

⁷⁵⁵ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Award, 20 May 1992, parag.207-208.

uygulamıştır.⁷⁵⁶ Bu anlamda uluslararası hukuk iç hukuku da düzeltici (corrective) bir fonksiyon üstlenmektedir.

ICSID raporlarında da bahsedildiği üzere taraflarca uluslararası hukukun tamamen devredışı bırakılması bazı istenmeyen neticeler ortaya çıkarabilecektir.⁷⁵⁷ Özellikle yatırımcı açısından böyle bir durum uluslararası teamül hukukunca öngörülen yabancıların korunmasına dair standartlardan faydalanamama anlamına gelecektir. Bu nedenle uluslararası minimum standardın gereği olan yabancı yatırımcının korunmasına dair prensiplerin, taraflarca uluslararası hukuk seçilmese dahi, hakem heyetince zorunlu bir şekilde uygulanacağı kabul edilmektedir.⁷⁵⁸ *Autopista v. Venezuela* davasında hakem heyetine göre, her ne kadar 42/1 maddesinin ilk cümlesi taraflara iç hukuku tercih etme serbestisi tanısa da seçilen hukuk ikinci cümle uyarınca uluslararası hukukun düzeltici işlevi (corrective function) ile birlikte uygulanacaktır.⁷⁵⁹ Benzer şekilde *Duke Energy v. Peru* davasında da hakem heyeti, taraflar arasında uluslararası hukuk seçilmemiş olsa dahi, tercih edilen Peru iç hukukunun uluslararası hukukun kontrolünde olduğunu teyit etmiştir.⁷⁶⁰ Öte yandan uygulamada tarafların tercihi olmamasına rağmen uluslararası hukukun tercihe ihtiyaç duyulmadan otonom bir şekilde uygulanması bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Masood ve Nassar gibi yazarlar böyle bir uygulamadan, tarafların iradesine aykırı olduğu gerekçesiyle, vazgeçilmesi gerektiğini düşünmektedirler.⁷⁶¹

⁷⁵⁶ *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, pp.358-372.

⁷⁵⁷ Legum, B. & Kirtley, W. (2012). The Status of the Report of the Executive Directors on the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol.27, No.1, pp.159-171.

⁷⁵⁸ Thomas, J. C. & Dhillon, H. K. (2014). Applicable Law under International Investment Treaties. *Singapore Academy of Law Journal*, Vol.26, pp.975-998.

⁷⁵⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Award, 23 September 2003, parag.207.

⁷⁶⁰ *Duke Energy International Peru Investments No.1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 January 2006, parag.162.

⁷⁶¹ Masood, A. (1973). Law Applicable in Arbitration of Investment Disputes under the World Bank Convention. *Journal of the Indian Law Institute*, Vol.15, p.319; Nassar, N. (1997). Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel. *Journal of International Arbitration*, Vol.14, p.196.

Taraflarca uygulanacak hukuku belirten bir anlaşmanın olmaması halinde uyuşmazlığa bakan heyet 42/1. maddenin ikinci cümlesi uyarınca davaya taraf olan devletin, kanunlar ihtilafı kuralları ile birlikte, iç hukukunu ve uluslararası hukuku uygulayacaktır.⁷⁶² Tarafların iradesinin açık olmadığı ya da başkaca yollardan zımni iradelerinin çıkarılamadığı durumlarda Konvansiyon tamamlayıcı hüküm öngörerek hakem heyetlerinin uygulayacağı hukuku en iyi şekilde seçebileceği bir düzenleme getirmiştir. *Amco v. Indonesia* davasında hakem heyeti tarafların mevcut uyuşmazlığa uygulanacak hukuku açıkça belirlediği bir anlaşmasının yokluğundan dolayı Endonezya hukukunu ve uluslararası hukukun ilgili kurallarını uygulamıştır.⁷⁶³ Benzer şekilde *MCI v. Ecuador* davasında da hakem heyeti uygulanacak hukuk hakkında bir anlaşmanın olmaması nedeniyle Ekvador iç hukukunu ve uluslararası hukuku uygulamıştır.⁷⁶⁴ Konvansiyon'un 42/1 maddesinin ikinci cümlesinde de uluslararası hukuktan bahsedilmiştir. İleride bahsedeceğimiz yatırım tahkimi kararlarından anlaşılabilceği üzere, uygulamada, uluslararası hukukun düzeltici fonksiyon (corrective function) üstlendiği kabul edilmektedir. Öte yandan ICSID raporlarında belirtildiği üzere 42. maddede düzenlenen uluslararası hukuk ibaresi Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi çerçevesinde anlaşılmalıdır. Bu anlamda en çok dikkate alınacak kurallar yatırımı doğrudan ilgilendiren BIT'ler, bölgesel andlaşmalar, uluslararası teamül hukuku standartları ve hukukun genel ilkeleridir.⁷⁶⁵

Schreuer, Konvansiyonun 42/1. maddesi uyarınca bahsi geçen uluslararası hukuk kurallarının başında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, BIT'ler ve NAFTA veya ECT gibi bölgesel andlaşmalar olduğunu belirttikten sonra ICSID hakem heyetlerince en çok kullanılan uluslararası teamül hukuku kurallarını ve kullanıldığı alanları

⁷⁶² Moloo, R. & Khachaturian, A. (2011). The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law. *Fordham International Law Journal*, Vol.34, Issue 6, pp.1473-1501.

⁷⁶³ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Award, 20 November 1984, parag.148.

⁷⁶⁴ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, parag.217.

⁷⁶⁵ Kahn, P. (1968). The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes. *Indiana Law Journal*, Vol.44, p.28.

sıralamaktadır. Yazara göre; 1) devletin sorumluluğuna dair ilkeler, 2) kazanılmış haklara saygı ilkesi, 3) zaruret halinin sonuçları, 4) adaletten imtina, 5) ayaklanma ya da isyan durumunda yatırımın korunması ilkeleri, 6) istikrar kaydının ihlali neticesinde millileştirme, 7) kamulaştırma neticesinde tazminat ödenmesi, 8) chorzow factory standardı olarak da bilinen haksız kamulaştırmada tazminatın uygun araçlar yoluyla ölçülmesi, 9) hukuka aykırı olmayan kamulaştırmanın kanunla öngörülmesi, kamu yararına binaen iyi niyet çerçevesinde gerçekleştirilmesi, ayrımcı olmaması ve uygun tazminatın ödenmesi, 10) sadece maddi değil maddi olmayan sözleşmesel hakların da dolaylı olarak kamulaştırılabileceği, 11) yetki meselesinin davanın açıldığı tarih dikkate alınarak belirlenmesi, 12) iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının gerekli olup olmadığı, 13) yetkinin belirlenmesi için tüzel kişilik perdesinin aralanmasının gerekli olup olmadığı, 14) hissedarların genel uluslararası hukukta korunup korunmadığı hususları uluslararası teamül hukukuna başvurularak çözüme kavuşturulmaktadır. Öte yandan Schreuer, yine ICSID hakem heyetlerince en çok başvuru alan “hukukun genel ilkelerini” de saymaktadır. Buna göre; iyi niyet (good faith), yolsuzluğun yasaklanması, hiç kimsenin kendi kusuruna dayanmaması, ahde vefa (pacta sunt servanda) ve mütekabiliyet gibi sözleşmeler hukuku ilkeleri, önceki beyanla bağlılık (estoppel), sebepsiz zenginleşme, sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali halinde tam tazminat, millileştirme halinde tazminat, genel özen yükümlülüğü, davacının iddiasını kanıtlamakla mükellef tutulması, kesin hüküm def'i (res judicata), hakkın kötüye kullanılması yasağı, zararı azaltma yükümlülüğü, kimsenin hakkı olmayan bir şey üzerinde tararrufta bulunamaması, zararın değerine göre hesaplanması en çok başvuru alan genel hukuk ilkeleridir.⁷⁶⁶

Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) Statüsü'nün 38. maddesi ikincil veya yardımcı kaynak olarak yargı kararları ve doktrinden bahsetmektedir. Bilindiği üzere uluslararası hukukta zorunlu içtihat (precedent) kuralı yoktur. Nitekim ICJ statüsünün 59. maddesi de “Divan'ın kararı, sadece uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar

⁷⁶⁶ Schreuer, C. et al (2009). *The ICSID convention: A Commentary*. Cambridge University Press, pp.604-609.

verilen dava için bağlayıcıdır” hükmünü taşımaktadır.⁷⁶⁷ Aynı durum ICSID tahkimi için de geçerlidir. Hakem heyetleri daha önce verilmiş kararlar ile bağlı değildir. Ancak uygulamada hakem kararları önceki kararlara sıkça atıfta bulunmaktadır. Böylelikle hakemler gerekçeyi daha ikna edici kılmakta ve diğer kararlar ile ahenk oluşturmaktadır.⁷⁶⁸ Nitekim *ADC v. Hungary* davasında hakem heyeti dava ile ilgili diğer ICSID hakem kararlarına değinmiş, önceki kararların benzer yorumlarına atıfta bulunmanın yatırım hukukunu geliştireceğini ve hem ev sahibi devlet hem de yatırımcı için daha faydalı ve öngörülebilir bir hukuk sistemi oluşturacağını belirtmiştir.⁷⁶⁹ Benzer şekilde *Saipem v. Bangladesh* davasında da hakem heyeti; önceki kararlarla bağlı olmamakla birlikte hakem heyetlerinin ilgili diğer kararları dikkatli bir şekilde incelemesi gerektiğini, böylece daha tutarlı bir içtihat hukukunun oluşacağını ve bunun yabancı yatırım hukukunun gelişimine katkıda bulunacağını vurgulamıştır.⁷⁷⁰ Öte yandan ICSID hakem heyetleri doktrinden yetkin hukukçuların görüşlerine de yer vermekte, taraflarca bazı durumlarda uzman görüşü (expert opinion) adıyla mütalaalara başvurulmaktadır.⁷⁷¹

ICSID tahkiminde uluslararası hukukun kendiliğinden ve zorunlu bir şekilde uygulanması Konvansiyon’un ruhuna daha uygundur. Yabancı yatırımcıyı sözleşme ile uluslararası hukuk standartlarından mahrum bırakmak Calvo Doktrininin uygulanmasına benzemektedir ki böyle bir durum uluslararası tahkimi tercih eden yabancı yatırımcının talep etmeyeceği bir durumdur. Ayrıca bazen yatırımcıya,

⁷⁶⁷ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, madde 59.

⁷⁶⁸ Schreuer, G. & Weiniger, M. (2008). A Doctrine of Precedent?. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.1188-1207.

⁷⁶⁹ ADC Affiliate Limited and ADC &ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, Award, 2 October 2006, parag.293.

⁷⁷⁰ Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, parag.67.

⁷⁷¹ Hodgson, M. & Stewart, M. (2018). Experts in Investor-State Arbitration: The Tribunal as Gatekeeper. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.9, Issue 3, pp.453-463; Blackaby, N. & Wilbraham, A. (2016). Practical Issues Relating to the Use of Expert Evidence in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, Issue 3, pp.655-669; Swinehart, M. W. (2017). Reliability of Expert Evidence in International Disputes. *Michigan Journal of International Law*, Vol.38, Issue 2, pp.287-347.

uyuşmazlık durumunda ilgili devletin hukukunun uygulanmasını kabul etmesi şart koşulmakta ve yabancı yatırımcı istemeyerek de olsa bu durumu kabullenmektedir. Bu nedenle uygulamada hakemler, taraflar arasındaki akitte yer almamasına rağmen, yabancı yatırımcılar tarafından uluslararası hukukun da uygulanması talebi ile sıkça karşılaşmaktadır. Kaldı ki Muchlinski'nin de belirttiği gibi, 27. maddesi uyarınca diplomatik himaye yolunu yasaklayan ICSID Konvansiyonunun, diplomatik himaye davasında dahi uygulanacak yabancılara ilişkin minimum standartlardan yabancıyı mahrum bırakması düşünülemez.⁷⁷²

5.3.2. ICSID Tahkiminde Devletin Sorumluluğunun Belirlenmesi

ICSID tahkiminde uluslararası hukukun etkin bir şekilde kullanıldığı alanlardan biri devletin sorumluluğunun belirlenmesidir. Nitekim ICSID hakem heyetleri yatırımcıya zarar veren eylemin devlete isnadı hususunda ILC taslak maddelerini ve Uluslararası Adalet Divanı kararlarını yoğun bir şekilde kullanmaktadır. Esasen devletin sorumluluğuna dair uluslararası teamül hukuku kuralları daha önce ele aldığımız diplomatik himaye davalarında da uygulanmıştır. Zira diplomatik himaye yoluyla yatırımcının ve yatırımlarının korunması, devletin sorumluluğu hukuku ile yakından ilişkilidir. Nitekim bu ilişki Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik himayeye dair taslak maddelerinin 1. maddesinde de belirtilmiştir. Buna göre diplomatik himaye "bir devletin diğer bir devlete karşı, kendi gerçek veya tüzel kişi vatandaşına karşı işlenen uluslararası bir haksız fiilden kaynaklanan zarardan dolayı, diplomatik veya diğer barışçıl uyuşmazlık çözüm yolları ile sorumluluk atfedebilmesini" ifade eder.⁷⁷³ Komisyonca çizilen bu çerçeve daha sonra Uluslararası Adalet Divanı önünde görülen *Diallo* davasında da teyit edilmiştir.⁷⁷⁴ Diplomatik himayeye dair taslak düzenleme devletin sorumluluğunun hangi eylemler neticesinde ortaya çıkacağına veya sonuçlarının ne olacağına dair bir düzenleme içermemektedir. Bu

⁷⁷² Muchlinski, P. T. (1991). Dispute Settlement under the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes. In Butler, W. E. (ed). *Control over Compliance with International Law*. Martinus Nijhoff Publications, p.186.

⁷⁷³ Draft Articles on Diplomatic Protection, art.1.

⁷⁷⁴ Ahmadou Sadio Diallo, (Guinea v. Democratic Republic of Congo), Judgment, 24 May 2007, ICJ Reports 2007, parag.39.

nedenle sorumluluk doğuran eylemler konusunda uluslararası teamül hukuku kuralları cari olacaktır.⁷⁷⁵

Devletin sorumluluğunun kapsamını belirten yeknesak bir uluslararası andlaşma mevcut değildir. Çeşitli andlaşmaların birçok maddesinde devletin sorumluluğu ile ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. Devletin sorumluluğu ile ilgili en kapsamlı çalışma yine Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler⁷⁷⁶ başlığını taşıyan 2001 tarihli çalışma her ne kadar uluslararası bir andlaşmaya dönüşemediyse de devletin sorumluluğuna dair uluslararası teamül hukuku kurallarını büyük oranda kodifiye etmiştir. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, ICSID hakem heyetleri de sık sık 2001 tarihli taslak maddelere atıf yapmakta ve devletin sorumluluğunun belirlenmesinde ILC taslak maddelerini dikkate almaktadır.⁷⁷⁷

Uluslararası Hukuk Komisyonunca hazırlanmış olan devletin sorumluluğuna ilişkin taslak maddelerin 1. maddesine göre “bir devletin uluslararası hukuka aykırılık teşkil eden her eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur”.⁷⁷⁸ Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından 14 Haziran 1938 tarihinde verilen *Fas Fosfatları Davası*’nda da 1. madde kuralı teyit edilmiştir. Karara göre “bir devlet diğer bir devlete karşı uluslararası hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirdiğinde sorumluluk bu iki devlet arasında doğar”.⁷⁷⁹ Devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin onun uluslararası sorumluluğunu doğuracağını belirten 1. madde hükmü, böyle bir

⁷⁷⁵ Uluslararası teamül hukukunun değeri hakkında kapsamlı bir çalışma için bakınız: Guzman, A. T. (2005). Saving Customary International Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol.27, Issue 1, pp.115-176.

⁷⁷⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, UN Doc. A/56/49(Vol.1)/Corr.4

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (erişim tarihi 30.08.2017).

⁷⁷⁷ Crawford, J. (2010). Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility. *ICSID Review-FILJ*, Vol.25, Issue 1, pp.127-199; Paparinskis, M. (2013). Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, Vol.24, No.2, pp.617-647.

⁷⁷⁸ Draft Articles on State Responsibility, art.1.

⁷⁷⁹ Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series A/B 74, 14 June 1938, Judgment, pp.10-28.

eylemin kusurlu bir eylem teşkil edip etmemesi gerektiği konusunda sessiz kalmaktadır. Buradan yola çıkarak doktrinde yaygın kabul edilen görüş gereği uluslararası hukuka aykırı eylemin kusurlu olup olmadığının herhangi bir fark yaratmadığı, devletin kusursuz dahi olsa sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁸⁰ Öte yandan 1. madde hükmü devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan bir zararın varlığını da şart koşmamaktadır. Buna göre devletin eyleminin zarar meydana getirip getirmediğinin sorumluluğa etkisi yoktur. Ancak bu durum sorumluluk hukukunda zararın dikkate alınmadığı sonucunu da doğurmamaktadır. Zarar, bu anlamda, devletin sorumluluğunun neticesinde tayin edilecek onarım metodunda dikkate alınabilecek bir unsurdur.⁷⁸¹

Devletin sorumluluğuna dair taslak düzenlemenin 2. maddesine göre devletin uluslararası hukuka aykırı bir eyleminden veya ihmalden bahsedebilmemiz için iki unsurun bir araya gelmesi gerekir. Birincisi eylem veya ihmalin devlete atfedilebilmesi, ikincisi ise eylem ya da ihmalin uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini oluşturmasıdır.⁷⁸² Devlete eylemin isnat edilebilmesi için ilgili devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi ile devlet organları veya bu organlar adına hareket eden devlet görevlileri arasında bir bağın bulunması gerekir. Taslak düzenlemenin 4. maddesine göre sorumluluğa yasama, yürütme veya yargı içerisinde değerlendirilebilecek, merkezi veya yerel düzeyde bir organ sebebiyet verebileceği gibi devlet organları adına hareket eden kimseler de neden olabilir.⁷⁸³ Bir belediyenin yabancı bir şirketin malını haksız yere kamulaştırması örnek olarak sayılabilir.⁷⁸⁴ Ayrıca taslak düzenlemenin 5. maddesine göre; 4. madde uyarınca devlet organı olmayan ancak hukuki düzenleme ile devlete ait yetkileri kullanma yetkisi verilmiş organların veya

⁷⁸⁰ Plakokefalos, I. (2015). Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity. *European Journal of International Law*, Vol.26, Issue 2, pp.471-492.

⁷⁸¹ Erkiner, H. H. (2010). *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.9-10.

⁷⁸² Draft Articles on State Responsibility, art.2.

⁷⁸³ Draft Articles on State Responsibility, art.4.

⁷⁸⁴ Aksar, Y. (2015). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.183-184.

kişilerin eylemleri de devletin eylemi olarak kabul edilir.⁷⁸⁵ *CMS v. Argentina* davasında da ICSID hakem heyeti uluslararası hukuk komisyonunun taslak düzenlemesine atıf yaparak devletin sorumluluğunu tespit ederken eylemin hangi organ tarafından gerçekleştirildiğinin bir önemi olmadığını, devletin bu eylemden sorumlu olduğunu vurgulamıştır. Heyete göre uygulanacak yatırım andlaşmasına Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 19, 20 ve 23. maddeleri uyarınca bir çekince konulmadıkça⁷⁸⁶ sorumluluğun devlete isnadı hususunda genel hükümler uygulanır.⁷⁸⁷ Öte yandan düzenlemenin 5. maddesi uyarınca kamusal yetki kullanan gerçek ve tüzel kişilerin eylemi de devlete isnad edilir.⁷⁸⁸ ICSID hakem heyetlerince 4. madde yapısal test (structural test) 5. madde ise fonksiyonel test (functional test) olarak adlandırılmaktadır.⁷⁸⁹ *Maffezini v. Spain* davasında hakem heyeti, bir varlığın (entity) devlete doğrudan veya dolaylı yoldan ait olup olmadığı ya da devlet tarafından doğrudan veya dolaylı yoldan kontrol edilip edilmediği veyahut doğası gereği devletin yapabileceği işleri yürütüp yürütmediği kriterlerine göre eylemin devlete isnadına dair bir karine oluştuğuna dikkat çekmiştir.⁷⁹⁰

Eureko v. Poland davasında hakem heyeti ILC 4. maddesini uygulamış ve Polonya Hazine Bakanlığı'nın devlet organı olduğunu, dolayısıyla da eylemlerinin devlete isnad edileceğini tespit etmiştir. Heyete göre Polonya Bakanlar Kurulu'nun aldığı özelleştirme kararını yürüten Hazine Bakanlığı devlet adına hareket etmektedir.⁷⁹¹ *Jan de Nul v. Egypt* davasında da hakem heyetine göre bir organın eylemlerinin devlete isnadı için ilgili organın yasama, yürütme ve yargı kapsamında sayılabilecek

⁷⁸⁵ Draft Articles on State Responsibility, art.5; Hober, K. (2008). State Responsibility and Attribution. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.550-583.

⁷⁸⁶ Uluslararası hukukta iki taraflı andlaşmalara çekince konulamaz.

⁷⁸⁷ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, parag.108.

⁷⁸⁸ Draft Articles on State Responsibility, art.5.

⁷⁸⁹ Genel bir inceleme için bakınız Böckstiegel, K. (1989). *Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice*. Kluwer Law International Publications.

⁷⁹⁰ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, parag.77.

⁷⁹¹ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, *Ad hoc* Arbitration, Partial Award, 19 August 2005, parag.127-129.

bir gücü kullanıp kullanmadığına bakılmalıdır. Bir yapının devlet organı olup olmadığı iç hukuka göre değerlendirilir.⁷⁹² *MCI v. Ecuador* davasında da davalı devlet INECEL adlı kurumun devlet organı olmadığını ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyetine göre ILC tarafından kodifiye edilen uluslararası teamül hukuku kurallarını uyguladığımız zaman INECEL kurumunun eylemleri Ekvador Devleti'ni bağlar ve devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Zira INECEL'in kurumsal yapısı ve icra ettiği fonksiyon incelendiğinde devlet organı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.⁷⁹³ Öte yandan *EDF v. Romania* davasında eylemi gerçekleştiren AIBO ve TAROM adlı kuruluşların özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve devlet organı olarak değerlendirilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.⁷⁹⁴ *Bayındır v. Pakistan* davasında ise hakem heyeti iç hukuka bakarak Milli Otoyol Kurumu'nun devlet organı olup olmadığını araştırmış ve ILC 4. maddesini uygulamıştır. Heyete göre Milli Otoyol Kurumu kendine ait mülkiyet edinebilme veya satabilme, dava açabilme ve kendisine karşı dava açılabilme yetkisi ile donatılmış ayrı bir yapıdır. Kurumun yaptığı iş gereği zaman zaman devlet organları ile iletişim halinde olması devlet organı olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle ILC 4. maddesi uyarınca Milli Otoyol Kurumu'nun eylemlerinin devlete isnadı için yeterli kanıt söz konusu değildir.⁷⁹⁵

Helnan v. Egypt davasında hakem heyeti ILC 5. maddesini ve fonksiyonel testi uygulayarak Mısır Turizm ve Otelcilik Şirketi'nin (EGOTH) eylemlerinin devlete isnad edilebileceğine hükmetmiştir. Heyete göre EGOTH turizm endüstrisinin özelleştirilmesinde aktif rol oynamakta ve Mısır hükümeti adına eylemlerini yürütmektedir. Her ne kadar organik olarak Mısır devletinin bir parçası olmasa da özelleştirme kapsamında yürüttüğü eylemleri Mısır Devleti'ne isnad edilebilir

⁷⁹² Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Award, 6 November 2008, parag.160.

⁷⁹³ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador, Award, 31 July 2007, parag.222-225.

⁷⁹⁴ EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, parag.190.

⁷⁹⁵ Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, parag.119.

niteliktedir.⁷⁹⁶ *Noble Ventures v. Romania* davasında da hakem heyeti fonksiyonel testi ve ILC 5. maddesini uygulamış ve davalının, egemenlik eylemleri ile ticari eylemleri arasında bir ayırım yapılması gerektiği iddiasını çözümlenmiştir. Heyete göre devletin yargı bağımsızlığı (state/sovereign immunity) alanında devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan eylemleri (*acta jure imperii*) ile özel hukuktan kaynaklanan eylemleri (*acta jure gestionis*) arasında ayırım yapmak elzemdir. Ancak devlete sorumluluğun isnadı hususunda böyle bir ayırım yapmak mümkün değildir. Nitekim ILC taslak maddeleri de herhangi bir şekilde böyle bir ayrımı onaylar bir hüküm ya da yorum içermemektedir. Her ne kadar hangi eylemlerin devlet eylemi veya kamusal eylem olduğuna dair tartışma varsa da sorumluluğun isnadı bağlamında kamusal veya özel eylem ayrımı söz konusu değildir. Bu nedenle Romanya Özelleştirme İdaresi'nin eylemleri devlete isnad edilebilir niteliktedir.⁷⁹⁷ *Jan de Nul v. Egypt* davasında hakem heyeti öncelikle; eylemi dava konusu olan SCA adlı kurumun ticari yapısı ve bütçesine bakarak Mısır iç hukukuna göre devlet organı sayılmayacağına hükmetmiştir. Öte yandan fonksiyonel testi uygulayan hakem heyeti ILC 5. maddesi uyarınca SCA'nın genel olarak kamusal yetkiler kullandığını ve eylemlerinin devlete isnad edilebileceğini tespit etmiştir. Heyet her ne kadar genel itibarıyla SCA'nın eylemlerinin isnad kabiliyetini haiz olduğunu belirlemiş ise de somut olayda davaya konu olan eylemin kamusal bir eylem (exercise of governmental authority) olmadığına ve devlete isnad edilemeyeceğine hükmetmiştir. Son olarak etkin kontrol (effective control) testini de uygulayan hakem heyeti ILC taslak düzenlemesinin 8. maddesi uyarınca da SCA'nın eylemlerinin devlete isnadının mümkün olmadığını tespit etmiştir.⁷⁹⁸

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan taslak düzenlemenin 8. maddesine göre bir kişi, topluluk veya şirketin eylemleri devletin kontrolü ve

⁷⁹⁶ Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17 October 2006, parag.93.

⁷⁹⁷ Noble Ventures Inc. v. Romania, Award, 12 October 2005, parag.79-83.

⁷⁹⁸ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Award, 6 November 2008, parag.165-173.

talimatı altında gerçekleştiriliyorsa mevzubahis eylemler de devlete isnad edilebilir. Bu anlamda yabancı yatırımcıya zarar veren eylemin devlete isnadı konusunda en önemli kararlarından bir tanesi *Tulip v. Turkey* kararıdır. Davaya konu olan olayda Hollanda kanunlarına göre kurulmuş olan Tulip gayrimenkul şirketi, ihale neticesinde Emlak Konut Anonim Şirketi ile Ispartakule 3. bölge projesi adı altında kar karşılığı inşaat yapımı ve gelir paylaşımına ilişkin sözleşme akdetmiştir. Sözleşme Tulip'in Türkiye'de kurduğu alt şirketler ile bazı Türk şirketlerin ortaklığında yürütülmekteydi. Sözleşmede öngörülen işin zamanında bitirilemediği gerekçesiyle 2010 tarihinde Emlak Konut sözleşmeyi feshetmiştir. Bunun üzerine Tulip şirketi, yeterli süre uzatımı verilmediği, sözleşmenin haksız şekilde feshedildiği ve yatırımının kamulaştırıldığından bahisle ICSID tahkiminde dava açmıştır. Tulip şirketine göre ayrıca ev sahibi devlet, Hollanda ve Türkiye arasında akdedilmiş olan BIT'te yer alan adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkelerini ihlal etmiştir. Hakem heyeti öncelikle ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi ve Türkiye-Hollanda arasındaki BIT'in 1(b) maddesi uyarınca Tulip şirketinin "yatırım" yaptığını tespit etmiştir. Daha sonrasında hakem heyeti Emlak Konut şirketinin eylemlerinin ILC taslak düzenlemesinin 4, 5 ve 8. maddeleri uyarınca devlete atfedilip atfedilemeyeceğini çözümlenmiştir. Zira davacıya göre Emlak konut tamamen Başbakanlığa bağlı TOKİ'nin kontrolündedir. Bu anlamda davacıya göre Emlak Konut devlet organı olup kamusal yetkiler kullanmaktadır. Davalı Türkiye temel olarak TOKİ ile Emlak Konut arasında bir ilişki olduğunu kabul etmekle birlikte bu durumun özel bir şirket olan Emlak Konut'un eylemlerinin devlete atfedilmesi için yeterli düzeyde olmadığını iddia etmiştir. Davalıya göre Emlak Konut devlet organı değil ticari bir şirkettir. TOKİ'nin aksine Emlak Konut çalışanları da memur statüsünde değildir. Emlak Konut herhangi bir kamusal yetki ile donatılmamış, aksine klasik bir ticari şirket olarak hareket etmektedir. Hakem heyeti tarafların iddialarını geniş bir şekilde değerlendirmiştir. Zira heyete göre eylemin devlete isnadiyeti (attribution) davanın seyrini değiştirecek bir öneme sahiptir. Heyet ILC taslak düzenlemesinin uluslararası teamül hukuku kuralları olduğunu teyit ettikten sonra öncelikle ILC 4. madde uyarınca inceleme yapmıştır. Heyete göre 4. madde bir organın statüsünün öncelikle iç hukuka bakılarak incelenmesi gerektiğini

vurgulamaktadır. Bu anlamda iç hukuk açısından Emlak Konut, Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş bir anonim şirket vasfını haizdir. Dolayısıyla Emlak Konut devlet organı olmayıp, ayrı ve ticari bir tüzel kişiliğe sahiptir. Daha sonrasında hakem heyeti ILC 5. madde uyarınca inceleme yapmış, yatırımcı ile emlak konut arasındaki sözleşmeyi de dikkate alarak Emlak Konut'un kamusal yetkiler kullanmadığına hükmetmiştir. Son olarak hakem heyeti Emlak Konut'un ILC 8. maddesi uyarınca devlet organlarından talimat alıp almadığını ya da devlet organlarının kontrolünde olup olmadığını incelemiştir. Bu anlamda heyet, TOKİ'nin hisse sahibi olmasının yeterli olmadığını aynı zamanda mevcut eylemde etkin kontrol sahibi olduğunun da ispat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Heyete göre, TOKİ zaman zaman Emlak Konut üzerinde etkin kontrole sahip olmuştur ancak Tulip ile sözleşmenin yürütülmesi ve feshedilmesi safhasında eylemlerin TOKİ'nin etkin kontrolünde gerçekleştirildiğini söylemek güçtür. Bu nedenle ILC 8 uyarınca da Emlak Konut'un eylemleri devlete isnad edilemez.⁷⁹⁹ Netice itibariyle dava Türkiye lehine sonuçlanmıştır.

Devletin organlarının veya devleti temsile yetkili kamusal yetki ile donatılmış kimselerin eylemleri yetki aşımı (ultra vires) şeklinde gerçekleşse dahi devlete isnad edilir.⁸⁰⁰ Bu husus devletin sorumluluğuna dair taslak çalışmanın 7. maddesinde de yetkinin aşılması veya talimatlara uyulmaması şeklinde düzenlenmiştir.⁸⁰¹ Nitekim *SPP v. Egypt* davasında da davalı devlet, zarara neden olan resmi görevlilerin eylemlerinin hükümsüz olduğunu çünkü bu eylemlerin Mısır hukukunca öngörülen prosedürler çerçevesinde alınmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, hukuki olsun veya olmasın, eylemin Mısır devlet görevlilerinin eylemi olduğunu ve devlete isnad

⁷⁹⁹ Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, pp.71-97. Davada hakem Michael Evan Jaffe ayrık görüş bildirmiş ve ILC 8 uyarınca Emlak Konut'un eylemlerinin devlete isnad edilebileceğini düşünmüştür. Öte yandan dava iptal istemine de konu olmuş ancak *ad hoc* komite iptale yer olmadığına karar vermiştir.

⁸⁰⁰ Meron, T. (1957). Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsibility of States. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.6, No.2, pp.273-289.

⁸⁰¹ Draft Articles on State Responsibility, art.7.

edilebileceğini, bu türden eylemlerin uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca haklı bir beklenti oluşturacağını tespit ederek davalı devletin iddialarını yersiz bulmuştur.⁸⁰²

Devletin sorumluluğu bölümünde bahsedilmesi gereken bir husus da hukuka uygunluk sebepleridir. Zira bazı durumların varlığı halinde devletin eylemi hukuka aykırı kabul edilmemektedir. Taslak düzenlemenin 20-25. maddeleri arasında yer alan hükümler hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenleri düzenlemektedir. Buna göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller; rıza (consent), meşru müdafaa (self-defense), karşı-önlemler (countermeasures), mücbir sebep (force majeure), zorda kalma (distress), zaruret hali (necessity) olarak sıralanmaktadır.⁸⁰³ Paparinskis, uluslararası yatırım tahkimi kararlarında da ILC taslak maddelerinde düzenlenen hukuka uygunluk hallerinin kullanıldığını tespit etmektedir.⁸⁰⁴ Ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetine, kaynak devletin rızası ile zarar vermesi durumunda sorumlu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu durumda rızanın yabancı yatırımcı tarafından mı yoksa kaynak devleti tarafından mı verileceği hususu net değildir. Zira devletin sorumluluğunu ortadan kaldıran rızayı kaynak devletin vermesi, yabancı zararının ortada kalması riskini barındırmaktadır.

Yatırım tahkimi kararlarında hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler tartışılmış ve bazı durumlarda uygulanmıştır. Özellikle 1998-2002 yılları arasındaki ekonomik krizden ötürü Arjantin'e karşı açılan davalarda hakem heyetleri, Arjantin devletinin zaruret hali (necessity) iddialarını uzun bir şekilde değerlendirmiştir. Nitekim Arjantin, tarihinin en büyük ekonomik krizi ile karşı karşıya kalmış, Arjantin para birimi olan Peso, Dolar karşısında %40 değer kaybetmiş, işsizlik %25 oranında artmıştır.⁸⁰⁵ En meşhur davalardan biri olan *CMS v. Argentina* davasına konu olan

⁸⁰² Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, parag.82-83.

⁸⁰³ Draft Articles on State Responsibility, art.20-25.

⁸⁰⁴ Paparinskis, M. (2016). Circumstances Precluding Wrongfulness in International Investment Law. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, No.2, pp.484-503.

⁸⁰⁵ Alvarez, J. E. & Khamsi, K. (2009). The Argentine Crisis and Foreign Investors. *Yearbook on International Investment Law*, Vol.49, pp.379-478.

olayda; ABD uyruklu CMS şirketi Arjantin’de yerleşik TGN şirketinin %30 hissesine sahip ve gaz sektöründe faaliyet göstermektedir. Özelleştirme teşviği kapsamında Arjantin TGN şirketine tarifelerin ABD doları üzerinden oluşturulması ve sonrasında Peso’ya çevrilmesi hakkı vermiştir. 35 yıllığına verilen hakların değişen ekonomik şartlara da uydurulması için gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Ekonomik kriz patlak verince Arjantin hakları geçici olarak askıya almış ve 2002 yılında hakların tekrar iade edilmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca 2002 yılında TGN şirketinin dolar üzerinden tarife ve değişiklik hakları da iptal edilmiş, bir dolar bir pesoya eşit sayılmıştır. Bunun üzerine CMS şirketi yatırımının dolaylı yoldan kamulaştırıldığı, adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırı davranıldığı iddiasıyla ICSID’e başvurmuştur. Arjantin ise temel olarak zaruret halinin söz konusu olduğunu iddia etmiş ve ILC taslak düzenlemesinin 25. maddesi ile Arjantin-ABD arasındaki BIT’in zaruret halini düzenleyen 11. maddesini ileri sürmüştür. Hakem heyeti iki açıdan Arjantin’in iddialarını reddetmiştir. Birincisi, heyete göre, zaruret hali son çare ilkesine tabidir. Zaruret halini ileri sürebilmek için devletin ilgili eyleminden başka bir şekilde davranma şansının olmadığını ispat etmesi gerekir. Somut olayda CMS şirketinin yatırımına yapılan muamele olmazsa olmaz tek seçenek değildir. İkincisi zaruret halinin oluşumuna devletin bir katkısı olmamalıdır. Ancak Arjantin Hükümeti’nin 1980’den beri uyguladığı politikalar ekonomik krizin oluşmasına katkıda bulunmuştur. Ayrıca hakem heyetine göre zaruret hali olduğu kabul edilse dahi yine de bu durum devletin yatırımcıya tazminat ödemesine engel değildir.⁸⁰⁶

Öte yandan CMS ile aynı durumu paylaşan yine ABD uyruklu LG&E şirketinin davasında hakem heyeti Arjantin’in zaruret hali iddiasını belirli bir periyod için geçerli saymıştır. *LG&E v. Argentina* kararında hakem heyetine göre 1 Aralık 2001 ile 26 Nisan 2003 tarihleri arasında Arjantin ağır bir kriz ile karşı karşıya kalmış ve bu

⁸⁰⁶ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Award, 12 May 2005, parag.322-329. Öte yandan Arjantin CMS kararının iptal için *ad hoc* komiteye başvurmuş, komite kararında ilk hakem heyetinin ILC 25. madde ile uygulanacak BIT 11. maddesi arasında ayırım yapması gerektiğini ve Zaruret Hali iddiasını buna göre değerlendirmesi gerektiğini belirterek ilk kararı eleştirmiştir. Komitenin eleştirileri için bakınız: CMS Annulment Decision, 25 September 2007, parag.128-131 ve 144-147.

dönemde kamu düzenini korumak ve hayati çıkarlarını gözetmek için zaruret hali kapsamında bazı önlemler almıştır. Zira 1 Aralık 2001 sonrası toplumsal kargaşa en üst düzeye ulaşmış ve Arjantin'in ulusal güvenliğini tehlikeye atmıştır. Bu dönemde yaşanan olaylar, davacının iddia ettiği gibi, basit ekonomik düzensizlikler değil Arjantin devletinin çöküşü ile neticelenebilecek hayati ekonomik, politik ve sosyal olaylardır. Böyle bir durumda Arjantin tarafından tarifelerin dolar üzerinden yapılmasının askıya alınması ve bazı ayarlamaların yapılması meşru ve gereklidir.⁸⁰⁷ Hakem heyeti, diğer gerekçeleri hesaba katarak, yine de tazminata hükmetmiş ancak zaruret halinin varlığını kabul ettiği dönem için tazminatı düşürmüştür.⁸⁰⁸ Esasen ICSID hakem heyetleri genel itibariyle ekonomik krizin kural olarak bir zaruret hali (necessity) oluşturabileceğini düşünmektedirler. Bu anlamda asıl tartışma ekonomik krizin boyutu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Daha açık ifadeyle ekonomik kriz, ancak devletin temel fonksiyonlarını ortadan kaldıracak bir ulusal güvenlik meselesi haline geldiğinde zaruret hali olarak kabul edilmektedir.

5.3.3. ICSID Tahkiminde Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanması

ICSID 42. maddesinde yer alan uluslararası hukuk ibaresinden Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan kaynakların anlaşılması gerekmektedir. 38/1-c fıkrasında ise medeni milletlerce tanınan 'hukukun genel ilkeleri' temel kaynaklar arasında sayılmaktadır.⁸⁰⁹ Yabancı yatırım hukuku da kaynakları bakımından uluslararası hukuk çerçevesi içerisine oturduğundan hukukun genel ilkeleri yabancı yatırımların korunmasında da karşımıza çıkmaktadır. Nitekim ICSID tahkimi hem iç hukukun hem de uluslararası hukukun uygulandığı bir uyumsuzluk çözüm yoludur ve hukukun genel ilkeleri hem iç hukuklarda hem de uluslararası

⁸⁰⁷ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, parag.226-239.

⁸⁰⁸ Kararların mukayeseli analizi için bakınız: Reinisch, A. (2007). Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, pp.191-214.

⁸⁰⁹ Medeni Milletler (civilized nations) ibaresi dönemin politik izlerini taşımaktadır. Bakınız: Sloan, J. (2011). Civilized Nations. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.1-3.

hukukta var olan prensiplerdir.⁸¹⁰ Hukukun genel ilkelerini liste halinde sıralamak mümkün değildir. Temel itibariyle andlaşma ve teamülde bulunamayan hususlarda boşlukları dolduran bir fonksiyona sahip olduğu kabul edilmekle beraber hukukun genel ilkelerinin önemi kanaatimizce çok daha fazladır. Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve iyi niyet (*good faith*) gibi öyle bazı genel ilkeler mevcuttur ki uluslararası yükümlülüklerin bağlayıcılığı ve uluslararası yükümlülükler uylmasına özen gösterilmesini bu iki ilke yönetir. Öte yandan hukukun genel ilkeleri uygulama veya prosedürel işlemlerde de karşımıza çıkmaktadır. Hukuki usule özen (due process of law), tarafların eşitliği (equality of parties), kazai hüküm (*res judicata*), sebepsiz zenginleşme (unjust enrichment) gibi hukukun genel ilkeleri hem ulusal yargı hem de uluslararası yargı kararlarında kullanılan prensiplerdir.⁸¹¹

Yatırım tahkimi kararlarında da hukukun genel ilkelerine rastlanmaktadır. *Liamco v. Libya* davasında hakem heyeti; hukukun genel ilkelerinin tanınmış bütün hukuk sistemlerince benimsendiğini, modern hukuk ve islam hukukuna dayanan Libya yasalarının da bu kapsamda olduğunu tespit etmiştir. Heyete göre hukukun genel ilkeleri veya hukuki kaideler ve prensipler hem teorik hem de pratik anlamda evrensel kabul görmüştür.⁸¹² Bazı durumlarda hukukun genel ilkeleri andlaşmalarda yer alan yatırım standartlarının yorumlanması ve içeriğinin belirlenmesi amacıyla kullanılmaktadır. *Rumeli v. Kazakhstan* davasında hakem heyeti FET standardını yorumlarken hukukun genel ilkelerinden sayılan birçok prensibi FET kapsamında saymıştır. Heyete göre FET standardına aykırı hareket etmemek için; devlet şeffaf ve iyi niyetli olmalı, hukuki usule özen göstermeli ve yatırımcının meşru beklentilerini karşılamalı, devletin eylemi ayrımcılık ve keyfilik içermemelidir.⁸¹³ Heyetin saydığı kavramlar bazı kararlarda teamül hukuku ilkeleri olarak da sayılmaktadır. *Sempra v.*

⁸¹⁰ McNair, A. (1957). The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations. *British Yearbook of International Law*, Vol.33, pp.1-19.

⁸¹¹ Gazzini, T. (2009). General Principles of Law in the Field of Foreign Investment. *Journal of World Investment & Trade*, Vol.10, pp.108-109.

⁸¹² *Libyan American Oil Company v. The Libyan Arab Republic, Ad hoc Arbitration, Award, 12 April 1977, p.175.*

⁸¹³ *Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, parag.609.*

Argentina kararında hakem heyeti iyi niyet prensibini FET standardının kalbi olarak nitelendirmiştir.⁸¹⁴ Ölçülülük (proportionality) prensibi de genel itibariyle teamül hukuku kuralı olmakla birlikte iç hukuklar bakımından aynı zamanda hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. AIHM tarafından sıkça kullanılan bu ilke yatırım tahkimi heyetlerince de kullanılmaktadır.⁸¹⁵ Bu anlamda ölçülülük veya iyi niyet gibi uluslararası hukukun birçok alanında kullanılan ‘hukukun genel ilkeleri’ aynı zamanda uluslararası hukukta bütünlüğü sağlayan bir fonksiyona da sahiptir.⁸¹⁶

Öte yandan iyi niyet gibi hukukun genel ilkelerinin çok esnek olduğunu ve hakemler tarafından yatırımcı lehine subjektif olarak kullanılmaya elverişli oldukları gerekçesiyle bu ilkelere yatırım tahkiminde çok sık başvurulmaması gerektiğini düşünen görüşler de mevcuttur.⁸¹⁷ Nitekim Pellet de hukukun genel ilkeleri’nin 38. maddeye sırf hukuki boşluk (*non liquet*) oluşmasını engellemek amacıyla konulduğunu iddia etmektedir.⁸¹⁸ Fauchald iç hukuk ve uluslararası hukukun birlikte uygulandığı ICSID tahkiminde hukukun genel ilkelerinin beklenenden daha düşük oranda kullanıldığını kaydetmektedir.⁸¹⁹ Schill ise evrensel bir andlaşmanın bulunmadığı yabancı yatırımlar alanında, hukukun genel ilkelerinin çok taraflılığa ve evrenselliğe hizmet eden en önemli araçlardan biri olduğunu kaydetmektedir. Yazara göre hukukun genel ilkelerinin önemi hakemlerce kaç kararda kullanıldığı verisine göre değerlendirilmemelidir. Yazara göre hukukun genel ilkeleri hem özel hukuk hem de kamu hukukunda ortak olarak yer aldığından yatırım tahkiminde

⁸¹⁴ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, parag.298.

⁸¹⁵ Sweet, A. S. & Cananea, G. D. (2014). Proportionality, General Principles of Law and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez. *Journal of International Law and Politics*, Vol.46, pp.911-954.

⁸¹⁶ Ölçülülük ilkesi ve bağlantılı olan takdir marjı doktrini (margin of appreciation) ileride daha geniş bir şekilde ele alınacaktır.

⁸¹⁷ Hirsch, M. (2011). Sources of International Investment Law. International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law, Research Paper, No.5, pp.13-18.

⁸¹⁸ Pellet, A. (2012). Article 38. In Zimmermann, A. & Tomuschat, C. & Oellers-Frahm, K. & Tams, C. J. (ed). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford University Press, pp.731-870.

⁸¹⁹ Fauchald, O. K. (2008). The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis. *European Journal of International Law*, Vol.19, p.312.

ayrıca özel-kamu geçişkenliğini de sağlamaktadır. FET standardını yorumlayan ve meşru beklentiler doktrininin kamu hukukunun genel bir ilkesi olduğunu iddia eden yazar, adaletten imtina veya hukuki usule özen gibi hukuk genel ilkelerinin yatırım standartlarının yorumlanmasında aktif rol oynayabileceğini düşünmektedir.⁸²⁰ Nitekim FET standardının içeriği belirlenirken de mevzubahis ilkeler aktif rol oynamaktadır.⁸²¹ Bu anlamda hukukun genel ilkeleri, aynı zamanda, disiplinler arası etkileşime ve uluslararası hukukun yabancı yatırımların korunmasındaki aktif fonksiyonuna da katkıda bulunmaktadır.

5.3.4. ICSID Tahkiminde *Non Liquet* Yasağı ve *Ex Aequo Et Bono*

ICSID Konvansiyonu'nun 42/2. maddesi tahkim yargılamasını yürüten mercinin her hal ve şartta karar vermesini garanti altına almaktadır. Buna göre "hakem heyeti uygulanacak hukukta boşluk ya da belirsizliklerin olduğu gerekçesiyle karar vermekten imtina edemez".⁸²² Doktrinde *non liquet* yasağı olarak bilinen bu uygulama temel itibariyle uluslararası yargılamada genel ilke olarak kabul görmektedir. Esasen *non liquet* yasağı uluslararası hukukta yer alan adaletten imtina (denial of justice) yasağının pratikteki görünümünden biridir.⁸²³ Uluslararası Hukuk Komisyonu da 1953 yılında tamamladığı "Tahkim Prosedürüne Dair Taslak

⁸²⁰ Schill, S. W. (2012). General Principles of Law and International Investment Law. In Gazzini, T. & Brabandere, E. (ed). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.133-181.

⁸²¹ Ostransky, J. (2018). An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations As a General Principle of Law Under the Fair and Equitable Treatment Standard. In Gattini, A. & Tanzi, A. & Fontanelli, F. (ed). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill Nijhoff Publishers, pp.344-377.

⁸²² Belirtmek isteriz ki *non liquet* hakkındaki madde metni, ICSID Konvansiyonunun Resmi Gazetede yer alan çevirisinde hatalı olarak çevrilmiştir. Metnin orijinali: "the Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law" şeklindedir. Resmi Gazete'de yer alan çevirisi ise şu şekilde yapılmıştır: "Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında bir çözüm getiremeyebilir". Oysa bilindiği üzere *non liquet* yasağı hukuki boşluk veya belirsizlik durumunda hakemlerin çözüm getirmekten kaçınmasını yasaklamak üzere Konvansiyona eklenmiştir. Resmi çeviri metni için bakınız: Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme. Madde 42/2. Resmi Gazete, Tarih: 02.06.1988, Sayı: 19830.

⁸²³ Rabello, A. M. (2004). *Non Liquet: From Modern Law to Roman Law*. *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol.10, Issue 1, pp.1-25; Reisman, M. W. (1969). *International Non-Liquet: Recrudescence and Transformation*. *The International Lawyer*, Vol.3, No.4, pp.770-786.

Konvansiyon'un 12/2 maddesinde *non liquet* yasağını düzenlemiştir.⁸²⁴ Lauterpacht esasen *non liquet* yasağının aksiyomatik olduğunu ve pratikte örneğinin olmadığını belirtmektedir. Yazara göre hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta uygulanacak veya yorum yoluyla uygulanacak kural bulamamak imkan dahilinde görünmemektedir.⁸²⁵ ICSID Konvansiyonu'nun 42/1. maddesinde yer alan uluslararası hukukun tamamlayıcı fonksiyonu düşünüldüğünde hakem heyetlerinin, uygulanacak hukukun boşluklar veya belirsizlikler taşıdığı gerekçesiyle, karar vermekten kaçındığı bir örnek mevcut değildir ve böyle bir tutumun ortaya çıkması çok düşük bir ihtimaldir.

Türkçe "hak ve nisfet" anlamına gelen *ex aequo et bono* ise taraflara, hakem heyetine salt hak ve nisfet temelli yetki verebilme imkanı tanımaktadır. Hak ve nisfete göre karar verme imkanı da uluslararası hukuk metinlerinde genellikle kabul gören ancak uygulaması çok sınırlı olan bir ilkedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. maddesinin son fıkrası da tarafların anlaşması halinde mahkemenin *ex aequo et bono* karar verebileceği düzenlenmiş ancak Divan tarihinde böyle bir karar söz konusu olmamıştır.⁸²⁶ *Ex aequo et bono* uluslararası hukukun tamamlayıcı fonksiyonu kapsamında değerlendirilmemektedir. Daha açık ifadeyle hakem heyeti ICSID Konvansiyonu 42/1. maddesinin ikinci cümlesindeki tamamlayıcı fonksiyon uyarınca *ex aequo et bono* temelli karar veremez. Bunun için tarafların açık rızası gerekir.⁸²⁷ Nitekim Schreuer'e göre ICSID tahkiminde heyete *ex aequo et bono* yetkisi vermek hukuk dışı faktörlerin de hakkaniyetli bir neticenin ortaya çıkabilmesi

⁸²⁴ Draft Convention on Arbitral Procedure with Commentaries, art.12. Bakınız: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_92.pdf (erişim tarihi 15.05.2018). Geniş bilgi için bakınız: Bos, M. (1956). The International Law Commission's Draft Convention on Arbitral Procedure in the General Assembly of the United Nations. *Netherlands International Law Review*, Vol.3, issue 3, pp.234-261.

⁸²⁵ Lauterpacht, H. (1933). *The Function of Law in International Community*. pp.127-135.

⁸²⁶ Trakman, L. (2008). Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2, p.625.

⁸²⁷ Cherian, J. (1983). Foreign Investment Arbitration: The Role of the International Center for Settlement of Investment Disputes. *Third World Legal Studies*, Vol. 2, pp.172-201.

için dikkate alınabileceği anlamına gelmektedir.⁸²⁸ Taraflar bu anlamda uyuşmazlığın tamamının ya da sadece gerekli gördüğü kısımlarının hak ve nısfete göre çözümlenmesini kararlaştırabilirler. İkinci durumda tarafların hak ve nısfete göre değerlendirilmesini kararlaştırmadığı alanlar tercih edilen iç hukuk ve uluslararası hukuka göre çözülecektir.

Hak ve nısfete göre verilen kararlar ICSID tarihinde de yaygın değildir. Sadece birkaç davada taraflar hak ve nısfet hususunda anlaşmaya varmıştır. Tarafların hukuk seçiminde geçerli olan zamansal esneklik burada da söz konusudur. Bu anlamda taraflar dava açılmadan önce yapacakları anlaşmada hak ve nısfete göre karar verilmesini kararlaştırabilecekleri gibi dava açıldıktan sonra da istedikleri bir tarihte kararın hak ve nısfete göre verilmesini talep edebilirler. Nitekim *Atlantic Triton v. Guinea* davasında taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 15. maddesi açıkça ICSID'i yetkili kılmakta ve hakem heyetinin uyuşmazlıkları 42/3. maddesi gereği hak ve nısfete göre çözmesi gerektiğini düzenlemektedir.⁸²⁹ *Benvenuti v. Congo* davasında ise davacı yatırımcı ilk oturumda davanın hak ve nısfete göre çözümlenmesini teklif etmiş ancak bu teklifi davalı devletçe reddedilmiştir. Taraflar daha sonra ise anlaşarak hakem heyetini hak ve nısfete göre karar vermesi hususunda yetkilendirmişlerdir.⁸³⁰

Hak ve nısfete göre karar verme yetkisi zımnen çıkarılamaz ya da hakem heyeti re'sen hak ve nısfete göre karar veremez. Nitekim *Amco v. Indonesia* iptal davasında *ad hoc* komite böyle bir durumun kararın iptaline neden olacağını tespit etmiştir. Ancak komiteye göre uygulanacak hukukun kendi içerisinde barındırdığı hakça ilkelere göre (equitable principles) yorumlanması hak ve nısfete göre karar verildiği anlamına gelmez. Zira bu ilkeler iç hukukta ya da uluslararası hukukta karşımıza

⁸²⁸ Schreuer, C. (1996). Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol.11, Issue 1, pp.37-63.

⁸²⁹ *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21 April 1986, ICSID Reports, Vol.3, p.17.

⁸³⁰ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, Award, 15 August 1980, parag.1.23.

çıkabilecek ilkelerdir.⁸³¹ Hirsch'e göre hakça ilkelerin heyetçe uygulanabileceğinin kabul edilmesi, heyete sınırsız bir özgürlük verildiği anlamına da gelmez. Bu anlamda heyet uygulanacak hukuktan sapmamalı ancak çok gerekli ise hakça ilkelere başvurulmalıdır.⁸³² *Non liquet* ve *ex aequo et bono* gibi özel durumlar ICSID tahkiminin de, Uluslararası Adalet Divanı'nda olduğu gibi, uluslararası hukuk yargılamasının tipik özelliklerini taşıdığını göstermektedir.

Ex aequo et bono prensibi ICC Tahkim Kuralları 21/3 maddesinde⁸³³ UNCITRAL 35/2 maddesinde⁸³⁴ Stocholm Tahkim Kuralları 22/3 maddesinde⁸³⁵ Londra Tahkim Kuralları 22/4 maddesinde⁸³⁶ İsviçre Tahkim Kuralları 33/2 maddesinde⁸³⁷ Viyana Tahkim Kuralları 27/3 maddesinde⁸³⁸ Singapur Tahkim Kuralları 31/2 maddesinde⁸³⁹ Hong Kong Tahkim Kuralları 35/2 maddesinde⁸⁴⁰ Kahire Tahkim Kuralları 35/2 maddesinde⁸⁴¹ ve hatta WIPO Tahkim Kuralları 61/a maddesinde⁸⁴² CAS Tahkim

⁸³¹ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Annulment, 16 May 1986, parag.24-28. Bakınız: Akehurst, M. (1976). Equity and General Principles of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.25, pp.801-825.

⁸³² Hirsch, M. (1993). *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Springer, pp.151-153.

⁸³³ ICC Arbitration and Mediation Rules, as revised in 2017, article 21/3. Available at: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf> (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸³⁴ UNCITRAL Arbitration Rules, as revised in 2010, article 35/2. Available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸³⁵ SCC Arbitration Rules, as revised in 2010, article 22/3. Available at: https://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸³⁶ LCIA Arbitration Rules, as revised in 2014, article 22/4. Available at: http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸³⁷ Swiss Rules of International Arbitration, as revised in 2012, article 33/2. Available at: https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_EN_2017.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸³⁸ VIAC Rules of Arbitration and Mediation, as revised in 2018, article 27/3. Available at: http://www.viac.eu/images/Wiener_Regeln_2018_Brosch%C3%BCre_en_Onlinefassung_Einzelseite_n_20180109.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸³⁹ SIAC Arbitration Rules, as revised in 2016, article 31/2. Available at: <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸⁴⁰ HKIAC Arbitration Rules, as revised in 2013, article 35/2. Available at: http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸⁴¹ CRCICA Arbitration Rules, as revised in 2011, article 35/2. Available at: http://cricica.org.eg/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_en.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

Kuralları 45 maddesinde⁸⁴³ de geçmektedir. Saydığımız tahkim kurallarının hiçbirinde uluslararası hukuktan bahsedilmemektedir. Öte yandan diplomatik himayenin yerini alan yatırım tahkimi kuralları, ICSID 42. maddesinde olduğu gibi, uluslararası hukuktan bahsetmektedir. Hatta yatırım tahkimi davalarının görülebildiği Sürekli Tahkim Mahkemesi (PCA) 35. maddesi neredeyse ICJ 38. maddesini aynen tekrarlamış ve hem uluslararası hukuka atıf yapmış hem de tarafların anlaşmaları halinde, hakemlerce, *ex aequo et bono*'ya göre karar verilebileceğini vurgulamıştır.⁸⁴⁴ Benzer şekilde NAFTA da 102. Maddesinde andlaşmanın uluslararası hukuk ışığında yorumlanması gerektiğinden, 1105. maddesinde yatırımcıya muamelenin uluslararası hukuka göre olması gerektiğinden 1131. maddesinde (governing law) hakem heyetlerinin uyuşmazlığı bu andlaşmaya ve uluslararası hukuka göre çözmesi gerektiğinden bahsetmektedir.⁸⁴⁵ ECT'nin de giriş bölümünde taraf devletlerin yatırımı teşvik için uluslararası hukuk ışığında iç hukuklarını istikrarlı hale getirmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. ECT; 10. maddesinde yabancı yatırımlara karşı muamelede uluslararası hukuk kurallarına uyulması, 18. maddesinde taraf devletlerin enerji kaynakları üzerindeki egemenliğinin tanınması, 26. ve 27. maddelerinde ise hakem heyetlerinin uyuşmazlıkları mevcut andlaşma ve uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde çözmesi gerektiğinden bahsetmektedir.⁸⁴⁶ Bu anlamda ticari tahkim kurallarında uluslararası hukuka hiç atıf yapılmaması, buna karşın yatırım tahkimi kurallarında her zaman uluslararası hukuka atıf yapılması da yatırım tahkiminin esasen bir

⁸⁴² WIPO Arbitration Rules, as revised in 2014, article 61/a. Available at:

<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html> (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸⁴³ CAS Code of Sports-Related Arbitration, as revised in 2017, article 45. Available at:

http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2017_FINAL_en.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸⁴⁴ PCA Arbitration Rules, as revised in 2012, article 35. Available at: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf> (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸⁴⁵ North American Free Trade Agreement (NAFTA), articles 102, 1105 and 1131. Available at: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

⁸⁴⁶ The Energy Charter Treaty (ECT), articles 10, 18, 26 and 27. Available at:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/energy_charter_en.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

uluslararası hukuk (public international law) mekanizması olduğuna kanıt teşkil etmektedir.

5.3.5. ICSID Tahkiminde Uluslararası Hukuk ve İç Hukuk Çatışmasının Çözümü

ICSID tahkiminde uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkisi karmaşık görünmektedir. Zira bir yandan uluslararası hukuka boşluk doldurma görevi verilmişken diğer yandan uluslararası hukuk iç hukuku düzeltici bir fonksiyon icra etmektedir. Daha açık ifadeyle iç hukuk uygulanırken uluslararası hukuka aykırı olan kuralları uygulanmayacak ve uluslararası hukukta yer alan kural üstün gelecektir. Nitekim uluslararası hukuk somut yatırım uyuşmazlığına tümünden uygulanabilecek kadar detaylı hükümler içermez ancak ilkeler ve standartlar öngörür. Uluslararası yatırım tahkiminin temel amaçlardan biri iç hukukun uluslararası hukuk standartlarının altında kalmamasını sağlamaktır. Bu durumda BIT'ler ve bölgesel andlaşmaların yatırım hükümleri ile uluslararası teamül hukuku ilkelerinin kontrol edici bir konumda (governing) olduğunu kabul etmek gerekecektir. Toope gibi yazarlar ise uluslararası hukuk kurallarının sadece devletler arasında uygulanabilir olduğunu, yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlığın ise aralarındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklandığını belirterek devlet-dışı özel bir aktörün devletin sorumluluğunu ileri sürmesinin mümkün olmadığını düşünmektedir.⁸⁴⁷ Ancak bu görüş modern uluslararası hukuk düzenini yansıtmamaktadır. Nitekim ICSID genel sekreterliği görevinde bulunan Broches'e göre ICSID Konvansiyonu'nun diplomatik himaye yolunu yasaklaması ile birlikte devletler, sorumlu devlete karşı kullanabileceği hukuki araçları uyrukluğunu taşıyan yatırımcıya tanımıştır. Bu nedenle ICSID tahkiminde de uluslararası hukuk diplomatik himaye yolunda olduğu şekliyle kullanılabilir.⁸⁴⁸ Lauterpacht da ICSID tahkiminin diplomatik himayeyi yasaklayarak

⁸⁴⁷ Toope, S. J. (1993). *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*. Cambridge University Press, p.243.

⁸⁴⁸ Broches, A. (1972). The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol.136, Brill Nijhoff, Leiden, pp.371-395.

onun yerine geçtiğini ve dolayısıyla diplomatik himayede uygulanan uluslararası hukukun ICSID tahkiminde de uygulanabileceğini savunmaktadır.⁸⁴⁹

Uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişki uygulamada üç şekilde kurulabilir. Birincisi her iki hukuk birlikte uygulanabilir. İkincisi iç hukuka öncelik verilerek uluslararası hukuk uygulanmayabilir. Üçüncüsü ise uluslararası hukuka öncelik verilerek iç hukuk uygulanmayabilir. *CMS v. Argentina* kararında hakem heyeti Arjantin özelleştirme kanunlarının da andlaşmalar ve uluslararası teamülden kaynaklanan uluslararası hukuk kurallarının da somut olayda uygulanması gerektiğine kanaat getirerek her iki hukuku birlikte uygulamıştır.⁸⁵⁰ *Amco v. Indonesia* davasında da heyet PT Wisma tarafından el konulan otelin kamulaştırıldığı iddiasını hem Endonezya iç hukuku hem de uluslararası hukuk anlamında değerlendirmiş ve özellikle eylemin devlete isnadı hususunda uluslararası hukuk kurallarına atıf yapmıştır. Her iki hukuku da uygulayan hakem heyeti somut durumda PT Wisma tarafından gerçekleştirilen eylemin ne Endonezya kanunlarına ne de uluslararası hukuka göre kamulaştırma teşkil ettiğini tespit etmiştir. Zira heyet, PT Wisma tarafından gerçekleştirilen eylemin devlete atfedilemeyeceğine hükmetmiştir. Ancak, öte yandan heyet Endonezya'yı, hem genel uluslararası hukukta hem de Endonezya hukukunda yer alan genel özen yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle sorumlu bulmuştur.⁸⁵¹ Uygulamada, uluslararası hukuk ve iç hukukun uyumlu olduğu durumlarda çok büyük bir problemle karşılaşmamaktadır. Zira böyle durumlarda iç hukukta bir boşluk söz konusu değildir. Asıl sorun iki hukuk sisteminin çatıştığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim Schreuer'in de belirttiği gibi uygulamada genel itibariyle devlet iç hukukunu, yatırımcı ise uluslararası

⁸⁴⁹ Lauterpacht, E. (1968). *The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*. Collected Courses on International Law, University of Geneva Publications, pp.652-662.

⁸⁵⁰ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Award, 12 May 2005, parag.117.

⁸⁵¹ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Award, 20 November 1984, p.457.

hukuku ileri sürmekte ve bu durum heyete iki hukuk arasında bir çözümlenme sorumluluğu yüklemektedir.⁸⁵²

ICSID hakem heyetleri, nadiren, iç hukuku tek başına uygulayabilmektedir. Daha açık ifadeyle bazı hakem heyetleri, uluslararası hukuk ile çatışma olmadığında salt iç hukuku uygulamakta, uluslararası hukuka atıfta bulunmaya gerek görmemektedir. *SOABI v. Senegal* davasında davalı devlet tek taraflı olarak yatırımcı ile arasında akdetmiş olduğu sözleşmeyi feshetmiştir. Bunun üzerine yatırımcı SOABI, sözleşmesel ihlal nedeniyle ICSID nezdinde dava açmış ve tazminat talep etmiştir. Davalı devlete göre ise fesih SOABI'nin sözleşme ihlaline karşılık olarak yapılmıştır. Hakem heyeti taraflar arasında uygulanacak hukuka dair bir anlaşma olmadığından Senegal iç hukukunu uygulamaya karar vermiştir. Heyete göre davacının sözleşme ihlali olsa dahi davalı, uygun bir süre içerisinde karşı tarafı uyardıktan ve sözleşmeye uymaya davet etmeden feshe başvuramaz. Heyet Senegal idare hukukunun bir parçası olan devletin yükümlülüklerine dair bir yasaya binaen devletin sözleşmeyi feshetmesinin haksız olduğuna karar vermiş ve tazminata hükmetmiştir.⁸⁵³ Esasında daha önce bahsettiğimiz gibi tarafların iç hukuk konusunda anlaşmaları durumlarda dahi ICSID hakem heyetleri uluslararası hukuku uygulamaktan kaçınmamaktadır. SOABI davasında hakem heyetinin, tarafların uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir anlaşmasının olmamasına rağmen sadece Senegal iç hukukuna göre karar vermesi anlaşılabilir bir durum değildir. Zira anlaşmanın yokluğu halinde 42/1 maddesinin ikinci cümlesi devreye girmektedir. Esasen hakem heyetinin kararına yakından bakıldığında uluslararası hukuk ile çatışan bir kuralın gündeme gelmediği gözlemlenebilecektir. Begic'e göre böyle durumlarda hakemler ayrıca iç hukuku teyit eden uluslararası hukuk kurallarına atıf yapmaya gerek duymayabilmekte ve taraflarca uluslararası hukuka ilişkin bir iddia da yoksa sadece iç hukuk ile yetinebilmektedir. Ancak yazar yine de uluslararası hukuk kurallarına atıf yapmanın

⁸⁵² Screuer, C. (2005). Investment Arbitration: A Voyage of Discovery. *Asian Dispute Review*, Vol.7, Issue 1, pp.23-25.

⁸⁵³ *Societe Ouest Africaine des Betons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25 February 1988, parag.5.01.

daha uygun olacağını, böylece iç hukuk uygulanırken kararın uluslararası hukuka da uygun olduğunun daha net anlaşılacağını belirtmektedir. Zira, somut olayda gündeme gelmese de, uluslararası hukuka aykırı olan iç hukuk uygulanamaz.⁸⁵⁴

Çatışmanın olmadığı durumlarda salt uluslararası hukuku uygulamak da mümkündür. Nitekim kamulaştırma hakkındaki *CDSE v. Costa Rica* kararında sadece uluslararası hukuk uygulanmıştır. Ancak, Begic'in vurguladığı gibi, öncelikle hakem heyeti iç hukuk ile uluslararası hukukun uyumlu olduğunu açıklama yoluna gitmiştir. İlk olarak ICSID Konvansiyonu'nun 42/1. maddesini yorumlayan heyete göre; mevcut olayda öncelikle Kosta Rika hukuku uygulanmalı, iç hukukun boşluk bıraktığı yerler uluslararası hukuka başvurularak doldurulmalıdır. Somut durumda uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Ancak heyet böyle bir uyumsuzluk olması durumunda uluslararası hukukun üstün geleceğini kabul etmektedir. Heyet iç hukuk ile uyumdan ve çatışma olsa dahi uluslararası hukukun üstün geleceği kabulünden yola çıkarak, sadece uluslararası hukuka dayanarak karar vermiştir. Zira iç hukuka atıf yapıldığında da sonuç değişmeyecektir.⁸⁵⁵ CDSE kararında, SOABI kararından farklı olarak, heyetin öncelikle iç hukuk ile uluslararası hukuk ilişkisini kurması ve uluslararası hukuka hem tamamlayıcı hem de düzeltici bir rol yüklemesi ICSID hakem kararları ile uyumludur. CDSE hakem heyetinin, iç hukuk ile uluslararası hukukun uyumlu olduğunu tespit ettikten sonra, salt iç hukuka dayanmak yerine salt uluslararası hukuka göre karar vermesi de uluslararası hukukun üstün olduğunu düşünmesinden ileri gelmektedir.

ICSID tahkiminde iç hukuk uluslararası hukukun denetimine tabidir. İç hukukun sessiz kaldığı hususlarda uluslararası hukuk tamamlayıcı (complementary), iç hukuk ile uluslararası hukukun çatıştığı hususlarda ise uluslararası hukuk düzeltici (corrective) bir rol oynar. Bu işlevi tespit eden *Klöckner v. Cameroon* davasında *ad*

⁸⁵⁴ Begic, T. (2005). *Applicable Law in International Investment Disputes*. Eleven International Publishing, pp.115-116.

⁸⁵⁵ *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, parag.104-106.

hoc komiteye göre ICSID Konvansiyonunun 42/1. maddesi uluslararası hukuka tamamlayıcı ve düzeltici rol vermektedir ancak uluslararası hukukun uygulanması için öncelikle iç hukukun incelenmesi gerekir. Heyete göre bu inceleme yapılmadan sadece uluslararası hukuka göre karar vermek 42/1. maddeye göre mümkün değildir.⁸⁵⁶ Esasen Klöckner kararında ortaya konulan ilişkinin daha sonra verilen SOABI ve CDSE kararlarında da bozulduğu söylenemez. Zira her iki kararda da hakem heyetleri iki hukuk arasında herhangi bir çelişki bulmuş değildir. Sadece SOABI kararı iç hukuk ve uluslararası hukuk ilişkisini ortaya koymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öte yandan iç hukuk uluslararası hukuka göre yorumlanır. *Tradex v. Albania* davasında yabancı yatırımcı, tarıma ilişkin ortak girişim sözleşmesinin kamulaştırıldığı iddiasıyla dava açmıştır. Hakem heyeti, kendi yetkisine de dayanak olarak kullandığı, 1993 tarihli yabancı yatırım yasasında yer alan kamulaştırma kavramının uluslararası hukuk ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Heyet ELSI gibi uluslararası yargı kararları ışığında davanın esasını incelemiş ve davacının kamulaştırma iddiasını ispatlayamadığına ve dolayısıyla tazminata hükmedilmesine yer olmadığına karar vermiştir.⁸⁵⁷

İç hukuk ve uluslararası hukukun çatışması halinde uluslararası hukuka üstünlük tanınacağı birçok hakem kararında da vurgulanmıştır. *Amco v. Indonesia* iptal davasında *ad hoc* komite, kural olarak iç hukuk ve uluslararası hukukun birlikte uygulanması gerektiğini, iç hukukun boşluk bıraktığı yerlerde uluslararası hukuka başvurulması gerektiğini tekrarlamıştır. Komiteye göre iç hukuk ile uluslararası hukuk kuralının çatışması halinde uluslararası hukuk kuralına üstünlük tanınacaktır.⁸⁵⁸ *CDSE v. Costa Rica* davasında da hakem heyeti tahkim sürecinin uluslararası hukukun kontrolünde olduğunu belirterek iç hukuk ve uluslararası hukuk çatışması halinde uluslararası hukuka üstünlük tanınması gerektiğini teyit

⁸⁵⁶ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, parag.69.

⁸⁵⁷ Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, Award, 29 April 1999, parag.192-205.

⁸⁵⁸ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Resubmitted Case, Award, 5 June 1990, parag.40.

etmiştir.⁸⁵⁹ Benzer şekilde *LG&E v. Argentina* davasında hakem heyeti devletin iç hukukunu ileri sürerek uluslararası yükümlülüklerinden kaçınamayacağını belirterek, iç hukuk ile çatışma halinde, uluslararası hukuka üstünlük tanınmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır.⁸⁶⁰ Weil'e göre uluslararası hukuk hem tamamlayıcı hem de düzeltici rol üstlendiğinde zaten üstün gelecektir. Bu nedenle böyle bir ayırım yapmaya dahi gerek yoktur. Yazara göre iç hukukun incelenip uluslararası hukuka aykırı olmadığı tespit edildikten sonra tek başına uygulandığı durumlarda dahi uluslararası hukuk üstün sayılmaktadır. Zira önce iç hukukun uluslararası hukuka uygunluğu araştırılmaktadır. Bu incelemeyi yaptıktan sonra iç hukuka yapılan referans genel itibariyle ev sahibi devletin tepkisini çekmemek için yapılmaktadır.⁸⁶¹

Schreuer ICSID tahkim uygulamasından beş sonuç çıkarmaktadır. Buna göre: 1) ICSID Konvansiyonu'nun 42/1 maddesinin ikinci cümlesine göre uyuşmazlığı görececek olan hakem heyeti kendisini ne sadece iç hukuk ne de sadece uluslararası hukuk ile sınırlamalı, uyuşmazlığın esasını her iki hukuka göre de incelemelidir. 2) İç hukuka dayanılarak verilmiş bir kararın hukukun genel ilkelerini referans göstermesi zorunluluğu yoktur. 3) Hakem heyeti uygulanacak uluslararası hukuk kuralı bulamaz ise salt iç hukuka göre karar verebilir ancak uygulanan iç hukuk kuralının uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış olması gerekir. 4) Heyet uluslararası hukuk ile açık çelişki içerisinde olan iç hukuk kuralına dayanarak karar veremez. 5) Bir iddianın kabulü iç hukuka göre mümkün değilse ancak uluslararası hukuk iddianın kabulü için farklı bir hüküm öngörmekteyse, heyet uluslararası hukuk kuralını uygular.⁸⁶²

Schreuer'in tespiti esasen ICSID tahkiminin uluslararası hukuk karakterli olduğu hakkındaki görüşümüzü teyit etmektedir. Zira iç hukuk ve uluslararası hukukun çatışması halinde uluslararası hukukun üstün geleceğinde şüphe yoktur. Nitekim

⁸⁵⁹ *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award, 17 February 2000, parag.65.

⁸⁶⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, 3 October 2006, parag.94.

⁸⁶¹ Weil, P. (2000). *The State, the Foreign Investor and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage a Trois*. *ICSID Review-FILJ*, Vol.15, Issue 2, pp.401-416.

⁸⁶² Schreuer, C. et al (2009). *The ICSID convention: A Commentary*. Cambridge University Press, p.626.

yazarların büyük çoğunluğu da ICSID tahkiminde uluslararası hukukun üstün tutulması gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁶³

5.4. ICSID Tahkiminde Hakemlerin Rolü ve Hakem Kararlarının İptali

Önceki bölümlerde incelediğimiz üzere uluslararası hukuk her ne kadar ICSID tahkiminde tamamlayıcı ve düzeltici bir rol oynasa da özellikle Latin Amerika devletlerince hakemlerin yanlı olduğuna ve temyiz mekanizmasının kurulması gerektiğine dair birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Bu nedenle hakemlere olan güven ve temyiz mekanizması gibi ICSID tahkimine yöneltilen bazı eleştirilerin de ele alınmasında fayda vardır. Bu anlamda hakem kararlarının iptal edilebileceği hallerin bilinmesi de konunun anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

5.4.1. Ulusal Hakimlere Güvensizlik ve Hakemlere Karşı Duyulan Güvenin Kaynağı

Yatırım tahkiminin popüler olmasının düşünsel arka planında yer alan nedenlerden biri ulusal hakimlere olan güvensizliktir. Temel itibarıyla yabancı yatırımcılar için ev sahibi devletin yargı mekanizması risk teşkil etmektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerin hukuki istikrarının değişken olması yabancı yatırımcıları uluslararası tahkim mekanizmalarına ilgi göstermeye zorlamaktadır. Devletler açısından ise uluslararası tahkim yabancı yatırımcıları ülkelere çekebilmek için sunulabilecek etkileyici bir imkan olarak görülmektedir. Devletin bu anlamda egemenlik yetkisinin dışında bir yargılama mekanizmasını kabul ederek ekonomik ilişkilerini depolitize etmeye çalışması da 20. yüzyıldan sonra yükselen ve birçok alanda sık görülen bir fenomendir.⁸⁶⁴ Hatta ICSID yargı kararlarının doğrudan icra kabiliyetinin olduğu da düşünülürse devletin, ICSID Konvansiyonu özelinde, egemenlik yetkisinden ne

⁸⁶³ Bakınız: Chukwumerije, O. (1996). International Law and Municipal Law in ICSID Arbitration. *Canadian Journal of International Business Law and Policy*, Vol.1, p.82; Feuerle, P. (1977). International Arbitration and Choice of Law under Art.42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes. *Yale Studies in World Public Order*, Vol.4, pp.118-119. Uluslararası hukukun düzeltici fonksiyonunun sadece *jus cogens* normlarına tanınması gerektiği hakkında bakınız: Reisman, W. M. (2000). The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold. *ICSID Review-FILJ*, Vol.15, pp.374-375.

⁸⁶⁴ Kriebaum, U. (2018). Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes. *ICSID Review-FILJ*, Vol.33, Issue 1, pp.14-28.

ölçüde feragat ettiğinin boyutları daha iyi anlaşılacaktır. Bu anlamda uluslararası hukukun depolitize edilen alanlarının daha etkili bir şekilde çalıştığını “ne kadar az politika o kadar çok fonksiyonellik” (the less politics the more functionality) şeklinde formülize ederek belirtmek yerinde bir tespit olacaktır.⁸⁶⁵

Ulusal hakimlere karşı duyulan güvensizlik; uluslararası tahkimde hakemler ne ölçüde güvenilir? veya hakemlere karşı duyulan güven nereden kaynaklanmaktadır? gibi soruları gündeme getirmektedir. Çoğunlukla temyiz sisteminin dahi olmadığı veya kararların tanınması ve tenfizi gibi sorunların gündeme gelebileceği uluslararası tahkim yoluna duyulan ilginin nedeni sadece iç hukuka güvensizlik ile açıklanamaz. Zira uluslararası tahkim de kendi içerisinde birtakım riskler barındırmaktadır. Ancak pratikte temel itibariyle milli mahkemeler ile bir işbirliğinin olduğunu, kamu düzeni gibi önemli bir gerekçe olmadıkça ulusal mahkemelerin yabancı hakem kararlarını tanıyıp tenfiz ettiğini görmekteyiz. Bu durumun da bazı gerekçeleri vardır. Devletçe üstlenilen uluslararası yükümlülükler aykırı hareket etmemek ve yabancı yatırımcının uyurukluk devleti ile oluşabilecek olası bir anlaşmazlığın önüne geçmek başlıca nedenler arasındadır. Öte yandan uluslararası tahkim tarafların rızası ile mümkün kılınabildiğinden devletin, rızasını verdiği hakem kararına sonradan uymaması potansiyel yabancı yatırımcıların devlete olan güveninin sarsılmasına neden olacaktır. Bu nedenle esasen uluslararası tahkimin depolitize bir alan olduğu temel itibariyle kabul edilse de bir “uluslararası tahkim siyaseti”nden bahsetmek de mümkündür.⁸⁶⁶ Bu açıdan bakıldığında tahkim alanının kuvvet kullanma ve güç ilişkilerinden soyutlanması tamamen politik amaçlardan da soyutlanması anlamına

⁸⁶⁵ Uluslararası hukukun etkinliği hakkında bakınız: Potter, P. B. (1968). Bases and Effectiveness of International Law. *American Journal of International Law*, Vol.63, No.2, p.270.

⁸⁶⁶ Gent, S. E. (2013). The Politics of International Arbitration and Adjudication. *PennState Journal of & International Affairs*, Vol.2, Issue 1, p.66.

gelmemektedir.⁸⁶⁷ Devletler uluslararası tahkimi, ekonomi ve kalkınma politikalarını gerçekleştirmek amacıyla da teşvik etmektedir.

Uluslararası yatırım tahkiminde hakemler çok kritik bir role sahiptir. Zira hem uluslararası andlaşmalarda yer alan adil ve hakkaniyetli muamele ya da tam koruma ve güvenlik gibi yatırım standartları hem de yatırım ve yatırımcı kavramlarının kapsamı temel itibariyle hakemler tarafından yorumlanmaktadır. Bu nedenle hakemlerin niteliği ve tarafsızlığı uluslararası tahkim siyaseti açısından önemlidir. Her ne kadar ICSID gibi kurumlar açısından kuruluşun kendisi bir güven unsuru ise de uluslararası tahkime olan güven büyük oranda hakemlere olan güven ile örtüşmektedir.⁸⁶⁸ Graving, tahkime ve hakemlere olan güveni yedi sebep etrafında toplamaktadır. Birincisi, tahkimin tarafsızlığı (neutrality) ev sahibi devletin yanlı olabilecek kararlarından kaçınmak için bir avantaj sağlamaktadır. Bu anlamda hakemler iç hukuktaki yargıçlara nazaran daha tarafsız bir konumdadır. İkincisi, tahkim, uyuşmazlığı uzman olan bir hakem önünde çözme imkanı tanımaktadır. Uluslararası tahkimde hakemler genelde alanın uzmanı olan saygın kimselerdir. Üçüncüsü, tahkimde taraflar prosedürel kuralları kendisi belirleyebilmekte ve hakemin seçilen prosedürün dışına çıkmamasını sağlayabilmektedirler. Dördüncüsü tahkim belirli oranda gizlilik sağlamak ve hakemler bu gizliliğe uymaktadır. Beşincisi tahkim zaman ve masraflar bakımından avantaj sağlamakta, hakemlerce dava görülürken taraflar rutin işlerine devam edebilmektedirler. Altıncısı, tanıma ve tenfiz yoluyla, uzman hakemlerce verilmiş bir kararın ulusal yargı kararı gibi icra edilebilmesi sağlanır. Yedincisi ise kurumsal tahkim prosedürel anlamda iç hukuka nazaran daha etkin bir yargılama yapar ve hakemleri kontrol eder.⁸⁶⁹ Graving'in belirttiği hususlar temelde kurumsal tahkim mercileri açısından geçerli olmakla

⁸⁶⁷ Genel tartışmalar için bakınız: Bonnitca, J. & Poulsen, L. N. S. & Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford University Press.

⁸⁶⁸ Kapeliuk, D. (2010). The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators. *Cornell Law Review*, Vol.96, Issue 1, pp.47-90.

⁸⁶⁹ Graving, R. J. (1989). The International Commercial Arbitration Institutions: How Good a Job are They Doing?. *American University International Law Review*, Vol.4, Issue 2, pp.319-376.

birlikte ICSID tahkimi bazı farklılıklar arz etmektedir. Bu anlamda ICSID hakem kararları temelde kamuya açıktır ve kendi icra mekanizmasına sahiptir.

Hakemlerin yetkisi ulusal hukuktaki yargıçlara nazaran farklı bir kaynağa dayanır. Ulusal hukukta yargıç yetkisini devletin egemenlik gücünden alırken, uluslararası tahkimde hakem yetkisini taraflar arasındaki anlaşmadan alır. Bu nedenle taraflarca hakemlerden, tarafsız kalmakla birlikte, kendilerinin beklentilerini gözetmesi ve dengelemesi de beklenir. Bu anlamda hakemlerin görevlerine ve sorumluluklarına dair, bağlayıcı prosedürel kuralların yanında, devlet-dışı örgütler tarafından davranış kuralları ya da tavsiyeleri yayınlanmakta ve bu belgelerde hakemlerin tarafsızlığına gölge düşürebilecek eylemler sıralanmaktadır. Zira hakemler he ne kadar uzman ve seçkin kimselerden oluşmakta ise de zaman zaman kendini seçen devletin veya yatırımcının tarafını tutmakla ve objektif olamamakla suçlanmaktadır. Hatta bazı yazarlar yatırım tahkiminde hakemlerin kendi ideolojik perspektifine göre karar verdiklerini ve hukuk dışı faktörleri olması gerekenden fazla dikkate aldıklarını iddia etmektedirler.⁸⁷⁰ Nitekim Van Harten hakemleri atayan kuruluşların genelde ICSID veya ICC gibi batılı devletlerin görüşlerinin ağırlıkta olduğu kurumlar olduğunu ve yatırım tahkiminde genelde davalı devletin gelişmekte olan bir devlet olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda hakemlerin ideolojik bakışının kararda etkili olabileceğini düşünmektedir. Ayrıca yazara göre ikinci bir risk hakemlerin iş almayı sürdürmek için kendini atayan tarafların gözüne girmeye çalışması ve tarafsızlığını yitirmesi riskidir.⁸⁷¹ Berg, bu anlamda uluslararası yatırım tahkimi kararlarında ayrık görüş (dissenting opinion) bildiren hakemlerin büyük çoğunluğunun kendilerini atayan tarafın iddialarını teyit eden bir yorum yaptığını tespit etmektedir.⁸⁷² Benzer şekilde Redfern de ayrık görüşler üzerine tahkim kurumlarının daha çok eğilmesi ve

⁸⁷⁰ Ciancio, N. (2014). The Implications of Recent ICSID Arbitrator Disqualifications for Latin America. *Arbitration Law Review*, Vol.6, pp.440-466.

⁸⁷¹ Van Harten, G. (2008). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press, pp.121-149.

⁸⁷² Berg, A. J. (2010). Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. In Arsanjani, M. H. et al (ed). *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Martinus Nijhoff Publishers, p.824.

araştırma yapması gerektiğini, hakemlere karşı gösterilen müsamahanın abartılmaması gerektiğini belirtmektedir.⁸⁷³

Park, hakemlerin dört bakımdan yükümlülük altında olduğunu belirtmektedir. Öncelikle hakem heyeti doğru bir karar (award) vermek zorundadır.⁸⁷⁴ Hakem tarafların iddialarını iyi analiz etmeli ve hukuku doğru uygulamalıdır. Zira hakem kararlarının genelde temyizi mümkün değildir. İkinci olarak hakem prosedürü de doğru işletmeli ve süreci adil bir şekilde yürütmelidir. Bu anlamda tarafları dinlemeli, usuli işlemlere özen göstermeli ve sözleşme ile ya da başka bir şekilde çizilen yetkilerini aşmamalı, tarafsızlık ve bağımsızlığına gölge düşürecek hareketlerden kaçınmalıdır. Üçüncü olarak uyuşmazlığı en hızlı bir şekilde ve en az masraf ile çözmelidir. Son olarak hakem, iptaline ya da tenfiz edilmemesine neden olacak bir karar vermekten kaçınmalıdır.⁸⁷⁵ Berg ise bu yükümlülükleri yerine getirmesi gereken hakemlerin; uluslararası hukuk ve yatırım standartları hakkında derin bilgiye sahip, tahkim tecrübesi olan, delilleri değerlendirebilecek kapasiteye sahip, sosyo-kültürel ve ekonomik farklılıklar hakkında hassas kimseler olması gerektiğini vurgulamakta ancak pratikte hakemlerin çok azının bu özellikleri taşıdığını tespit etmektedir. Yazar bu anlamda mevcut hakemlerin adeta Yunan tanrıları gibi resmedildiğini belirtmekte ve özelliklerinin fazlaca abartıldığını düşünmektedir.⁸⁷⁶

Waibel & Wu, ICSID hakemleri üzerine yaptıkları bir araştırmada hakemlerin karakteristik özellikleri ve fikri geçmişlerinin, davalarda bir tarafa karşı politik davranmaya sebebiyet verdiğini ve insani olarak bu durumdan kurtulamadıklarını

⁸⁷³ Redfern, A. (2004). Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly. *Arbitration International*, Vol.20, p.242.

⁸⁷⁴ Doğru karar verme yükümlülüğünün geniş incelemesi için bakınız: Park, W. W. (2010). Arbitrators and Accuracy. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, No.1, pp.25-53.

⁸⁷⁵ Park, W. W. (2011). The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All Nor All-For-One. In Derains, Y. & Levy, L. (2011). *Is arbitration only as Good as the Arbitrator?: Status, Powers and Role of the Arbitrator*. International Chamber of Commerce & ICC Institute of World Business Law Paris, France, pp.25-45.

⁸⁷⁶ Berg, A. J. (2012). Qualified Investment Arbitrators? A Comment on Arbitrators in Investment Arbitrations. In Wautelet, P. et al (ed). *The Practice of Arbitration: Essays in Honor of Hans van Houtte*. Hart Publishing, pp.54-55.

tespit etmektedir. Yazarlara göre yatırım tahkiminde hakemlerin devamlı olarak yatırımcı lehine karar verme eğiliminde oldukları da doğru değildir. Çoğunlukla bir tarafın gelişmekte olan bir ülke olduğu düşünülürken bu ülkenin atadığı hakem yatırımcıya karşı sömürgecilikten kalma politik bir bakışa sahip ve bu nedenle de yatırımcıya karşı ön yargılı olabilmektedir.⁸⁷⁷ Franck, yatırım tahkiminde hakemlerin genel itibariyle kamuyu ilgilendiren bir karar verdiklerini ve farklı görüşlerin bu anlamda yatırım tahkiminin meşruiyetine gölge düşürdüğünü iddia etmektedir. Yazara göre yatırım tahkiminin meşruiyetini arttırmak ve hakemlerin hukuki hatalarını en aza indirmek için temyiz mekanizmasının kurulması gerekmektedir.⁸⁷⁸ Öte yandan Franck, hakem heyetlerinin yatırımcı yanlısı (pro-investor) oldukları eleştirilerini reddetmekte ve gerçekte hakem kararları incelendiğinde yatırımcı yanlılığı veya devlet karşıtlığını destekleyen verilere ulaşılamayacağını tespit etmektedir. 2006 öncesinde verilen ve kamuya açık olan yatırım tahkimi kararlarını inceleyen yazar, kararların %58'inin ev sahibi devlet lehine %42'sinin ise yatırımcı lehine sonuçlandığını tespit etmiştir. Ayrıca yine yazarın araştırmasına göre dava açan yatırımcılar toplamda 343 milyon dolar tazminat talep etmiş ancak hakem heyetleri ancak 10 milyon dolar civarı bir tazminata hükmetmiştir. Yazara göre elde ne hakemlerin yanlı olduğuna dair ne de gelişmiş devletler ile gelişmemiş devletlere farklı muamele ettiklerine dair delil vardır. Aynı durum hakemlerin kendisi için de söz konusudur. Gelişmemiş ülkelere gelen hakemlerin ev sahibi devlet lehine, gelişmiş ülkelere gelen hakemlerin ise yatırımcı lehine karar verdiklerine dair bir kanıt söz konusu değildir.⁸⁷⁹ Alvarez ise Franck'in araştırmasının yatırım tahkiminin

⁸⁷⁷ Waibel, M. & Wu, Y. (2017). Are Arbitrators Political? Evidence from Investment Arbitration. *Electronic Journal*, p.24 <http://www-bcf.usc.edu/~yanhuiwu/arbitrator.pdf> (erişim tarihi 30.03.2018).

⁸⁷⁸ Franck, S. D. (2005). The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, Vol.73, Issue 4, pp.1521-1625.

⁸⁷⁹ Franck, S. D. (2007). Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration. *North Carolina Law Review*, Vol.86, pp.1-88; Franck, S. D. (2009). Development and Outcomes of Investment Arbitration Awards. *Harvard International Law Journal*, Vol.50, Number 2, pp.435-489; Franck, S. D. (2009). International Investment Arbitration: Winning, Losing and Why. *Columbia FDI Perspectives*, Vol.7, pp.1-3.

yanlı olduğu ve devletlerin nadiren kazandığı mitini kırdığını ancak kamuya açık olmayan kararları kapsayamadığından gerçek resmi sunamadığını belirtmektedir.⁸⁸⁰

Uluslararası hukuk alanında verilen bir kararın siyasi etkilerinin olmaması mümkün değildir. Hakemlerin görevi ise tahkim sürecine mümkün olduğu kadar siyaset karıştırmamaktır. Bunun yolu da hukuki çerçevenin dışına çıkmamak ve tarafların siyasi etkisi altında olmamaktan geçmektedir. Nitekim ICSID Konvansiyonu'nda da belirtildiği üzere ancak "hukuki bir uyumsuzluk" varsa hakem önünde görülebilir.⁸⁸¹ ICSID Konvansiyonu 14. madde hükmü hakemlerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar vermesi gerektiğini düzenlemektedir.⁸⁸² Bu nedenle hakemin tarafların telkini ve yönlendirmesinden bağımsız bir şekilde özgürce karar verebilmesi için belirli oranda dokunulmazlığının olması gerekir. Buna karşın, daha önce bahsettiğimiz sebeplerle, taraflı veya hatalı karar verdiğinde ya da gizliliğe aykırı davrandığında da sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekir. Konvansiyon'un 57. maddesine göre davanın taraflarından biri, herhangi bir hakemin, 14. maddede belirtilen bağımsızlık ve tarafsızlık şartına aykırı davrandığı gerekçesiyle reddini (disqualification) talep edebilir.⁸⁸³ Kinnear & Nitschke'nin aktardığı verilere göre 2014 yılı itibarıyla toplam 84 davada hakem heyeti red talebi ile karşı karşıya kalmıştır. Bunlar arasında 60 davada davalı devlet, 24 davada da davacı yatırımcı talepte bulunmuştur. İlk red

⁸⁸⁰ Alvarez, J. E. (2010). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.390-391.

⁸⁸¹ Schreuer, C. (2008). What is a Legal Dispute?. In Buffard, I. & Crawford, J. & Pellet, A. & Wittich, S. (ed). *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.959-980.

⁸⁸² ICSID'in tavsiye hükümlerine göre hakemin uluslararası hukuk (public international law), uluslararası tahkim ve uluslararası yatırım hukukuna hakim olması gerekir. Bu durum da birçok yazarca yatırım tahkimini uluslararası özel hukuk (private international law) kapsamında sayan görüşleri haksız çıkarıcı bir kanıt olarak kabul edilmektedir.

⁸⁸³ Fry, J. D. & Stampalija, J. I. (2014). Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes. *Arbitration International*, Vol.30, pp.210-246.

talebinin görüldüğü dava *Amco v. Indonesia* davası, ilk kez hakemin reddedildiği dava ise *Casado v. Chile* davasıdır.⁸⁸⁴

Yargıçların ve hakemlerin bağımsızlığı hukukun genel bir ilkesidir. Hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığından ne anlaşılacağı ise ICSID Konvansiyonunda izah edilmemiştir. Markert gibi yazarların ekseriyetine göre bağımsızlıktan anlaşılması gereken davanın taraflarından birisi ya da avukatlar ve muhasebeciler gibi tarafların bağlantıda olduğu kişiler ile ilişki içerisinde olmamaktır.⁸⁸⁵ Nitekim *Blue Bank v. Venezuela* davasına konu olan olayda Baker & McKenzie avukatlık firmasının Madrid ofisinde partner olan Jose Maria Alonso, davacı yatırımcı Blue Bank tarafından hakem olarak atanmıştır. Venezuela ise aynı firmanın New York ve Caracas ofislerinin, başka bir davada, davacının Venezuela'ya karşı hukuki danışmanlığını yaptığını, dolayısıyla mevcut davada Alonso'nun bağımsız ve tarafsız davranamayacağını iddia etmiştir. Netice itibarıyla Venezuela devletinin iddiası kabul edilmiş ve hakem Alonso'nun ICSID Konvansiyonu'nun 14. maddesinde belirtilen bağımsızlık ve tarafsızlık şartını taşımadığına hükmedilmiştir.⁸⁸⁶ *Suez v. Argentina* davasında ise Arjantin tarafından reddi istenen hakem finans işi ile uğraşan bir şirketin icracı olmayan müdürlerinden biridir. Şirket aynı zamanda davacının şirketlerinde de %3'ün altında bir hisseye sahiptir. Davalı devlete göre bu durum bağımsızlık ve tarafsızlık kriterine aykırıdır. Heyet davacı ile hakem arasındaki ilişkiyi; davacı ile hakemin yakınlığı, ilişkinin yoğunluğu, bu ilişkiden menfaat elde edilip edilmediği ya da menfaat elde etme ihtimali gibi çeşitli kriterlere göre

⁸⁸⁴ Kinnear, M. & Nitschke, F. (2015). Disqualification of Arbitrators under the ICSID Convention and Rules. In Giorgetti, C. (ed). *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*. Brill Nijhoff Publications, pp.35-41.

⁸⁸⁵ Markert, L. (2010). Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.3, p.243.

⁸⁸⁶ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013, parag.71.

incelemiş ve bağımsızlığa ve tarafsızlığa gölge düşürecek herhangi bir neden tespit etmemiştir.⁸⁸⁷

Cleis'e göre tarafsızlık ve bağımsızlık koşulunu sağlamanın en önemli yolu tarafların hakem ataması usulünü kaldırmaktır. Genel itibariyle davanın tarafları birer hakem atamakta ve atanan hakemler üçüncü bir hakem seçmekte ve bu hakem panele başkanlık etmektedir. Yazara göre her bir tarafın sözleşme ile hakem atadığı bir sistemde hakemlerin tarafsızlığı veya bağımsızlığının sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle bu sistemin ortadan kaldırılması ya da revize edilmesi gerekmektedir.⁸⁸⁸ Sistemin revize edilmesi anlamında belki de ilk akla gelen çözüm temyiz kurumunun oluşturulmasıdır. ICSID tahkiminde temyiz mevcut değildir ancak bazı durumlarda hakem kararlarının iptali mümkün olabilmektedir. Nitekim hakemlerin reddi iddiası kararın verilmesinden sonra mümkün olmamakta ancak red için kanıt oluşturabilecek bir durumun ortaya çıkması kararın iptaline gerekçe oluşturabilmektedir.⁸⁸⁹

5.4.2. ICSID Hakem Kararlarının İptali

ICSID Konvansiyonu kararların herhangi bir şekilde iç hukuk tarafından iptal edilmesine izin vermemekte ve özel bir iptal sistemi öngörmektedir. Buna göre ICSID idari konseyi başkanı tarafından atanan ve üç kişiden oluşan bir *ad hoc* komite, taraflardan birinin talebi üzerine yapacağı inceleme neticesinde kararı iptal veya kısmen iptal edebilir. İptal talebi, kararın ilgili tarafa tebliğ edilmesinden itibaren 120 gün içerisinde yapılmalıdır. Sadece nihai kararların (awards) iptali talep edilebilir. Kararların ICSID tarafından re'sen iptali mümkün değildir.⁸⁹⁰ Öte yandan iptal

⁸⁸⁷ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007, parag.31-40.

⁸⁸⁸ Cleis, M. N. (2017). *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches and Improvement Suggestions*. Brill Nijhoff Publications, p.25.

⁸⁸⁹ Vasani, B. S. & Palmer, S. A. (2015). Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 1, pp.194-216.

⁸⁹⁰ ICSID hakem kararlarının iptali hakkında geniş bir inceleme için bakınız: Koluman, E. (2018). *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans

komitesi ancak prosedürel meşruiyet incelemesi yapar, temyizden farklı olarak, kararın esasına girmez. İptal kararında eski kararın yerine geçen yeni bir karar verilmez. Ancak iptal sonrasında uyuşmazlık taraflarca istenirse yeni bir heyete havale edilebilir.⁸⁹¹ *CDC v. Seychelles* iptal kararında hakem heyeti ICSID'in düzenlediği iptal mekanizmasının temyizden farklı olduğunu, kararların nihai olarak verildiğini ve iptal kararının uluslararası teamül hukukundaki ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve kesin hüküm (*res judicata*) ilkelerine zarar vermediğini belirtmektedir. Heyete göre ICSID'i tercih eden tarafların tercih nedenlerinden biri de iç hukukça kararların revize edilmemesi, Konvansiyon'un kendi iptal mekanizmasını kurmasıdır.⁸⁹²

ICSID Konvansiyonu 52/1. maddesi iptalin ancak beş gerekçeyle mümkün olabileceğini tahdidi olarak saymıştır. Buna göre; 1) heyetin yanlış bir şekilde oluşturulması, 2) heyetin açık bir şekilde yetkilerini aşması, 3) heyet üyelerinden biri tarafından yolsuzluk yapılması, 4) temel bir prosedürel kuraldan ciddi oranda sapma gösterilmesi, 5) karara dayanak yapılan gerekçenin belirtilmemesi hallerinde taraflardan biri kararın iptalini talep edebilir.⁸⁹³ Schreuer & Dolzer'in tespitine göre uygulamada 2. 4. ve 5. sebepler temel itibarıyla hakemlerin reddedilmesinde de rol oynamaktadır. Ancak red talebinde bulunan taraf genellikle bu sebeplerden birkaçını birden ileri sürmektedir.⁸⁹⁴ İptal nedenlerinden birincisi olan hakem heyetinin yanlış şekilde oluşturulup oluşturulmadığı ICSID tahkim kurallarına bakılarak tespit edilebilir. Bu anlamda ICSID tahkim kuralları 1-12 maddeleri arasında hakem heyetinin oluşumuna dair prosedürel kurallar öngörmektedir. Buna göre taraflar hakem heyetinin öngörülen kurallara uygun şekilde oluşturulmadığı

Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

⁸⁹¹ Verhoosel, G. (2008). Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID. *ICSID Review-FILJ*, Vol.23, Issue 1, pp.119-154.

⁸⁹² *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision on Annulment, 29 June 2005, parag.36.

⁸⁹³ Feldman, M. B. (1987). The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards. *ICSID Review-FILJ*, Vol.2, Issue 1, pp.85-110.

⁸⁹⁴ Schreuer, C. & Dolzer, R. (2012). *Principles of International Investment Law*, pp.305-306.

gerekçesiyle iptal isteminde bulunabilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus taraflardan birinin, imkanı olmasına rağmen, tahkim esnasında hakem heyetinin yanlış oluşturulduğunu ileri sürmemesi, iptal aşamasında da bu gerekçeye dayanamayacağı anlamına gelmektedir. Böyle bir kısıtlamanın sebebi, hakem heyetinin yanlış kurulduğunu bilmesine rağmen kararın lehine çıkmasını bekleyen ancak karar aleyhine çıkınca bu sebebe dayanarak iptal isteminde bulunan kötü niyetli tarafların iptal başvurularının önüne geçmektir. Bu anlamda hakem heyetinin yanlış kurulduğu sonradan elde edilen bir delil ile ortaya çıkmış ise ya da ilgili taraf hakem heyetinin yanlış kurulduğunu ilk heyet önünde ileri sürmesine rağmen iddiası hakem heyetince dikkate alınmamış ise bu durumlarda iptal istemini inceleyen *ad hoc* heyete başvuruda bulunulabilecektir. Uygulamada bu gerekçeye dayanarak verilen bir iptal kararı söz konusu olmamıştır.

En önemli gerekçelerden biri olan yetkinin açık bir şekilde (manifest) aşılması, temel olarak, taraflarca akdedilen tahkim anlaşmasının dışına çıkmak suretiyle ihlal edilmektedir. Bunun da en tipik örneği yetkisi olmadığı halde davaya bakmaktır. ICSID Konvansiyonunun 25. maddesince öngörülen hukuki uyumsuzluğun olmaması, yatırımcının taraf devletin uyuşmasını taşıması ya da ortada bir yatırımın olmaması gibi aşık durumlarda hakem heyeti davaya baktığında yetkisini aşmış olacaktır.⁸⁹⁵ Nitekim *Mitchell v. Congo* davasında davacı Patrick Mitchell ABD uyruklu olup Kongo'da hukuki danışmanlık şirketi sahibidir. Kongo askeri güçlerinin şirketini bastığı ve dolayısıyla şirketini terk etmek zorunda kaldığı iddiasıyla ICSID nezdinde dava açmıştır. Davalı devlet ortada bir yatırım ve dolayısıyla yatırımcı olmadığını ve hakem heyetinin yetkisini aştığını iddia etmiştir. *Ad hoc* komite iptal incelemesinde "ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı" şartının yatırımın olmazsa olmaz şartlarından biri olduğunu ancak hukuk firmasının bu şartı yerine getiremediğini, bu nedenle hakem heyetinin yetkisini aştığını tespit ederek kararı iptal etmiştir.⁸⁹⁶

⁸⁹⁵ Timmer, L. J. E. (2013). Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.14, Issue 5, pp.775-803.

⁸⁹⁶ Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, parag.23-48.

Yetkinin açık bir şekilde aşılması uyuşmazlığa uygun hukukun uygulanmaması veya uygulanacak hukukun yanlış uygulanması neticesinde de mümkün olabilmektedir. *Amco v. Indonesia* iptal davasına bakan *ad hoc* komiteye göre de taraflarca uygulanması kararlaştırılan hukukun dışına çıkan veya hukuku uygulamayan hakem heyeti kararının iptali gerekir.⁸⁹⁷ *Tulip v. Turkey* kararında da *ad hoc* komiteye göre taraflarca kararlaştırılan uygulanacak hukukun içinde kalındığı sürece hakem heyetinin hukuku yanlış uygulaması iptale neden olamaz. İptal için hakem heyetinin açık bir şekilde uygulanacak hukukun dışına çıkmış olması gerekir.⁸⁹⁸ Benzer şekilde *Alapli v. Turkey* kararında da iptal istemini gören *ad hoc* komite kendisinin sadece uygulacak hukukun sınırları içerisinde kalınıp kalınmadığını denetlemekte yetkili olduğunu teyit etmiştir.⁸⁹⁹

ICSID hakem kararlarının iptaline neden olabilecek diğer bir neden hakemin yolsuzluğa karışmasıdır. Tahkim yargılamasında hakemlerden bağımsız ve tarafsız olması beklenir. Hakemin rüşvet alması veya bir taraftan menfaat sağlaması gibi bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürecek bir durumun ortaya çıkması halinde bundan zarar gören taraf hakem kararının iptali isteminde bulunabilecektir. Belirtmek gerekir ki iptal istemi kararı veren hakemlerden biri ya da birkaçı hakkında olmalıdır. Tahkim yargılamasına katılan tanıklar ve sair kişilerin yolsuzluk yaptığı iddiasıyla iptal istemine başvurulamaz. Nitekim *RSM v. Grenada* davasında bir taraf davaya katılan tanıklardan birinin yolsuzluk yaptığını iddia etmiş ancak *ad hoc* komite iptal isteminin hakemlere ilişkin olmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar

⁸⁹⁷ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1986, parag.24-28.

⁸⁹⁸ *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, parag.58.

⁸⁹⁹ *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, Decision on Annulment, 10 July 2014, parag.235.

vermiştir.⁹⁰⁰ Uygulamada hakemlerin yolsuzluk yaptığı gerekçesiyle verilmiş bir iptal kararı söz konusu olmamıştır.

ICSID tahkiminde prosedürel işlemler kurumca önceden belirlenmiştir. Özellikle tahkimin adil bir şekilde yürütülmesini etkileyecek önemli prosedürlerin uygulanmaması da kararın iptaline neden olabilmektedir. Kararın iptaline neden olacak prosedürel eksikliğin, dinlenme hakkı ya da delillerin dikkate alınmaması gibi, ciddi ve kararı etkileyecek düzeyde bir eksiklik olması gerekir. Neticeyi etkilemeyecek düzeyde basit farklılıklar iptal için gerekçe oluşturmaz. İptal incelemesini yapan *ad hoc* komite prosedürel işlemin ciddi düzeyde olmadığını tespit ederek kararı iptal etmeyebilir veya kısmen iptale karar verebilir.⁹⁰¹ Nitekim *Wena Hotels v. Egypt* davasında da *ad hoc* komite 52/1 maddesindeki önemli prosedürel kuralların (fundamental rule) uluslararası hukuk tarafından bir davada olması elzem kabul edilen, davada bulunma hakkı veya delil sunma hakkı gibi, minimum kurallar olduğunu teyit etmiştir.⁹⁰² *Fraport v. Philippines* davasında *ad hoc* komite, davalı tarafından hakem heyeti kararının hemen öncesinde sunulan yeni deliller hakkında davacıya savunma hakkı verilmemesini iptal gerekçesi olarak kabul etmiştir.⁹⁰³ Schreuer'in aktardığına göre *Enron v. Argentina* davasında *ad hoc* komite tarafların irade serbestisi (party autonomy)⁹⁰⁴ çerçevesinde kararlaştırılan bir kuralı önemli kural saymıştır. Ancak yazara göre bu şekilde serbesti kapsamında belirlenen kuralların önemli kural olarak görülmesi tehlikelidir. Zira taraflar ICSID Konvansiyonunda öngörülen önemli bir prosedürü önemsizleştirebilir ya da önemsiz bir prosedürü önemli hale getirebilir. Bu nedenle yazara göre irade serbestisi

⁹⁰⁰ RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Decision on the Application of RSM Production Corporation for a Preliminary Ruling, 07 December 2009, parag.15-30.

⁹⁰¹ Guiguo, W. (2014). The Icsid Annulment Mechanism: Practice, Problems and Alternatives. *China Legal Science*, Vol.2(2), pp.29-54.

⁹⁰² Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Annulment, 5 February 2002, parag.56-70.

⁹⁰³ Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 December 2010, parag.200-202.

⁹⁰⁴ Tarafların irade serbestisi tahkim prosedürüne hakim olan en belirgin ilkelerden biri olup uyumsuzluğun taraflarına kontrol, esneklik ve gizlilik gibi avantajlar sağlar.

kapsamında oluşabilecek bu tür tehlikelere karşı *ad hoc* heyetlerin dikkatli bir inceleme yapması gerekir.⁹⁰⁵ *Ad hoc* komiteler prosedürel kuraldan ayrılma bahanesiyle hakem kararında kullanılan gerekçelerin yerindeliliğini denetleyemez. *Kılıç v. Turkmenistan* kararında *ad hoc* komite gerekçelerin yerindeliliği denetiminin mümkün olmadığını, *ad hoc* komite incelemesinin, hakem heyetinin kararını verirken A noktasından B noktasına nasıl geldiğini ve prosedürel kurallar içerisinde kalıp kalmadığını tespitle sınırlı olduğunu belirtmiştir.⁹⁰⁶

Son olarak kararın gerekçesinin bulunmaması da, nadir görülmekle birlikte, iptale neden olabilmektedir. ICSID Konvansiyonu'nun 48/3 maddesi kararların gerekçeli olmasını şart koşmaktadır. Bu anlamda hakem heyeti taraflarca ileri sürülen iddiaların neden kabul edildiğini ya da neden reddedildiğini tek tek gerekçelendirmelidir. Uygulamada gerekçenin tümden var olmaması mümkün görünmediğinden genelde iptal talebi bazı hususların gerekçelendirilmemesi iddiasına dayanmaktadır.⁹⁰⁷ *Vivendi v. Argentina* davasında hakem heyeti, gerekçenin izah edilmemesi nedeniyle kararın iptali için, açık bir şekilde hakem heyetinin bazı iddiaları boş bırakarak cevaplandırmaması ve bu durumun kararı etkilemesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁰⁸ İptal kararları ICSID tahkiminde hakem kararlarının nihai olmasına bir istisna teşkil etmemekle birlikte, taraflarca temyiz gibi değerlendirildiğinde, kötüye kullanıma açıktır. Friedland & Brumpton, iptal kararlarının kötüye kullanılmasının önüne geçmek için ICSID tarafından *ad hoc* komitelere yönelik yol gösterici bir davranış kodu (guide) yayınlanması gerektiğini

⁹⁰⁵ Schreuer, C. (2011). From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.10, Issue 2, pp.211-225.

⁹⁰⁶ Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Annulment, 14 July 2015, parag.64.

⁹⁰⁷ Giannakopoulos, C. (2017). Reconceptualising 'Failure to State Reasons' as a Ground for Annulment Under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.8, No.1, pp.125-154.

⁹⁰⁸ Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, parag.65.

düşünmektedir. Böylece ne taraflar ne de *ad hoc* komiteler iptal prosedürünü kötüye kullanabileceklerdir.⁹⁰⁹

5.5. ICSID Hakem Kararlarının İcrası ve Devletin Cebr-i İcra Bağışıklığı

20. yüzyıl öncesinde yaptırım gücü çoğunlukla silahlı kuvvet kullanımına dayanmakta idi. Kuvvet kullanma yerini diplomatik yaptırımlara bırakmış, daha sonra 1958 yılında New York Konvansiyonu'nun imzalanması ile birlikte yabancı hakem kararları hakkında yaptırım uluslararası andlaşmalar ve iç hukuk yoluyla sağlanmaya başlanmıştır.⁹¹⁰ Bu anlamda New York Konvansiyonu hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili uyuşmazlıkları da depolitize ederek devrim yapmıştır. Ancak ICSID hakem kararları New York Konvansiyonu'nun tanıma ve tenfiz hükümlerine tabi değildir. Zira ICSID Konvansiyonu 53, 54 ve 55. maddelerden oluşan altıncı bölümünde kendi özel hükümlerini haizdir.⁹¹¹ ICSID Konvansiyonu'nun ilgili hükümlerinden bahsetmeden önce belirtmek isteriz ki tanıma, tenfiz ve icra birbirinden farklı kavramlardır. Tanıma, yabancı hakem kararının ayrıca açılan bir dava neticesinde veya devam etmekte olan bir dava içerisinde kesin hüküm (*res judicata*) veya kesin delil olarak tanınmasıdır. Tanıma kararına bağlı olarak yabancı hakem kararına konu olan uyuşmazlık tekrar dava konusu yapılamaz. Bu durum hukukun genel ilkesi olarak kabul edilen iki kez yargılanamama (*non bis in idem*) prensibinin de bir yansımasıdır. Tenfiz ise yabancı hakem kararına devletin yargı

⁹⁰⁹ Friedland, P. & Brumpton, P. (2012). Rabid Redux: The Second Wave of Abusive ICSID Annulments. *American University International Law Review*, Vol.27/4, p.760.

⁹¹⁰ Türkiye'nin New York Konvansiyonu'na konu ve yer bakımından koyduğu iki çekince önemlidir. Buna göre Konvansiyon sadece Türkiye'de "ticari iş" kapsamına giren uyuşmazlıklar ile ilgili olarak verilmiş hakem kararlarını kapsayacak, ikinci olarak ise Konvansiyon sadece taraf devletlerde verilmiş hakem kararlarına uygulanacaktır. Türkiye'nin beyanının orijinal metni şu şekildedir: "In accordance with the Article I, paragraph 3 of the Convention, the Republic of Turkey declares that it will apply the Convention on the basis of reciprocity, to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another contracting State. It further declares that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under its national law". New York Konvansiyonu'na taraf devletlerin listesi ve Konvansiyona koydukları çekinceler için Bakınız: New York Convention, Contracting States <http://www.newyorkconvention.org/countries> (erişim tarihi 11.06.2018).

⁹¹¹ Alexandrov, S. A. (2009). Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp. 322-341.

organları vasıtasıyla icrailik gücünün verilmesi ve dolayısıyla kararın yerine getirilmesini ifade eder. Bu anlamda yabancı hakem kararlarının tenfizi için bunların öncelikle tanınması gerekir.⁹¹² İcra ise tenfiz kararı verilmiş bir yabancı hakem kararının iç hukukta yer alan icra ve iflas kanunlarına uygun olarak ve ilamlı icra yoluyla yerine getirilmesidir.⁹¹³

ICSID Konvansiyonu 53. maddesine göre hakem kararları kesindir ve temyizi kabil değildir (finality). ICSID hakem kararları ulusal mahkemelerin revizyon ya da iptal prosedürlerine tabi tutulamaz (non-reviewability). Kararlar sadece Konvansiyon'da öngörülen yorum, düzeltme ve iptal prosedürlerine konu olabilir.⁹¹⁴ Diğer yandan bazı tahkim sistemlerinde kararlar, davanın görüldüğü ülkenin mahkemelerinin temyiz veya iptal prosedürlerine tabi olabilmektedir. Ayrıca her hakem kararında olduğu gibi ICSID hakem kararları da taraflar açısından bağlayıcıdır ve kararlara uyulmaması hukuki sorumluluk doğurur.⁹¹⁵ ICSID Konvansiyonu 27. ve 64. maddeleri, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, kararlara uyulmaması halinde devletler tarafından diplomatik himaye yolunun işletilmesine ya da Konvansiyondan kaynaklanan başkaca nedenlerle Uluslararası Adalet Divanı'na başvurulabilmesine izin vermektedir.⁹¹⁶ Konvansiyonun 53. maddesi icranın durdurulması (stay of enforcement) durumunun da gündeme gelebileceğinden bahsetmektedir. Konvansiyon; yorumu düzenleyen 50/2, revizyonu düzenleyen 51/4 ve iptali düzenleyen 52/5. maddelerinde hakem heyetlerinin ya da *ad hoc* komitelerin kendi kararlarını verene kadar mevcut kararın icrasını durdurabileceğini düzenlemektedir. Ancak Konvansiyonun 49/2. maddesi gereği yazım veya hesap hataları gibi küçük

⁹¹² Şanlı, C. (2016). *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. Beta Yayınları, İstanbul, s.405.

⁹¹³ Ekşi, N. (2009). *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi Ve İcrası*. Beta Yayınları, s.82-156.

⁹¹⁴ Bohmer, L. M. (2016). Finality in ICSID Arbitration Revisited. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, No.1, pp.236-245.

⁹¹⁵ Broches, A. (1991). Observations on the Finality of ICSID Awards. *ICSID Review-FILJ*, Vol.6, Issue 2, pp.321-380.

⁹¹⁶ Perez, V. J. T. (2012). Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, Issue 2, pp.445-475; ICSID Ek Mekanizma (Additional Facility) bünyesinde alınan kararlar ise Konvansiyon'da yer alan ayrıcalıklardan faydalanmaz ve New York Konvansiyonu'na tabi olarak icra edilir.

revizyonlar için icranın durdurulması kararı verilemez.⁹¹⁷ *MINE v. Guinea* davasında *ad hoc* komitenin iptal kararı da 53. maddenin içeriğinin genişletilmeden aynen uygulandığını göstermektedir.⁹¹⁸

ICSID Konvansiyonu 54. maddesine göre hakem kararları; taraf devletlerce, devletin yerel mahkemelerinin verdiği kararlar ile aynı hükümde olacak şekilde doğrudan kabul edilecek ve maddi yükümlülükler ulusal mahkeme ilamı gibi icra edilecektir.⁹¹⁹ Daha açık ifadeyle ICSID hakem kararları icra açısından iç hukukta verilen mahkeme kararları ile aynı statüde olacaktır ve tenfizi yapan devletin icra ve iflas kanunlarının ilamlı icra hükümlerine göre icra edilecektir.⁹²⁰ Esasen 54. madde, ICSID'in en çok tercih edilen yatırım tahkimi mercii olmasında etkili olan araçlardan biridir. Maddenin içeriğinden anlaşıldığı üzere taraf devletler ICSID hakem kararını tanımama ya da herhangi bir gerekçe ile tenfiz etmeme şansına sahip değildir. Bu anlamda kesin hüküm kuvveti ve doğrudan icra imkanı yatırımcı açısından büyük avantaj sağlamaktadır.⁹²¹ Konvansiyonun 54. maddesine göre taraf devletler ICSID Genel Sekreterliği'ne hakem kararlarının icrasını gerçekleştirecek mahkeme veya merciyi bildirecektir.⁹²² Belirlenen mahkeme veya merci sadece kendisine sunulan

⁹¹⁷ Volkmer, S. (2012). Stay of Enforcement Decisions in ICSID Annulment Proceedings: Taking Stock. *Journal of International Arbitration*, Vol.29, Issue 6, pp.691-714. Örnek karar için bakınız: Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/05, Decision on Stay of Enforcement of the Award, 31 August 2017.

⁹¹⁸ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989, parag.4.02.

⁹¹⁹ Tuygun, S. (2007). *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi*. Güncel Yayınevi, s.136-173.

⁹²⁰ Choi, S. (1996). Judicial Enforcement of Arbitration Awards under the ICSID and New York Conventions. *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.28, Issues 1-2, pp.175-216 .

⁹²¹ Tordova, S. (2012). Compliance and Enforcement of Awards: Is There a Practical Difference between ICSID and Non-ICSID Awards?. In Weiler, T. & Laird, I. (ed). *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Juris Arbitration Series, No.5, pp.229-246.

⁹²² Örneğin, Türkiye asliye ticaret mahkemelerini tenfizi yapacak yetkili mahkeme olarak bildirmiştir. Asliye ticaret mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri yetkilidir. 2019 yılı itibarıyla taraf devletlerce ICSID Genel Sekreterliğine bildirilen yetkili mahkeme ve makamların tam listesi için bakınız: Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention (February 2019) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf> (erişim tarihi 28.02.2019).

ICSID hakem kararının bağlayıcı bir nitelik kazanıp kazanmadığını ve Genel Sekreterlikçe onaylanıp onaylanmadığını kontrol edecektir. Bu şartları taşıyan ICSID hakem kararı hakkında doğrudan tenfiz ya da icra edilebilirlik (*exequatur*) kararı verecektir. Bu anlamda ilerleyen kısımlarda bahsedeceğimiz gibi ICSID hakem kararlarının yerine getirilmesinde karşılaşılan esas sorun devletin cebr-i icra bağışıklığı itirazı ve bu itirazın hangi aşamada ileri sürülebileceği meselesidir.

Öte yandan mahkeme ya da mercinin ICSID hakem kararını, New York Konvansiyonu'nun 5. maddesinde sayılan gerekçelere dayanarak tenfizden kaçınması mümkün değildir. Nitekim New York Konvansiyonu 5. maddesinde bazı gerekçelerle devletin, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini reddedebileceğini kayıt altına almaktadır.⁹²³ Buna göre: 1) Taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasının geçersiz olması halinde devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir. Geçersizlik durumlarından ilki taraflar arasındaki anlaşmanın yazılı olarak yapılmamasıdır. Zira New York Konvansiyonu 2. maddesinde taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının yazılı olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ayrıca yazılı olan anlaşmadan tarafların tahkime gitme iradesi açık ve seçik bir biçimde anlaşılmalıdır. İkincisi, tarafların haklarında uygulanacak hukuk uyarınca ehliyetisizliğidir. Tarafların sözleşme yapma ehliyetinin olup olmadığının belirlenmesi tanıma ve tenfiz devleti hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yapılacaktır.⁹²⁴ Üçüncüsü, tahkim anlaşmasının, taraflarca tabi kılındığı hukuka göre veya taraflarca tabi kılınan hukukta belirsizlik var ise hakem kararının verildiği yer hukukuna göre hükümsüz bulunmasıdır. 2) Hakem kararı davalının savunma haklarına riayet edilmeden verilmiş ise devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir. Bu anlamda davalı tarafın hakemlik prosedürlerinden usulü dairesince haberdar

⁹²³ Şit-Köşgeroğlu, B. (2005). *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. İmaj Yayınevi, s.152-174.

⁹²⁴ Tanıma ve tenfiz istenen ülke Türkiye ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un "Kanunlar İhtilafı Kuralları" başlıklı ve 9. maddesiyle başlayan ikinci bölümü uyarınca inceleme yapılacaktır. Bakınız: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, No. 5718. Resmi Gazete, Tarih: 12.12.2007, Sayı: 26728. Ayrıca genel bir inceleme için bakınız: Önal, A. (2017). Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, s.576-610.

edilmemiş olması, gerekli tebligatların veya delillerini ikame etme şansını elde edememesi gibi adil yargılanma ilkelerinin eksikliği en bilinen örneklerdir. 3) Hakemlerin tahkim anlaşmasında belirlenen yetkilerinin dışına çıkması veya taraflarca kararlaştırılmayan hususlar üzerinde karar vermesi halinde devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir. 4) Hakem heyetinin teşkili veya tahkim prosedürü taraflar arasındaki anlaşma hükümlerine veya, anlaşmanın olmadığı durumlarda, tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülke hukukuna aykırıysa devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir. 5) Hakem kararı taraflar için bağlayıcı değilse veya verildiği ülke hukukuna ya da tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmiş veyahut icrası askıya alınmış ise devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir. 6) Hakem kararı, tanıma ve tenfiz istenen devletin hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin ise devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir. Bu anlamda en bilinen örneklerden bir tanesi taşınmaz mallar üzerinde bulunan aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklardır.⁹²⁵ 7) Hakem kararı tanıma ve tenfizin istendiği devletin kamu düzenine aykırı ise devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir.⁹²⁶ Baetens, metin olarak ICSID Konvansiyonu'nun avantajlı ve ikna edici olduğu kabul edilse de bu durumun pratikte çok büyük bir rekabet oluşturmadığını ve New York Konvansiyonu'na tabi hakem kararlarının da genel itibarıyla tanınıp tenfiz edildiğini tespit etmektedir.⁹²⁷

ICSID Konvansiyonu'nun diğer bir avantajı kararların herhangi bir taraf devlette de icra edilebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre kazanan taraf davalı devletin malvarlığı değerlerinin bulunduğu ve zararını tahsil edebileceği devlette kararın icrasını sağlayabilir. Örneğin kazanan yatırımcı açısından davalı devletin

⁹²⁵ Örneğin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda benzer bir hüküm yer almaktadır. Buna göre: "Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz". Resmi Gazete, Sayı 24453, Tarih 05.07.2001.

⁹²⁶ Bakınız: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi. Madde 5. Resmi Gazete, Tarih: 21.05.1991, Sayı: 20877. Kamu düzeni istisnası hakkında bakınız: Cole, R. A. (1986). The Public Policy Exception to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. *Journal on Dispute Resolution*, Vol.1, Issue2, pp.365-383.

⁹²⁷ Baetens, F. (2012). Enforcement of Arbitral Awards: "To ICSID or Not To ICSID" is Not the Question. In Weiler, T. & Laird, I. (ed). *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Juris Arbitration Series, No.5, pp.211-228.

üçüncü devlet nezdinde özel malları ya da parası mevcut olabilir ya da kazanan taraf devlet ise yatırımcının merkezinin bulunduğu ülkede kararı icra etmek daha avantajlı olabilir. Böyle bir durumda hakem kararının icrası istenen ICSID Konvansiyonu'na taraf devlet bu talebi reddedemez, aksi halde sorumluluğu gündeme gelir.⁹²⁸ Aleyhine karar çıkan ev sahibi devlet ya da Konvansiyona taraf üçüncü devlet ICSID hakem kararını yerine getirmeyi redderse Konvansiyonun 27. maddesi gereği başvurulması yasaklanan diplomatik himaye yolu tekrar canlanacaktır. Zira 27. madde düzenlemesi hakem kararlarının yerine getirilmemesini istisna olarak kabul etmiştir. Bu durumda yabancı yatırımcının uyrukluğunu taşıdığı devlet Uluslararası Adalet Divanı'na dava açabilir. Ancak böyle bir durumda da devletlerin, en azından 64. madde hükmü gereği, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisine rıza göstermiş olmaları gerekir.⁹²⁹ Divan'a başvuru imkanı ICSID hakem kararları açısından ikinci bir güvence oluşturmaktadır. Zira Divan'ın vereceği nihai kararlara da uyulmaması BM Güvenlik Konseyi'nin zorlayıcı tedbirlere başvurmasına neden olabilir ki böyle bir durum devletlerin karşı karşıya kalmak istemedikleri bir durumdur.⁹³⁰ ICSID hakem kararının icra edilmemesi ya da başkaca uluslararası hakem kararının tanınmaması veya tenfiz edilmemesi AİHM kararlarına göre AİHS'in ihlalini de oluşturmaktadır. Mahkeme'nin *Regent v. Ukraine* kararına göre göre hakem kararının tanınmaması veya tenfiz edilmemesi hem 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkını hem de ek 1 no'lu protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlal eder.⁹³¹ Öte yandan Konvansiyon'un 54/2. madde hükmü ICSID hakem kararlarının federal devletlerde tenfiz edilmek istendiği durumlarda kararın federal ya da federe devletlerin mahkemelerinin nihai kararları gibi icra edilebileceğini düzenlemektedir. Konvansiyon, üniter veya federal devlet

⁹²⁸ Uchkunova, I. & Temnikov, O. (2013). Enforcement of Awards under ICSID Convention: What Solutions to the Problem of State Immunity?. *ICSID Reivew-FILJ*, Vol. 29, Issue 1, pp.187-211.

⁹²⁹ Desierto, D. (2012). The International Court of Justice in the Settlement of International Investment Disputes. *Journal of Dispute Prevention and Resolution*, Vol.1, No.1, pp.1-46. Daha önce bahsedildiği üzere Türkiye ICSID Konvansiyonu'nun 64. maddesine çekince koymuştur.

⁹³⁰ Tanzi, A. (1995). Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations. *European Journal of International Law*, Vol.6, pp.539-572.

⁹³¹ Case of Regent Company v. Ukraine, European Court of Human Rights, App. No. 773/03, Judgment, 3 April 2008, parag.54.

farketmeksizin, her bir taraf devletin tenfizi yapacak mahkemesini veya başkaca bir mercii ICSID'e bildirmesini öngörmektedir.⁹³² Konvansiyonun 54/3. madde hükmü ise kararın, yerine getirildiği devletin ulusal kararlarının tabi olduğu kurallara göre icra edileceğinden bahsetmektedir.⁹³³ Bu anlamda, örneğin, Türk hukukuna göre bir ICSID hakem kararı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun⁹³⁴ ilamlı icrayı düzenleyen hükümleri uyarınca takip edilecektir.

ICSID hakem kararlarının icrası sırasında karşılaşılan temel problemlerden bir tanesi de devletin cebr-i icra bağışıklığı itirazıdır (immunity from execution). ICSID hakem kararları açısından devletin yargı bağışıklığını (immunity from jurisdiction) ileri sürmesi mümkün değildir. Zira ICSID Konvansiyonuna ve tahkimine taraf olmakla devlet yargı bağışıklığından bu anlamda feragat etmiştir. Bu nedenle Konvansiyon'un 55. Maddesi esasen ICSID hakem kararlarının icrasının devletin cebr-i icra bağışıklığına istisna getirildiği şeklinde yorumlanamayacağını düzenlemektedir. Bu açıdan 55. madde düzenlemesi kararın kesinliğini etkilemez, devlet yargı bağışıklığını ileri sürerek kararın bağlayıcılığı ya da icra edilebilirliğine itiraz edemez. Devletin, yargı bağışıklığını ileri sürerek, karara tamamen karşı çıkması Konvansiyonun ihlalini oluşturur ve sorumluluğunu doğurur.⁹³⁵ Bu anlamda 55. madde düzenlemesi icra hakkındadır ki daha önce gelen 54. maddede icranın maddi yükümlülükler (pecuniary obligations) hakkında gündeme geleceği düzenlenmiştir.⁹³⁶ Yani devlet, kararın maddi hükümleri icra edilirken ancak belirli mallar hakkında cebr-i icra bağışıklığını ileri sürerek itiraz edebilir. Kararın

⁹³² Daha önce bahsedildiği üzere Türkiye asliye ticaret mahkemelerini tenfizi yapacak yetkili mahkeme olarak bildirmiştir. Asliye ticaret mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri yetkilidir.

⁹³³ ICSID Convention, art.54; Nmehielle, V. O. (2001). Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention). *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol.7, Issue 1, pp.21-48.

⁹³⁴ İcra ve İflas Kanunu. No. 2004. Resmi Gazete, Tarih: 19.06.1932, Sayı: 2128.

⁹³⁵ Bjorklund, A. K. (2010). Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes. *The American Review of International Arbitration*, Vol.21, pp.211-241.

⁹³⁶ Broches, A. (1987). Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution. *ICSID Review-FILJ*, Vol.2, pp.287-330.

tamamının bağlayıcılığına ya da kararın icra edilebilir bir karar olduğuna itiraz edemez.

Benvenuti v. Congo davasında ICSID hakem heyeti davacı lehine maddi tazminata hükmetmiş ve yabancı yatırımcı, hakem kararını Fransa’da icra etmek için 23 Aralık 1980 tarihinde Paris Asliye Mahkemesi’nden tenfiz (*exequatur*) kararı elde etmiştir. Ancak Mahkeme karara “bu mahkemenin izni olmaksızın Fransa’da bulunan herhangi bir malvarlığına karşı icrai işlem veya ihtiyati tedbir işlemi yapılamaz” şeklinde bir şerh düşmüştür. Benvenuti ise bu şerhin kaldırılması için Paris İstinaf Mahkemesine başvurmuştur. Davacı, Paris Asliye Mahkemesi’nin sadece ICSID hakem kararının kesin hüküm vasfını değerlendirebileceğini ancak bu şekilde bir şerhin ICSID Konvansiyonuna aykırı olduğunu ve Mahkeme tarafından tenfiz kararına eklenemeyeceğini iddia etmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi kararında davacı Benvenuti’yi haklı bularak Asliye Mahkemesinin kararında yer alan şerhi iptal etmiştir. İstinaf Mahkemesi’ne göre ICSID Konvansiyonu basitleştirilmiş bir tenfiz sistemi öngörmüştür. Buna göre tenfizi yapacak mahkeme sadece kararın kesin hüküm vasfını inceleyebilir. Tenfiz aşaması kendinden sonra gelecek olan icra aşamasından farklı olduğu için tenfizi yapacak mahkeme icra aşaması hakkında karar veremez. Devletin ceb-i icra bağımsızlığı iddiası da icra aşamasında ileri sürülebilecek bir iddiadır. Bu anlamda tenfiz mahkemesinin kendinden sonraki bir aşamaya dair karar vermesi yetki aşımı anlamına gelecektir.⁹³⁷

Öte yandan *SOABI v. Senegal* davası neticesinde davacı elde ettiği lehe kararı Fransa mahkemeleri nezdinde tenfiz etmek istemiş ve Paris Asliye Mahkemesi’nden 5 Aralık 1989 tarihinde tenfiz kararı almıştır. Ancak Senegal hükümeti, devletin ceb-i icra bağımsızlığından vazgeçmediğini ileri sürerek Paris İstinaf Mahkemesi’ne başvurmuş ve hakem kararının tenfizine karşı çıkmıştır. İstinaf Mahkemesi ise Asliye

⁹³⁷ S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo, Cour d’Appel de Paris, 26 June 1981. In Bishop, R. D. & Crawford, J. et. al. (ed). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Kluwer Law International, pp.1180-1182.

Mahkemesi kararını, sadece ticari amaca özgülenmiş malvarlığı açısından icra edilebileceğine dair bir garanti içermediği gerekçesiyle iptal etmiştir. İstinaf Mahkemesi'ne göre Senegal devleti ICSID Konvansiyonu'nun 55. maddesinde belirtildiği gibi cebr-i icra bağışıklığından vazgeçmediği halde tenfiz kararının verilmesi uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bunun üzerine sorun Paris Temyiz Mahkemesi'ne taşınmış ve İstinaf Mahkemesi kararı iptal edilmiştir. Temyiz Mahkemesi'ne göre kararın, ulusal mahkemece tenfiz edilmesi ve icrası birbirinden ayrıdır. İcra esnasında devletin kamu malları yönünden cebr-i icra bağışıklığını ileri sürmesi mümkün iken, kararın, mahkeme tarafından tenfiz edildiği esnada cebr-i icra bağışıklığı iddiası gündeme gelemez. ICSID Konvansiyonunun 55. maddesi icra aşaması ile ilgilidir.⁹³⁸ Bu anlamda pratikte icra ulusal mahkeme veya merci tarafından kararın tenfiz edilmesinden sonra başlatılmaktadır. İcra öncesinde devletin cebr-i icra bağışıklığı ileri sürmesinin bir anlamı yoktur. Zira devlet kendi iradesi ile ICSID hakem kararının bağlayıcılığına rıza göstermiştir. Paris İstinaf Mahkemesi'nin hatalı kararı Temyiz Mahkemesi tarafından düzeltilmiştir. Gaillard da esasen İstinaf Mahkemesinin, daha önce Benvenuti kararı başvurusunda, tenfiz ve icra arasındaki ayrımı yaptığını ancak SOABI kararında bu ayrımı neden uygulamadığını açıklayamadığını belirtmektedir.⁹³⁹

Esasen Konvansiyonun düzenlemesi olmasaydı dahi uluslararası teamül hukukunda yer alan devletin cebr-i icra bağışıklığına ilişkin hükümler yine uygulanabilirdi. Nitekim Konvansiyon cebr-i icra bağışıklığından ne anlaşılması gerektiğini düzenlemediğinden uygulamada cebr-i bağışıklığı yine uluslararası teamül hukuku ışığında yorumlanacaktır. Bu anlamda Uluslararası Hukuk Komisyonu da yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarını "Devletin ve Devlet Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Taslak Maddeler" adlı çalışmasında derlemeye

⁹³⁸ SOABI v. Senegal, France, Tribunal de grande instance, Paris, 14 November 1988; Cour d'Appel, Paris, 5 December 1989; Cour de Cassation, 11 June 1991, ICSID Reports, Vol. 2, pp.337-341. Ayrıca bakınız: Ziade, N. G. (1991). Introductory Note: SOABI Award. *ICSID Review-FILJ*, Vol.6, Issue 1, pp.119-124.

⁹³⁹ Gaillard, E. (1990). The Enforcement of ICSID Awards in France: The Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI Case. *ICSID Review-FILJ*, Vol.5, Issue 1, pp.69-72.

çalışmıştır.⁹⁴⁰ 2004 yılında ise “Devletin ve Devlet Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu” imzalanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiştir.⁹⁴¹ Bahsi geçen metinlerde cebr-i icra bağışıklığı, devlet mallarının yargı bağışıklığı şeklinde düzenlenmiştir. Öte yandan ICSID Konvansiyonu’nun 53/3. maddesi kararın icrasının, icrayı yapması istenen devletin iç hukukuna göre yapılacağını düzenlemektedir. Bu anlamdaki iç hukuk devletin yargı ve cebr-i icra bağışıklığına dair hükümleri de kapsamına alır. ABD, Birleşik Krallık, Kanada ve Avustralya gibi birçok devlet yargı ve cebr-i icra bağışıklığını kendi iç hukukunda düzenlemiştir. Kararın icrası esnasında bu hukuki düzenlemelerin de dikkate alınması gerekmekte.⁹⁴² Ancak iç hukuk düzenlemelerinin de uluslararası hukuka uygun olması gerekir. Türkiye’nin ise müstakil bir yargı veya cebr-i icra bağışıklığı kanunu yoktur. Bu nedenle İcra ve İflas Kanunu’nun kamu mallarının haczedilemezliğine dair maddeleri uygulanacaktır.

Devletin yargı bağışıklığı (state immunity) devletlerin egemen eşitliğinden kaynaklanır. Egemen eşitlik başka bir devletin mahkemelerinin veya uluslararası bir mahkemenin önünde yargılanamamayı da beraberinde getirmektedir.⁹⁴³ Nitekim Uluslararası Adalet Divanı da Devletin Yargı Bağışıklıkları davasında uluslararası hukukta yer alan devletin yargı bağışıklığı kuralının BM Şartı’nda da yer alan ve uluslararası düzenin en temel ilkelerinden biri olan devletlerin egemen eşitliği ilkesinden kaynaklandığını teyit etmiştir.⁹⁴⁴ 16. ve 19. yüzyıldaki gelişmeler devletin

⁹⁴⁰ ILC (1991). Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A/46/405, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/4_1_1991.pdf (erişim tarihi 12.06.2018).

⁹⁴¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004). Adopted by the General Assembly Resolution (59/38) of the United Nations on 2 December 2004, No. 49 (A/59/49)

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf&lang=EF . (erişim tarihi 12.06.2018). Bakınız: O’Keefe, R. (2013). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford University Press.

⁹⁴² Tomuschat, C. (2011). The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.44, pp.1105-1140.

⁹⁴³ Fox, H. & Webb, P. (2015). *The Law of State Immunity*. Oxford University Press, pp.1-11.

⁹⁴⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece Intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, parag.57.

uluslararası ticaret alanında da etkili bir aktör olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu durum da devleti ya da devlet şirketlerini özel kuruluşlar karşısında üstün konuma getirmekte ve zaman zaman devletler arasında diplomatik gerginliğe neden olmaktadır. Devletin her eyleminde mutlak yargı bağışıklığına (absolute immunity) sahip olması özellikle ticaret alanında sürdürülemez neticeler doğurunca birçok devlet sınırlı yargı bağışıklığı (restrictive immunity) kavramını tercih etmeye başlamıştır. Sınırlı yargı bağışıklığı görüşüne göre devletin egemen eylemleri (*acta jure imperii*) ile özel hukuk eylemleri (*acta jure gestionis*) arasında bir ayırım yapılmalı ve özel hukuk eylemleri yargı bağışıklığı kapsamında sayılmamalıdır.⁹⁴⁵ Nitekim 2004 tarihli BM Konvansiyonu da temel itibarıyla sınırlı yargı bağışıklığı anlayışını benimsemiş ve 10-17. maddelerinde devletin yargı bağışıklığını ileri süremeyeceği haller arasında ticari işlemler, özel hukuka tabi mülkiyet ve tahkim sözleşmesi gibi eylemleri saymıştır.⁹⁴⁶

Yargı bağışıklığının istisnası devletin kendi rızası ile yargılanmayı kabul etmesinden ileri gelmektedir. Nitekim ICSID tahkimine de devlet kendi rızası ile taraf olmaktadır. Sınırlı yargı bağışıklığı görüşü uyarınca ICSID hakem kararında yer alan maddi yükümlülüklerin icrası sırasında gündeme gelebilecek yargı bağışıklığı iddiası devlet mallarına ilişkin cebr-i icra bağışıklığı (immunity from execution) olacaktır. Bu nedenle, sınırlı yargı bağışıklığının bir yansıması olarak, devletin kamu hukukuna tabi malları ile özel hukuka tabi malları arasında ayırım yapmak gerekir. Bunun için ilk önce bakılması gereken kararın icra edileceği devletin iç hukuk düzenlemeleri ve varsa cebr-i icra bağışıklığına ilişkin kanunlarıdır.⁹⁴⁷ Kararın icra edileceği devletten başka diğer devletlerin ya da karar üçüncü bir ülkede icra edilecekse ev sahibi devletin iç hukukunda farklı düzenlemelerin olması durumu değiştirmez. ICSID Konvansiyonu 55. maddenin lafzına göre sadece kararın icra edileceği devletin

⁹⁴⁵ Yang, X. (2015). *State Immunity in International Law*. Cambridge University Press, pp.6-31.

⁹⁴⁶ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004). Part III, art.10-17.

⁹⁴⁷ Bakınız: Finke, J. (2010). Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?. *European Journal of International Law*, Vol.21, Issue 4, pp.853-881.

hukuki düzenlemeleri dikkate alınır. Schreuer'e göre zaten devletin cebr-i icra bağımsızlığına dair ilkeler öncelikle iç hukukta oluşmuş daha sonra uluslararası teamül hukuku kuralları haline dönüşmüştür.⁹⁴⁸ Bu nedenle 55. madde de öncelikle iç hukuka gönderme yapmıştır.

İç hukuklarda kamu malı veya özel mal ayrımını oluşturmada kullanılan en önemli kriter ilgili malın özgülendiği alana bakmaktır. Eğer mal kamusal bir hizmete özgülünmüşse kamu malı, ticari bir amaca özgülünmüşse özel mal olarak kabul edilir. Bu anlamda örneğin devlet dairelerine veya diplomatik misyonlara ait binalar, askeri araç ve ekipmanlar, merkez bankalarına ait para ve mallar ya da kültürel miras sayılan mallar haczedilemez.⁹⁴⁹ Ancak pratikte bu ayrımı yapmak sanıldığı kadar kolay olmamaktadır. Nitekim *LETCO v. Liberia* davasında davacı LETCO elde ettiği ICSID hakem kararını tenfiz etmek üzere New York Güney Bölge Mahkemesi'ne başvurmuş ve tenfiz kararı elde etmiştir. New York Güney Bölge Mahkemesi'ne göre Liberya ICSID Konvansiyonuna taraf olarak ICSID hakem kararlarının herhangi bir ülkede tenfiz edilebileceğini ve bu anlamda yargı bağımsızlığından vazgeçtiğini teyit etmiştir. Bunun üzerine LETCO, Liberya'nın, ABD'de yerleşik armatörlere ait ancak Liberya bayrağı taşıyan gemilerden aldığı aidat ve bazı vergiler üzerine ihtiyati tedbir koydurmuştur. Liberya ise aynı Mahkemeye itirazda bulunarak Devletin Yargı Bağımsızlığı Kanunu'nda (foreign sovereign immunities act) kamusal amaca özgülünmüş malların haczedilemeyeceğinin düzenlendiğini belirterek tedbirin kaldırılmasını istemiştir. New York Güney Bölge Mahkemesi Liberya'yı haklı bulmuştur. Öte yandan LETCO, bu kez Liberya'nın Washington Büyükelçiliği'nin banka hesaplarına ihtiyati tedbir koydurmuştur. Liberya ise Washington D.C. Bölge Mahkemesi'ne (The US District Court for the District of Columbia) başvurmuş ve itiraz etmiştir. Washington Bölge Mahkemesi, LETCO'nun haciz girişimini iki gerekçe ile reddetmiştir. Birincisi her ne kadar Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana

⁹⁴⁸ Schreuer, C. (1988). *State Immunity: Some Recent Developments*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, pp.1-3.

⁹⁴⁹ Loewenfeld, E. (1948). Some Legal Aspects of the Immunity of State Property. *Transactions of the Grotius Society*, Vol.34, pp.111-126.

Sözleşmesi özel olarak banka hesaplarından bahsetmemişse de 25. maddesinde yer alan “diplomasi misyonunun görevini yerine getirebilmesi için her türlü imkanı sağlamak” ibaresi banka hesaplarının da dokunulmaz olduğunu kabul etmeyi gerektirir. İkincisi ise Devletin Yargı Bağımsızlığı Kanunu’na göre diplomatik misyonların malları kamuya özgülenmiş mallar olup özel hukuka tabi değildir.⁹⁵⁰

Öte yandan *Benvenuti v. Congo* davası neticesinde Fransa’da hakem kararı hakkında tenfiz kararı alan Benvenuti icra aşamasında başka bir engel ile karşılaşmıştır. *Benvenuti v. Banque Commerciale Congolaise* (BCC) davasına konu olan olayda Benvenuti bir devlet bankası olan BCC nezdindeki hesapları haczetmek istemiştir. Benvenuti’ye göre devlet bankaları da devletin bir organı olarak kabul edilmeli, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilik olarak değerlendirilmemelidir. Ancak ilk derece mahkemesi BCC üzerindeki kontrolün BCC’yi doğrudan devlet organı olarak kabul etmeye yetmeyeceğini, üstelik BCC nezdinde yer alan hesapların özel kişilere ait hesaplar olduğunu belirterek Benvenuti’nin iddiasını reddetmiştir. Bu anlamda Mahkeme BCC’nin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu ve Kongo’nun ödemekle yükümlü olduğu tazminatı ödemek zorunda olmadığını karara bağlamıştır. Benvenuti kararı Temyiz Mahkemesine taşınmış ancak Temyiz Mahkemesi de ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır.⁹⁵¹

AIG v. Kazakhstan davasında ise davacı mülkiyetine el konulmasından dolayı ICSID tahkiminde dava açmış ve kazanmıştır.⁹⁵² Davacı yatırımcı, Kazakistan tarafından kararda yer alan maddi yükümlülüklerin yerine getirilmemesi üzerine Birleşik Krallık nezdinde tenfiz için başvurmuş ve İngiliz Yüksek Mahkemesi’nden davalıya ait

⁹⁵⁰ LETCO v. The Government of the Republic of Liberia, U. S. District Court, Southern District, New York, 5 September 1986, 12 December 1986; U. S. District Court, District of Columbia, 16 April 1987, 2 ICSID Reports, Vol.2, pp.383-390. Ayrıca bakınız: Alexandroff, A. S. & Laird, I. (2008). Compliance and Enforcement. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.1179-1181.

⁹⁵¹ Benvenuti and Bonfant v. Banque Commerciale Congolaise, France, Cour de Cassation, 21 July 1987, ICSID Reports, Vol. 1, pp.373-375.

⁹⁵² AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award, 7 October 2003, pp.117-119.

üçüncü kişiler nezdindeki mallara haciz koyma izni almıştır. Bunun üzerine İngiltere'deki ABN AMRO bankasında tutulan Kazakistan Merkez Bankası'nın parasını haczetmek istemiş ancak Kazakistan, Birleşik Krallık iç hukukunun bir parçası olan 1978 tarihli Devletin Yargı Bağışıklığı Kanunu'na dayanarak yargı bağışıklığı iddiasında bulunmuştur. Davacı ise tutulan paranın ticari amaçla kullanıldığını ve özel hukuk malları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Netice itibariyle mahkeme merkez bankalarına ait malların, ticari amaçla kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, cebr-i icra bağışıklığından tam bir şekilde faydalanacağını belirterek davacının iddiasını reddetmiştir.⁹⁵³ Görüldüğü üzere ICSID hakem kararlarının icrası esnasında somut olaya göre değerlendirme yapılmakta ve öncelikle haczi istenen malın kamu malı veya özel mal olup olmadığı araştırılmaktadır. Devletin cebr-i icra bağışıklığı ise ancak kamu malları açısından gündeme gelebilmektedir.

5.6. Uluslararası Yatırım Mahkemesi Önerileri

Yabancı yatırım hukuku alanında daimi ve evrensel nitelikte bir mahkeme mevcut değildir. Bazı yazarlar uluslararası bir mahkemenin yatırım tahkiminin yerini almasını daha uygun bulmaktadırlar. Van Harten'e göre yatırım hukuku kamu hukuku yargılamasıdır ve özel tahkim kamu hukuku meselelerini çözmek için tam olarak uygun merci değildir. Yazara göre hakemlerin taraflarca seçilmesi ve sürekli bir ücretinin olmaması bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmektedir. Bu nedenle tahkimde yer alabilmek için taraflı davranma ya da ücretini garanti altına almak için salt kendini atayan taraf lehine karar verme gibi yollara başvurabilmektedirler.⁹⁵⁴

⁹⁵³ AIG Capital Partners Inc. and Another v. Republic of Kazakhstan (National Bank of Kazakhstan Intervening), Queen's Bench Division of the High Court of England and Wales, Case No. 2004/536, Decision [2005] EWHC 2239 (Comm), 20.10.2005, pp.1-32. Ayrıca bakınız: Gaukrodger, D. (2010). Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors. OECD Working Papers on International Investment, 2010/02, OECD Publishing, pp.21-23.

⁹⁵⁴ Benzer bir tartışma Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) üyelerinin tahkim mercilerinde hakem olarak bulunması hakkında da başlatılmıştır. IISD tarafından hazırlanan "Is "Moonlighting" a Problem? The role of ICJ judges in ISDS" (<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf> erişim tarihi 11.07.2018) adlı raporun yarattığı yankı neticesinde 25.10.2018 tarihli Genel Kurul konuşmasında ICJ başkanı, Divan üyelerinin artık yatırımcı-devlet tahkimi ve ticari tahkim

Yazar bu problemlerin hakimlik teminatı altındaki yargıçların olduğu daimi bir uluslararası yatırım mahkemesinde daha az ortaya çıkacağını düşünmektedir. Aksi halde uyuşmazlıklar tam olarak depolitize edilip hukuki zemine oturtulamayacaktır.⁹⁵⁵ Benzer şekilde Howard da uluslararası yatırım mahkemesinin kurulmasını yatırım andlaşmalarının tutarlı bir şekilde yorumlanması ve birbiri ile uyumlu bir içtihat hukuku oluşturulması açısından elzem görmektedir. Yazara göre her ne kadar hakem heyetleri birbirinin kararlarına atıfta bulunsa da bu durum daimi bir mahkemedeği gibi yeknesak bir içtihat hukuku oluşturmamaktadır. Pratiğin çok önemli olduğu yabancı yatırım hukukunun gelişimi ve geleceği için daimi mahkemenin kurulması gereklidir.⁹⁵⁶ Katz da uluslararası bir yatırım andlaşması ile daimi bir yatırım mahkemesi kurulmasının, yatırım tahkiminin yatırımcı lehine düşünme, kamu hukuku problemlerini çözememe gibi mevcut problemlerini ortadan kaldıırabileceğini düşünmektedir. Hatta yazar bu anlamda ICSID'in de uluslararası daimi yatırım mahkemesine dönüştürülebileceği ve mevcut sekreteryanın daimi mahkemenin yönetimi olarak görevine devam edebileceğini düşünmektedir.⁹⁵⁷

Rogers ise ICSID ve diğer yatırım tahkimlerinde yer alan problemlerin uluslararası daimi bir mahkeme yoluyla çözülemeyeceğini belirtmektedir. Zira, yazara göre, uluslararası yargılamanın tarihi, devletlerin kısmen kontrol edebilecekleri çözüm mekanizmalarına yöneldiğini göstermektedir. Van Harten'in kurgusunda daimi mahkeme yargıçları devletlerin kamusal menfaatlerini de gözeterek denge oluşturacaktır ancak bu beklenti fazla optimist bir yaklaşımdır. Rogers'a göre böyle bir durumda da yargıçların yetkilerini genişletmeyeceğine ya da yatırımcıyı koruma

mekanizmalarında hakem olarak bulunmayacağını açıklanmıştır. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-EN.pdf> (erişim tarihi 11.07.2018).

⁹⁵⁵ Van Harten, G. (2008). A Case for An International Investment Court. Osgoode Hall Law School of York University, All Papers 259, pp.30-31.

⁹⁵⁶ Howard, D. M. (2017). Creating Consistency Through a World Investment Court. *Fordham International Law Journal*, Vol.41, Issue 1, pp.27-32.

⁹⁵⁷ Katz, R. L. (2016). Modeling and International Investment Court after the World Trade Organization Dispute Settlement Body. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol.22, pp.179-181.

eğilimine girmeyeceğine dair bir garanti söz konusu değildir.⁹⁵⁸ Born'a göre de "ikinci kuşak" diye adlandırdığı ICSID gibi kurumsal tahkim mercilerinin devletlerce tercih edilmesi tam da devletlerin daimi mahkemelerde kullanamadıkları müdahale şansını elde etmek istemelerinden kaynaklanmaktadır. Aksi halde "ilk kuşak" olarak adlandırılan Uluslararası Adalet Divanı gibi daimi mahkemelerin çok fazla rağbet görmesi gerekirdi.⁹⁵⁹ Yackee de daimi bir yatırım mahkemesinin kurulmasının devletlerin egemenlik yetkilerini sınırlandıracağını ve istenen sonuçların elde edilemeyeceğini düşünmektedir.⁹⁶⁰ Cate, Howard'ın aksine, hakem kararları arasında içtihat birliği oluşturmanın tahkimin amacına aykırı sonuçlar doğuracağına ve hakemlerin doğru karar vermek yerine önceki kararları teyit eden bir karar verme arayışına gireceğini düşünmektedir.⁹⁶¹

Mevcut yatırım tahkimi sistemi için reform talepleri ve uluslararası yatırım mahkemesi kurulması için öneriler Avrupa Birliği (AB) Komisyonu'nun 2015'te "Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi"nin kurulmasını teklif etmesiyle birlikte yeniden gündeme gelmiştir. Komisyon'un teklifine göre; mahkeme daimi olacak, mahkemeye atanacak yargıçlar taraf devletlerce, belirli bir süreliğine ve daimi statüde olmak üzere atanacak, yargıçlar birbiri ile uyumlu kararlar verecek, mahkeme ilk derece ve temyiz olmak üzere ikili bir yapıya sahip olacak, mahkeme yatırım uyuşmazlıkları hakkında özel yetkili olacak ve farklı mercilere başvurulmasını engelleyerek yeknesaklık sağlayacak, mahkemenin verdiği kararlar ile duruşmalar kamuya açık olacak ve isteyen üçüncü kişiler davalara müdahil olabilecektir.⁹⁶² Komisyon bu anlamda yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne dair çok taraflı yatırım

⁹⁵⁸ Rogers, C. A. (2014). The Politics of International Investment Arbitrators. *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.12, Issue 1, pp.248-253.

⁹⁵⁹ Born, G. (2012). A New Generation of International Adjudication. *Duke Law Journal*, Vol.61, No.4, pp.778-877.

⁹⁶⁰ Yackee, J. W. (2012). Controlling the International Investment Law Agency. *Harvard International Law Journal*, Vol.53, Number 2, pp.392-445.

⁹⁶¹ Cate, I. M. T. (2013). The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.51, pp.418-420.

⁹⁶² European Commission (2017). Factsheet on the Multilateral Investment Court. p.3 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf (erişim tarihi 12.07.2018).

mahkemesinin kurulmasına ilişkin konvansiyonu müzakere etmek üzere KONSEY tarafından yetkilendirilmiştir. Çok taraflı yatırım mahkemesi hakkındaki hükümlerin aynısı AB ve Kanada arasında yer alan Kapsamlı Ekonomik ve Ticari Andlaşma ile AB ve Vietnam arasındaki Serbest Ticaret Andlaşmasına da eklenmiştir. Komisyon'un teklifini bir bölüm halinde içeren AB ile ABD arasındaki Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Andlaşmasının (TTIP) ise şimdilik ABD tarafından imzası askıya alınmıştır. Yatırım mahkemesi fikri yazarlarca da tartışılmıştır. Titi'ye göre Avrupa Birliği'nin kurmaya çalıştığı yatırım mahkemesi fikri, mevcut yatırım tahkimini gayrimeşru gördüğünden değil yatırımcı yanlısı olarak hareket ederek devletin regülasyon hakkı gibi kamu hukuku meselelerini çözemediğini düşünmesinden ileri gelmektedir. Bu nedenle Komisyon yabancı yatırım hukukunu daha fazla uluslararası hukuk (public international law) alanına çekmek istemiştir.⁹⁶³ Schill ise Komisyon'un önerisinin halihazırda iki taraflı andlaşmada yer aldığını ve henüz beklendiği gibi çok taraflı hale gelmediğini belirterek mevcut durumun değişmesinin kolay olmadığını vurgulamaktadır. Yazara göre AB'nin girişimleri; daha kapsamlı bir reformu beraberinde getirmese, çok taraflı bir mahkemenin kurulmasından ziyade, iki taraflı yatırım mahkemelerinin çoğalması gibi negatif bir etki dahi yaratabilir.⁹⁶⁴

Alvarez yatırım tahkiminde reform çağrılarını tablo halinde sıralamaktadır. Yazara göre reform önerileri şu şekilde özetlenebilir: yatırım tahkimi kararlarında diğer alanların verilerine başvuru artmalı, tahkim süreci ve dökümanlarına şeffaf erişim artmalı, üçüncü şahısların müdahil olması mümkün olmalı, talepler sınırlanmalı, hakem kararlarının birbirine uyumu (jurisprudence constante) hususunda yorum metodları geliştirilmeli, yatırımcının hakları daha dar yorumlanmalı, devletlere daha çok regülasyon ve politika alanı açılmalı, çok uluslu şirketlere de sorumluluk yüklenebilmeli, kaynak devletin (home state) de sorumluluğu tartışılmalı,

⁹⁶³ Titi, C. (2016). The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead. *Transnational Dispute Management*, Vol.1, p.43.

⁹⁶⁴ Schill, S. W. (2016). The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?. *American Society of International Law Insights*, Vol.20, Issue 9, pp.2-4.

hakemlerin takdir yetkisi daraltılmalı, ölçülülük ilkesi daha çok uygulanmalı, yatırım tahkimi destek merkezleri kurulmalı, taraflar arasında uygulanacak etik kurallar belirlenmeli, yatırım tahkiminin sistemik entegrasyonu güçlendirilmeli, hakemlerin atanma mekanizması değiştirilmeli, çok taraflı yatırım andlaşması görüşmelerine devam edilmeli ve yatırım tahkiminde tazminata ilişkin bazı sınırlar konulmalıdır.⁹⁶⁵ Yazara göre yatırım tahkiminin olumlu ve olumsuz yönleri araştırıldıktan sonra reform önerisinde bulunanların önerileri bu başlıklar altında özetlenebilir. Esasen yakından bakıldığında neredeyse tüm önerilerin yatırım hukukunun uluslararası hukuk karakterini güçlendirmeye yönelik olduğu gözlemlenebilecektir. Behn'e göre ise yatırım tahkimi açısından ileri sürülen reform önerilerinin bazılarını genel itibariyle evrimsel (evolutionary) yaklaşımlar diğer bazılarını ise devrimsel (revolutionary) yaklaşımlar söz konusudur. Daha açık ifadeyle bazı reformların zamanla sistem içerisinde gerçekleştirilmesi mümkün iken bazıları için sistem tamamen değiştirilmelidir.⁹⁶⁶

Esasen uluslararası yatırım mahkemesi arayışı mevcut yatırım tahkiminin temel problemlerinin çözülememesinden ve reform önerilerinin yerine getirilememesinden kaynaklanmaktadır. Ancak hakemlerin atanma usulü, temyiz merciinin olmaması, farklı içtihatların ortaya çıkması veya devletin regülasyon hakkının eksik yorumlanması gibi problemlerin olması yine de başta ICSID olmak üzere yatırım tahkiminin popülaritesine engel olmamakta ve tahkim yatırım uyuşmazlıklarının çözümlendiği başlıca mekanizma olma özelliğini korumaktadır. Bu anlamda bazı yazarlar ICSID bünyesinde bir temyiz mekanizmasının kurulması ve mevcut diğer eksikliklerin giderilmesini daha gerçekçi bir reform olarak görmektedir.⁹⁶⁷ Kanaatimizce ICSID bünyesinde temyiz merciinin kurulması birçok

⁹⁶⁵ Alvarez, J. E. (2010). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.393.

⁹⁶⁶ Behn, D. (2015). Legitimacy, Evolution and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State of the Art. *Georgetown Journal of International Law*, Vol.46, pp.363-415.

⁹⁶⁷ Temyiz mekanizmasının kurulması hakkındaki temel tartışmalar için bakınız: Tams, C. J. (2006). An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. Working Paper 57, Martin Luther

problemi ortadan kaldıracaktır. Temyiz mekanizması kararlar arasında ahenk sağlayabilir ve devlet ile yatırımcı menfaatleri arasında denge kurarak uluslararası hukuka daha fazla katkıda bulunabilir. Bunun için temyiz mekanizması üyelerinin, uluslararası yatırım mahkemesi önerilerinde olduğu gibi, belirli bir dönem için daimi olarak atanması gerekmektedir. Böylece hakem heyetleri ilk derece yargılaması görevi görecek ve bu aşamada tarafların tercihleri korunacaktır. Temyiz organı bu anlamda uluslararası hukukun tahkim sürecine daha çok hakim olmasını da tesis edebilir. Doğrudan dava açma hakkının olduğu daimi ve zorunlu bir uluslararası yatırım mahkemesi ise, AB üyesi gelişmiş devletlerin çalışmaları hariç tutulduğunda, halihazırda devletlerin veya yatırımcıların toplu şekilde talep ettikleri bir ihtiyaç olarak gözükmemektedir. AB üyeleri gibi gelişmiş devletler ise, AIHM gibi istisnalar olmakla birlikte, sürekli mahkemelerin kurulmasını teşvik etmekte ancak yine de yoğun bir şekilde kullanmamaktadır. Nitekim AB üyelerinin Uluslararası Adalet Divanı veya Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi sürekli mahkemeleri hangi yoğunlukta kullandığı tartışmaya açıktır. Hatta ABD önceleri Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına destek olmuş ancak daha sonra imzasını çekerek Mahkeme'nin yargı yetkisi aleyhine olacak şekilde bazı devletlerle iki taraflı dokunulmazlık andlaşmaları akdetmiştir.

University Halle-Wittenberg, pp.5-43; Sauvant, K. P. (2008). *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. Oxford University Press, pp.231-281.

6. BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İLKELERİNİN YABANCI YATIRIM HUKUKUNA ENTEGRASYONU

İnsan hakları hukuku, uluslararası hukuk içerisinde en popüler ve genişliğinden ötürü müstakil bir hukuk dalı olarak muamele gören bir alandır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra özellikle Hersch Lauterpacht ve Raphael Lemkin gibi hukukçuların çalışmaları neticesinde insan hakları ve soykırım gibi kavramlar Birleşmiş Milletler bünyesinde daha çok önemsenmeye başlanmıştır.⁹⁶⁸ BM nezdinde insan hakları hem 1945 tarihli BM Şartı'nın temel hedeflerinden biri olarak belirlenmiş hem de insan haklarının önemini vurgulamak üzere 1948 yılında Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ilan edilmiştir.⁹⁶⁹ İkinci dünya savaşının ardından uluslararası alanda insan hakları hukukunun öneminin artması ve demokrasinin temel parametrelerinin dahi insan hakları standartlarına göre ölçülmeye başlanması bu hukuk dalının son yetmiş yılda bütün dünya tarihi boyunca görüldüğünden daha fazla gelişmesine ve genişlemesine neden olmuştur. Günümüzde hem temel anlamda belirli insan haklarını derleyen hem de tek bir hakkı veya özgürlüğü detaylı bir şekilde düzenleyen çok sayıda uluslararası bildirme, konvansiyon ve bölgesel andlaşma mevcuttur. Bunlara BM bünyesinde yer alan insan hakları mekanizmalarının çalışmaları ile AİHM gibi bölgesel mahkemelerin kararları da eklendiğinde, insan hakları hukuku, uluslararası hukukun en geniş alt dallarından biri olarak ortaya çıkmıştır.⁹⁷⁰

Devletin egemenlik eyleminin yargılandığı bir alanı kamu hukuku dışarısına çıkarmak zordur. Bu nedenle yatırım hukuku iç hukukta idare hukukuna, uluslararası hukukta ise insan hakları hukukuna bazı yönlerden benzemektedir. Her ikisinde de devletin

⁹⁶⁸ Vrdoljak, A. F. (2010). Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law. *European Journal of International Law*, Vol.20, No.4, pp.1163-1194.

⁹⁶⁹ Van Boven, T. C. (1977). The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal. *Bulletin of Peace Proposals*, Vol.8, No.3, pp.198-208.

⁹⁷⁰ Bakınız: Alston, P. & Goodman, R. (2012). *International Human Rights*. Oxford University Press, pp.157-489.

bireye karşı olan eylemi (idare hukukunda bizatihi belirli bir bireyi ilgilendirmeyen düzenleyici işlemleri de yargılamaya konu olabilir) yargılanmaktadır. Ancak konuyu uluslararası hukuk açısından yabancı yatırımların korunması ve devletin sorumluluğu açısından incelediğimizden dolayı sadece insan hakları hukuku mukayesesi ile yetineceğiz. Nitekim idare hukuku alanındaki eylemlerin çoğu devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmayan eylemlerdir. Öte yandan yabancı yatırım hukuku yine uluslararası ekonomi hukuku içerisinde yer alan Dünya Ticaret Örgütü (WTO) hukuku ile de bazı yönlerden benzeşmektedir.⁹⁷¹ Hatta WTO Uyuşmazlık Çözüm Organı üyeleri genel itibariyle yatırım tahkimi hakemleri arasından seçilmektedir.⁹⁷² WTO sistemi de uluslararası hukuk çerçevesini kullanmakla birlikte konunun aşırı geniş tutulmaması ve WTO sisteminin çok fazla eko-politik değerlendirmeler içermesi⁹⁷³ nedeniyle çalışmayı insan hakları hukuku karşılaştırması ile sınırlı tutacağız. Zira ICSID hakem kararlarında da insan hakları hukuku gittikçe önemini arttırmaktadır.

İnsan hakları hukukunun, genişliği itibariyle, neredeyse diğer tüm uluslararası hukuk dalları ile yakından veya uzaktan ilişkisi vardır. Yabancı yatırım hukuku açısından da ilişkinin hangi boyutta olduğu veya olması gerektiği son yıllarda literatürde sıkça tartışılan konular arasında yer almaktadır. Nitekim her iki hukuk dalı da temel itibariyle zayıf konumda olan bireyin devlete karşı korunması fikrinden ortaya çıkmıştır. Bu nedenle özellikle mülkiyet hakkı ve yatırım ilişkisi, adil yargılanma hakkı ve adaletten imtina ya da yatırım hukukuna uygulanacak standartlar bağlamında insan hakları hukuku ile yabancı yatırım hukukunun daha çok etkileşim içerisinde

⁹⁷¹ Kurtz, J. (2016). *The World Trade Organization and International Investment Law: Converging Systems*. Cambridge University Press, pp.1-31; Sacerdoti, G. (2014). Trade and Investment Law: Institutional Differences and Substantive Similarities. *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol.9, pp.1-12.

⁹⁷² Puig, S. (2015). The Merging of International Trade and Investment Law. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.33, pp.1-59.

⁹⁷³ McRae, D. (2014). The World Trade Organization and International Investment Law: Converging Systems - Can the Case for Convergence be Made? *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol.9, pp.13-23.

olması gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁷⁴ Kanaatimizce de insan hakları hukukunun temel ilkeleri, uluslararası hukukun bileşeni olarak, yabancı yatırım hukukuna entegre edilmelidir. Öte yandan çevresel haklar ve mülkiyetin kamulaştırılması kapsamında devletin regülasyon hakkı gerilimi henüz tam olarak çözülebilmüş bir sorun değildir. Bu sorunların çözümü için yatırım tahkiminin özellikle AIHM içtihatları çerçevesinde somutlaşan insan hakları standartlarından ne ölçüde faydalandığını ortaya koymak gerekir. Önceki bölümde bahsettiğimiz gibi ICSID tahkiminde uluslararası hukuk tamamlayıcı ve düzeltici bir fonksiyon üstlenmektedir. Bu durumda uluslararası hukuk kapsamı içerisinde, özellikle davalı ev sahibi devletin taraf olduğu, uluslararası insan hakları konvansiyonları da yer almakta ise ICSID tahkiminde bu konvansiyonların da doğrudan uygulanması gerekmez mi? ICSID hakem heyetleri insan hakları konvansiyonlarını uygulamamayı nasıl gerekçelendirmektedir? ICSID tahkimi yabancı yatırımcıya özel insan hakları mekanizması işlevine mi sahiptir? gibi sorular gündeme gelmektedir. Bu soruların cevabını aramak için öncelikle insan haklarının konumu ve yatırım hukuku ile ilişkisi, daha sonra da uygulamada iki hukuk dalının ne ölçüde etkileşim içerisinde olduğu tartışılmalıdır. Böylece hem yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hukukun rolü hem de yatırım hukuku ve insan hakları hukuku ilişkisi özelinde uluslararası hukukun parçalanma yolunda mı yoksa bütünleşme içerisinde mi olduğu daha iyi anlaşılacaktır.⁹⁷⁵

6.1. Uluslararası İnsan Haklarının Yabancı Yatırım Hukukundaki Yeri

Uluslararası hukuk içerisinde insan hakları söylemi etkisini gün geçtikçe arttırmaktadır. Bu durum insan haklarının evrensel bir nitelik taşıdığı ve klasik konumundan farklı bir yerde konumlandırılması gerektiği tartışmalarını da

⁹⁷⁴ Brabandere, E. (2012). Human Rights Considerations in International Investment Arbitration. In Fitzmaurice, M. & Merkouris, P. (ed). *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights Legal and Practical Implications*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.183-216.

⁹⁷⁵ Önceki bölümlerde izah ettiğimiz gibi ICSID tahkimine ancak yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar götürülebilir. Bu nedenle yatırımcının tutuklanması ve sair hallerde ortaya çıkan bireysel insan hakları iddialarının ICSID tahkiminde görülmesi mümkün olmadığından, yabancı yatırım hukuku ve insan hakları hukuku mukayesesini mülkiyet hakkı ve kamulaştırma tartışmaları ile çevre ve kamu sağlığının korunması özelinde yapacağız.

beraberinde getirmiştir. Donnelly gibi birçok yazar insan haklarının evrensel olduğunu zira neredeyse bütün devletlerin iç hukukunda insan hakları düzenlemelerine sahip veya uluslararası alanda insan hakları düzenlemelerine taraf olduğunu söylemektedir. Yazar içerik olarak belirli haklara farklı bakış açıları sunan kültürel rölativizmin insan haklarının normatif manada evrensel olmasının önünde bir engel teşkil etmediğini de eklemektedir.⁹⁷⁶ Buna karşın Alves, insan hakları metinlerinin bizatihi içeriğinin evrenselliğe engel olduğunu düşünmekte ve insan hakları kavramını Batı'nın tarihsel süreci ile yakından ilişkilendirmektedir. Yazar, BM'nin kuruluşunda ve Evrensel Beyanname gibi ilk insan hakları metinlerinin ortaya çıkışında aktif rol oynayan devletlerin ağırlıklı olarak Batı içerisinde sayılabilecek devletler olduğunu ve benzer tarihsel tecrübeleri paylaştığını aktarmaktadır.⁹⁷⁷ Mayer ise içerik olarak dahi insan haklarının evrenselliğine karşı çıkmanın mantıklı olmadığını düşünmektedir. Yazara göre insan hakları konsepti tarihsel olarak Batı'dan çıkmış olabilir ancak tüm insanlar için uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır.⁹⁷⁸ Renteln ise, bu anlamda, tüm kültürlerin bir şekilde insan haklarını düzenlediğini ve mukayeseli çalışmalar sayesinde evrensel insan hakları standartlarına ulaşılabileceğini düşünmektedir.⁹⁷⁹

Yakın tarihte ortaya atılan insan haklarının, evrenselliği de aşarak, uluslararası hukuk içerisinde üstün bir yere konumlandırılması gerektiği fikri ulusal hukuklarda temel insan haklarına tanınan üstün konumdan kaynaklanmaktadır. Örneğin 1982 Anayasası 90. maddesi "usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

⁹⁷⁶ Donnelly, J. (1998). *International Human Rights*. Westview Press, pp.18-19.

⁹⁷⁷ Alves, J. A. L. (2000). The Declaration of Human Rights in Postmodernity. *Human Rights Quarterly*, Vol.22, p.481.

⁹⁷⁸ Mayer, A. E. (1999). *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*. Westview Press, Boulder, pp.8-37.

⁹⁷⁹ Renteln, A. D. (1990). *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*. Sage Publications, pp.88-141.

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” ibaresini taşımaktadır.⁹⁸⁰ Buna göre temel insan hakları normları ve kanun hükümleri çatıştığında insan haklarına üstünlük tanınacaktır. Genel itibariyle devletlerin uluslararası meşruiyet amacıyla insan haklarına vurgu yapması ve devletlerin gelişmişlik düzeyi tartışmasında insan haklarına yapılan göndermeler, uluslararası hukuk içerisinde de insan haklarının her alanda dikkate alınması gerektiğine dair görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Yabancı yatırımlar açısından bu durumun önemi, iç hukukta yer alan düzenleme gereği, insan hakları hükümlerinin yatırım kanunlarının önüne geçebileceği ihtimalinden kaynaklanmaktadır.

Teorik düzeyden ampirik düzeye inildiğinde ise yatırım hukuku içerisinde insan haklarının henüz büyük bir pay sahibi olduğunu söylemek güçtür. NAFTA ve ECT gibi çok taraflı andlaşmalar insan hakları kavramını kullanmamaktadır. Aynı zamanda ICSID Konvansiyonu da insan haklarına dair herhangi bir ibare içermemektedir. Akdedilmiş bir yatırım andlaşması olmamakla birlikte 2007 tarihli Norveç Model BIT giriş bölümünde uluslararası hukukun öngördüğü temel hak ve özgürlüklere, BM Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne bağlılıktan bahsetmektedir.⁹⁸¹ Bazı yatırım andlaşmaları insan hakları ibaresine yer vermemekle birlikte insan haklarının içeriğini oluşturabilecek bazı standartlara yer verebilmektedirler. Örneğin, 2009 tarihli Belçika ve Tacikistan arasındaki BIT’in 6/2 maddesi taraf devletlerin yatırımı teşvik etmek için ülkedeki çalışma standartlarını düşüremeyeceğini hüküm altına almıştır.⁹⁸² Maddenin amacı esasen çalışma hakkını düzenleyen uluslararası insan hakları standartlarının altında bir düzenlemenin yapılmasını engellemektir. Öte yandan UNCTAD tarafından hazırlanan 2018 Dünya Yatırım Raporu son akdedilen iki

⁹⁸⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, N. 2709, RG. 17863, 9/11/1982, m.90
<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.2709&MevzuatTliski=0&sourceXmlSearch>
(erişim tarihi 02.09.2018).

⁹⁸¹ Norway Model BIT, 2007, Preamble. Bakınız:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873> (erişim tarihi 02.09.2018).

⁹⁸² Belgium-Tajikistan BIT, 2009, article 6/2. Bakınız:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/418> (erişim tarihi 02.09.2018).

tarafli yatırım andlaşmalarının çevre, insan hakları, sağlık ve sürdürülebilir kalkınmaya dair hükümler barındırdığını tespit etmektedir.⁹⁸³ Örneğin 2016 tarihinde Nijerya ve Fas arasında akdedilen iki tarafli yatırım andlaşması birçok maddesinde sürdürülebilir kalkınmaya önem verilmesi, insan haklarına saygı duyulması, çevresel konularda devletlere düzenleme hakkı tanınması gerektiğinden bahsetmektedir.⁹⁸⁴

İnsan hakları hukuku ilkeleri aynı zamanda uygulanacak hukukun bir parçası olarak da uyumsuzluğa tatbik edilebilir.⁹⁸⁵ ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesine göre kural olarak uygulanacak hukukun iç hukuk ve uluslararası hukuk kuralları olduğu düşünöldüğünde insan hakları esasen hem iç hukukun hem de uluslararası hukukun bir parçası olarak uygulanma şansına sahiptir. Ancak hakem heyetleri genellikle insan hakları analizi yapmaya çok fazla yanaşmamaktadır. Bu durumun iki temel sebebi olduğu söylenebilir. Birincisi uyumsuzluğa bakma yetkisinin yatırım ile sınırlı olduğunu düşünerek bu alanda yetkili olmadıklarını düşünmekte, ikincisi ise yatırım uyumsuzluğının esasına uygulanacak standartların zaten insan hakları standartlarını aşan bir karaktere sahip olduğunu düşünmektedirler.⁹⁸⁶ Nitekim Ben Hamida'nın da belirttiği gibi insan hakları ve yatırım hukuku hem devlete karşı bireyi koruması açısından hem de ayrımcılık yasağı gibi ortak ilkeler açısından benzerlik göstermektedir. Ancak, yazara göre, yatırım hukuku iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmemesi ve içerdii standartlar bakımından insan hakları hukukundan avantajlıdır.⁹⁸⁷ Kriebaum ise özellikle kamulaştırma ve tazminatın hesaplanması gibi birçok alanda yatırım hukukunun "ya hep ya hiç" (all or nothing) uygulamasının

⁹⁸³ UNCTAD World Investment Report, 2018, pp.100-101.

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (erişim tarihi 28.02.2019).

⁹⁸⁴ Nigeria and Morocco BIT. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409> (erişim tarihi 28.02.2019).

⁹⁸⁵ Steininger, S. (2018). What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law*, Vol.31, Issue 1, pp.33-58.

⁹⁸⁶ Balcerzak, F. (2017). *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Brill Nijhoff Publishers, pp.100-217.

⁹⁸⁷ Ben Hamida, W. (2007). Investment Arbitration and Human Rights. *Transnational Dispute Management*, Vol.5, pp.10-12.

doğru sonuçlar vermediğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği ölçülülük (proportionality) prensibinin uygulanmasının daha adil sonuçlara götüreceğini ve dolayısıyla insan hakları hukukunun yatırım hukukuna daha çok entegre edilmesi gerektiğini düşünmektedir.⁹⁸⁸ Gaillard & Banifatemi ise uluslararası hukukun bir nevi kamu politikasını dengeleme işlevi gördüğünü ve insan hakları hukukunun da uluslararası hukukun bir parçası olarak uygulanması gerektiğini düşünmektedirler.⁹⁸⁹

Hirsch, insan haklarını kamu hukuku, yatırım hukukunu ise özel hukuk içerisinde saymakta ve yatırım uyuşmazlıklarında, temelde ticari anlaşmazlıkların görülmesinden dolayı, insan haklarının yer bulamadığını iddia etmektedir. Yazara göre bu durumun göstergelerinden biri yatırım uyuşmazlıklarının *ad hoc* tahkim mercilerinde, insan hakları uyuşmazlıklarının ise sürekli mahkemelerde görülmesidir. Yazar bu anlamda sadece *jus cogens* içerisinde sayılabilecek insan haklarının zorunlu olarak uygulanacağını belirtmektedir.⁹⁹⁰ Kanaatimizce Hirsch'in görüşlerine katılmak mümkün değildir. Yabancı yatırım hukukunun ortaya çıkması devletlerin bu alanı depolitize etme amacıyla doğru orantılıdır. Ancak bu durum yatırım uyuşmazlıklarını otomatik olarak özel hukuk alanına sokmaz. Aksi halde uluslararası ekonomik ilişkilerin yine andlaşmalar yoluyla ve teamül hukukunun tamamlayıcı rolüyle düzenlendiğini gözden kaçırmak durumunda kalabiliriz. Bu yanılığın yatırım tahkiminin ticari tahkim olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan Hirsch'in *ad hoc* veya sürekli mahkemeler üzerinden yaptığı kamu-özel ayrımı da yerinde değildir. Zira ICSID de bir uluslararası andlaşma ile kurulmuş ve kararları temelde kamuya açık bir mercidir. Üstelik uluslararası hukukta kamu-özel ayrımı iç hukuktaki kadar net değildir. Yazarın ancak *jus cogens* durumunda insan haklarının

⁹⁸⁸ Kriebaum, U. (2007). Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, pp.729-743.

⁹⁸⁹ Gaillard, E. & Banifatemi, Y. (2004). The Meaning of 'And' in Article 42(1), Second Sentence of Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process. *ICSID Review-FILJ*, Vol.18/2, pp.375-411.

⁹⁹⁰ Hirsch, M. (2009). Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. In Dupuy, P. M. & Petersmann, E. U. (ed). *Human Rights in International Law and Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp. 97-114.

uygulanacağına ilişkin görüşü de kanaatimizce isabetsizdir. Zira yabancı yatırımlar söz konusu olduğunda akla gelen ilk insan hakkı mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkı da sınırlanabilen ve çekince konulabilen bir hak olup *jus cogens* niteliğinde değildir. İnsan haklarının yatırım hukukuna entegrasyonunun salt *jus cogens* kuralları ile sınırlı tutulması pratik kararlar ile de desteklenmemektedir. Her ne kadar insan hakları hakem kararlarında sıkça kendine yer bulamasa da insan haklarının dikkate alındığı durumlar genel itibariyle kamulaştırma ve mülkiyet hakkı bağlamında ele alınmaktadır.

6.2. ICSID Hakem Kararlarında Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

Yatırım uyuşmazlığı davalarında insan hakları görece küçük ancak gittikçe artan bir role sahiptir. Zira yatırım tahkimi kararlarında uluslararası hukuka karşı bütüncül yaklaşımlar ve bu anlamda alt dallar arasındaki geçişkenlikler artmaktadır.⁹⁹¹ İnsan hakları hukuku uluslararası hukukun bir parçası olarak yorumlayıcı, tamamlayıcı ve düzeltici anlamda üç rol üstlenebilmektedir. Bu durum da özellikle ICSID tahkiminde uyuşmazlığın uluslararası hukukun kontrolü altında olduğu gerçeğine uygun düşmektedir. Tahkim davalarında insan hakları iddiası yatırımcı tarafından ileri sürülebileceği gibi ev sahibi devlet tarafından da ileri sürülebilmektedir. Bazı durumlarda ise hakem heyetine yardımcı olan ve davaya taraf olmayan üçüncü kişilerin (*amicus curiae*)⁹⁹² görüşlerinde insan hakları analizlerine rastlanmaktadır.⁹⁹³

⁹⁹¹ Bekker, P. H. F. (2013). Recalibrating the Investment Treaty Arbitration System Through Non-Compartmentalized Legal Thinking. *Harvard International Law Journal*, Vol.55, pp.1-19.

⁹⁹² *Amicus curiae* (friend of the court), dava ile ilgili olabilecek bir kişi, grup veya sivil toplum örgütünün taraflardan bağımsız olarak davanın esası hakkında hukuki görüş bildirmesidir. Dünya Ticaret Örgütü uyuşmazlık çözümünde, NAFTA/UNCITRAL tahkiminde ve ICSID tahkiminde bazı davalarda gündeme gelmiştir. Bu anlamda ICSID tahkim kuralları 37. maddesi *amicus curiae*'nin kullanılabilceğini düzenlemektedir. *Amicus curiae*'nin ICSID tahkiminde ileri sürüldüğü ilk dava *Aguas del Tunari v. Bolivia* davasıdır. Ancak başvuru hakem heyetince kabul edilmemiştir. Bakınız: *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae, 29 August 2002. *Amicus curiae*'nin kabul edildiği ilk dava ise *Suez v. Argentina* davasıdır. Bu anlamda *amicus curiae*'nin kabul edildiği dava örnekleri için bakınız: *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in response to a Petition for Participation as Amicus Curiae (English), 19 May 2005. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Petition for Amicus Curiae Status, 27 November 2006. *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Petition for Limited

Esasen yatırımcının insan hakları iddiası anlaşılır bir durumdur, zira bazen yatırımcının mülkiyeti kamulaştırılmakta, ayrımcılığa uğramakta veya gerçek kişi yatırımcı kötü muameleye maruz kalmaktadır. İnsan haklarından sorumlu olan devletin kamu yararının gerekçesi olarak insan haklarını ileri sürmesi ise kafa karıştırıcıdır. Devlet temel itibarıyla kendi egemenliği altında yaşayan gerçek ve tüzel kişileri koruma yükümlülüğü altındadır.⁹⁹⁴ Bu nedenle devletin iddiası yatırımcı aleyhine uyguladığı politikanın insan haklarını korumak amacıyla yapıldığına yönelik bir karşı savunmadır.

Yatırım tahkimi davalarında insan hakları gittikçe daha çok rol oynamaktadır. Bu yönelimi gösteren en güncel davalardan biri olan *Urbaser v. Argentina*⁹⁹⁵ davasında davacı su ve kanalizasyon işleri ile uğraşan bir yatırımcı şirkettir. Arjantin ekonomik krizinden ve devletin aldığı önlemlerden zarar gördüğünü iddia ederek ICSID nezdinde dava açmıştır. Davalı devlet karşı iddia olarak davacının, imtiyazın verildiği alanda gerekli tesisi kurmadığını ve uluslararası hukuka göre bir insan hakkı olarak tanınan su hakkı yükümlülüğüne aykırı davrandığını ileri sürmüştür. Davacı ise insan

Participation as non-Disputing Parties in term of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility, 17 July 2009. AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, parag.8.2. *Amicus curiae* hakkında geniş bir inceleme için bakınız: Tercan, M. (2012). *Devletin Yatırım Dışı Yükümlülükleri Bağlamında ICSID Tahkiminde Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Müdahalesinin İncelenmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

⁹⁹³ Bakınız: Levine, E. (2011). *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, Issue 1, pp.200-224.

⁹⁹⁴ Egemenliğin aynı zamanda bir sorumluluk olduğu ilk defa Francis Deng tarafından “sorumluluk olarak egemenlik” (sovereignty as responsibility) kavramı ile kullanılmıştır. Deng’e göre insancıl müdahalenin meşruiyetini savunmak için 1990’lı yıllarda Ruanda, Somali, Sudan gibi Afrika ülkelerinin pratiklerine bakmak gerekir. Zira bu ülkeler insancıl yardım taleplerini reddetmiş ve neticede binlerce insanın ölümü ile sonuçlanan felaketlere sebep olmuşlardır. Bu nedenle artık böyle devletlerin sorumlu bir egemenlik anlayışına sahip olmadığı ve egemenliklerini korumanın bir anlamı kalmadığı söylenebilir. Böyle bir durumda politik, ekonomik ve askeri yaptırımlar kullanmak ve BM yardımına geçişine imkan sağlamak meşru olur. Bakınız: Deng, F. M. (2010). From ‘Sovereignty as Responsibility’ to the ‘Responsibility to Protect’. *Global Responsibility to Protect*, Vol.2, No 4, pp.353-370. Deng’in sorumluluk olarak egemenlik kavramını devletin kendi halkının insan haklarını koruması bağlamında yatırım hukukuna transfer etmek mümkündür.

⁹⁹⁵ Bakınız: *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, parag.1143-1155 and 1186-1220.

hakları yükümlülüğünün özel şirketlere yüklenemeyeceğini, sadece devletin su hakkından sorumlu olduğunu belirtmiştir. Hakem heyeti öncelikle insan hakları iddiasını incelemeye yetkili olup olmadığını değerlendirmiştir. Heyete göre İspanya ve Arjantin arasındaki BIT'in 10/1. maddesi her iki tarafa da yükümlülükler yüklemektedir. Yatırım hukuku sadece yatırımcının haklarının korunduğu bir merci değildir. Bu nedenle davalı devletin de insan hakları iddialarına dayanan karşı beyanda bulunma hakkı vardır. Bu anlamda heyet kendisini insan hakları iddialarını dinlemeye yetkili saymıştır. Esasa ilişkin değerlendirmesinde ise heyet insan hakları iddialarını detaylı bir şekilde incelemiştir. Heyet, şirketlerin sosyal sorumluluğunun başka ülkelerde yürüttükleri faaliyetlerde insan haklarına uymayı da içerdiğini belirtmiş ve sonrasında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 21/2⁹⁹⁶, 25/1⁹⁹⁷ ve 30.⁹⁹⁸ maddelerinin çok uluslu şirketlere de uygulanabileceğini vurgulamıştır. Daha sonrasında Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2, 11/2, ve 12. maddelerine de atıf yaparak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 15 no.lu genel yorumuna göre bu maddelerin su hakkını da (right to water) içerdiğini belirtmiştir. Heyete göre bu yükümlülükler hem kamusal hem de özel kişi ve kurumlara bu standartlara aykırı davranmama yükümlülüğü yüklemektedir.⁹⁹⁹

Heyet genel insan hakları yükümlülüğünü belirttiikten sonra somut olayı BIT ve ICSID 42. maddesi uyarınca ve uluslararası hukuk hükümlerine göre incelemiştir. Heyete göre uluslararası hukuk kurallarının bir parçası olan insan hakları andlaşmaları yatırımcıya ancak bağlayıcı olmayan bir yükümlülük (saygı yükümlülüğü) yükler. Hukuki yükümlülükler ise sadece devletlere ve bazı durumlarda uluslararası

⁹⁹⁶ 21/2: Everyone has the right to equal access to public service in his country.

⁹⁹⁷ 25/1: Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

⁹⁹⁸ 30: Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.

⁹⁹⁹ Guntrip, E. (2018). Private Actors, Public Goods and Responsibility for the Right to Water in International Investment Law: An Analysis of Urbaser v. Argentina. Brill Open Law, Research Article, pp.1-24.

örgütlere yüklenebilir. Yatırımcıya ancak iç hukuk gereği sözleşmenin ihlalinden dolayı sorumluluk yüklenebilir, uluslararası insan hakları ihlalinden ötürü sorumluluk yüklenemez. Bu anlamda Arjantin halkına su hakkını sağlama yükümlülüğü Arjantin devletine aittir. Öte yandan kriz esnasında yatırımcıyı etkileyen kararlar arasında su hakkı Arjantin devletinin de önceliği olmamıştır. Dolayısıyla her iki açıdan bakıldığında davalı devletin, davacının su hakkından sorumlu olduğuna dair iddiası dayanaktan yoksundur.¹⁰⁰⁰ Urbaser kararı ICSID hakem heyetinin insan hakları iddialarını değerlendirmeye yetkili olduğunu belirtmesi ve yatırımcıya negatif insan hakları sorumluluğu yüklemesi açısından tarihi bir öneme sahiptir. Heyet yatırım hukukunun insan hakları hukukundan izole bir şekilde uygulanamayacağını kabul etmiş ve insan hakları sözleşmelerini uluslararası hukukun parçası olarak davanın esasına uygulamıştır.¹⁰⁰¹ Crow & Escobar, Urbaser kararı sonrası yatırım hukukuna bütüncül bakışların arttığını ve kararın, yatırımcının sorumluluğu bağlamında insan hakları hukukunun yatırım tahkimine transferi tartışmalarını derin bir şekilde etkilediğini aktarmaktadır.¹⁰⁰²

Öte yandan bazı kararlarda taraflarca ileri sürülmemesine rağmen hakem heyetleri insan haklarına başvurabilmektedir. *Mondev v. United States* davasında esasen taraflar arasındaki uyuşmazlık Mondev tarafından iç hukukta alınan lehe kararın, devlet kurumunun yargı bağımsızlığı olduğu gerekçesiyle, icra edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Davacı bu durumun NAFTA madde 1105/1'de yer alan uluslararası minimum standardı ihlal ettiğini savunmuştur. Bu anlamda taraflarca insan haklarına dair bir talep ileri sürülmemiş ancak hakem heyeti devletin yargı bağımsızlığını ve mahkemeye erişim hakkını incelerken AİHM içtihatlarına başvurarak

¹⁰⁰⁰ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, parag.1143-1155 and 1186-1220; Livesey, A. (2018). Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic. *World Trade Review*, Vol.17, Issue 1, pp.175-178.

¹⁰⁰¹ Abel, P. (2018). Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration: Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award. Brill Open Law, Research Article, pp.1-30.

¹⁰⁰² Crow, K. & Escobar, L. L. (2018). International Corporate Obligations, Human Rights and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?. *Boston University International Law Journal*, Vol.36/1, pp.87-118.

yorum yapmıştır. Heyet, öncelikle, AİHM'in *Fogarty v. United Kingdom*¹⁰⁰³ davasında özel hukuk meselelerinde devlet kurumlarına yargı bağımsızlığı tanınmanın hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağına karar verdiğini aktarmıştır. Ancak heyet, yabancı devletlerin birbirleri karşısında sahip oldukları yargı bağımsızlığını bir devletin kendi mahkemeleri önünde sahip olduğu yargı bağımsızlığından ayırmıştır. Bu anlamda heyet, ayrıca, AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesindeki mahkemeye erişim hakkı ile somut olayda söz konusu olan iç hukuk gereği (Massachusetts kanunları) bir kuruma yargı bağımsızlığı tanınması durumunun birbiriyle çelişmediğini vurgulamıştır. Bu nedenle NAFTA'nın 1105/1 maddesinde yer alan uluslararası minimum standardın ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁰⁰⁴ Mondev davası, taraflarca ileri sürülmesi dahi, insan hakları analizlerinin hakem heyetince uluslararası hukukun tamamlayıcı ve yorumlayıcı fonksiyonu çerçevesinde kullanılabilirliğini göstermesi açısından önemlidir.¹⁰⁰⁵

Tecmed v. Mexico davasında ise davacı tehlikeli endüstriyel atık işi ile iştigal eden bir şirket olup sözleşmesi ev sahibi devlet tarafından yenilenmemiştir. Tecmed bu durumun tazminat ödemediği kamulaştırma olduğunu iddia ederek ICSID nezdinde dava açmış, davalı devlet ise kararın çevrenin ve kamu sağlığının korunması gerekçesi ile alındığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti öncelikle uyuşmazlığa Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. maddesi anlamında uluslararası hukuku ve uluslararası teamül hukukunu uygulayacağını, bu kuralları da statik değil dinamik haliyle ele alacağını belirtmiştir. Daha sonra AİHM'in *Matos e Silva v. Portugal*¹⁰⁰⁶ kararına atıf yaparak düzenleyici işlemin bir kimsenin mallarının ekonomik değerinin azalmasına ya da malını kullanamamasına neden olduğu durumlarda fiili (de facto) kamulaştırmanın olduğunu vurgulamıştır. Heyet aynı zamanda kamu yararı ile

¹⁰⁰³ Fogarty v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 37112/97, 21 November 2001.

¹⁰⁰⁴ Mondev International Ltd. v. United States of America, Award, 11 October 2002, parag.141-144.

¹⁰⁰⁵ Hansen, C. D. (2003). Mondev International Ltd. v. United States: A Case Study of the Potential Risks of NAFTA's Ever Expanding Arbitration Provisions. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol.29, No.2, pp.351-388.

¹⁰⁰⁶ Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, European Court of Human Rights, App. No.15777/89, 16 September 1996.

yatırımcının mülkiyet hakkının kısıtlanması arasında orantılı bir denge kurulup kurulmadığını incelemiş ve bu anlamda AİHM'in ölçülülük prensibini (principle of proportionality) incelediği kararlarını analiz etmiştir. Heyet, *Mellacher v. Austria*¹⁰⁰⁷ ve *Pressos Compania v. Belgium*¹⁰⁰⁸ kararlarında geçen ölçülülük ilkesine dayanarak yabancı yatırımcının ev sahibi devletin vatandaşlarına nazaran kendini etkileyecek politik kararlara etki etme gücünün, oy hakkının da olmadığı göz önünde bulundurulursa, daha sınırlı olduğunu, bu nedenle kamulaştırma kapsamında tazminatın ödenmesi gibi standartların daha dikkatle incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁰⁹

Heyet daha sonra AİHM'in *James v. United Kingdom*¹⁰¹⁰ kararında yer alan ölçülülük ve kamu yararına dair analizlerini doğrudan alıntılamıştır. Buna göre kamulaştırma için seçilen yöntem hedeflenen amaca uygun ve orantılı olmalı, kişilere gereğinden fazla bir yük yüklememelidir. Bu anlamda vatandaşlar ve yabancılar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Yabancıların iç hukuk düzenlemelerine karşı daha zayıf oldukları göz önünde bulundurulduğunda kamu yararı yükünün yabancılara, vatandaşlara nazaran, daha az yüklenmesi gerekir. Heyet devletin regülasyon hakkını kabul etmekle beraber somut olayda regülasyonun amaca uygun ve orantılı olduğunu düşündürtecek acil bir ekolojik denge ya da kamu sağlığı gerekçesinin oluşturulmadığını vurgulamış, eylemin kamulaştırma olduğuna karar vermiştir.¹⁰¹¹ Tecmed kararı devletin çevre veya kamu sağlığı gerekçesiyle regülasyon hakkının da, kamulaştırma söz konusu olduğunda, değerlendirilmesi gerektiğine önemli bir örnek teşkil etmektedir. İkinci olarak ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının menfaatlerinin dengelenmesi açısından AİHM'in oluşturduğu ölçülülük kriterlerinin

¹⁰⁰⁷ Mellacher and Others v. Austria, European Court of Human Rights, App. No. 10522/83, 11011/84, 11070/84, 19 December 1989.

¹⁰⁰⁸ Pressos Compania Naviera and Others v. Belgium, European Court of Human Rights, App. No. 17849/91, 20 November 1995.

¹⁰⁰⁹ Alvarez-Avila, G. (2004). Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2): Introductory Note. *ICSID Review-FILJ*, Vol.19, Issue 1, pp.154-157.

¹⁰¹⁰ James and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, 21 February 1986.

¹⁰¹¹ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Award, 29 May 2003, parag.116-149.

pekala uygulanabileceğini ve bu anlamda uluslararası insan hakları yargısına ait kararların da yorum amaçlı kullanılabileceğini göstermektedir.¹⁰¹²

Saipem v. Bangladesh kararında da tarafların insan haklarına dair bir iddiası olmamasına rağmen ICSID hakem heyeti AİHM kararlarına atıf yapmıştır. Davaya konu olayda Saipem, ICC hakem heyeti nezdinde lehe bir hakem kararı elde etmiş ancak Bangladeş mahkemeleri kararın yok hükmünde olduğuna karar vermiştir. Saipem ise ICSID nezdinde, maddi olmayan hakkının mahkeme kararıyla kamulaştırıldığını iddia etmiştir. Heyet AİHM'in *Stran Greek Refineries v. Greece*¹⁰¹³, *Brumarescu v. Romania*¹⁰¹⁴ ve *Allard v. Sweden*¹⁰¹⁵ kararlarına atıf yaparak yargı kararları yoluyla elde edilen hakların maddi olmayan mülkiyet hakkı kapsamında sayılabileceğini belirtmiştir. İkinci olarak hakem heyeti iç hukukta verilen yargı kararları ile de kamulaştırma yapılabileceğini yine aynı AİHM kararlarına atıf yaparak ortaya koymuştur. Heyet somut olayda dolaylı kamulaştırma olduğuna hükmetmiştir.¹⁰¹⁶ Saipem kararının en önemli özelliklerinden bir tanesi insan hakları hukukunda çerçevesi oluşturulan mülkiyet hakkı kapsamının yatırım tahkimine transfer edilmesidir. Bu anlamda hakem heyetinin yatırımı mülkiyet hakkından bağımsız olarak düşünmemesi ve kamulaştırma olgusunu bu bakış açısından yola çıkarak mukayeseli bir biçimde incelemesi dikkate değerdir.¹⁰¹⁷

Micula v. Romania davasında ise davalı devlet, davacıların İsveç vatandaşlığını taşımadığını zira İsveç ile etkin bir bağlarının olmadığını iddia etmiştir. Davada taraflarca insan hakları iddiası ileri sürülmemiş ancak hakem heyeti İnsan Hakları

¹⁰¹² Han, X. (2007). The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico. *Chinese Journal of International Law*, Vol.6, Issue 3, pp.635-652.

¹⁰¹³ Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, European Court of Human Rights, App. No. 13427/87, 9 December 1994.

¹⁰¹⁴ Brumarescu v. Romania, European Court of Human Rights, App. No. 28342/95, 28 October 1999.

¹⁰¹⁵ Allard v. Sweden, European Court of Human Rights, App. No. 35179/97, 24 June 2003.

¹⁰¹⁶ Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, parag.130-132.

¹⁰¹⁷ Sattorova, M. (2010). Judicial Expropriation or Denial of Justice? A Note on Saipem v. Bangladesh. *International Arbitration Law Review*, Vol.13, No.2, pp.35-41.

Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesinde yer alan vatandaşlık hakkına atıfta bulunmuştur.¹⁰¹⁸ Esasen heyet daha sonra bu maddeye dayanarak bir analiz yapmamıştır ancak yine de heyetin vatandaşlığı izah ederken insan hakları hukukunun verilerinden faydalanması en azından yatırım hukukunun diğer alanlardan izole olmadığı anlayışına sahip olduğunu göstermektedir.¹⁰¹⁹ Benzer bir durum *Phoenix v. Czech Republic* davasında da söz konusudur. Tarafların insan haklarına dair bir iddiası olmamasına rağmen hakem heyeti yatırım hukukunun uluslararası hukuktan bağımsız bir şekilde uygulanamayacağını belirtmiştir. Heyete göre kölelik, soykırım veya işkence yasağı gibi insan hakları standartlarına aykırı bir işle iştigal eden bir yatırımcının ICSID korumasından faydalanamayacağı açıktır.¹⁰²⁰ Hakem heyetinin somut olayda böyle bir durum olmamasına rağmen özellikle *jus cogens* niteliğinde kabul edilen temel insan haklarını sıralaması ve ICSID korumasını buna göre değerlendirmesi heyetin uluslararası hukukun önemine dikkat çektiği şeklinde okunabilir. Heyetin mülkiyet hakkına değil de yabancı yatırımlar alanında gündeme gelmesi çok güç olan kölelik, soykırım veya işkence gibi insan haklarına atıf yapması kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Bu anlamda heyetin, insan hakları hukukunu önemsemekle birlikte, mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere insan haklarını ICSID tahkiminin minimum standardı olarak kabul edip etmediği belirsizdir.

İnsan haklarına atıf yapan diğer bir dava olan *Suez v. Argentina* davasında, davacı yatırımcı su dağıtımı ile iştigal eden bir şirkettir ve Arjantin devletinin tarife değişikliğinden dolayı zarara uğradığından bahisle ICSID nezdinde dava açmıştır. Ev sahibi devlet ise yaptığı düzenlemenin zaruret hali (necessity) kapsamında ve vatandaşlarının su hakkını korumak üzere yapıldığını iddia etmiştir. Hakem heyeti incelemesinde kısaca insan hakları analizinde bulunmuş ve Arjantin devletinin hem

¹⁰¹⁸ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 15. Madde: (1) Everyone has the right to a nationality. (2) No one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality. http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf (erişim tarihi 10.09.2018).

¹⁰¹⁹ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, parag.87.

¹⁰²⁰ Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, Award, 15 April 2009, parag.78.

insan hakları hem de andlaşmalar yönünden uluslararası yükümlülükler taşıdığını vurgulamıştır. Heyete göre, insan hakları ile yatırım andlaşmasından kaynaklanan yükümlülükler birbiri ile çelişmez ve devlet her ikisine de uymakla yükümlüdür. Daha açık ifadeyle insan hakları yükümlülüğünü yerine getirmek yatırım andlaşmasından kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmeyi gerektirmez. Bu nedenle heyet ev sahibi devletin zaruret hali savunmasını kabul etmemiştir.¹⁰²¹ Suez davası zaruret hali iddiasının otomatik olarak uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri askıya almadığını ve insan hakları yükümlülüklerinin yatırım andlaşmasından kaynaklanan yükümlükler ile birlikte devam etmesi gerektiğini göstermesi bakımından önemlidir.¹⁰²² Bu anlamda heyet uluslararası hukukun alt dallarından birine diğeri üzerinde üstünlük tanımamıştır.

Bazı tahkim davalarında taraflarca ileri sürülen insan hakları iddiası hakem heyetince dikkate alınmaya değer görülmemiştir. *Spyridon Roussalis v. Romania* davasında davacı, BIT'in yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1 No'lu Protokol 1. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmesine rağmen hakem heyeti insan hakları iddialarını değerlendirmemiştir. Heyete göre BIT'in sunduğu yatırım tahkimi koruması insan haklarına nazaran daha üstün ve yatırımcıya özel bir koruma sağlamaktadır. Bu nedenle insan hakları açısından uyumsuzluğu değerlendirmeye lüzum bulunmamaktadır.¹⁰²³ Esasen karardan hakem heyetinin kendini yetkisiz gördüğü için değil, daha yüksek standartlar sunan bir koruma yöntemi varken genel insan haklarına başvurmanın mantıklı bir yol olmadığını düşündüğü için bu kaniya vardığı gözlemlenebilmektedir. Nitekim heyet kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek 1 No'lu Protokolün uygulanabilirliğini kabul etmiş ancak BIT'in zaten mevzubahis andlaşmalardan daha yüksek bir standart sunduğu gerekçesiyle

¹⁰²¹ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Decision on Liability, 30 July 2010, parag.262.

¹⁰²² Kriebaum, U. (2009). Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration. *Journal of World Investment Trade*, Vol.10(5), pp.653-678.

¹⁰²³ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, parag.312.

uygulamamıştır.¹⁰²⁴ *Hesham Talaat v. Indonesia* davasında ise davacı kendisine yönelik gözetim ve tutuklama eylemleri neticesinde İslam İşbirliği Teşkilatı Yatırım Andlaşması'nın 10/1 maddesinde geçen temel haklar (basic rights) ibaresinin temel insan haklarını kapsadığını düşünerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davacı aynı zamanda Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin de (ICCPR) ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti ise temel haklar ibaresinin ancak mülkiyete ilişkin temel haklar olarak anlaşılabilirliğini, ibarenin ICCPR 14. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile bir alakasının olmadığını vurgulayarak davacının insan haklarına ilişkin talebini reddetmiştir.¹⁰²⁵ Yine *Biloune v. Ghana* davasında mülkiyetinin kamulaştırıldığından bahisle dava açan Biloune ayrıca temel insan haklarının da ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Hakem heyeti ise yabancıların uluslararası hukuk standartlarından düşük muameleye tabi tutulamayacağını, modern uluslararası hukukun temel insan haklarını da kapsamına aldığı vurgulamış ancak minimum standart kapsamında sayılan her problemi çözmeye yetkili olmadığını, dolayısıyla insan hakları iddiasına bakamayacağını düşünmüştür. Heyet kararını uluslararası teamül hukuku kuralı olarak zikrettiği hızlı, yeterli ve etkili tazminat prensibi üzerine bina etmiştir.¹⁰²⁶

Bazı kararlarda davalı devlet (özellikle Arjantin), insan haklarının yatırım andlaşmalarına karşı üstünlüğünü savunmuş ancak hakem heyetleri aynı görüşü paylaşmamıştır. *Azurix v. Argentina* davasında davacı şirket içme suyu temini ve kanalizasyon işleri ile işgal etmekte olup Arjantin devletinin 1991 tarihli ABD-Arjantin arasındaki BIT'i ve uluslararası hukuku ihlal ettiğini iddia etmektedir. Arjantin devleti ise yatırımcıyı etkileyen düzenlemeleri içme suyu tüketicilerinin temel haklarını ve kamu menfaatini korumak amacıyla yaptığını ileri sürmüştür. Davalı devlete göre yatırımcının menfaatini koruyan BIT ile kamunun menfaatini

¹⁰²⁴ Kalicki, J. E. & Silberman, M. B. (2012). Case Comment: Spyridon Roussalis v. Romania. *ICSID Review-FILJ*, Vol.27, No.1, pp.9-15.

¹⁰²⁵ Hesham T.M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 15 December 2014, parag.521.

¹⁰²⁶ Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and Government of Ghana, UNCITRAL Arbitration, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, parag.203.

koruyan insan hakları andlaşmaları çatıştığında insan hakları andlaşmalarına öncelik verilmelidir. Hakem heyeti ise davalı devletin bu iddiasının davanın esası ile alakalı olmadığına hükmetmiştir. Öte yandan hakem heyeti Tecmed kararına ve bu kararda kullanılan AİHM'e ait *James v. United Kingdom* kararına atıf yaparak devletin regülasyon hakkı ve kamulaştırmanın belirlenmesi açısından bu kararların faydalı bir yol haritası sunduğunu düşünmüştür.¹⁰²⁷ Benzer şekilde *Siemens v. Argentina* davasında da davalı devlet insan hakları hukukunun Arjantin iç hukukunda anayasal statüde olduğunu, bu nedenle yatırımcının özel haklarına üstün gelmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti ise davalı devlet tarafından bu iddianın detaylı bir şekilde gerekçelendirilmediğine ve dolayısıyla davanın esasına uygulanamayacağına hükmetmiştir. Öte yandan Arjantin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ve *James v. United Kingdom* gibi AİHM kararlarının her durumda tam tazminatı garanti etmediğini, bundan dolayı somut olayda adil piyasa değeri (fair market value) kriterinin uygulanmaması gerektiğini iddia etmiştir. Heyet, kararında Devletin Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeler'e ve Uluslararası Adalet Divanı'nın *Chorzow Factory* davasına atıfta bulunarak davalının iddialarının yerinde olmadığına hükmetmiştir. Bu anlamda heyet AİHM tarafından geliştirilen takdir marjı doktrininin de (margin of appreciation) uluslararası teamül hukukunun bir parçası olmadığını vurgulamıştır.¹⁰²⁸

6.3. Yatırımın Kamulaştırılması ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukun Önemi

İnsan hakları hukuku ilkelerinin yabancı yatırım hukuku bağlamında tartışılması çok büyük oranda mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden kamulaştırma alanında mümkün olmaktadır. Zira ICSID tahkimine başvurmak için ortada bir yatırımın olması gerekir. O'connor'ın da vurguladığı gibi özellikle milliyetçilik akımının yükselişi ile birlikte az gelişmiş devletlerde yabancı sermayeye karşı bir tepkisellik doğmuş ve

¹⁰²⁷ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, Award, 14 July 2006, parag.254-261 and 311-312; Wanjura, T. (2007). Azurix Corp. v. Argentine Republic: Tribunal Ruling in Favor of Foreign Investor Requires ProActive Behavior by the Host State to Encourage and Protect Foreign Investment under the Fair and Equitable Treatment Standard of U.S.-Argentine BIT. *Law and Business Review of the Americas*, Vol.13, No.4, pp.983-992.

¹⁰²⁸ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, Award, 6 February 2007, parag.74-79 and 354.

yabancı yatırımcıların mülkiyeti eskiye nazaran daha sık kamulaştırmaya konu olmaya başlamıştır.¹⁰²⁹ Bu nedenle yabancı yatırımın kamulaştırılmasına dair standartlar da, büyük oranda, gelişmiş ülkelerin, az gelişmiş devletlerin kamulaştırma eğilimine verdikleri cevaplardan türemiştir. Bu durumun en bilinen örneği Hull Formülasyonu olarak da bilinen ve ABD'nin Meksika'ya karşı kullandığı hızlı, yeterli ve etkili (prompt, adequate and effective) tazminat standardıdır. Hull Formülasyonu ayrıca kamulaştırmanın, yabancıya karşı ayrımcılık içermeyeceği ilkesini ve kamu yararının varlığını da şart koşturmaktadır. Kamulaştırma standartları özelinde yapılabilecek ilk tartışma Hull Formülasyonu gibi prensiplerin uluslararası teamül hukuku niteliğine sahip olup olmadığı tartışmasıdır. Nitekim böyle bir niteliğin varlığı, ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesi uyarınca, bu standartların yatırım uyuşmazlığına doğrudan uygulanabilir olması anlamına gelecektir. İnsan hakları hukukunun etkisi bakımından ise en çok tartışılan mesele ölçülülük (proportionality) ve takdir marjı (margin of appreciation)¹⁰³⁰ ilkelerinin AİHM'de olduğu gibi ICSID tahkiminde de uygulanması hususudur. Bu nedenle öncelikle yatırım hukukunda kamulaştırma standartlarının, daha sonrasında ise mülkiyet hakkına uygulanan standartların uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekmektedir.

6.3.1. Yabancı Yatırımın Kamulaştırılması

Uluslararası hukukta kabul edilen genel görüşe göre devletlerin, egemenlik haklarının bir yansıması olarak, kendi egemenliği altında bulunan yerli veya yabancı mülkiyeti kamulaştırmaya hakkı vardır. Devletin kamulaştırma hakkı 1803, 3201 ve 3281 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarında da vurgulanmıştır.¹⁰³¹ Nitekim Dugan'ın da aktardığı gibi 20. yüzyıl ilk olarak Rusya ve Meksika devrimleri ile birlikte devletlerin yabancı mülkiyeti yoğun bir şekilde kamulaştırdığı bir dönemi

¹⁰²⁹ O'Connor, L. A. (1983). The International Law of Expropriation of Foreign-Owned Property: The Compensation Requirement and the Role of the Taking State. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol.6, p.356.

¹⁰³⁰ Genel inceleme için bakınız: Christoffersen, J. (2009). *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Brill Nijhoff Publishers, pp.31-226.

¹⁰³¹ Kararların incelemesi için bakınız: Gündüz, A. (2015). *Milletlerarası Hukuk*. Reşat Volkan Günel (ed), Beta Yayınları, s.3-176.

yaşamış, bu durumu İkinci Dünya Savaşı sonrasında sömürgelerden bağımsızlığını kazanan devletlerin uyguladığı kamulaştırma dalgası izlemiştir.¹⁰³² Hatta devrim neticesinde İran'ın, ABD uyruklu yatırımcıların mallarına el koyması neticesinde meseleyi çözmek üzere Iran-ABD Alacaklar Mahkemesi kurulmuş ve mahkemenin iş yükünün büyük çoğunluğunu kamulaştırmaya dair uyuşmazlıklar oluşturmuştur.¹⁰³³ Doğrudan kamulaştırma devletin açık ve kasıtlı bir şekilde yatırıma el koyması veya yatırımı kendi kontrolündeki bir kamu tüzel kişiliğine devretmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁰³⁴ Bu anlamda uygulamada millileştirme (nationalization), el atma (taking), el koyma (confiscation), istimval (requisition) ve mahrum bırakma (deprivation) kelimeleri genel itibariyle doğrudan kamulaştırma (direct expropriation) yerine kullanılmaktadır. Uluslararası hukukta kamulaştırmanın bizatihi bir hak olarak varlığı kabul edilmekle birlikte bu hakkın kullanımının meşruiyeti belirli kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Buna göre; kamulaştırma kamu yararı amacıyla yapılmalı, yerli ve yabancı yatırımcı arasında ayrımcılık yapılmamalı, usuli işlemlere özen gösterilmeli ve kamulaştırma neticesinde tazminat ödenmelidir. Nitekim Nikiema'nın da belirttiği gibi devletin sorumluluğu da kamulaştırma yaptığında değil kamulaştırmayı yaparken sayılan kriterleri ihlal ettiğinde doğmaktadır. Zira kamulaştırma hakkı egemenlik yetkisi kapsamında sayılmaktadır.¹⁰³⁵ Kamulaştırma kriterleri temel olarak uluslararası teamül hukuku kuralları olarak kabul edilmektedir. Ancak tazminat standardının kapsamı hususunda tartışmalar söz konusudur. Bu anlamda tam tazminat, yeterli tazminat ya da uygun tazminat kavramları kullanılmakta veya adil piyasa değeri (fair market value) gibi mülkiyetin içeriğine dayalı bir tazminatın belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁰³⁶ Schreuer & Dolzer geçmişte tazminatın uluslararası teamül

¹⁰³² Dugan, C. & Rubins, N. & Wallace, D. & Sabahi, B. (2008). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, p.435.

¹⁰³³ Iran-ABD Alacaklar Mahkemesi'nin detaylı bir incelemesi için bakınız: Brower, C. N. & Brueschke, J. D. (1998). *The Iran-United States Claims Tribunal*. Martinus Nijhoff Publishers.

¹⁰³⁴ Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International BV, p.323.

¹⁰³⁵ Nikiema, S. H. (2013). Compensation for Expropriation. IISD Best Practices Series, March, p.2.

¹⁰³⁶ Marboe, I. (2006). Compensation and Damages in International Law: The Limits of Fair Market Value. *Journal of World Investment & Trade*, Vol.7, pp.723-759.

hukukunda nasıl düzenlendiğine dair bir tartışmanın var olduğunu ancak günümüzde bu tartışmanın yerini, adil piyasa değeri'ni düzenleyen andlaşma kurallarının içeriğinin nasıl oluşturulacağına dair yeni bir tartışmaya bıraktığını belirtmektedir. Yazarlara göre eskinin tam ya da yeterli tazminat tanımlaması yerini günümüzün adil piyasa değerine dayalı tazminat tanımlamasına bırakmıştır.¹⁰³⁷ Nitekim aşağıda yer alan iki veya çok taraflı andlaşmalar da adil piyasa değerine göre düzenlemeler içermektedir.

Kamulaştırma birçok iki taraflı yatırım andlaşmasında düzenlenmektedir. Örneğin Türkiye ve Romanya arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının “kamulaştırma ve tazminat” başlığını taşıyan 4. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Aşağıda belirtilen şartlar sağlanmadıkça, bir Âkit Tarafın yatırımcılarının, diğer Âkit Taraf ülkesindeki yatırımları kamulaştırılmayacak, devletleştirilmeyecek veya eşit etkisi olan önlemlere tabi tutulmayacaktır : (a) önlemler, kamusal amaçla yürürlükteki mevzuat uyarınca alınır; (b) önlemler ayırıcı değildir. (2) Tazminat, hangisi daha önce gerçekleşir veya uygulanabilirse, kamulaştırılmanın yapıldığı veya ilan edildiği tarihteki adil piyasa değerine tekabül edecek, serbestçe ve gecikmeksizin transfer edilebilecektir. Tazminatın ödenmesinin gecikmesi durumunda yatırımcı ödemedeki usule aykırı gecikme dönemi için faiz alacaktır. (3) Yatırımcının talebi üzerine, tazminat tutarı yatırımın yapıldığı Âkit Taraf mahkemesi veya aynı seviyedeki başka bir organ tarafından tekrar değerlendirilebilir”.¹⁰³⁸

Çok taraflı andlaşmaların da yatırıma ilişkin hükümlerinde kamulaştırmaya ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin Enerji Şartı Andlaşması'nın (ECT) “kamulaştırma” başlığını taşıyan 13. maddesi geniş bir düzenleme içermektedir. Buna göre: “(1) Bir Anlaşma Tarafının Yatırımcılarının diğer bir Anlaşma Tarafının Alanındaki Yatırımları; (a) kamu menfaatine dönük bir amaç için; (b) ayırım

¹⁰³⁷ Schreuer, C. & Dolzer, R. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2nd Edition, p.100.

¹⁰³⁸ Türkiye-Romanya Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki Andlaşması, madde.4. Resmi Gazete, Tarih: 03.07.2010, Sayı: 27630.

gözetmeksizin; (c) tamamen kanuna uygun olarak gerçekleştirilerek; (d) zamanında, yeterli ve etkin tazminat ödemesi yapılarak; yapılan durumları haricinde devletleştirilmeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme veya kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere (bundan böyle "Kamulaştırma" olarak anılacaktır) maruz kalmayacaktır. Söz konusu telafi etme (tazminat), Kamulaştırma işleminden veya Yatırımın değerini etkileyecek şekilde gündemdeki Kamulaştırma işleminden hemen önceki zamanda (bundan böyle "Değer Tesbit Tarihi" olarak anılacaktır) kamulaştırılan Yatırımın adil piyasa değerine eş meblağda olacaktır. Söz konusu adil piyasada değeri, Yatırımcının talebi üzerine, ilgili paranın Değer Tesbit Tarihindeki piyasa döviz kuru baz alınarak serbest konvertibl para olarak ifade edilecektir. Tazminat, ayrıca, Kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadarki sürede, piyasa şartlarında belirlenen ticari orandaki bir faizi de kapsayacaktır. (2) Etkilenen Yatırımcı kamulaştırmayı yapan Anlaşma Tarafının yarası çerçevesinde, söz konusu ülkenin yasal veya diğer yetkili ve bağımsız otoriteleri tarafından, Yatırımın değerinin tesbiti ve tazminat ödenmesi konusunda, (1)'inci paragrafta ortaya konan prensipler ile uyumlu olarak, acil inceleme mekanizması başlatılmasını talep etme hakkına sahip olacaktır. (3) Herhangi bir şüpheye neden olmamak açısından, Kamulaştırma, bir Anlaşma Tarafının Alanında, diğer bir Anlaşma Tarafının Yatırımcısının, hisse sahibi olması durumu da dahil olmak üzere, Yatırım yapmış olduğu bir şirket veya kuruluşun varlıklarının kamulaştırılması durumunu da kapsamaktadır".¹⁰³⁹

Devletler arasında akdedilen yabancı yatırıma dair tüm BIT'ler ve çok taraflı anlaşmalar kamulaştırmaya dair düzenlemeler içermektedir. Buna göre kamulaştırma doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir.¹⁰⁴⁰ Nitekim *Norveç Gemi Sahipleri Davası*'na konu olan olayda Birinci Dünya Savaşı sırasında ABD Hükümeti,

¹⁰³⁹ Enerji Şartı Andlaşması, madde 13. Resmi Gazete, Tarih: 12.07.2000, Sayı: 24107. Resmi çeviride "compensation" kelimesinin çevirisi "kompansasyon" olarak çevrilmiştir. Kanaatimizce doğru çevirinin "tazminat" olması gerektiği için ilgili yerleri tazminat olarak değiştirmeyi uygun gördük.

¹⁰⁴⁰ Doaylı kamulaştırma kavramı hakkında geniş bir inceleme için bakınız: Nalçacıoğlu-Erden, H. Z. (2015). *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*. On İki Levha Yayınları, s.50-441.

Norveç vatandaşları için inşa edilen gemilere el koymuş ancak hakem heyeti hem doğrudan hem de dolaylı kamulaştırmayı tespit ederek Norveç lehine tazminata hükmetmiştir.¹⁰⁴¹ Doğrudan kamulaştırma durumunda mülkiyet hukuki olarak ya da fiziki olarak el değiştirmektedir. Dolaylı kamulaştırma durumunda ise mülkiyet hukuki veya fiziki olarak sahibinde kalmakta ancak devletin bazı düzenlemeleri neticesinde mülkiyetin ekonomik değeri ortadan kaldırılmakta ya da yatırımcının mülkiyetinden kaynaklanan kullanma, yararlanma veya devretme gibi hakları kısıtlanmaktadır.¹⁰⁴² *Lauder v. Czech Republic* kararında dolaylı kamulaştırma “açık bir el atma olmaksızın yatırımın kullanımının etkisiz hale getirilmesi” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁴³ Weston, dolaylı kamulaştırma konusunda tek bir terimin yerleşmediğini ve fiili (de facto), sürüngen (creeping), inşacı (constructive), gizli (disguised), nihai (consequential), düzenleyici (regulatory) ve sanal (virtual) kamulaştırma gibi birçok terimin literatürde kullanıldığını aktarmaktadır.¹⁰⁴⁴ Günümüzde bazı Latin Amerika ülkelerinde görülse de doğrudan kamulaştırma yaygın olmaktan çıkmış, dolaylı kamulaştırma oluşturan eylemler doğrudan kamulaştırmanın önüne geçmiştir. Bu durum yatırım hukukunun genişlemesi ve devletlerin ekonomiye daha çok müdahil olması ile yakından alakalıdır. Dolaylı kamulaştırma artık iki taraflı yatırım andlaşmalarına da konu olmakta, doğrudan kamulaştırma ile birlikte düzenlenmektedir. Örneğin; Türkiye ve Kuveyt arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının 5/1 maddesine göre “Âkit Devletlerden her birinden yatırımlar diğer Âkit Devlet'in ülkesinde kamu amacı ile yapılacaklar dışında ve ayırım gözetmeyecek biçimde ve yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve yürürlükteki kanunlara ve devletin çıkarlarına uygun hareket edildiği haller dışında doğrudan doğruya kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma ve devletleştirmeye, doğrudan doğruya ve dolaylı, benzer

¹⁰⁴¹ Norwegian Shipowners' Claims (Norway v. United States of America). Permanent Court of Arbitration. Award, 13 October 1922, RIAA, Vol.1, pp.307-344.

¹⁰⁴² Christie, G. C. (1962). What Constitutes a Taking of Property under International Law? *British Yearbook of International Law*, Vol.38, pp.307-338.

¹⁰⁴³ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Award, 3 September 2001, parag.200.

¹⁰⁴⁴ Weston B. H. (1976). Constructive Takings under International Law: A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation. *Virginia Journal of International Law*, Vol.16, pp.103-175.

işlemlere (zorunlu transfer veya dondurma gibi) tabi tutulmayacaktır".¹⁰⁴⁵ Bazı andlaşmalarda, ileride ele alacağımız, devletin düzenleme hakkının sınırları da çizilmekte ve kamu menfaati ile yatırımcının özel menfaati arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.¹⁰⁴⁶

İki veya çok taraflı andlaşma örneklerinde de görüldüğü üzere kamulaştırma devletin meşru yetkileri içerisinde yer almakta ancak devletin yetkinin meşruiyeti belirli kayıtlara bağlanmaktadır. Hatta AİHS ek protokol madde 1/2'yi dahi devletin meşru düzenleme hakkının teyit edildiği bir hüküm olarak okumak mümkündür. Buna göre: "1) Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. 2) Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."¹⁰⁴⁷ Yabancı yatırımcının mülkiyetinin kamulaştırılması durumunda ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunun doğmaması dört kritere uyulmasına bağlıdır. Buna göre; kamulaştırma kamu yararı amacıyla yapılmalı, yerli ve yabancı yatırımcı arasında ayrımcılık yapılmamalı, usuli işlemlere özen gösterilmeli ve kamulaştırma neticesinde tazminat ödenmelidir. Genel itibarıyla bu dört kriterin uluslararası

¹⁰⁴⁵ Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, madde 5/1. Resmi Gazete, Tarih: 12.11.2011, Sayı: 28110. Belirtmek isteriz ki Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım andlaşmalarının Resmi Gazete'de yer alan Türkçe çevirileri anlaşılabilirlik yönünden problemlidir. Her ne kadar andlaşmalar uyumsuzluk durumunda İngilizce metnin esas alınacağını düzenlemekteyse de Resmi Gazete metinleri kamuya açık ve ulaşılabilir olduğundan daha özenli çevrilmelidir.

¹⁰⁴⁶ Naewmalee, K. (2017). Indirect Expropriation: Property Rights Protection, State Sovereignty to Regulate and the General Principles of Law. Doctor of Philosophy Thesis, School of Law, University of Wollongong, pp.80-165. <https://ro.uow.edu.au/theses1/157> (erişim tarihi 17.09.2018).

¹⁰⁴⁷ Mülkiyetin Korunması başlıklı AİHS Ek Protokol m.1/2. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 17.07.2017).

teamül hukukunda yer aldığı kabul edilmektedir.¹⁰⁴⁸ Bu anlamda hakem heyeti kamulaştırmaya ilişkin bir davada öncelikle bir kamulaştırmanın var olup olmadığını tespit etmekle ve eğer kamulaştırma varsa bu dört kritere uygun olarak yapıp yapılmadığını değerlendirmekle yükümlüdür. İlk değerlendirme kamulaştırmanın varlığına, ikinci değerlendirme ise varolan kamulaştırmanın hukukiliğine ilişkin olacaktır.

Kamulaştırmanın hukukiliği ilk olarak kamu yararı (public interest) çerçevesinde yapıp yapılmadığına göre değerlendirilmektedir. İki taraflı yatırım anlaşmalarında kamu yararı anlamına gelebilecek olan kamusal amaç (public purpose), kamu düzeni (public order), kamusal menfaat (public benefit) gibi birçok terim kullanılmaktadır. Ancak temelde kamulaştırma başlığı altında kullanılan bu tür terimlerin tamamı hukukiliğin ilk şartı olan kamu yararına atıfta bulunmak için düzenlenmektedir. Ancak kamulaştırma kararının sadece kağıt üzerinde yazılı olarak değil gerçekten kamu yararı doğrultusunda alınması gerekir.¹⁰⁴⁹ Nitekim *ADC v. Hungary* kararında da hakem heyeti kamu yararının gerçek olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Aksi halde soyut olarak her kamulaştırmanın kamu yararı doğrultusunda gerçekleştirildiği iddia edilecektir.¹⁰⁵⁰ Öte yandan kamu yararı gerekçesinin kamulaştırma kararının alındığı tarihte var olması gerekir. Kamulaştırılan yatırımın daha sonraki bir tarihte belirlenen bir kamu yararına özgülmesi hukuki değildir. *Siag v. Egypt* davasında yatırımcıya ait arazi turistik tesis yapımının gecikmesinden ötürü, herhangi bir kamusal gerekçe belirtilmeden, kamulaştırmaya tabi tutulmuş ancak işlemin yapılmasından altı yıl sonra arazi kamu yararı gerekçesiyle ve gaz boru hattı inşa edilmek üzere diğer bir kamu şirketine devredilmiştir. Hakem heyeti kararında arazinin çok sonraları kamu yararına tahsis

¹⁰⁴⁸ Ratner, S. (2017). Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction. *University of Michigan Law School, Law & Economics Working Papers*, Vol.131, p.1.

¹⁰⁴⁹ Martinez-Fraga, P. J. & Reetz, C. R. (2015). *Public Purpose in International Law: Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*. Cambridge University Press, pp.113-205.

¹⁰⁵⁰ *ADC Affiliate Limited and ADC &ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Award, 2 October 2006, parag.432.

edilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Heyete göre başta yapılan kamulaştırma herhangi bir kamusal ihtiyaca dayanmamaktadır.¹⁰⁵¹ *BP v. Libya* davasında da Libya devleti İngiltere'nin İran'ı, Basra Körfezi'ndeki bazı adaları işgal etmesi yönünde cesaretlendirdiği gerekçesiyle BP'nin mülkiyetini kamulaştırmış ancak bu eylemi hakem tarafından kamu yararına dayanmadığı için hukuka aykırı sayılmıştır. Hakeme göre tamamen politik karakterde olan böylesi bir kamulaştırma kararı uluslararası hukuku ihlal ettiği gibi ayrımcılık yasağına da aykırı olarak alınmıştır.¹⁰⁵² Öte yandan kamu yararı kavramının içeriği konusunda bir belirsizliğin olduğu söylenebilir. Yargı ve hakem kararlarında kabul edildiği üzere kamu yararının içeriğinin doldurulması egemen devletlerin yetkisine bırakılmıştır. Nitekim AİHM de devletlerin kamulaştırma hususunda takdir yetkisine sahip olduklarını kabul etmiş ve *James v. United Kingdom* kararında makul sınırların dışına aşık bir şekilde çıkmadıkça devletlerin regülasyon hakkının varlığını kabul etmiştir.¹⁰⁵³

Kamulaştırmanın hukuki sınırlar içerisinde kalabilmesi için gerekli olan ikinci şart kamulaştırma kararının ayrımcılık temeline dayanmamasıdır. Esasen kamulaştırmanın bizatihi yabancı yatırımcıyı hedef alması ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmemektedir. Bu anlamda kamulaştırma kararının alınmasındaki yönlendirici motivasyon bizatihi yatırımcının uyuşu olmalıdır.¹⁰⁵⁴ *Eureko v. Poland* davasında yabancı yatırımcı Eureko, kamuya ait bir sigorta şirketinin özelleştirilmesi kapsamında yüzde 30 hisseye sahip olmuştur. Daha sonraki bir sözleşme ile Eureko yüzde 21 kadar daha hisseyi elde etme hakkına sahip olmuş ancak bu hakkı kamu makamlarınca engellenmiştir. Hakem heyeti ortada bir kamulaştırmanın var olduğunu ve bu kamulaştırmanın ayrımcılık temeline dayandığını tespit etmiştir.

¹⁰⁵¹ Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, Award, 1 June 2009, parag.432.

¹⁰⁵² British Petroleum Exploration Company Limited v. Government of the Libyan Arab Republic, Award, 10 October 1973, ILR, Vol.53, pp.297-389.

¹⁰⁵³ James and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, 21 February 1986, parag.46.

¹⁰⁵⁴ Maniruzzaman, A. (1999). Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview. *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol.8, pp.57-77; Reinisch, A. (2008). Expropriation. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.407-458.

Heyete göre kamulaştırmadaki temel motivasyon şirket hisselerinin çoğunluğunun yabancı yatırımcıya geçmemesidir ki bu durum yabancı yatırımcı olan Eureka'ya karşı bir ayrımcılık teşkil etmektedir.¹⁰⁵⁵ Öte yandan *Gami v. Mexico* davasında davacı, ortağı olduğu şeker fabrikasının salt yabancı yatırımcı hedef alınarak kamulaştırıldığını iddia etmiş ancak bu iddiası hakem heyetince kabul edilmemiştir. Heyete göre kamulaştırma şeker fabrikalarının finansal durumu gibi meşru bir kamu yararı gerekçesiyle yapılmış olup Gami'nin ayrımcılık iddiası yerinde değildir.¹⁰⁵⁶

Kamulaştırmanın hukuki olabilmesi için usuli işlemlere de özen gösterilmesi gerekir. Buna göre ilk olarak kamulaştırma hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta yer alan yerleşik usul kuralları gözetilerek yapılmalı, ikinci olarak kamulaştırma keyfi olmamalı ve son olarak yatırımı kamulaştırılan yabancı yatırımcıya hukuki başvuru yolları açık olmalıdır.¹⁰⁵⁷ NAFTA ve ECT gibi bölgesel anlaşmalar ile BIT'lerin büyük çoğunluğu kamulaştırmada hukuki/usuli işlemlere özen yükümlülüğünden (due process of law) bahsetmektedir. *Middle East Cement v. Egypt* davasında yatırımcıya ait gemiye liman idaresince el konulmuş ve gemi açık arttırma yoluyla satılmıştır. Hakem heyeti somut olayda tebligata dair usuli eksiklikler sebebiyle hukuki özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Heyete göre iç hukuk düzenlemeleri gereği hem el koyma hem de açık arttırma esnasında yatırımcıya özenli bir şekilde bildirimler yapılmamış ve bu durum Mısır ve Yunanistan arasındaki BIT'te yer alan kamulaştırma standartları ile adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edilmesine yol açmıştır.¹⁰⁵⁸ *ADC v. Hungary* davasında ise hakem heyeti usuli özen yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiğini sıralamıştır. Heyete göre usuli işlemlere özen yükümlülüğünün öncelikli amacı mülkiyeti kamulaştırılan yatırımcıya meşru bir şekilde yasal taleplerini ileri sürebilme şansını vermektir. Bu nedenle makul bir

¹⁰⁵⁵ Eureka B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005, parag.242.

¹⁰⁵⁶ Gami Investments Inc. v. The Government of the United Mexican States, Award, 15 November 2004, parag.114-115.

¹⁰⁵⁷ Kriebaum, U. (2015). Expropriation. Bungenberg, M. et al. (ed). *International Investment Law: A Handbook*. Hart Publishing, pp.1026-1029.

¹⁰⁵⁸ Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, Award, 12 April 2002, parag.143.

sürede bilgilendirilme, tarafsız bir makama başvurabilme, adil bir şekilde dinlenme gibi temel yasal mekanizmalar özenli bir şekilde işletilmelidir.¹⁰⁵⁹

Son kriter olan tazminat (compensation) yükümlülüğü tarih boyunca kamulaştırma alanındaki en tartışmalı kriter olmuştur.¹⁰⁶⁰ Daha önce de bahsedildiği üzere özellikle gelişmekte olan ülkeler ulusal standardı savunmuş ve Calvo Doktrini'ni uygulamış, gelişmiş devletler ise buna karşın uluslararası standardı ve Hull Formülasyonu'nu ileri sürmüştür. Zamanla Calvo Doktrini etkisini yitirmiş ve gelişmekte olan devletler BM Genel Kurul kararları yoluyla uygun tazminat (appropriate compensation) prensibini benimsemeye başlamışlardır.¹⁰⁶¹ Netice itibarıyla gelişmiş devletlere göre hızlı, yeterli ve etkili tazminat olarak bilinen Hull Formülasyonu uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline gelmiştir ancak gelişmekte olan devletler uygun tazminat prensibinin de uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu iddia etmektedirler.¹⁰⁶² Yeterli tazminatın ne olduğu hususunda da tartışmalar olmakla birlikte günümüzde yatırım anlaşmalarının çoğunluğu tazminatı 'adil piyasa değeri' olarak düzenlemektedir. AİHM de *Pincova v. Czech Republic* gibi kararlarında kamulaştırma neticesinde ödenecek tazminatın makul bir şekilde mülkiyetin değerine eşdeğer bir miktar olması gerektiğini kaydetmektedir.¹⁰⁶³

Uluslararası teamül hukuku gereğince kamulaştırma neticesinde tazminat ödenmediğinde devletin eylemi hukuka aykırı hale gelir. Bu durum ancak doğrudan

¹⁰⁵⁹ ADC Affiliate Limited and ADC &ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, Award, 2 October 2006, parag.435.

¹⁰⁶⁰ Porterfield, M. (2011). State Practice and the (Purported) Obligation Under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol.37, pp.159-197.

¹⁰⁶¹ Sabahi, B. (2011). *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*. Oxford University Press, pp.7-102. Ayrıca bakınız; 1803 sayılı BM Genel Kurul kararı, parag.4 ve 3281 sayılı BM Genel Kurul kararı madde 2.

¹⁰⁶² Schachter, O. (1984). Compensation for Expropriation. *American Journal of International Law*, Vol.78, Issue 1, pp.121-130.

¹⁰⁶³ Pincova and Pinc v. The Czech Republic, European Court of Human Rights, Judgment, 5 November 2002, parag.53.

kamulaştırma durumunda açık bir şekilde gündeme gelebilmektedir.¹⁰⁶⁴ Dolaylı kamulaştırma durumunda ise öncelikle devletin eyleminin kamulaştırma olup olmadığı belirlenmesi ve daha sonra tazminatın hesaplanması gerekmektedir. Böyle bir durum da ancak hakem heyeti veya başkaca uzman kimseler eliyle mümkün olabilir.¹⁰⁶⁵ Uygulamada genellikle dolaylı kamulaştırma iddiaları yatırımcı tarafından tahkim merciine taşınmaktadır. Öte yandan AİHM'in kamulaştırmada tazminat ödenmemesi hususunda özgün içtihatları söz konusudur. *Yagtzilar v. Greece* ve *Scordino v. Italy* gibi birçok kararında AİHM en baştan hukuka aykırı (inherently illegal) kamulaştırmalar ile salt tazminat konusundaki hukuka aykırılıkları birbirinden ayırmaktadır. AİHM'e göre kamu yararının olmadığı veya hukuki usule özen gösterilmeyen kamulaştırmalar baştan hukuka aykırıdır ve daha yüksek bir tazminat standardının benimsenmesini gerektirir. Ancak bu iki şarta uyulmakla birlikte salt tazminat konusunda anlaşmazlık ya da hukuksuzluk söz konusu olduğunda, ilk durumda olduğu gibi, yüksek bir tazminatın belirlenmesi gerekmez.¹⁰⁶⁶ Esas itibarıyla AİHM, keyfi bir kamulaştırma neticesinde ilgili idarenin cezalandırılması gerektiğini düşünmektedir dersek yanılmış olmayız.

6.3.2. Devletin Düzenleme Hakkı ve Takdir Marjı İlkesi

Uluslararası teamül hukukuna göre devletler egemenlik yetkisinden veya aynı anlamda kullanılan polis gücünden (police power)¹⁰⁶⁷ kaynaklanan genel bir düzenleme (regülasyon) hakkına sahiptir ve kural olarak regülasyon hakkı içerisinde gerçekleştirdiği eylemlerden ötürü tazminat ödemekle yükümlü değildir. Devletin

¹⁰⁶⁴ Brower C. N. & Brueschke J. D. (1998). *The Iran-United States Claims Tribunal*. Kluwer Law International, p.499.

¹⁰⁶⁵ Aisbett, E. & Karp, L. & McAusland, C. (2010). Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements: Implications of National Treatment and Rights to Invest. *Journal of Globalization and Development*, Vol.1(2), pp.1-33.

¹⁰⁶⁶ *Yagtzilar and Others v. Greece*. European Court of Human Rights, Article 41 Judgment of 15 January 2004, parag.25; *Scordino v Italy*. European Court of Human Rights, Judgment of 29 March 2006, No.1, parag.255.

¹⁰⁶⁷ Polis gücü ibaresinde kullanılan "polis" deyiimi esasen yunanca "politeia" kavramından türemiş ve sivil hükümet yönetimini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bakınız: Titi, C. (2018). Police Powers Doctrine and International Investment Law. In Fontanelli, F. & Gattini, A. & Tanzi, A. (ed). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill Publications, pp.323-343.

polis gücü kapsamında işlediği eylemler dolaylı kamulaştırma oluşturmaz.¹⁰⁶⁸ Wortley'in de belirttiği üzere esasen nelerin polis gücü kapsamında sayılabileceği net olarak sayılamamakla birlikte cezalandırma, vergilendirme, dış tehditlere karşı gerekli önlemleri alma gibi hususlar ya da çevre ve kamu sağlığı gerekçesiyle özel mülkiyet hakkının sınırlandırılması gibi düzenlemeler polis gücü kapsamında kabul edilmektedir.¹⁰⁶⁹ Modern devlet çok kompleks bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle klasik uluslararası hukukta kullanılan devletin polis gücünü günümüzde geniş bir regülasyon hakkı kapsamında düşünmek gerekir. Nitekim devletler toplumsal fayda için ülke ekonomisini yönlendirmekte, para politikalarını belirlemekte, imtiyazları ve yatırımları yönetmekte, şirketlerin monopolistik eylemlerine müdahale etmektedir. Weber modern devletin her şeye müdahil olan yapısını analiz ederek kararların kompleks bürokratik süreçlerden geçerek alındığını ve devletin meşruiyetinin de bu şekilde sağlandığını belirtmektedir.¹⁰⁷⁰ Bu nedenle günümüzde polis gücü ve regülasyon kavramını bürokrasi ile birlikte düşünmek gerekir. Devlet bürokratik eylemleri ile ekonomiyi, ticareti ve yatırımları sürekli olarak düzenleme altına almakta ve kontrol etmektedir.

Lowe, devletlerin kendi ekonomileri üzerinde de sürekli egemenlik hakkının olduğunu ve hiçbir iki taraflı yatırım anlaşmasının bu hakkın altına oyacak şekilde yorumlanamayacağını bildirmektedir.¹⁰⁷¹ Bu nedenle, Brownlie, hukuka aykırı olmadıkça ya da dolaylı kamulaştırma teşkil etmedikçe devletlerin vergilendirme, ticari kotalar ya da para politikaları gibi rutin düzenlemelerinin yabancı yatırımcıları etkilemesinin son derece normal olduğunu aktarmaktadır.¹⁰⁷² Regülasyon hakkının doğal sonucu olarak devletin insan hakları, çevre veya kamu sağlığı gibi alanlarda

¹⁰⁶⁸ Mouyal, L. W. (2016). *International Investment Law and Right to Regulate: A Human Rights Perspective*. Routledge Publishing, pp.176-178.

¹⁰⁶⁹ Wortley B.A. (1959). *Expropriation in Public International Law*. Cambridge University Press, p.39.

¹⁰⁷⁰ Lutzker, M. A. (1982). Max Weber and the Analysis of Modern Bureaucratic Organization: Notes Toward a Theory of Appraisal. *American Archivist*, Vol.45, No.2, pp.119-130.

¹⁰⁷¹ Lowe V. (2004). Regulation or expropriation. *Transnational Dispute Management*, Vol.1/3, pp.4-5.

¹⁰⁷² Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, pp.532-533.

gerekli olan düzenlemeleri neticesinde tazminat ödemesine gerek yoktur.¹⁰⁷³ Yatırım tahkimi davalarında da hakem heyetleri devletin regülasyon hakkının veya polis gücünün uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edildiğinin ve yatırımcının herhangi bir ülkede yatırım yaparken bu durumu bilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁰⁷⁴ *Methanex v. United States* davasında hakem heyeti davacı yatırımcının girdiği işin ticari risklerinin bilindiğini, zaman zaman federal veya federe düzeyde idari otoriteler tarafından kimyasal ürünlerin çevresel nedenler ya da kamu sağlığını korumak amacıyla yasaklandığının gizli bir şey olmadığını belirterek, davacının, düzenleyici kamulaştırma yapıldığı iddiasını reddetmiştir. Heyete göre, uluslararası hukuk uyarınca, kamu yararı amacıyla yapılan, ayrımcılık içermeyen, hukuka uygun ve özenli düzenlemeler yabancı yatırımcıyı etkilese dahi dolaylı kamulaştırma oluşturmaz veya başkaca bir tazminat yükümlülüğü doğurmaz. Ancak devletin meşru şekilde dahi regülasyon değişikliği yapmayacağına dair taahhüt altına girmesi durumu istisnadır.¹⁰⁷⁵

Benzer şekilde *Saluka v. Czech Republic* davasında da hakem heyeti uluslararası hukuka göre devletin iyi niyetle yaptığı ve ayrımcı olmayan düzenlemelerinden ötürü yabancı yatırımcıya tazminat ödemekle yükümlü olmadığını altını çizmiştir. Heyete göre devletin regülasyon hakkı polis gücünün kapsamı içerisinde olup uluslararası teamül hukukunun parçası haline gelmiştir.¹⁰⁷⁶ *Fireman's Fund v. Mexico* kararında ise hakem heyeti bahsi geçen kriterlere AİHM tarafından sıkça kullanılan ölçülülük (proportionality) prensibini de eklemiştir. Heyete göre tazminatı gerektirmeyen bir regülasyonu tazminat gerektiren bir kamulaştırmadan ayırmak için şu kriterlere dikkat etmek gerekir; regülasyonun devletin polis gücü kapsamında yapılması, kamusal amaç taşıması, ayrımcı olmaması, seçilen araçlar ile amacın

¹⁰⁷³ Newcombe A. (2005). The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. *ICSID Review-FILJ*, Vol.20/1, pp.1-57.

¹⁰⁷⁴ Bakınız; Interlocutory Award in Case Concerning Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Co. No. ITL 55-129-3, 28 October 1985, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol.9, p.275.

¹⁰⁷⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Arbitration Under UNCITRAL by ICSID, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, parag.9.

¹⁰⁷⁶ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 17 March 2006, parag.255.

ölçülü olması ve regülasyonun iyi niyetle yapılması.¹⁰⁷⁷ Son yıllarda akdedilen BIT'lerin birçoğunda bu kriterler, eksik ya da fazla, sayılarak böyle bir durumda dolaylı kamulaştırmanın söz konusu olmayacağı düzenlenmektedir. *Total v. Argentina* kararında hakem heyetine göre de FET standardının ihlal edilip edilmediğine bakmak için yatırımcının meşru beklentileri ile birlikte ev sahibi devletin regülasyon hakkının da değerlendirilmesi gerekir. Heyete göre bu değerlendirme salt ikili ilişki dikkate alınarak yapılamaz. Ev sahibi devletin ekonomisindeki dönüşüm ve makul normatif değişimler de ölçülülük ilkesi (proportionality) ışığında dikkatli bir şekilde incelenmelidir.¹⁰⁷⁸

Devletin regülasyon hakkı AİHM özelinde takdir marjı (margin of appreciation) ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Takdir marjı ilkesi temel olarak *Handyside v. United Kingdom* kararından sonra yerleşmeye başlamıştır. Davaya konu olan olayda Danimarkalı iki yazar Hansen ve Jensen tarafından yazılan “küçük kırmızı ders kitabı” adlı cinsel içerik taşıyan kitap İngiliz Mahkemesi tarafından müstehcen ve zararlı olduğu gerekçesiyle toplatılıp imha edilmiştir. Bunun üzerine yayıncı Handyside ifade özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede yapılan müdahalenin sözleşmede yer alan genel ahlakı korumaya yönelik olduğunu, kitaptaki bilgilerin çoğunluğunun faydalı olduğunu ancak bazı bölümlerinin ergenlik çağındaki gençler üzerinde suça teşvik edici sonuçlar doğurabileceğini, böyle bir durumda ise İngiliz yargıçlarının kamu düzenini göz önünde bulundurarak böyle bir kitabı yasaklayabileceğini, böyle bir yasaklamanın ulusal takdir hakkı çerçevesinde makul kabul edilebileceğini vurgulayarak başvurucunun talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre insan hakları öncelikle ulusal düzeyde korunur ve devlet insan hakları alanında belirli oranda düzenleme yapma

¹⁰⁷⁷ Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17 July 2006, parag.176.

¹⁰⁷⁸ Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, parag.123.

yetkisine sahiptir. Mahkemenin görevi bu nedenle tamamlayıcıdır.¹⁰⁷⁹ Nitekim mahkemeye başvuru şartlarından biri de iç hukuk yollarının tüketilmesidir. AİHM sistemi bu anlamda insan hakları uyuşmazlıklarının, ancak ulusal düzeyde çözülemez ise veya ulusal düzeyde çözülme imkanı yoksa mahkeme önünde görülmesini öngörmektedir. Ancak doğal olarak AİHM, önüne gelen uyuşmazlıkta eylemin devletin regülasyon hakkının sınırları içerisinde olup olmadığını değerlendirecektir. Bu durum da AİHM'e ICSID 42. maddesindeki gibi uluslararası hukukun düzeltici fonksiyonuna benzer bir fonksiyon yüklemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokolü'n birinci maddesi de mülkiyet hakkının kısıtlanması hususunda "uluslararası hukukun genel ilkeleri"ne atıf yapmıştır. Maddeye göre; 1) Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. 2) Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez.¹⁰⁸⁰ Bu anlamda maddenin birinci fıkrası uluslararası hukukun genel ilkelerine¹⁰⁸¹ düzeltici bir fonksiyon yüklerken ikinci fıkrası ise devletin regülasyon hakkını ve AİHM'in takdir marjı doktrinini teyit etmektedir.¹⁰⁸² *Agosi v. United Kingdom* ve *Mellacher v. Austria* davalarında da Mahkeme takdir hakkının hem

¹⁰⁷⁹ Handyside v. United Kingdom. Application No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, parag.48; Feingold, C. S. (1977). Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights. *Notre Dame Law Review*, Vol.53, Issue 1, pp.90-106.

¹⁰⁸⁰ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20.03.1952, art.1, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (20.09.2018).

¹⁰⁸¹ Protokol'ün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesinin genel anlamda bir minimum standardı ifade ettiği de söylenebilir.

¹⁰⁸² McGoldrick, D. (2016). A Defence of The Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by The Human Rights Committee. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.65, Issue 1, pp.21-60.

kamu yararının belirlenmesinde hem de kamulaştırma aracının seçilmesinde gündeme geleceğini tespit etmektedir.¹⁰⁸³

Devletlerin, kendi toprakları içerisinde yaşayan insanlar üzerinde egemenlik yetkisine sahip iken ayrıca diğer devletler ile, AİHS gibi, insan hakları konvansiyonları akdetme gerekçeleri farklılaşmaktadır. Hathaway'a göre temel gerekçe diğer devletler nezdinde uluslararası meşruiyet kazanmaktır.¹⁰⁸⁴ Diğer bir gerekçeye göre devletler, uluslararası insan hakları sistemlerine rıza göstermekle vatandaşlara ve yabancılara muameleden kaynaklanabilecek uluslararası uyuşmazlıkları azaltmayı amaçlamaktadır. Nitekim genel kabule göre devletler arasında akdedilen BIT'lerin de temel amacı yatırımlar için uygun istikrar ortamını sağlamak ve devletler arasında oluşabilecek yabancı yatırım uyuşmazlıklarını depolitize etmektir.¹⁰⁸⁵

Devletin regülasyon hakkı büyük oranda çevrenin veya sağlığın korunması özelinde tartışılmaktadır.¹⁰⁸⁶ Zira uluslararası hukukta çevrenin korunmasına dair düzenlemeler artmakta ve kendine özgü (*sui generis*) bir hal almaktadır. İki taraflı yatırım anlaşmalarında da artık çevrenin veya sağlığın korunmasına dair hükümler yer almaktadır. Örneğin Türkiye Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 5/1 maddesine göre: "işbu anlaşmadaki hiçbir hüküm, bir akit Tarafın, a) insan, hayvan veya bitki hayatını veya sağlığını ya da çevreyi korumak için düzenlenen ve uygulanan; b) canlı veya cansız tükenebilir doğal kaynakların korunması ile ilgili ayırıcı olmayan hukuki tedbirleri almasını, sürdürmesini veya uygulamasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz".¹⁰⁸⁷ Aynı hüküm Türkiye Cumhuriyeti

¹⁰⁸³ Agosi v. The United Kingdom, Application no. 9118/80, Judgment, 24 October 1986, parag.52; Mellacher v. Austria, Application no. 10522/83; 11011/84-11070/84, Judgment, 19 December 1989, parag.45.

¹⁰⁸⁴ Hathaway, O. A. (2007). Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?. *Journal of Conflict Resolution*, Vol.51, pp.588-621.

¹⁰⁸⁵ Paparinskis, M. (2010). The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol.3, p.1.

¹⁰⁸⁶ Devletin çevre sorumluluğu hakkında genel bir inceleme için bakınız: Kayhan, A. K. (2017). *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletin Sorumluluğu*. Oniki Levha Yayınları, s.83-158.

¹⁰⁸⁷ Turkish Model of Bilateral Investment Treaty. 2009. Article 5/2 (çeviri tarafımızca yapılmıştır). Bakınız: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2852> (erişim tarihi

Hükümeti ile Karadağ Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın "düzenleme hakkı" başlıklı 4/1 maddesinde de düzenlenmiştir.¹⁰⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da ise "genel istisnalar" başlığıyla anlaşmanın 5/1 maddesinde düzenlenmiştir.¹⁰⁸⁹ Bazı iki taraflı yatırım andlaşmalarında çevre veya sağlığa ilişkin düzenlemelerin dolaylı kamulaştırma teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Örneğin Türkiye ile Kenya arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının 5/2 maddesine göre "sağlık, güvenlik ve çevre gibi halkın genel refahını ilgilendiren meşru menfaatlerin korunması amacıyla düzenlenen ve uygulanan, ayrımcı olmayan yasal önlemler, dolaylı kamulaştırma teşkil etmez".¹⁰⁹⁰ Aynı hüküm Türkiye ve Vietnam arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının 5/2 maddesinde tekrar edilmiştir.¹⁰⁹¹ Benzer şekilde Türkiye ve Meksika arasında akdedilen iki taraflı yatırım andlaşmasının 8/2 maddesine göre "çevre, sağlık ve diğer düzenleyici hedeflere duyarlı bir şekilde alınan, ayrımcı olmayan yasal önlemler dolaylı kamulaştırma teşkil etmez".¹⁰⁹² UNCTAD 2018 Dünya Yatırım Raporu da son zamanlarda imzalanan 13 iki veya çok taraflı andlaşmanın çevre, sağlık veya insan haklarına ilişkin genel hükümler içerdiğini, 6 andlaşmanın ise bu kavramları daha detaylı bir şekilde düzenlediğini aktarmaktadır.¹⁰⁹³

20.07.2017). Ayrıca bakınız: Şit-Köşgeroğlu, B. (2013). Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı. *TBB Dergisi*, Sayı 107, s.143-172.

¹⁰⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Karadağ Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 4/1. Resmi Gazete, Tarih: 02.08.2016, Sayı: 29789.

¹⁰⁸⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 5/1. Resmi Gazete, Tarih: 17.01.2013, Sayı: 28531.

¹⁰⁹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 09.03.2017, Sayı: 30002.

¹⁰⁹¹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 09.03.2017, Sayı: 30002.

¹⁰⁹² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Meksika Devletleri Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 09.03.2017, Sayı: 30002.

¹⁰⁹³ Unctad World Investment Report, 2018, Pp.100-101.

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (erişim tarihi 28.02.2019).

Esasen çevrenin korunmasını savunan görüşler ile ticaretin serbestleştirilmesini savunan görüşler arasında uzun yıllardır süregelen tartışma günümüzde de devam etmektedir. Allen gibi çevreci yazarlara göre serbest ticaret ülkelerin dibi görmesine neden olacak ve kirlilik cenneti yaratacaktır. Bu nedenle serbest ticaret ve yabancı yatırımları teşvik uğruna çevresel koruma standartlarını düşüren devletler, yaptıklarının neticesine de katlanmak zorunda kalacaklar ki bu durum çevre hakkında istifade edilebilmesi için insanlara uygun bir ortam vadetmeyecektir.¹⁰⁹⁴ 1984'te Hindistan'ın Bhopal şehrinde yerleşik bir fabrikada yaşanan kimyasal gaz patlamasının binlerce insanın ölümüne neden olması, çevreciler tarafından yaşanabilecek olumsuz sonuçlara dair verilen en önemli örneklerden biridir.¹⁰⁹⁵ Diğer yandan Wold gibi serbest ticareti savunan yazarlara göre ise serbest ticaret ve yatırımlara ağırlık verilmesi ülkenin ve insanların yaşam standartlarının yükselmesini sağlayacak ve böylece toplum nezdinde çevrenin korunmasına dair beklentiler artacaktır. Devletin insanlara daha iyi bir çevrede yaşama imkanı sunabilmesi ekonomik açıdan mümkün hale gelecektir.¹⁰⁹⁶ Çevrenin korunmasına dair uluslararası hukuk düzenlemeleri nispeten yenidir. Özellikle 1960'lar sonrasında devletlerin, temel hakların yanında, ikinci kuşak haklara yaptığı ve sömürgelerden bağımsızlığını kazanan devletlerin doğal kaynaklara yaptığı vurgu çevre alanının uluslararası toplumun gündemine girmesini sağlamış ve çevre hakkı 1970'lerden sonra birçok uluslararası toplantının temel konusu haline gelmiştir. 1972 Stockholm zirvesi bu anlamda ilk örneklerden biridir. Öte yandan çevrenin korunması ve çevre hakkı alanındaki girişimler tabiatın ve doğal yaşamın korunması veya ozon tabakası ve iklim değişikliği gibi çevreyi ilgilendiren alanlarda akdedilen uluslararası

¹⁰⁹⁴ Allen, L. J. (2012). The North American Agreement on Environmental Cooperation: Has It Fulfilled Its Promises and Potential? An Empirical Study of Policy Effectiveness. *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, Vol.23, pp.125-126; Revesz, R. V. (1992). Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation. *New York University Law Review*, Vol.67, p.1210; Engel, K.H. (1997). State Environmental Standard-Setting: Is There a Race and Is It to the Bottom. *Hastings Law Journal*, Vol.48, p.271.

¹⁰⁹⁵ Bhopal olayı hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Jasanoff, S. (1994). *Learning from Disaster: Risk Management after Bhopal*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

¹⁰⁹⁶ Wold, C. (2010). Taking Stock Trade's Environmental Scorecard After Twenty Years of 'Trade and Environment'. *Wake Forest Law Review*, Vol.45, pp.319-325.

sözleşmelerin önünü açmıştır.¹⁰⁹⁷ Çevreye dair zamanla gelişen uluslararası hukuk kuralları yabancı yatırımların korunması alanında da dikkate alınmaya başlanmış ve doktrinsel olarak başlayan yatırımın korunması ile çevrenin korunması arasındaki gerilim hakem heyetlerinin önüne çözülmesi gereken bir sorun olarak gelmeye başlamıştır.

Çevrenin korunması Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde (ICESCR) kişilerin uygun fiziki ve zihni sağlık standardı hakkı kapsamında devletin alması gereken önlemler arasında zikredilmiştir. Buna göre devletin bir insan hakkı olarak sağlık standardını tanımasının bir şartı da uygun çevresel ve endüstriyel hijyenin sağlanması olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁹⁸ Bir insan hakkı olarak çevre hakkının ortaya çıkışı ise yaşam hakkı gibi temel hak ve özgürlüklere nazaran oldukça yenidir.¹⁰⁹⁹ Vasak, insan haklarını hem önemine hem de tarihsel olarak ortaya çıkış sürecine göre 3 kuşağa ayırmaktadır. Buna göre birinci kuşak haklar insanın bedeni ve fikri varlığını korumaya yönelik yaşam hakkı, ifade özgürlüğü gibi medeni ve siyasi hakları kapsar. İkinci kuşak haklar, insanın onurlu ve asgari standartlara sahip bir şekilde yaşamasını sağlayan, fırsat eşitliği yaratan eğitim hakkı, çalışma hakkı gibi ekonomik, sosyal ve kültürel haklardır. Üçüncü kuşak haklar ise dayanışma hakları olarak bilinen insanın sağlıklı bir toplumda ve dünyada yaşamasını sağlayan çevre hakkı, kalkınma hakkı ve barış hakkı gibi haklardır. Yazar'a göre birinci kuşak haklar negatif haklar olarak nitelendirilir ve devletin bu haklara dokunmaması ve hakları koruması gerekir. İkinci kuşak haklar ise pozitif haklar olarak kabul edilir ve bu hakların hayata geçmesi için devletin eylemde bulunması gerekir. Üçüncü kuşak haklar ise henüz tartışmalı olup temelde uluslararası

¹⁰⁹⁷ Lamotte, K. R. (2014). Mechanisms for Global Agreements. In Martella, R. R. & Grosko, J. B. (ed). *International Environmental Law: The Practitioner's Guide to the Laws of the Planet*. ABA Publishing, pp.965-977.

¹⁰⁹⁸ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, article 12/2-b. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (erişim tarihi 02.10.2018).

¹⁰⁹⁹ Boyle, A. (2012). Human Rights and the Environment: Where Next?. *European Journal of International Law*, Vol.23, Issue 3, pp.613-642.

dayanışmayı gerektiren kollektif haklardır.¹¹⁰⁰ Birinci kuşak ve ikinci kuşak hakları kapsayan iki BM sözleşmesi olmasına rağmen üçüncü kuşak haklara dair henüz uluslararası bir sözleşme mevcut değildir. Alston, üçüncü kuşak hakların, esasen çok tartışmalı olmakla birlikte, uluslararası toplumun da insan hakları alanında bazı yükümlülüklerle sahip olduğunu vurgulamak için mevcut bazı hakların yeniden formülize edilmesi rolünü üstlendiğini düşünmektedir.¹¹⁰¹

Çevre hakkı yabancı yatırım uyuşmazlıklarında genellikle devletin kamu yararı amacıyla çevreyi koruması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Esasen ikinci kuşak hakların hayata geçirilebilmesi için devletin pozitif eylemde bulunması gerektiğini dikkate alırsak devletin çevrenin korunması amacıyla yaptığı düzenlemeleri insanların çevre hakkından faydalanabilmesi ya da çevre hakkının kısıtlanmaması amacıyla yaptığı söylenebilecektir. Üçüncü kuşak haklar için de uluslararası sorumluluğu benzer şekilde düşünebiliriz. Devletlerin çevrenin korunmasına dair girişimleri zamanla tüm devletlere hem teamül hukuku hem de andlaşmalar hukuku çerçevesinde çevrenin korunması yükümlülüğü yüklemektedir.¹¹⁰² Peki çevrenin korunmasına dair devletin yükümlülüğü ile yabancı yatırımların korunmasına dair yükümlülüğü çatırsa hangisi üstün gelecektir? Daha önce bahsettiğimiz gibi yabancı yatırımcıdan ancak insan haklarına saygı duyması beklenebilir. Her ne kadar çok uluslu şirketlerin insan haklarından sorumluluklarına dair bazı uluslararası girişimler mevcut ise de bu çalışmalar sosyal sorumluluk düzeyinde kalmakta ve halihazırda yabancı yatırımcıya hukuki sorumluluk yüklemek henüz mümkün gözükmemektedir.¹¹⁰³ İnsan hakları alanında hukuki sorumluluk temel itibariyle

¹¹⁰⁰ Vasak, K. (1977). A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights. *The UNESCO Courier*, November 1977, 30th Year, p.29.

¹¹⁰¹ Alston, P. (1982). A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law? *Netherlands International Law Review*, Vol.29, Issue 3, pp.307-322.

¹¹⁰² Guruswamy, L. (2010). State Responsibility in Promoting Environmental Corporate Accountability. *Fordham Environmental Law Review*, Vol.21, No.1, pp.209-237.

¹¹⁰³ Yeni akdedilen bazı BIT'ler detaylı düzenlemeler içermekte ve şirketlerin sosyal sorumluluğuna dair hükümlere de yer vermektedir. Örneğin, Japonya ve Arjantin arasında akdedilen 2018 tarihli BIT'in "corporate social responsibility" başlığını taşıyan 17. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "The Contracting Parties reaffirm the importance that each of them encourages enterprises operating

devlete yüklenmektedir.¹¹⁰⁴ Bu nedenle çevrenin korunması ile yabancı yatırımın korunması arasındaki problemi çözmek için klasik uluslararası hukuk öğretisine ve devletin regülasyon hakkının sınırlarına bakmak gerekir.

Daha önce belirttiğimiz gibi son yıllarda iki taraflı yatırım anlaşmaları çevrenin korunmasına ve devletin çevresel regülasyon hakkına daha çok yer vermeye başlamıştır. Bazı anlaşmalar ise çevresel regülasyon durumunu dolaylı kamulaştırmanın istisnası olarak kabul etmektedir. Öte yandan diğer bazı anlaşmalar ise sırf yatırım çekmek için çevre, sağlık, çalışma gibi standartların düşürülmesini yasaklamaktadır. Bu yolla devletler arasında, uluslararası hukukun insan haklarına dair minimum standartlarından sapılmasına cevaz verilmemektedir.¹¹⁰⁵ Yatırım tahkiminde ise çevresel değerlendirmelere kamu yararı ve regülasyon hakkı kapsamında sıklıkla rastlanmaktadır. Yatırım tahkiminde çevrenin korunmasına dair gerekçelere genellikle devletler tarafından başvurulduğu görülmektedir. Maden işletme izninin iptali, kimyasal madde üretiminin durdurulması, su çıkarma lisansının iptali, petrol ve doğalgaz arama izinlerinin durdurulması gibi çeşitli durumlarda devlet genellikle çevrenin korunması ve kamu yararı gerekçesini ileri sürmektedir. Buna karşılık yabancı yatırımcı ise uygulamanın keyfi veya dolaylı kamulaştırma olduğu iddiasına dayanmaktadır.¹¹⁰⁶ Hatta çevrenin korunması temeline dayanan uyuşmazlıklar özelinde daha önce belirttiğimiz uluslararası alanda depolitizasyon durumunun iç hukuka olan etkisi de görülebilir.

within its Area or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Contracting Party". Anlaşmanın tam metni için bakınız: Japan-Argentina BIT <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5799> (erişim tarihi 26.02.2019).

¹¹⁰⁴ Chirwa, D. M. (2004). The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights. *Melbourne Journal of International Law*, Vol.5, No.1, pp.1-36; Hazenberg, J. L. J. (2016). Transnational Corporations and Human Rights Duties: Perfect and Imperfect. *Human Rights Review*, Vol.17, Issue 4, pp.479-500. Şirketlerin insan haklarından sorumluluğu hakkında daha fazla bilgi için bakınız; Kinley, D. (2017). *Human Rights and Corporations*. Routledge Publishing.

¹¹⁰⁵ Gordon, K. & Pohl, J. (2011). Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey. OECD Working Papers on International Investment, Vol.2011/01, OECD Publishing, pp.7-27.

¹¹⁰⁶ Slater, T. L. (2015). Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.14, Issue 1, pp.131-154.

Nitekim siyasi kurumsallığı yerleşik olmayan devletlerde salt kamuoyunun tepkisini çekmemek, oy kaybetmemek veya yerli yatırımcıyı üstün tutmak adına yabancı yatırımcıların aleyhine olabilecek eylemler yapılabilmekte ve uyuşmazlık durumunda kamu yararı ve çevresel koruma gerekçesi ileri sürülebilmektedir.

Methanex v. USA davasında yabancı yatırımcı bir tür kimyevi alkol olan metanol üreten bir firmadır. California Eyaleti yönetimi tarafından metanol yasaklanmış ancak yine başka bir kimyevi alkol olan ethanol yasaklanmamıştır. Davacı bu iki maddenin benzer (like) olduğunu iddia ederek ayrımcılığa uğradığını ve eylemin düzenleyici kamulaştırma (regulatory expropriation) olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti; davacı yatırımcının girdiği işin ticari risklerinin bilindiğini, zaman zaman federal veya federe düzeyde idari otoriteler tarafından kimyasal ürünlerin çevresel nedenler ya da kamu sağlığını korumak amacıyla yasaklandığının gizli bir şey olmadığını belirterek davacının düzenleyici kamulaştırma yapıldığı iddiasını reddetmiştir. Heyete göre, uluslararası hukuk uyarınca, kamu yararı amacıyla yapılan, ayrımcılık içermeyen, hukuka uygun ve özenli düzenlemeler yabancı yatırımcıyı etkilese dahi dolaylı kamulaştırma oluşturmaz veya başkaca bir tazminat yükümlülüğü doğurmaz.¹¹⁰⁷ Bu anlamda çevresel düzenlemeler, hakem heyetince sayılan kriterler yerine getirildiği müddetçe polis gücü kapsamındaki meşru regülasyon olarak değerlendirilecek, dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmeyecektir.¹¹⁰⁸ Nitekim *Chemtura v. Canada* davasında da davacı kanola başta olmak üzere tarım ürünleri için kimyasal ilaç üretimi ile uğraşan ABD merkezli bir yatırımcıdır. Kanada Hükümeti tarafından, uzman kuruluşların raporlarına dayanılarak, bazı kimyasal tarım ilaçları çevreye ve toprağa zararlı olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır. Hakem heyeti bazı zararlı kimyasal ürünler hakkında Kanada Hükümeti'nin yaptığı regülasyonları meşru polis gücü kapsamında kabul

¹¹⁰⁷ Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA Arbitration Under UNCITRAL by ICSID, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, parag.9.

¹¹⁰⁸ Dougherty, K. (2007). Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.27, Issue 3, pp.735-754.

etmiş ve kamulaştırmanın söz konusu olmadığını tespit etmiştir.¹¹⁰⁹ Diğer bir dava olan *Ethyl Corporation v. Canada* davasında ise ABD merkezli davacı yatırımcı araç yakıtlarına ilave edilen Manganez kaynaklı MMT (Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl) maddesinin ihracatı ve dağıtımı ile uğraşmaktadır. Kanada Hükümeti çıkardığı bir kanun ile araç emisyon kalitesine uymadığı ve MMT maddesinin egzoz vasıtası ile çevreye zarar verdiği gerekçesine dayanarak maddenin ithalini yasaklamıştır. Ethyl şirketi de mevcut yasağın dolaylı kamulaştırma neticesini ortaya çıkardığı gerekçesi ile uluslararası tahkime başvurmuştur.¹¹¹⁰ Ancak uyuşmazlık sonraki bir tarihte tarafların karşılıklı anlaşmaları yoluyla çözülmüştür. Kanada hükümeti MMT maddesinin bizzatı çevre kirliliğine yol açtığını ispatlayamadığını kabul etmiş ve Ethyl şirketine tazminat ödemeye razı olmuştur. Ayrıca ilgili kanun düzenlemesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

Metaclad v. Mexico davasına konu olan olayda Meksika devleti yetkili makamlarınca ABD merkezli Metaclad şirketinin sahibi olduğu yerel firmaya tehlikeli atık toplama ve dönüştürme projesi izni verilmiş ve proje ile ilgili yapıların kurulmasına müsaade edilmiştir. Ancak yerel belediye tarafından, içme suyunu kirleteceğine ilişkin çevresel gerekçelerle, atık toplama binasının faaliyetleri durdurulmuş ve faaliyetlerin yürütüldüğü arazi bir Ekoloji Kararı ile doğal koruma alanına çevrilmiştir. Bu nedenle yatırımcı sürecin şeffaflık ilkesine aykırı olduğunu ve aynı zamanda yerel belediye kararının kamulaştırma oluşturduğunu iddia etmiştir. Hakem heyetine göre; yerel belediyenin Meksika hükümeti tarafından verilmiş kararı çevresel nedenlerle tanımaması hukuken mümkün değildir. Bu nedenle Ekoloji Kararı dolaylı kamulaştırma anlamına gelmektedir. Öte yandan heyete göre şeffaf ve öngörülebilir bir hukuki çerçeve sunmakta başarısız olan devlet FET standardını da ihlal etmiştir.¹¹¹¹ Esasen bazı yazarlar Metaclad gibi kararların

¹¹⁰⁹ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration, Award, parag.266.

¹¹¹⁰ Ethyl Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration based on NAFTA, Award on Jurisdiction, 24 June 1998, p.47.

¹¹¹¹ Metaclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, parag.76-99.

çevresel düzenleme lehine çıkmamasının sebebini NAFTA 11. bölümde aramaktadırlar. Buna göre NAFTA 11. bölümde tazminat gerektirmeyen ve kamu yararı gerekçesiyle yapılan kamulaştırmalar hakkında net bir ibare yoktur. Bu nedenle NAFTA altında görülen ve çevrenin korunması iddiasını içeren davalar klasik kamulaştırma kriterleri çerçevesinde çözümlenmektedir.¹¹¹² *MTD v. Chile* davasında ise yatırımcı şirket Şili Yabancı Yatırım Komisyonu binasını inşa etmek sözleşme imzalamış ancak daha sonra imardan sorumlu devlet ajansı şehrin imar planına ve çevresel politikalarına aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili alanı tahsis etmemiş ve bina yapılamamıştır. Davacı şirket, devletin çevresel politikası ile ilgili kendilerinin bilgilendirilmediğini belirtmiş ve şeffaflık ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti kararına göre her ne kadar yatırımcının, ilgili ülkede yapacağı yatırım için gerekli hukuki düzenlemeleri araştırma yükümlülüğü olsa da devletin FET yükümlülüğünü bundan bağımsız olarak düşünmek gerekir. Hakem heyeti çevresel regülasyon hakkı ile ilgili değerlendirmelere fazla girmeden kısaca Şili ve Malezya arasındaki BIT’te yer alan FET standardının ihlal edildiğini tespit etmiştir.¹¹¹³

Devletin kamu sağlığı alanında düzenleme hakkı ile yatırımcının hakları arasındaki gerilimin konu olduğu en güncel davalardan biri *Philip Morris v. Uruguay* davasıdır. Davaya konu olan olayda Uruguay, 2003 tarihli “Tütün Kontrolüne Dair Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Çerçeve Sözleşmesi”ne taraf olmuş ve daha sonrasında tütün piyasasını düzenleyen bir dizi yasal ve idari değişiklikler yapmıştır. Bu anlamda kabul edilen bir yasaya göre her tütün markası tek bir sigara çeşidini piyasaya sürebilecektir. Dolayısıyla Philip Morris şirketine ait sigara markası olan Marlboro’nun; Blue, Light veya Fresh Mint gibi çeşitleri kaldırılacak sadece Marlboro Red markasıyla tek ürün piyasaya sürülebilecektir. Yasa aynı zamanda sigara paketleri üzerinde yer alan ve paketin ön ve arka yüzünü yüzde 50 oranında

¹¹¹² Dhooge, L. J. (2001). The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metaclad Corporation v. United Mexican States. *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol.10, pp.209-289.

¹¹¹³ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, parag.165-166.

kaplaması gereken “sağlığa zararlıdır” şeklindeki uyarıların kaplaması gereken oranı yüzde 80’e çıkarmıştır. Philip Morris şirketi yapılan düzenlemeler ile şirketine ait marka ve ticari itibar gibi ekonomik değerlerin dolaylı yoldan kamulaştırıldığını ve bu nedenle İsviçre ve Uruguay arasında akdedilen BIT’te yer alan FET ve kamulaştırma standartlarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Uruguay ise yapılan düzenlemelerin kamu sağlığı gerekçesiyle ve devletin meşru polis gücü kapsamında yapıldığını vurgulamıştır.¹¹¹⁴

Davanın esasını inceleyen hakem heyeti davacının iddialarını reddetmiş ve Uruguay’ın meşru düzenleme yetkisi çerçevesinde kamu sağlığını korumak amacıyla mevcut yasal önlemleri aldığını teyit etmiştir. Hakem heyeti, İsviçre ve Uruguay arasında akdedilen BIT’te yer alan kamulaştırma maddesinde “polis gücü” ibaresi kullanılmadığı halde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31/3-c maddesinde yer alan “uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı” ibaresinden yola çıkarak devletin düzenleme hakkını, uluslararası teamül hukukundaki polis gücü kavramı ile izah etmiştir. Hakem heyetine göre kamu sağlığı devletin polis gücü kapsamında yapacağı düzenlemelerin meşruiyetini sağlayacak gerekçelerin başında gelmektedir. Somut olayda yapılan düzenleme kamu sağlığını korumak amacıyla yapılan, iyi niyetli, ayrımcı olmayan ve ölçülü bir düzenlemedir. Ayrıca Uruguay’ın yaptığı düzenleme davacının ticaret yapmasını engelleyen veya yasaklayan bir düzenleme de değildir. Bu nedenle ortada bir dolaylı kamulaştırmanın varlığından söz edilemez. Öte yandan davacının FET standardının ihlal edildiğine dair iddiasını da reddeden hakem heyeti yapılan düzenlemelerin AİHM kararlarında da belirtilen takdir marjı (margin of appreciation) kapsamında kaldığını ve FET standardını ihlal etmediğini tespit etmiştir.¹¹¹⁵ Davada Dünya Sağlık Örgütü de (WHO) *amicus curiae* talebinde bulunmuş ve talebi hakem heyetince kabul edilmiştir. Örgütün davaya

¹¹¹⁴ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), Decision on Jurisdiction, 2 July 2013, parag.6-11.

¹¹¹⁵ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Award, 8 July 2016, parag.287-420.

sunduğu görüş yazısında da Uruguay'ın meşru ve yerinde bir düzenleme yaptığını, sigaranın sağlığa zararlı olduğuna dair yazıların sigara kullanımının azalmasına yardımcı olduğunu ve kamu sağlığını koruma amacına hizmet ettiğini belirtmiştir.¹¹¹⁶ *Philip Morris v. Uruguay* davasında benzer bir dava da *Philip Morris Asia v. Australia* davasıdır. Davaya konu olan olay Avustralya'nın, sigara paketleri üzerindeki kamu sağlığını korumaya ilişkin uyarılara ait alanın genişletilmesi ve farklı sigara paketlerinin tektipleştirilmesine dair yasal düzenlemelerine ilişkindir. Philip Morris Asia şirketi, yasal düzenlemelerin dolaylı kamulaştırma ve FET standardının ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle, Avustralya ve Hong Kong arasındaki BIT'e dayanarak Daimi Hakemlik Mahkemesi (PCA) tahkiminde dava açmıştır. Avustralya ise, dava konusu uyuşmazlık çıktıktan sonra uyrukluk planlaması (nationality planning) yapıldığını ve salt uluslararası tahkime başvuru için yapılan uyrukluk planlamasının kötü niyetli olduğunu belirterek yetkisizlik kararı verilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti de Avustralya'yı haklı bulmuş ve uyuşmazlık çıktıktan sonra Avustralya ve Hong Kong arasındaki BIT'te yer alan uyuşmazlık çözüm imkanlarından yararlanmak için yapılan uyrukluk planlamasının kötü niyetli olduğunu vurgulayarak yetkisizlik kararı vermiştir.¹¹¹⁷

Çevresel düzenlemeler genel itibariyle daha önce saydığımız kamulaştırma kriterlerini karşıladığı müddetçe devletin meşru polis gücü kapsamında kabul edilmekte ve kamulaştırma teşkil etmemektedir.¹¹¹⁸ Beharry ve Kuritzky, polis gücü doktrininin uluslararası teamül hukukunda yerleşik bir kural teşkil ettiğini düşünmekte ancak bu kuralın hakem heyetlerince sadece tazminat gerektirmeyen kamulaştırmalarda kullanıldığını diğer andlaşma ihlallerinde bu kurala

¹¹¹⁶ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Written Submission (Amicus Curiae Brief) by the WHO and the Secretariat of the Tobacco Control Convention, 28 January 2015, parag.38-43.

¹¹¹⁷ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, pp.166-185.

¹¹¹⁸ Bakınız: Puvimanasinghe, S. F. (2007). *Foreign Investment, Human Rights and the Environment: A Perspective from South Asia on The Role of Public International Law for Development*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.1-14; Benedetto, S. (2013). *International Investment Law and the Environment*. Edward Elgar Publications, pp.9-22.

başvurulmadığını tespit etmektedirler. Yazarlara göre polis gücü (police powers) doktrinine göre daha az yerleşik olan ancak daha fazla alanda uygulanabilir olan takdir marjı doktrininden (margin of appreciation) çevresel regülasyon alanında daha fazla faydalanmak gerekir.¹¹¹⁹ AIHM tarafından geliştirilen takdir marjı doktrini devletin, meşru şekilde yaptığı düzenlemeleri ile temel haklara yönelik müdahaleleri arasında denge kurmayı amaçlar. Takdir marjı doktrini polis gücü doktrini gibi sadece kamulaştırma davalarında uygulanan bir kural değildir. Polis gücü doktrini devletin egemenlik hakkına dayanırken takdir marjı ise daha çok idari otoritelerin kararlarının değerlendirilmesi hakkında gündeme gelmektedir. Vinuales'e göre, polis gücü doktrini devletin doğasında var olan kamuyu koruma görevine vurgu yaparken takdir marjı doktrini ise belirli bir karara nasıl ulaşıldığına ve ilgili kararın meşruiyetine vurgu yapar.¹¹²⁰ Yatırım davalarında takdir marjı doktrininin uygulanmasına karşı çıkan yazarlar da vardır. Benvenisti'ye göre tarafların eşit olmasının beklendiği yatırım tahkiminde takdir marjı doktrininin uygulanması devlet lehine bir "yanlılık" (bias) oluşturacaktır.¹¹²¹ Schill'e göre ise uluslararası özel hukuk paradigmasını takip eder şekilde bir tarafa fazla ihtimam gösterip diğerine göstermemek tahkimden sapma olarak görülebilir.¹¹²² Öte yandan son yıllarda yatırım tahkimi heyetlerince takdir marjı doktrinine yapılan atıflar çoğalmaktadır. *Frontier Petrol v. Czech Republic* kararında devletin kendi uluslararası kamu politikasını belirlemede belirli bir takdir marjından faydalanabileceği belirtilmekte¹¹²³, *Electrabel v. Hungary* kararında ise hakem heyetine göre, devletin Enerji Şartı Sözleşmesi'nden (ECT) kaynaklanan koruma yükümlülüklerine riayet etmediğinden bahisle sorumluluğuna gidilmeden önce belirli bir takdir marjından

¹¹¹⁹ Beharry, C. L. & Kuritzky, M. E. (2015). Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration. *American University International Law Review*, Vol.30, Issue 3, p.424.

¹¹²⁰ Vinuales, J. E. (2012). *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge University Press, pp.379-380.

¹¹²¹ Benvenisti, E. (1999). Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *International Law & Policy*, Vol.31, pp.843-844.

¹¹²² Schill, S. W. (2012). Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, p.10.

¹¹²³ *Frontier Petroleum Services v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, PCA, Final Award, 12 November 2010, parag.527.

faydalanabilme ihtimalinin değerlendirilmesi gerekir.¹¹²⁴ Esasen ileride ele aldığımız ölçülülük kriteri de çevrenin korunmasına dair uyuşmazlıklarda uygulanabilir niteliktedir. Yatırım tahkiminde hakem heyetleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda çevresel koruma ile yatırımcının kısıtlanan hakları arasında bir denge olup olmadığına bakmalıdırlar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çevre hakkına dair herhangi bir düzenleme içermemektedir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi üçüncü kuşak hakları düzenleyen evrensel bir sözleşme yoktur. Üçüncü kuşak haklardan biri olarak kabul edilen çevre hakkı her ne kadar doğrudan düzenlenmese de ikinci kuşakta yer alan bazı hakların içeriğinde ya da uygulamasında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından bahsedilmektedir. Nitekim her ne kadar AİHS’te düzenlenmese de AİHM çevrenin korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına özen gösterilmesi gerektiğine dikkat çekmekte ve bazı hakları incelerken çevresel değerlendirmelerde bulunmaktadır.¹¹²⁵ *Hamer v. Belgium* davasında yapı izni verilmemesi gereken orman arazisi üzerine yazlık inşa edilmesi ve orman kanunlarına aykırı olarak bazı ağaçların kesilmesi üzerine yerel mahkeme kararı ile yazlık ev yıkılmış ve ilgili alan koruma altına alınmıştır. Yapı iznini aldığını, yapı için uzun yıllar boyunca vergi ödediğini iddia eden ve bu nedenle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini düşünen başvuru AİHM’e başvurmuştur. Mahkeme ise Ek Protokol 1’in 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme’ye göre çevre günümüz toplumları için gittikçe önemi artan ve hem toplum hem de kamu otoriteleri tarafından sürekli olarak savunulan bir değerdir. Mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklar dahi çevrenin korunmasına dair yapılan değerlendirmelerin önüne geçmemelidir. Bu nedenle kolektif yararın korunması ile bireysel yararın korunması arasındaki makul denge aşılmadığı müddetçe bireysel hakların kısıtlanması

¹¹²⁴ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, parag.8.35.

¹¹²⁵ DeMerieux, M. (2001). Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.21, No.3, pp.521-561.

mümkündür. Somut olayda çevresel gerekçelerle yapılan müdahale mülkiyet hakkına getirilen ölçsüz bir kısıtlama değildir.¹¹²⁶ AİHM'in Hamer kararı esasen yabancı yatırımları da yakından ilgilendirmektedir. Zira yatırımın büyük oranda bir mülkiyet niteliği taşıdığı düşünöldüğünde yabancı yatırıma müdahale edildiğinde, yargı yetkisi kapsamında, AİHM'e mülkiyet hakkı ihlali başvurusu yapılabilecektir. Ancak kararda da belirtildiği üzere Mahkeme temel itibariyle çevrenin korunmasını önemsemekte, devletin bu alandaki regölasyon hakkını kabul etmekte ve ölçsüz olmadığı müddetçe çevre hakkının korunmasını bireysel mülkiyet hakkından üstün tutmaktadır.¹¹²⁷

İnsan hakları, çevrenin korunması ve yatırım arasında çok katmanlı bir ilişki doğabilir. AİHM, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı'nı düzenleyen 8. madde kapsamında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını da değerlendirmektedir. Bu nedenle sanayileşmeden kaynaklanan çevre kirliliği iddiaları sıklıkla AİHM önüne 8. maddenin ihlali kapsamında getirilmektedir.¹¹²⁸ Böyle bir durumda devletin insan hakları sözleşmelerinden ve yatırım andlaşmalarından kaynaklanan iki ayrı sorumluluğu çatışmaktadır. Örneğin insan hakları sözleşmelerinin lehtarı olan birey, çevre kirliliğine neden olan bir fabrikanın kapatılmasını talep etmekte, yatırım andlaşmalarının lehtarı olan yabancı yatırımcı ise mülkiyetine müdahale edilmemesini ve yatırım andlaşmalarından kaynaklanan standartlara aykırı davranılmamasını talep etmektedir. Bu nedenle ilk durumda bireyin AİHM'e başvurarak, ikinci durumda ise yabancı yatırımcının ICSID'e başvurarak haklarının ihlal edildiğini iddia etmesi muhtemel hale gelebilmektedir. *Lopez Ostra v. Spain* davasında başvuru konutunun yakınındaki deri fabrikasının ruhsatsız çalışan atık tesisinin yaydığı zararlı gazların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucunun Belediye makamlarına yaptığı başvurular, tesisin uygun

¹¹²⁶ Hamer v. Belgium, European Court of Human Rights, App. No. 21861/03, 27 November 2007, parag.79.

¹¹²⁷ Zahradnikova, E. (2017). European Court of Human Rights: Giving the Green Light to Environmental Protection. *Queen Mary Law Journal*, Vol.8, pp.13-26.

¹¹²⁸ Puraite, A. & Deviatnikovaite, L. (2013). The Right to a Healthy and Safe Environment in the Case-Law of the European Court of Human Rights. *Journal of International Security*, Vol.1, pp.17-32.

yerde kurulmadığına ilişkin raporlara rağmen, netice vermemiş ve diğer iç hukuk yollarını da tüketen başvurucunun talebi AİHM önüne gelmiştir. Mahkeme kararında davalı devletin, kentin ekonomik kalkınmasına dair kamu yararı (yatırımların sürdürülmesi) ile kişinin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunmasına dair bireysel yararı arasında adil bir denge kuramadığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre başvurucunun konutunda sağlıklı bir şekilde yaşayabilmesi için çevre kirliliğinin azaltılması gerekir. Çevre kirliliğinin azaltılması yönündeki pozitif yükümlülüğünü yerine getiremeyen devlet AİHS'in 8. maddesini ihlal etmiştir.¹¹²⁹

Benzer şekilde *Giacomelli v. Italy* davasında başvurucu 1950'den beri mevcut konutunda oturmakta ve 1982'de konutunun 30 metre yakınına kurulan kimyasal atık arındırma tesisinin ortaya çıkardığı zehirli gazların çevreye ve sağlığına zarar verdiğini iddia etmektedir. Mahkeme İtalya devletinin, atık arındırma tesisinin varlığı hususundaki kamu yararı ile kişinin sağlıklı bir çevrede yaşama hususundaki bireysel yararı arasındaki adil dengeyi kuramadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre kimyasal atık tesisi 1996'ya kadar çevresel etki değerlendirmesinin konusu olmamıştır. Hatta 1996 yılından sonra hazırlanan çevresel etki değerlendirme raporlarında tesisin yanlış bir yerde kurulduğu ve çevre ve insan sağlığı için risk teşkil ettiği tespit edilmesine rağmen 2004 yılına kadar başvurucunun lehine herhangi bir işlemde bulunulmamıştır. Bu nedenle sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiştir. Mahkemeye göre 8. madde çevre kirliliğinin doğrudan devletin faaliyetinden ya da özel sektöre dair regülasyonların doğru uygulanmamasından kaynaklandığı durumlarda çevrenin korunmasına dair iddialar da 8. maddenin koruma kapsamı içerisine girer.¹¹³⁰ Her üç davada görüldüğü üzere Mahkeme, bireysel yarar ile toplumsal yarar arasında adil bir denge kurulması gerektiğini vurgulamakta ve temel itibarıyla çevrenin korunmasına öncelik vermektedir. Hamer davasında başvurucunun çevreye zarar verdiğini tespit ederek çevreyi korumaya çalışan devleti

¹¹²⁹ Case of Lopez Ostra v. Spain, European Court of Human Rights, App. No. 16798/90, 9 December 1994, parag.50-58.

¹¹³⁰ Case of Giacomelli v. Italy, European Court of Human Rights, App. No. 59909/00, 2 November 2006, parag.76-98.

haklı bulmuş, Lopez Ostra ve Giacomelli davalarında ise devletin çevreyi koruyamadığı ve çevre kirliliğini önleyemediği gerekçesiyle başvuru haklı bulmuştur. Mahkeme ilginç bir şekilde çevrenin korunmasını temel haklar ile ilişkilendirmekte ve devlete bu anlamda pozitif bir yükümlülük yüklemektedir.

Uyuşmazlığın hem yatırım tahkimine hem de AİHM yargısına konu olduğu durumlar söz konusu olmuştur. Eurotunnel (Manş Tüneli) davaları bu anlamda bir örnek olarak gösterilebilir. Eurotunnel davalarından ilki olan ve PCA tahkiminde görülen *Channel Tunnel v. France and UK* davasına konu olan olayda davacı, Manş Tüneli'nin girişinde yer alan Sangatte adlı hostelin göçmenlerin yoğun bir şekilde yerleştiği ve İngiltere'ye geçmek için durak olarak kullandığı bir yer haline geldiğini, bu anlamda göçmen akınının Manş tren seferlerinde ciddi aksamalara neden olduğunu ve bu durumun büyük maddi zararlar ile sonuçlandığını iddia etmiştir. Davacı, Fransa ve İngiltere'nin kamu düzeni ve güvenliğini sağlayamadıklarından dolayı zarara uğradığını belirterek tazminat talep etmiştir. Davayı inceleyen hakem heyeti Fransa ve İngiltere'nin kamu düzeni ve güvenliğini sağlayamadığını ve bu nedenle davacının yatırımının zarar gördüğünü belirterek tazminata hükmetmiştir.¹¹³¹ Karar üzerine davacı şirketlerin paydaşı olan Tunnel Report Limited, aynı uyuşmazlığa dayanarak ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHM'e başvurmuştur. *Tunnel Report v. France* davasında derdestlik itirazı ile karşılaşmayan AİHM davayı esastan görmüş ve mülkiyet hakkı ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.¹¹³² Öte yandan ÇEAŞ ve KEPEZ uyuşmazlığı Uzan ailesi tarafından AİHM yargısına da taşınmıştır. Daha önce bahsedildiği üzere Cementownia, Europe Cement ve Libananco davalarında ICSID hakem heyetleri başvurunun kötü niyetli bir şekilde yapıldığından ve sırf ICSID tahkimine başvurabilmek için uyrukluk planlaması yapıldığından bahisle

¹¹³¹ Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. Governments of the United Kingdom and France, PCA Case, Partial Award of 30 January 2007, pp.59-114. İnceleme için bakınız: Audit, M. (2008). The Channel Tunnel Group Ltd and France: Manche SA v United Kingdom and France, Partial Award on Jurisdiction, Decision of 30 January 2007. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 3, pp.724-732.

¹¹³² Tunnel Report Limited v. France, App. No. 27940/07, Judgment of 18 November 2010. (Karar sadece Fransızca dilinde yayınlanmıştır).

yetkisizlik kararlarına hükmetmişlerdir. Kemal Uzan tarafından AIHM'e taşınan 165 milyar dolarlık mülkiyet hakkı ve kamulaştırma davasında da AIHM, davanın açıkça dayanaktan yoksun (manifestly ill-founded) olduğunu tespit ederek mülkiyet hakkı ihlalinin olmadığına karar vermiştir. *Kemal Uzan v. Turkey* kararına göre Türkiye'nin imtiyaz sözleşmesini iptal etmesi karşı tarafın defalarca sözleşmeyi ihlal etmesi neticesinde olmuştur. Bu nedenle de herhangi bir tazminat ödemesi gerekmemektedir.¹¹³³ Uyuşmazlığın hem yatırım tahkimine hem de AIHM yargısına konu olduğu ve her ikisinde de yatırımcının kazandığı en önemli örnek Yukos davalarıdır. Yukos davaları ayrı bir bölümde ve geniş bir şekilde tartışılacaktır.

6.3.3. Ölçülülük İlkesi

Yatırımın kamulaştırılması sonucunda ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarında ölçülülük (proportionality) ilkesine başvurmak esasen zorunluluk veya yerleşik bir uygulama değildir. Ancak son yıllarda görülen tahkim davalarında ve akdedilen BIT'lerde ölçülülük ilkesine daha sık rastlanmaktadır.¹¹³⁴ Bu nedenle ölçülülük ilkesinin yatırım tahkimi açısından önemi gelecekte daha çok artacağına benzemektedir. Ölçülülük prensibinin tarihsel olarak ortaya çıkmasında kuvvet kullanma ve silahlı çatışmalar hukukunun rolü büyüktür. Zira ölçülülük prensibi silahlı çatışmada kullanılan araç ile elde edilmesi hedeflenen amacın orantılı olmasını ve ölçsüz bir zararın ortaya çıkmasını engellemeyi amaçlar. Benzer şekilde meşru müdafada karşı saldırının boyutu da ölçülülük ilkesine göre

¹¹³³ Kemal Uzan and others v. Turkey, App. No. 18240/03, Decision on Admissibility, 29 March 2011, parag.105-122. Bakınız: Tanzi, A. (2014). International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis. In Brabandere, E. & Gazzini, T. (ed). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*. Brill Nijhoff, pp.84-85. Gemalmaz'ın aktardığına göre Soyuer ve Okyay davaları da yine ÇEAŞ ve KEPEZ uyuşmazlığı dolayısıyla AIHM'de görülmüş ve kabul edilmemiştir. Bakınız: Erol Soyuer and 46 others v. Turkey, App. No. 49445/07, Decision of Admissibility, 21 June 2011. Okyay and Okyay v. Turkey, App. No. 38685/06, Decision of Admissibility, 20 March 2012. İnceleme için bakınız: Gemalmaz H. B. (2013). Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları. Esen, E. & Aksoy, A. (ed). *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*. Ankara, Adalet Yayınevi, s.56-97.

¹¹³⁴ Shany, Y. (2005). Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. *European Journal of International Law*, Vol.16, No.5, pp.907-940. Ayrıca örnek olarak bakınız; Tecmed v. Mexico Kararı ve 2010 tarihli Colombia-UK BIT.

değerlendirilmektedir.¹¹³⁵ Uluslararası Adalet Divanı da *Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukukiliğine İlişkin Danışma Görüşü*'nde ölçülülük prensibinin uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu teyit etmiştir.¹¹³⁶ Divan sadece kuvvet kullanma ve silahlı çatışmalar alanında değil karşı önlemler (counter-measures) ve deniz alanlarının belirlenmesi (maritime delimitation) davalarında da ölçülülük prensibini kullanmaktadır.¹¹³⁷

Yabancı yatırımları yakından ilgilendiren mülkiyet hakkı açısından ölçülülük prensibinin çerçevesinin oluşturulmasında en etkin bölgesel insan hakları mahkemesi olan AİHM'in rolü büyüktür. AİHM'in etkin bir sistem olması kararlarının, hem genel uluslararası hukuk alanında hem de yatırım hukuku alanında, dikkate alınmasını beraberinde getirmektedir.¹¹³⁸ Bu anlamda en bilinen kararlarından biri olan *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* davasında mahkeme kamusal ihtiyaçlar ile bireyin temel hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğinden bahsetmiştir. Davaya konu olayda başvuruculardan Sporrong'un sahibi olduğu 164 taşınmaz için şehir meclisi kamulaştırma izni talep etmiş ve 1956 tarihinde hükümet kamulaştırma izni vermiştir. Bu izin 1979 yılına kadar yürürlükte kalmış ancak Sporrong'un taşınmazları hakkında kamulaştırma kararı alınmamıştır. Eş zamanlı olarak 1954 yılında Stockholm il idare kurulu taşınmazlar üzerine inşaat yasağı koymuş ve bu yasağın da 1979 yılına kadar sürmüştür. Başvurucunun taşınmazı 25 yıl yasaklı kalmış aynı zamanda 23 yıl boyunca da üzerinde kamulaştırma izni söz konusu olmuştur. Benzer şekilde diğer başvurucu Lönnroth'un sahibi olduğu 115 taşınmaz için de hükümet 1971 yılında otopark yapılacağından bahisle kamulaştırma izni vermiş ve bu izin 1979 yılına kadar sürmüştür. Bu doğrultuda yine Stockholm il

¹¹³⁵ Gardam, J. (2011). *Necessity, Proportionality, and the Use of Force by States*. Cambridge University Press, pp.8-38.

¹¹³⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, 1996, ICJ Reports, parag.41.

¹¹³⁷ Bakınız: Gabcikovo Nagymaros Project Case (Hungary – Slovakia), Judgment, 1997, ICJ Reports, parag.56; North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports, parag.54.

¹¹³⁸ Donoho, D. (2006). Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.35, pp.1-52.

idare kurulu tarafından 1968 yılından 1980 yılına kadar taşınmazlar üzerine inşaat yasağı konmuştur. Taşınmazlar 8 yıl kamulaştırmanın 12 yıl da yasağın etkisinde kalmıştır. Başvurucular mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuşlardır. Başvurucular inşaat yasağının mülkiyet hakkının içini boşalttığını ve bu yasak sebebiyle mülkiyet üzerindeki tasarruf haklarının kısıtlandığını ve taşınmazlardan yararlanamadıklarını belirtmişlerdir. Mahkeme değerlendirmesinde "Her ne kadar kamulaştırma malikin taşınmazı devir hakkını etkilemese de hakkın kullanım ihtimalini son derece azaltmıştır. Ayrıca inşaat yasaklarının kamulaştırma ile birleşmesi de mülkün kullanım hakkını oldukça kısıtlamıştır. Kararların yürürlükte kaldığı sürenin uzunluğu mağduriyeti daha da ağırlaştırmıştır" şeklinde bir değerlendirme yaparak mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre böyle bir durum bireye gereğinden fazla yük yüklemekte ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararının gerekleri arasındaki adil denge (fair balance) bozulmuştur. Öte yandan Mahkeme kararda mülkiyet hakkının düzenleyen AİHS ek protokol 1. maddesini de yorumlamıştır. Mahkeme'ye göre "bu madde üç ayrı kuralı kapsamaktadır. Genel nitelikte olan birinci kural, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkını beyan etmektedir; bu kural birinci fıkranın birinci cümlesinde yer almaktadır. İkinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; bu kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer almaktadır. Üçüncü kural Devletlerin, başka şeylerle birlikte, genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle bu amaca uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme hakkına sahip olduğunu tanımaktadır; bu kural ikinci fıkrada yer almaktadır".¹¹³⁹

¹¹³⁹ Spörring and Lönnroth v. Sweden, European Court of Human Rights, No. 7151/75, 7152/75, 23 September 1982, parag.60-69-73. Çeviri için bakınız: Doğru, O. & Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*. Cilt:2, Legal Yayıncılık, s.690. Üç kuralın değerlendirmesi için bakınız: Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. Beta Yayınları, s.482-536; Nalçacıoğlu-Erden, H. Z. (2015). *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*. On İki Levha Yayınları, s.376-387. Ayrıca geniş bir inceleme için bakınız: Arai-Takahashi, Y. (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia Publishers, pp.155-157.

AİHM nezdinde görülen mülkiyet hakkı davalarında da yatırım tahkimine benzer bazı değerlendirmeler yapılmaktadır. Örneğin, mülkiyet hakkına yönelik meşru beklentiler, AİHM'in ölçülülük kriteri değerlendirmesinde dikkate aldığı verilerden bir tanesidir. *Pine Valley v. Ireland* davasında mahkeme davacıların yaptığı işin belirli oranda ticari risk taşıdığını, ancak yerel idarenin kendi uyguladığı bölgesel planın dışına çıkmayacağını bildiklerini ve aksi yönde bir beklenti içerisine girmenin mantık dahilinde olmadığını, bu nedenle davacılar karşı alınan kararın ölçülü olduğunu tespit etmiştir.¹¹⁴⁰ Öte yandan uyrukluk da AİHM'in başvurduğu ölçülülük kriterlerinden biridir. *James v. United Kingdom* kararında AİHM yabancıların mülkiyetinin kamulaştırılması hakkında "Yabancıların iç hukuk düzenlemelerine karşı daha zayıf oldukları göz önünde bulundurulduğunda kamu yararı yükünün yabancılara, vatandaşlara nazaran, daha az yüklenmesi gerekir" şeklinde yorum yapmıştır.¹¹⁴¹ Bu durum da yabancıların AİHM nezdinde daha avantajlı bir şekilde muamele gördüğü şeklinde değerlendirilmiştir. Bu nedenle AİHM zamanla vatandaş ile yabancıyı eşitleyen bir içtihat sistemi oluşturmaya çalışmıştır. Öte yandan unutulmamalıdır ki uyrukluk açısından ICSID tahkimi ile AİHM arasında fark vardır. AİHM'e başvurabilmek için, uyrukluğu fark etmeksizin, bir kimse AİHS'e taraf devletin yargı yetkisi dahilinde bulunmalı ve ilgili devletin eyleminin muhatabı olmalıdır. ICSID tahkiminde ise yabancılik unsuru gerekmektedir ve başvuran yatırımcı ICSID Konvansiyonu'na taraf bir ülkenin uyrukluğunu taşımalıdır.

Yatırım tahkiminde de AİHM'in geliştirdiği ölçülülük ilkesi kullanılmaktadır. AİHM'in ölçülülük prensibinin en etkin şekilde kullanıldığı davalardan biri olan *Tecmed v. Mexico* davasında davacı tehlikeli endüstriyel atık işi ile iştigal eden bir şirket olup sözleşmesi ev sahibi devlet tarafından yenilenmemiştir. Hakem heyeti öncelikle uyuşmazlığa Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. maddesi anlamında uluslararası hukuku ve uluslararası teamül hukukunu uygulayacağını, bu kuralları da

¹¹⁴⁰ Case of Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland, ECHR, Application no. 12742/87, Judgment 29 November 1991, parag.59.

¹¹⁴¹ James and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, 21 February 1986, parag.63.

statik değil dinamik haliyle ele alacağını belirtmiştir. Heyet bu anlamda kamu yararı ile yatırımcının mülkiyet hakkının kısıtlanması arasında orantılı bir denge kurulup kurulmadığını incelemiş ve bu anlamda AİHM'in ölçülülük prensibini (principle of proportionality) incelediği kararlarını analiz etmiştir. Heyet, *Mellacher v. Austria*¹¹⁴² ve *Pressos Compania v. Belgium*¹¹⁴³ kararlarında geçen ölçülülük ilkesine atıf yapmış ve daha sonra AİHM'in *James v. United Kingdom*¹¹⁴⁴ kararında yer alan ölçülülük ve kamu yararına dair analizlerini doğrudan alıntılamaştır. Buna göre kamulaştırma için seçilen yöntem hedeflenen amaca uygun ve orantılı olmalı, kişilere gereğinden fazla bir yük yüklememelidir. Bu anlamda vatandaşlar ve yabancılar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Yabancıların iç hukuk düzenlemelerine karşı daha zayıf oldukları göz önünde bulundurulduğunda kamu yararı yükünün yabancılara, vatandaşlara nazaran, daha az yüklenmesi gerekir. Heyet devletin regülasyon hakkını kabul etmekle beraber somut olayda regülasyonun amaca uygun ve orantılı olduğunu düşündürecek acil bir ekolojik denge ya da kamu sağlığı gerekçesinin oluşturulmadığını vurgulamış, eylemin hukuka aykırı kamulaştırma oluşturduğuna karar vermiştir.¹¹⁴⁵

Ölçülülük prensibinin en temel amacı kamu menfaatleri ile bireysel hakların dengelenmesidir. Bu durumun sağlanması için de devletin mülkiyete el atmak için tercih ettiği metod orantılı olmalı, istenen amacı gerçekleştirmenin ötesine geçmemeli ve bireye olması gerekenden fazla yük yüklememelidir.¹¹⁴⁶ AİHM de *Lithgow v. United Kingdom* gibi birçok kararında sayılan kriterleri teyit etmiş hedeflenen kamusal amaç ile bireyin hakları arasında makul bir dengenin kurulması

¹¹⁴² Mellacher and Others v. Austria, European Court of Human Rights, App. No. 10522/83, 11011/84, 11070/84, 19 December 1989.

¹¹⁴³ Pressos Companía Naviera and Others v. Belgium, European Court of Human Rights, App. No. 17849/91, 20 November 1995.

¹¹⁴⁴ James and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, 21 February 1986.

¹¹⁴⁵ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Award, 29 May 2003, parag.116-149.

¹¹⁴⁶ Goold, B. J. & Lazarus, L. & Swiney, G. (2007). Public Protection, Proportionality and the Search for Balance. *Ministry of Justice Research Series*, Vol.10, No.7, pp.1-53.

gerektiğini hüküm altına almıştır.¹¹⁴⁷ Kriebaum'a göre yatırımın kamulaştırılmasına dair uyuşmazlıklarda hakemler önüne gelen davada öncelikle kamulaştırmanın var olup olmadığını tespit etmeli ve hemen ardından ölçülülük testi yapmalıdır. Yazara göre yatırım tahkiminde yapılacak ölçülülük testi için insan hakları hukukunun sunduğu parametreler, Tecmed davasında olduğu gibi, pekala kullanılabilir durumdadır.¹¹⁴⁸ Nitekim *Occidental v. Ecuador* kararında hakem heyeti de insan hakları hukukundan faydalanmış ve hatta ölçülülük prensibini FET standardının bir parçası kabul etmiştir.¹¹⁴⁹ Ancak insan hakları hukukunun sunduğu ölçülülüğe dair parametrelerin yatırım andlaşmalarının öngördüğü standartlardan taviz olduğu anlamı da çıkarılabilir. Kanaatimizce eğer ölçülülük ilkesi uluslararası teamül hukukunun bir parçası kabul ediliyor ise uluslararası hukukun düzeltici fonksiyonu aynı şekilde burada da devreye girmelidir.

Hem AİHM hem de yatırım tahkimi kararlarında genel itibariyle kabul edildiği üzere devletin eyleminin ölçülülüğünü tespit etmek için 4 parametre kullanılmaktadır: meşruiyet, uygunluk, gereklilik ve yeterlilik.¹¹⁵⁰ Birinci olarak devletin, mülkiyet hakkına müdahalede meşru bir amaç gözetip gözetmediği teste tabi tutulur. Daha açık ifadeyle bireyin hakkına dokunan yasal, idari veya yargısal eylemin meşru bir amaca hizmet etmesi gerekir.¹¹⁵¹ Meşruiyeti ölçüm aracının ulusal hukuk mu yoksa uluslararası hukuk mu olacağı ise yazarlar arasında tartışma konusudur. Kanaatimizce yabancı yatırımların korunması açısından uluslararası hukuk evleviyetle tercihe şayandır. İkinci olarak devlet tarafından kullanılan araç meşru

¹¹⁴⁷ Case of Lithgow and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Judgment, 8 July 1986, parag.120.

¹¹⁴⁸ Kriebaum, U. (2007). Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, p.732.

¹¹⁴⁹ Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012, parag.402-409.

¹¹⁵⁰ Klatt, M. & Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford University Press, pp.8-9.

¹¹⁵¹ Urbina, F. J. (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge University Press, p.5; Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press, p.251.

amaca uygun olmalıdır. Bu anlamda tercih edilen eylem ile elde edilmek istenen meşru amaç arasında akli, mantıki ve nedensel bir ilişki mevcut olmalıdır.¹¹⁵² Üçüncü olarak eylemin yapılması gerekli olmalı, başkaca bir alternatif bulunmamalıdır. Meşru amacı gerçekleştirmek için hakka daha az zarar veren bir araç olduğu halde başkaca bir eyleme başvurulmamalıdır. Bu anlamda tüm alternatifler değerlendirilmeli, en gerekli olan ve ancak hakka en az zarar veren araç tercih edilmelidir.¹¹⁵³ Dördüncü olarak ise eylem sadece meşru amacı gerçekleştirebilecek kapasitede ve yeterli düzeyde olmalı, meşru amacın ötesine geçecek şekilde avantaj sağlamamalıdır. Bu anlamda amaçlanan kamusal ve meşru amaç ile bireyin hakkının sınırlanması arasında bir denge söz konusu olmalıdır.¹¹⁵⁴ Kingsbury ve Schill ölçülülük ilkesinin, diğer uluslararası hukuk alanlarında kullanılan ilkelerin yatırım hukukuna transfer edilebilmesi için bir kapı işlevi gördüğünü ve parçalanma fenomeninin etkisini azalttığını tespit etmektedir.¹¹⁵⁵ Öte yandan ölçülülük ilkesinin iç hukukun parçası olarak ve hukukun genel ilkesi olarak da uygulanabileceğini unutmamak gerekir.

6.4. Uluslararası Hukuk Rejimleri Arasındaki İlişki ve Geçişkenlik

Uluslararası hukuk (public international) ile özel alanların (yabancı yatırım hukuku ve insan hakları hukuku) birbiri ile ilişkisi hakkındaki tartışmalar çoğunlukla 21. yüzyılın başlarına aittir. Daha önceki tarihlerde de uluslararası hukuk kuralları veya özel

¹¹⁵² Vadi, V. (2018). *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*. Edward Elgar Publishing, p.60.

¹¹⁵³ Rivers, J. (2006). Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*, Vol.65, Issue 1, p.198; Rivers, J. (2014). The Presumption of Proportionality. *The Modern Law Review*, Vol.77, pp.412-425.

¹¹⁵⁴ Barak, A. (2010). Proportionality and Principled Balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, Vol.4, Issue 1, pp.1-16.

¹¹⁵⁵ Kingsbury, B. & Schill, S. W. (2010). Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest: The Concept of Proportionality. In Schill, S. W. (ed). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, p.104. Nitekim *Occidental v. Ecuador* kararında da hakem heyeti ölçülülük kriterinin genel uluslararası hukuktan kaynaklanan bir ilke olduğunu tespit etmiştir. Bkz. *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, Award, 5 October 2012, parag.427.

rejimler arasındaki çatışmanın nasıl çözüleceğine dair çeşitli çalışmalar mevcut¹¹⁵⁶ ise de konuya bütüncül yaklaşımlar daha çok Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) tarafından hazırlanan bir çalışma sonrasında ortaya çıkmıştır. ILC, 2000 yılındaki 52. toplantısında uluslararası hukukun parçalanmasından kaynaklanan riskler konusunu programına almış ve 2002 yılındaki 54. toplantısında “uluslararası hukukun parçalanması: uluslararası hukukun çeşitliliğinden ve genişlemesinden kaynaklanan zorluklar” başlığı ile bir rapor yazmak üzere çalışma grubu oluşturmuştur. Martti Koskenniemi başkanlığındaki çalışma grubu aynı adla 2006 yılında raporunu yayınlamıştır.¹¹⁵⁷ Rapora göre ilk önce genel uluslararası hukuk tarafından yönetilen alanlar zamanla kendine has andlaşmaların ve kurumların çoğalmasından ötürü uzmanlık dalları haline dönüşmüştür. Böyle bir durum da uluslararası hukuka bütüncül bir yaklaşım ortaya koymayı güçleştirmektedir. Her ne kadar hukuki çoğulculuk (legal pluralism) doktrinleri de benzer sorunları çözmeye çalışmakta ise de hukuki çoğulculuk daha çok farklı kaynaklardan beslenen (örneğin dini ve seküler) hukuk yaklaşımlarının aynı anda hayata geçirilebilmesi ile ilgilienmektedir.¹¹⁵⁸ Parçalanma fenomeni ise daha çok uzmanlaşan alt dalların birbirleri ile ve genel uluslararası hukuk kurallarıyla olan etkileşimi ile ilgilidir. Nitekim yatırım hukuku gibi konuya özel ya da AİHS gibi hem konuya hem de belirli bir bölgeye özel hukuk rejimleri amaç olarak birbirinden farklılaşabilmekte ve uluslararası hukuk alanındaki ahengi etkileyebilmektedir.¹¹⁵⁹ Örneğin daha önce bahsettiğimiz uluslararası ticaretin serbestleştirilmesini amaçlayan hukuk rejimleri ile çevrenin korunmasını amaçlayan hukuk rejimleri amaç olarak birbirinden farklılaşmakta ve çatışmaktadır. Hatta yatırım hukuku ve insan hakları hukuku gibi bireyin devlete karşı korunması amacını taşıyan benzer alanlar arasında dahi

¹¹⁵⁶ Bakınız: Jenks, C. W. (1953). The Conflict of Law-Making Treaties. *British Yearbook of International Law*, Vol.30, p.403 vd.

¹¹⁵⁷ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Martti Koskenniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (erişim tarihi 12.10.2018).

¹¹⁵⁸ Merry, S. E. (1988). Legal Pluralism. *Law & Society Review*, Vol.22, pp.869-896.

¹¹⁵⁹ Wilner, G. M. (1996). Reflections on Regional Human Rights Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.25, pp.407-426.

birtakım etkileşim problemleri söz konusu olabilmektedir. Bu tür problemler genel itibariyle uluslararası hukukun bütünlük perspektifi içerisinde okunabilmesine dair yorum farklarından ileri gelmektedir.

6.4.1. Parçalanma ve Bütünlük Tartışmaları Arasında Yabancı Yatırım Hukuku

Uluslararası konvansiyonlar yapılırken diğer konvansiyonların tamamı ile uyumlu olacak şekilde yapılmamaktadır ki böyle bir yapım süreci neredeyse imkansızdır. Öte yandan uluslararası hukuk kuralları arasında da, birincil ve ikinci kaynaklar arasındaki ilişki hariç tutulmak üzere, temel itibariyle bir hiyerarşi söz konusu değildir.¹¹⁶⁰ Ancak bu genel durumun bazı istisnaları vardır. *Jus Cogens* olarak bilinen emredici kurallar kendisi ile çatışan andlaşmaları batıl hale getirir. Nitekim Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesi'ne göre de; "Bir andlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin; milletlerarası toplumca kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur".¹¹⁶¹ Benzer bir üstünlük BM Antlaşmasınının 103. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre; "Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Andlaşma'dan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Andlaşma'dan doğan yükümlülükleri üstün gelecektir". *Lex superior derogat legi inferiori* olarak bilinen üstteki kuralın altta kalan kuralı hükümsüz kılması, *Jus Cogens* ve BM Andlaşması haricinde, uluslararası hukukta yaygın görülen bir ilke değildir. Daha çok normlar hiyerarşisine¹¹⁶² dayalı iç hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır.

¹¹⁶⁰ Jia, B. B. (2010). The Relations between Treaties and Custom. *Chinese Journal of International Law*, Vol.9, pp.81-109.

¹¹⁶¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969), 1155 UNTS 331, art.53.

¹¹⁶² Normlar Hiyerarşisi kavramı Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen tarafından formülize edilmiştir. Detaylı bilgi için bakınız: Kelsen, H. (1934). *Pure Theory of Law*. The Lawbook Exchange Ltd. Publications, 2009, Translated Version. Normlar Hiyerarşisi kuramının uluslararası hukuka etkisi

Uluslararası hukuk normları arasındaki çatışma ise genel itibarıyla *lex specialis derogat legi generali* olarak bilinen “özel hüküm genel hükmü uygulanamaz kılar” ilkesi ile *lex posterior derogat legi priori* olarak bilinen “sonraki hüküm önceki hükmü uygulanamaz kılar” ilkesi uyarınca çözümlenmektedir.¹¹⁶³

Lex Specialis kuralı Roma Hukuku’ndan beri (Corpus Iuris Civilis) kabul edilen bir genel hukuk kaidesidir (legal maxim). Grotius gibi birçok erken dönem yazarın yapıtlarında *lex specialis* kuralına rastlamak mümkündür.¹¹⁶⁴ *Lex specialis* kuralı sadece genel kural ve özel kural çatışmasında değil, aynı düzeyde iki kuralın ya da aynı konu üzerine iki yargı kararının çatışmasında da görülebilir. Örneğin iki devlet uluslararası teamül hukuku kuralından kaçınmak için kendi arasında andlaşma akdedebilir. Bu durumda andlaşma ve teamül kuralı hakkında *lex specialis* kuralının uygulanması gündeme gelecektir. Tabii böylesi bir durumda da akdin mümkün olması, *jus cogens* ya da *erga omnes* gibi yükümlülükler¹¹⁶⁵ ile çatışmaması gerekir.¹¹⁶⁶ Hatta AİHM *lex specialis* kuralını AİHS’te yer alan iki ayrı hüküm için dahi kullanmaktadır. *Brannigan and McBride v. United Kingdom* kararında mahkeme etkin yargı yolu hakkındaki AİHS madde 5/4 düzenlemesini, daha dar ve katı bir düzenleme olduğu gerekçesiyle, madde 13 düzenlemesine nazaran *lex specialis*

hakkında bakınız: Carty, A. (1998). The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, Vol.9, pp.344-354.

¹¹⁶³ Mus, J. B. (1998). Conflicts between Treaties in International Law. *Netherlands International Law Review*, Vol.45, Issue 2, pp.208-232; Borgen, C. J. (2005). Resolving Treaty Conflicts. *The George Washington International Law Review*, Vol.37, pp.573-648. Esasen ilga kelimesi yerine “uygulanamaz kılar” ibaresini kullanmamızın nedeni gerçekte her iki hükmün de varlığını sürdürmesi, ilga durumunun söz konusu olmaması ve sadece mevcut olaya özgü bir uygulanamazlık durumunun ortaya çıkmasıdır. Bu anlamda yaygın olarak kullanılan ilga kelimesinin uygun bir kullanım olmadığını düşünmekteyiz. “Uygulanamaz kılar” veya “istina getirir” ya da “üstün gelir” şeklinde kullanımlar amaca daha uygun düşmektedir.

¹¹⁶⁴ Grotius, H. (2016). *On the Law of War and Peace (De Jure Belli Ac Pacis)*. Jazzybee Verlag Publishing, p.428.

¹¹⁶⁵ Jus Cogens ve Erga Omnes kavramları hakkında bakınız: Bassiouni, M. C. (1996). International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, pp.63-74.

¹¹⁶⁶ Villiger, M. E. (1985). *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, p.161.

olarak kabul etmiştir.¹¹⁶⁷ *Lex specialis* kuralı Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) tarafından da sıklıkla kullanılan bir kaidedir.¹¹⁶⁸

Lex specialis kuralı yabancı yatırım hukuku açısından da en çok tartışılan ilkelerden biridir. Zira yabancı yatırım hukukunun müstakil ve bağımsız bir rejim olduğunu savunan yazarlar, yatırım anlaşmalarından kaynaklanan kural ve standartları da *lex specialis* olarak kabul etmektedirler.¹¹⁶⁹ Ancak müstakil alanlar sanıldığı kadar net çizgilere sahip değildir.¹¹⁷⁰ Nitekim *Bankovic v. Belgium* davasında AİHM; AİHS'in boşlukta yorumlanamayacağını ve devletin yetki veya sorumluluğu gibi hususların uluslararası hukukun genel prensipleri ışığında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre sözleşme mümkün olduğu kadar uluslararası hukukun diğer kuralları uygulanarak yorumlanmalıdır.¹¹⁷¹ Öte yandan Dupuy, müstakil alan gibi bir tanımlamanın doğru olmadığını ve bu durumun ICJ'in *Tahran Rehine* kararında yaptığı yanlış yorumun neticesinde ortaya çıktığını savunmaktadır.¹¹⁷² Zira ICJ, Tahran Rehine kararında diplomasi hukukunu (diplomatic law) müstakil bir alan olarak (self-contained regime) olarak tanımlamıştır.¹¹⁷³ Oysa diplomasi hukukunu devletin sorumluluğu ile karşılaştırarak *lex specialis* yorumu yapması, birçok yazara göre, daha uygun bir yorum olabilirdi. Gerçekten de genel uluslararası hukuktan yararlanmayan veya genel uluslararası hukuk prensiplerini uygulamayan bir müstakil alan mevcut değildir. *Lex specialis* uygulaması genel uluslararası hukuktan izole bir

¹¹⁶⁷ Brannigan and McBride v. the United Kingdom, European Court of human Rights, Application no. 14553/89; 14554/89, Judgment of 28 May 1993, p.57, parag.76.

¹¹⁶⁸ Bakınız: North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) I.C.J. Reports 1969 p. 42, para.72; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 1986 p. 137, para. 274; Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Judgment) I.C.J. Reports 1982 p. 38, para. 24.

¹¹⁶⁹ Temel tartışmalar için bakınız yukarıda bölüm 2.3.5.

¹¹⁷⁰ Simma, B. & Pulkowski, D. (2006). Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, Vol.17, No.3, pp.483-529.

¹¹⁷¹ Bankovic v. Belgium and others, European Court of Human Rights, App. No. 52207/99, Decision of 12 December 2001, Admissibility, p.351, para.57.

¹¹⁷² Dupuy, P. M. (1999). The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. *New York University Journal of International Law & Policy*, Vol.31, p.797.

¹¹⁷³ Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports, 1980, p.41, parag.86.

alan oluşturmaya amaçlamamaktadır.¹¹⁷⁴ Pauwelyn'in de belirttiği gibi her ne kadar devletler andlaşma yoluyla kendi aralarında özel kurallar belirleyebilse de kural olarak uluslararası hukukun sistematığının dışına çıkmaları mümkün gözükmemektedir.¹¹⁷⁵ Örneğin andlaşmaların tamamı ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin veya Viyana Adlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin temel prensiplerinin dışına çıkamaz. Benzer durum yabancı yatırım hukuku bakımından da caridir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi uluslararası yatırım andlaşmaları birçok teamül kuralını bünyesinde barındırmaktadır. Yatırım andlaşmalarının yorumu da Viyana Sözleşmesine tabidir.¹¹⁷⁶ ICSID başta olmak üzere yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde genel uluslararası hukuk kurallarından sıklıkla faydalanılmakta ve uluslararası hukuk hem tamamlayıcı hem de düzeltici bir rol oynamaktadır. Nitekim birçok ICSID hakem heyeti, açık bir şekilde, yaptığı yorumu Viyana Adlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde yer alan ilkeler göre yaptığını belirtmekte, devletin sorumluluğunu belirlemek üzere ILC tarafından taslak düzenlemelerde toplanan devletin sorumluluğuna dair uluslararası teamül hukuku kurallarına başvurmaktadır. Bu anlamda başta Viyana Sözleşmesinin yorum kuralları ve ILC taslak maddeleri olmak üzere uluslararası hukuk ICSID hakem heyetlerince etkin bir şekilde kullanılmaktadır.

Yatırım tahkimi ve AİHM davaları arasındaki ilişki, uluslararası hukukun alt dallarının sadece genel uluslararası hukuk ile değil kendi aralarında da var olan etkileşiminin kanıtıdır.¹¹⁷⁷ Esasen bu durumun mümkün olabilmesi de yine genel uluslararası hukuk sayesinde. Daha önce bahsettiğimiz gibi uluslararası hukukun alt dalları temel itibariyle genel uluslararası hukuk çerçevesinin karakteristiğini taşıdığından

¹¹⁷⁴ Lorz, R. A. (2013). Fragmentation, Consolidation and the Future Relationship between International Investment Law and General International Law. In Baetens, F. (ed). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press, pp.482-494.

¹¹⁷⁵ Pauwelyn, J. (2009). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge University Press, p.37.

¹¹⁷⁶ Gazzini, T. (2016). *Interpretation of International Investment Treaties*. Hart Publishing, pp.42-324.

¹¹⁷⁷ Hatta Alvarez NAFTA 11. bölümde yer alan yatırıma dair hükümleri, iddiasının garipliğinin farkında olarak, yabancı yatırımcıya özel insan hakları hükümleri olarak betimlemektedir. Bakınız: Alvarez, J. E. (1997). Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven. *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol.28, pp.307-309.

benzer noktalarda etkileşim içerisinde olmaları da kaçınılmaz hale gelmektedir. Nitekim *Lauder v. Czech Republic* davasında hakem heyeti AİHM'in *Mellacher v. Austria* davasından yararlanarak *de jure* ve *de facto* kamulaştırma arasındaki farkı açıklamaya çalışmıştır. Heyete göre *de jure* kamulaştırma mülkiyet sahipliğinin transferini içeren bir hukuki işlem iken *de facto* kamulaştırma mülkiyet hakkı sahibinin mülkiyetini kullanmasını, mülkiyetinden yararlanmasını ya da mülkiyetini satmasını engelleyen bir hukuki işlemidir. Bu anlamda heyet davacının, Çek Cumhuriyeti tarafından alınan karar ile mülkiyetinin transfer edildiği ya da mülkiyetten kaynaklanan haklarını kullanamadığı olgusunu ispat edemediğini tespit etmiştir.¹¹⁷⁸ *Lauder* davasında hakem heyetinin doğrudan AİHM'in verilerini kullanarak ve yatırımı mülkiyete benzeterek kamulaştırmanın var olup olmadığını izah etmesi esasen uluslararası hukukta yer alan mülkiyetin kamulaştırılmasına dair temel prensibi kullanmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu temel prensip de AİHM kararlarında sistematik olarak izah edilmektedir. Öte yandan *Thunderbird v. Mexico* kararında ayrık görüş bildiren Walde'ye göre de insan hakları hukuku ile yatırım hukuku birbirine birçok yönden benzeyen ve doğası itibariyle güçlü (devlet) ile zayıfın (birey) eşitlenmeye çalışıldığı ve zayıfın korunmasının amaçlandığı alanlardır. Walde'ye göre; AİHM'in *Kopecky v. Slovakia*¹¹⁷⁹, *Djidrovski v. Macedonia*¹¹⁸⁰ ve *Dangeville v. France*¹¹⁸¹ kararları da göstermektedir ki meşru beklentilere saygı uluslararası hukukun genel bir ilkesidir. Bu nedenle Meksika hükümetinin yatırımın yapılmasına zemin oluşturan meşru beklentilere uygun hareket etmesi gerekirdi.¹¹⁸² Esasen Walde'nin görüşü ayrık görüştür ancak yine de yatırım tahkimi hakemlerinin uluslararası hukukun genel ilkelerine ve insan hakları davalarına başvurduklarına dair önemli bir örnektir.

¹¹⁷⁸ Ronald S. *Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Award, 3 September 2001, parag.201-202.

¹¹⁷⁹ *Kopecky v. Slovakia*, European Court of Human Rights, App. No. 44912/98, 28 September 2004, parag.35.

¹¹⁸⁰ *Djidrovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, European Court of Human Rights, App. No. 46447/99, 24 February 2005, parag.68.

¹¹⁸¹ *Dangeville v. France*, European Court of Human Rights, App. No. 36677/97, 16 April 2002, parag.44.

¹¹⁸² *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, NAFTA Arbitration under UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Walde, 1 December 2005, parag.26-27.

ICSID tahkiminde esasen hakemler insan hakları sözleşmelerini doğrudan uyuşmazlığa uygulama şansına sahiptirler. Zira daha önce de bahsettiğimiz gibi ICSID Konvansiyonu'nun 42/1. maddesi hakem heyetlerine, uygun düştüğü ölçüde, uluslararası hukuku uygulama imkanı tanımaktadır. ICSID tahkiminde uluslararası hukuk hem tamamlayıcı hem de düzeltici bir fonksiyona sahiptir. Nitekim Suda gibi yazarlar da insan haklarının uluslararası hukukun bir parçası olduğunu ve bu nedenle Konvansiyonun 42/1. maddesi uyarınca uyuşmazlığa uygulanması gerektiği kanaatindedir.¹¹⁸³ Kanaatimizce Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesi de yorum yoluyla, insan hakları hukukunun ölçülülük ve takdir marjı gibi temel ilkelerinin yatırım tahkimine aktarılmasına imkan tanımaktadır. Hatta Peterson & Gray, insan haklarının sadece ICSID değil bütün yatırım tahkimi mercilerinde dikkate alınması için devletlerce gerekli adımların atılması gerektiğini ve iki taraflı yatırım andlaşmalarına insan haklarına dair yükümlülükler konularak bazı insan haklarından sadece devletin değil aynı zamanda yatırımcının da sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁸⁴ Her ne kadar Peters gibi yazarlar bu durumun mümkün olmadığını ve BIT'lerin zaten genel uluslararası hukuktan kaçınmak için akdedildiğini iddia etse de¹¹⁸⁵ kanaatimizce mülkiyet hakkına dair temel prensipler ile takdir marjı (margin of appreciation) ve ölçülülük (proportionality) ilkeleri uluslararası hukukun parçası olarak uygulanabilir. Nitekim her BIT de ya mutlaka uluslararası hukuka ya da uluslararası hukuku uygulayan bir tahkim mekanizmasına atıf yapmaktadır. Bu nedenle uluslararası hukukun bir bileşeni olan insan hakları hukukunun verilerinden faydalanmama tahkim mekanizması açısından bir eksikliktir. Devletin polis gücü kapsamında vatandaşlarının haklarını korumak için regülasyon yapabileceğini kabul eden tahkim

¹¹⁸³ Suda, R. (2006). The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization. In De Schutter, O. (ed). *Transnational Corporations and Human Rights*. Hart Publishing, p.66.

¹¹⁸⁴ Peterson, L. E. & Gray, K. R. (2003). International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration. The International Institute for Sustainable Development, Research Paper, Number 3, pp.37-38. (Belirtmek isteriz ki mevcut uluslararası hukuk düzeninde yatırımcıya insan hakları sorumluluğu yüklemek hukuki değil ancak etik bir sorumluluk şeklinde mümkün olabilir).

¹¹⁸⁵ Peters, P. (1988). Investment Risk and Trust: The Role of International Law. In De Waart, P. & Peters, P. & Denters, E. (ed). *International Law and Development*. Martinus Nijhoff Publishers, p.153.

mercileri benzer insan hakları değerlendirmelerini devletin regülasyon hakkının insan haklarından dolayı kısıtlanabileceği konusunda da yapmalıdırlar. Bu nedenle AİHM'in önerdiği takdir marjı ve ölçülülük gibi ilkeler ile makul dengenin (fair balance) kurulması önem arz etmektedir.

Uluslararası hukukun parçalanmış gibi görünen yapısı esas itibariyle kendi doğasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukuk, iç hukuk gibi merkezi bir yasama organına veya üst bir egemene sahip değildir. Devletler arasında egemen eşitlik ilkesi söz konusudur. Bu nedenle Austin'in "hukuk egemenin buyruğudur ve uyulmadığı zaman yaptırım tehdidi içerir" sözü uluslararası hukuk açısından doğrulanabilir değildir. Bu nedenle Austin gibi düşünen pozitivist yazarlar uluslararası hukuku bir hukuk dalı olarak kabul etmeme yönünde ayrık bir görüş serdetmişlerdir.¹¹⁸⁶ Hart ise Austin'in teorisini eleştirmiş ve bütün hukuk kurallarının emredici olmadığını aktarmıştır. Hart Austin'in tam aksine, hukukun başka kaynaklarının da olabileceğini ve egemenin kendisinin de hukukun sujesi olduğunu iddia etmiştir. Öte yandan Hart hukuk ve ahlak kurallarını birbirinden ayırmış ve hukuk kuralı olmanın bazı kriterlerinin olduğunu belirtmiştir.¹¹⁸⁷ Esasen uluslararası hukuk klasik pozitivist veya normativist görüşe tam olarak uymayan bir biçimde devletlerin pratiği ve hukuki bağlayıcılık inancı ile üretilmiştir. Bu nedenle devletlerin pratiği hangi alanda cereyan etmiş ise o alanda duruma, konuya ve bazen bölgeye özgü bazı kurallar ortaya çıkmış ve zamanla bu kurallar uluslararası hukuk içerisinde uzmanlaşmış alt alanların oluşmasını sağlamıştır.¹¹⁸⁸ Daha açık ifadeyle parçalanma fenomeni genişlemenin (expansion) getirdiği doğal bir durumdur. Uzmanlık alanları, oluşum sürecinde uluslararası hukukun genel yapım süreçlerinden (law-making)

¹¹⁸⁶ Ostien, P. (1998). The Logical Form of Orders Backed by Threats: The Command Theory of Positive Law Defended. *University of Jos Law Journal*, Vol. 6, pp.69-85.

¹¹⁸⁷ Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press, pp.18-117. Ayrıca bakınız: Morrison, A. S. (2016). Law is the Command of the Sovereign: H. L. A. Hart Reconsidered. *Ratio Juris*, Vol.29, Issue 3, pp.364-384.

¹¹⁸⁸ Heller, K. J. (2018). Specially-Affected States and the Formation of Custom. *American Journal of International Law*, Vol.112, Issue 2, pp.191-243; Talmon, S. (2015). Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, Vol.26, Issue 2, pp.417-443.

geçtiği için temel karakteristiği aynı olan alt dallardır. Amaç, konu ve bölgeye göre farklılıklar bu genel durumu değiştirmemektedir. Bu nedenle yazarların çoğunluğu uluslararası hukukun tüm karmaşıklığına rağmen hala belirli bir bütünlük arzettiği kanaatindedir.¹¹⁸⁹ Parçalanma olgusuna ilk işaret edenlerden biri olan Weil'in de belirttiği gibi genişleme ile birlikte parçalanma kaçınılmazdır.¹¹⁹⁰ Koskenniemi de uluslararası hukukun zaten doğası gereği her zaman parçalı görünen bir yapıya sahip olduğunu vurgulamaktadır.¹¹⁹¹ Esasen ulusal hukuk sistemleri dahi genişleme ve uzmanlığın neticesi olarak ceza hukuku, ticaret hukuku, idare hukuku gibi alt dallara ayrılmış ve parçalı görünen bir yapıya sahiptir. Ancak yasa yapım süreçleri ve anayasal normlara uygunluk açısından tüm hukuk düzeni bir bütünlük arz etmektedir. Hukuka aykırılık tüm hukuk düzenine aykırılığı ifade eder. Uluslararası hukuk da benzer şekilde ve kendi doğası içerisinde bütündür.

Öte yandan küreselleşmenin parçalanmayı beraberinde getirdiğini söyleyen yazarlar da mevcuttur. Patersmann'a göre özellikle Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile birlikte uluslararası ekonomi hukuku gibi birçok alanda daha önce görülmemiş bir genişleme söz konusu olmuştur. Bu nedenle yazar uluslararası yargıçların bütünlüğü korumak için önemli bir rol üstlendiğini vurgulamaktadır.¹¹⁹² Hafner'e göre de Soğuk Savaş'ın sona ermesi; uluslararası regülasyonun artması, bölgesel uluslararası hukuk rejimlerinin çoğalması ve bireylerin uluslararası hukukun daha çok sujesi haline gelmesi gibi çok farklı faktörlerin ortaya çıkmasını sağlamış ve bu durum daha çok parçalanmayı beraberinde getirmiştir.¹¹⁹³ Küreselleşmenin, tam aksine, parçalanmadan çok bütünleşmeyi hızlandırdığını belirten yazarlar da mevcuttur.

¹¹⁸⁹ Rao, P. S. (2004). Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, p.929.

¹¹⁹⁰ Weil, P. (1983). Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*, Vol.77, p.413.

¹¹⁹¹ Koskenniemi, M. (2007). Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.8, p.22.

¹¹⁹² Petersmann, E. U. (2006). Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.27, p.280.

¹¹⁹³ Hafner, G. (2004). Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, Issue 4, pp.849-850.

Jackson küreselleşmenin zorunlu olarak uluslararası hukukta bütünleşmeyi getireceğini¹¹⁹⁴, Crawford ise bu bütünleşmenin total değil ancak göreceli bir bütünleşme olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre bütünlük ancak detay meselelerde göreceliliğe izin vermekle sağlanabilir.¹¹⁹⁵ Bröhmer ise bu göreceli kabulün “çekince” yoluyla sağlanabildiğini belirtmektedir. Yazara göre andlaşmalara konulabilmesine izin verilen çekinceler büyük oranda temel mevzularda bütünleşmeyi cesaretlendirmektedir.¹¹⁹⁶ Fry ise üç gerekçe ile bütünleşme yönündeki fikirlerin parçalanma yönündeki görüşlere göre daha tutarlı olduğunu savunmaktadır. Birincisi uluslararası yatırım tahkiminde insan hakları değerlendirmelerine başvurulmasında da görüldüğü üzere uygulamada yargıçlar genel itibariyle diğer uzmanlık alanlarından faydalanmakta bir beis görmemektedirler ve ICJ statüsü 38. maddedeki kaynakları benimsemektedirler. İkincisi bütün uzmanlık alanları ve hatta hukuk sistemleri ahde vefa (*pacta sunt servanda*), iyi niyet (good faith), kendi davasında yargıç olamama, adil yargılanma ilkeleri gibi ortak prensiplere sahiptir. Bu nedenle ne kadar uzmanlaşırsa uzmanlaşsın bütün alt dallar neticede uluslararası hukukun genel çerçevesi içerisinde işlev görmektedir. Üçüncüsü uluslararası hukukun alt dalları genel itibariyle birbiri ile çatışma içerisinde değildir. Karmaşık yapıya rağmen birçok alan, yatırım ve insan hakları ilişkisinde olduğu gibi, birbiri ile yakınlık içerisindedir.¹¹⁹⁷

Kanaatimizce insan hakları hukuku ilkelerinin yabancı yatırım hukukuna entegrasyonunu sağlayan en önemli araçlardan biri Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde düzenlenen yorum kurallarıdır. Bu anlamda yatırım hukuku ve insan hakları ilişkisini parçalanma fenomeni ışığında inceleyen bazı yazarlara göre de insan hakları hukukunun yatırım uyumsuzluklarına entegrasyonu

¹¹⁹⁴ Jackson, J. H. (1999). Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. *New York University Journal of International Law and Policy*, Vol.31, p.824.

¹¹⁹⁵ Crawford, J. (2002). *International Law as an Open System: Selected Essays*. Cameron May Publishing, pp.576-594.

¹¹⁹⁶ Bröhmer, J. (2006). Comment. In Zimmermann, A. & Hofmann, R. (ed). *Unity and Diversity in International Law*. Duncker & Humblot Publications, p.253.

¹¹⁹⁷ Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.18, pp.143-147.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum (interpretation) kuralları yoluyla mümkün olabilmektedir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesi andlaşmaların yorumunda " taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı"nın dikkate alınabileceğini hüküm altına almaktadır.¹¹⁹⁸ Bu anlamda sözleşmenin 31/3-c maddesi uluslararası hukuk alanının parçalanması (fragmentation) veya bütünlüğü (integrity) tartışmalarının da çıkış noktalarından birini oluşturmaktadır. Kriebaum, 31/3-c maddesinin uygulanarak, özellikle meşru beklentiler alanında insan hakları standardının gündeme gelebileceğini ve eğer tarafların hukuk seçimi anlaşmasından insan haklarının uygulanabileceği anlaşılmakta ise yatırımcının meşru beklentilerinin insan hakları standartlarına endekslenebileceğini iddia etmekte ve bütünlüğün bu şekilde sağlanabileceğini belirtmektedir.¹¹⁹⁹ Simma da Viyana Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesinin uluslararası hukukun bütünlüğünü sağlayan en önemli araçlardan biri olduğunu aktarmakta, bu yolla farklı uluslararası yargı ve tahkim mercilerinin birçok konuda benzer yoruma başvurduklarını belirtmektedir.¹²⁰⁰ Sands de maddeyi uluslararası hukukun bütünlüğünü sağlayan en önemli hükümlerden biri olarak kabul etmektedir.¹²⁰¹ Hatta McLachlan 31/3-c maddesini uluslararası hukuk alanında anayasal (constitutional) işleve sahip bir norm olarak değerlendirmektedir.¹²⁰² Benzer şekilde Bücheler'e göre de Viyana Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesi,

¹¹⁹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969), 1155 UNTS 331, Article 31/3-c.

¹¹⁹⁹ Geniş bilgi için bakınız:

http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Kriebaum/Publikationen/states_duty_protect_human_rights.pdf (erişim tarihi 03.11.2018).

¹²⁰⁰ Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights? *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60(3), pp.573-596.

¹²⁰¹ Sands, P. (1998). Treaty, Custom and the Cross-Fertilisation of International Law. *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol.1, p.8.

¹²⁰² McLachlan, C. (2005). The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.54, p.280. Uluslararası hukukun anayasalaştırılmasına ve bütünlüşmesine dair tartışmalar için bakınız: Jakubowski, A. & Wierczynska, K. (2016). *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*. Routledge Publishing.

uluslararası hukuk alanları ile yatırım hukukunun karşılıklı entegrasyonu açısından anayasal bir işlev görebilir.¹²⁰³

Van Aaken'e göre de parçalanmadan bütünleşmeye doğru yönelim (de-fragmentation) Viyana Sözleşmesi'nin yorum kulları aracılığıyla mümkündür. Yazara göre belirli bir uyuşmazlık çözüm yolunu (forum) seçmek, mevcut uyuşmazlığın, başka çözüm yollarını da ilgilendiren yönlerinin olmadığı anlamına gelmez. Örneğin ICSID önüne gelen bir dava pekala insan haklarına veya çevrenin korunmasına dair bazı hususlar içerebilir veya AIHM önüne gelen bir mülkiyet davası aynı zamanda yatırımı ilgilendiren sorunlar barındırabilir. Bu türden çelişkili gibi duran problemler yorum yoluyla bağdaştırılabilir. Uluslararası hukukta anayasanın olmaması Viyana Sözleşmesi'nin yorum kuralları gibi bazı hükümlere anayasal fonksiyon yüklememize de engel değildir.¹²⁰⁴ Gardiner bu anlamda Viyana Sözleşmesi'nin bütün uluslararası hukuk kurallarına atıf yapan 31. maddesinin; 1) zamansal uygulanmaya (intertemporal law) dair problemleri çözdüğünü, 2) genel uluslararası hukuka atıf yapan anlaşmalarda total resmi tamamladığını ve boşlukları doldurduğunu, 3) paralel anlaşma hükümleri söz konusu olduğunda kılavuzluk yaptığını, 4) çatışan anlaşma hükümleri söz konusu olduğunda çözüm sunduğunu ve 5) uluslararası hukukun gelişimini dikkate almayı sağladığını belirtmektedir.¹²⁰⁵ Rosentreter'e göre de Viyana Sözleşmesi yatırım hukuku açısından üç önemli işlev görmekte ve sistematik entegrasyonu sağlamaktadır: 1) Yatırım anlaşmalarının sessiz kaldığı durumlar ya da uluslararası hukuka ilişkin kullandığı terimler söz konusu olduğunda tahkim mercileri genel uluslararası hukuka başvurabilmektedir. 2) Yatırım anlaşmalarında geçen standartların yorumu teamül hukukundan istifade edilerek yapılabilmektedir. Örneğin adil ve hakkaniyetli muamele standardı temel itibariyle uluslararası minimum standart ışığında yorumlanmaktadır. 3) Yatırım

¹²⁰³ Bücheler, G. (2015). *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, pp.86-120.

¹²⁰⁴ Van Aaken, A. (2009). Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16, Issue 2, pp.483-512.

¹²⁰⁵ Gardiner, R. (2015). *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, p.260.

andlaşmalarından ve devletin taraf olduğu diğer andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler çatıştığında yorum kuralları yoluyla hangi norma üstünlük verilmesi gerektiğine karar verilmektedir.¹²⁰⁶ Bu noktadan hareketle diyebiliriz ki Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi de, ICSID 42. maddesine benzer şekilde, yatırım tahkimi davalarında devletin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri veya teamül düzeyine ulaşmış uluslararası hukuk hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli imkanı sağlamaktadır. Daha açık ifadeyle dava ICSID önünde görülme dahi Viyana Sözleşmesi hakem heyetine uluslararası hukuku tatbik etme imkanı sunmaktadır.

Parçalanma tartışmaları söz konusu olduğunda insan hakları hukuku her zaman en tartışmalı alan olmuştur. Zira hem bölgesel uygulama imkanı (AİHM) hem de insan hakları hukukunun aşırı genişlemesi bizatihi insan haklarının evrensel olduğuna dair iddiaları beraberinde getirmiştir. Ancak parçalanma fenomeni pratikte etkileri sanıldığı kadar net görülen bir durum değildir. Nitekim AİHM en gelişmiş bölgesel insan hakları mekanizması olmasına karşın kararlarında sıkça uluslararası hukukun genel prensiplerine başvurmaktadır. *Loizidou v. Turkey* kararında Mahkeme, Sözleşme'nin (AİHS) kendisinin de bir parçasını oluşturduğu diğer uluslararası hukuk prensipleri ile ahenk içerisinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁰⁷ Bununla birlikte *Soering v. UK* davasında AİHM insan hakları sözleşmelerinin “özel” olduğunu ve bu nedenle özel bir rejime tabi tutulması gerektiğini belirterek *lex specialis* hususunun da gözden kaçırılmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹²⁰⁸ Bu anlamda Mahkeme, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum ve çekince kuralları gibi genel uluslararası hukuk ilkelerine sıkça başvurmakta ancak mevcut ilkeleri

¹²⁰⁶ Rosentreter, D. (2015). *Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*. Nomos Publications, pp.457-462.

¹²⁰⁷ *Loizidou v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 15318/89, 18 December 1996, parag.43-50.

¹²⁰⁸ *Soering v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 14038/88, 7 July 1989, parag.87.

AİHS'in özel durumunu göz önünde bulundurarak uygulamaktadır.¹²⁰⁹ Öte yandan AİHM de *Golder v. UK* davasında, Viyana Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesinde geçen "uluslararası hukuk kuralları" ibresinin ICJ statüsünün 38. maddesinde geçen medeni milletlerce tanınan tüm uluslararası hukuk ilkelerini kapsadığını belirtmiş ve bu nedenle AİHS'in adil yargılanmayı düzenleyen 6/1 maddesinin mevzubahis olan ilkelerden biri olan adaletten imtina yasağı (denial of justice) ışığında yorumlanması gerektiğini tespit etmiştir.¹²¹⁰ Bilindiği üzere adaletten imtina yasağı yatırım tahkiminde de sıkça dikkate alınan bir ilkedir.

Reinisch, parçalanma durumunun çok fazla abartılmaması gerektiğini, zira uzmanlık alanlarında etkin olarak karar veren her mekanizmanın uluslararası hukukun gelişimine katkı sağladığını belirtmektedir. Uluslararası yatırım tahkimini örnek olarak gösteren yazar, istisnalarına rağmen tahkim mercilerinin, zorunlu olmamakla birlikte, önceki hakem kararlarına sıkça atıf yaptıklarını ve böylelikle içtihatla süreklilik (*jurisprudence constante*) sağladıklarını tespit etmektedir. Yazara göre bu çoğulculuk içerisinde oluşan ahenk nedeniyle, örneğin, kamulaştırma, adil ve hakkaniyetli muamele ya da tam koruma ve güvenlik gibi ilkelerin içeriğine eskiye oranla daha fazla vakıf olmaktadır.¹²¹¹ Hakem kararları, standartların gelişim yönünü göstermesi açısından da önem arz etmektedir. Nitekim *CME v. Czech Republic* davasında hakem heyeti bugün BIT'lerde düzenlenen içeriğin ve standartların evrensel konumda olduğunu iddia etmektedir. Kamulaştırma standardını değerlendiren heyete göre tarih içerisinde kamulaştırmaya hangi ilkelerin uygulanması gerektiği hususunda bir tartışma olduysa da günümüzde binlerce BIT'e imza atan devletler bu tartışmayı sonlandırmıştır. Bu anlamda BIT'lerin düzenlediği

¹²⁰⁹ Binder, C. (2014). The European Court of Human Rights and the Law of Treaties. In Binder, C. & Lachmayer, K. (ed). *The European Court of Human Rights and Public International Law: Fragmentation or Unity?*. Nomos Publishing, pp.41-64.

¹²¹⁰ *Golder v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 4451/70, 21 February 1975, parag.35.

¹²¹¹ Reinisch, A. (2008). The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. The Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration. In Buffard, I. & Crawford, J. & Pellet, A. & Wittich, S. (ed). *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Martinus Nijhoff Publishers, p.125.

standartlara yakından bakıldığında içerik olarak evrensel oldukları daha net gözlemlenebilecektir.¹²¹² *Mondev v. United States* davasında ise hakem heyeti BIT'lerin genel itibariyle doğudan batıya veya kuzeyden güneye tüm devletlerce akdedildiğini ve birbiriyle uyumlu devlet pratiğinin BIT'lerin içeriğini evrensel hale getirdiğini belirtmektedir.¹²¹³ *Merrill v. Canada* davasında da hakem heyeti hiçbir hukuk sisteminin durağanlığı sürdüremeyeceğini belirterek asıl meselenin teamül hukukunun evrildiği yönü tespit etmek olduğunu vurgulamıştır.¹²¹⁴

Azınlıkta olmakla birlikte hakem heyetlerinden bazıları ise bu evrenselliğe karşı çıkmakta ve evrensel bir yatırım anlaşması olarak kurgulanan Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nın (MAI) bağlayıcı bir belge olarak ortaya çıkamamasını buna gerekçe olarak göstermektedir. *UPS v. Canada* davasında hakem heyeti BIT'lerin toplamından genel bir yükümlülük çıkarılamayacağını ve evrensel bir yatırım anlaşmasının yapılamamasının bu alanda *opinio juris*'in oluşmadığını gösterdiğini belirtmektedir.¹²¹⁵ Kanaatimizce yeni teamül hukukunun oluşmadığını belirten görüşlerin temel nedenlerinden birisi gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler arasındaki fikir ayrılıklarıdır. 20. yüzyılın özellikle ikinci yarısında gelişmekte olan ülkeler doğal kaynaklar üzerinde egemenlik, ekonomik bağımsızlık gibi gerekçeler ile uluslararası standartlara karşı çıkmış ve evrensellik arayışının gelişmiş ve eski sömürgeci devletlerin dayattığı bir ideoloji olduğunu vurgulamışlardır. Biz bu durumun tarihsel dönemlendirme yoluyla aşılabileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki, yabancı yatırım hukuku sömürgeci güçler ile sömürülen devletler arasındaki çekişmeden etkilenmiştir. Ancak bu durum tarihin belirli bir dönemine mahsustur. Günümüzde her ne kadar gelişmiş ve gelişmekte olan ayrımı sürmekte ise de gelişmekte olan devletler gelişmiş devlet olabilmek adına klasik görüşlerinden

¹²¹² CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 14 March 2003, parag.497.

¹²¹³ Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, parag.117.

¹²¹⁴ Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/01, Award, 31 March 2010, parag.193.

¹²¹⁵ United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on Jurisdiction, 22 November 2002, parag.97.

vazgeçmeye başlamışlardır. Bugün herhangi bir BIT'e taraf olmayan bir ülke bulmak neredeyse imkansızdır. Yabancı yatırımları ülkesine çekmek, ülkesini ekonomik yönden kalkındırmak isteyen her devlet normatif düzeyde de olsa bu evrensel gidişatı kabullenmiş görünmektedir. Özellikle Soğuk Savaş'ın da sona ermesi az gelişmiş devletleri daha çok cesaretlendirmiştir. Nitekim 1990'da yabancı yatırımları koruyan andlaşmaların sayısı 385 civarında iken 2018 yılında 3000'i yakalamıştır. Benzer şekilde uluslararası yatırım tahkimi davalarının %90'dan fazlası 1990 sonrasına aittir.¹²¹⁶ Tabi ki bahsettiğimiz evrensellik iç hukukta olduğu gibi tekdüze bir yapı şeklinde değil uluslararası hukukun kompleks (ve parçalı görünen) yapısı çerçevesinde oluşan bir evrenselliktir. Nitekim gelişmekte olan ülkelerin de sıklıkla taraf olduğu yatırım tahkimi davalarında gelişmiş devletlere ayrı, gelişmekte olan devletlere ayrı muamele yapılmamaktadır veya Calvo Kaydı gibi hükümler uygulanmamaktadır. Bu anlamda yatırım tahkimine olan tarafiyet durumu da eski anlayışın izlerinin kaybolduğuna dair bir delil olarak gösterilebilir. Ancak yine de tarihsel gelişim önemsiz değildir. Nitekim Weiler'e göre tarihsel gelişim mevcut yatırım andlaşmalarının yorumlanmasında ve fonksiyonunun anlaşılmasında kullanılabilir. Özellikle yatırıma uygulanacak standartların içeriğinin belirlenmesinde tarihsel bağlam önemli bir yorum aracı olarak karşımıza çıkabilir.¹²¹⁷

Parçalanma fenomeni ile bağlantılı olan diğer bir tartışma ise uluslararası yatırım tahkiminin kamu-özel ayrımı bağlamında nerede durduğu meselesidir. Ticari tahkim ile iştigal eden yazarlar yatırım tahkiminin de bir tür ticari tahkim olduğunu, devletin andlaşma veya sözleşmeler yoluyla özel hukuka dair taahhüt altına girdiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre iki taraflı yatırım andlaşmaları (BIT) da sözleşmesel taahhüt niteliğindedir.¹²¹⁸ Ticari tahkimde eşit iki taraf bulunmakta ve

¹²¹⁶ 1990 sonrası yatırım andlaşmalarının hızla artmasının temel nedeni Sovyet Rusya'nın çöküşü ve etkisinde olan devletlerin geçirdiği küresel ekonomik dönüşümdür.

¹²¹⁷ Weiler, T. (2013). *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.1-20.

¹²¹⁸ Legum, B. (2005). Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration. *Dispute Resolution Journal*, Vol.60, p.73; Brower, C. N. (2008). W(h)ither International Commercial Arbitration?. *Arbitration International*, Vol.24, p.190. Yatırım hukukunu sözleşme teorisi

sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı yükümlülüklerin ihlali çözümlenmektedir. Oysa yatırım tahkimi devletler arasında akdedilmiş olan iki veya çok taraflı bir andlaşmanın ihlalini incelemekte ve uluslararası andlaşmanın sadece bir tarafı (ev sahibi devlet) yatırım tahkimi heyeti önünde hazır bulunmakta ve andlaşmanın diğer tarafının uyrukluğunu taşıyan yatırımcıyı doğrudan muhatap almaktadır. Yatırım hukuku uluslararası andlaşmaların ağırlıklı olduğu bir alan olduğundan salt prosedürel benzerliğe bakılarak ticari tahkimin bir parçası olduğu söylenemez. Bu nedenle bazı yazarlar devletin kamu gücüne dayanan düzenleme yetkisinin sınırlarını belirttiğinden yatırım hukukunu uluslararasılaşmış bir kamu hukuku alanı olarak görmektedirler. Hatta yatırım hukukunun ekonomik küreselleşmeyi kodifiye ettiği ya da evrensel bir andlaşma olmasa dahi BIT'lerin içerik olarak standartları evrenselleştirdiğine dair görüşler de mevcuttur.¹²¹⁹ Foster'a göre yabancı yatırım hukuku karakter itibariyle kamu hukuku eksenlidir ve iç hukuktaki bir kamu hukuku uyumsuzluğu yatırım tahkimi yoluyla uluslararasılaştırılmaktadır.¹²²⁰ Ancak her iki görüşü savunan yazarlar da yatırım hukukunun hem kamu hem de özel hukuk verilerinden faydalandığını inkar etmemektedir. Bu nedenle ilk görüşü yatırım hukuku özel hukuktur ancak kamu hukuku bağlantılıdır, ikinci görüşü ise yatırım hukuku kamu hukukudur ancak özel hukuk bağlantılıdır şeklinde formülize edebiliriz. Bu iki görüşün sentezinden yatırım hukukunu sistematik olarak bütüncül okuyan ve

çerçevesinde izah eden görüşler için: Van Aaken, A. (2009). International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis. *Journal of International Economic Law*, Vol.12, p.507 vd.

¹²¹⁹ Van Harten, G. & Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, Vol.17, p.121; Schneiderman, D. (2008). *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*. Cambridge University Press, pp.1-23; Schill, S. W. (2011). Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. *Virginia Journal of International Law*, Vol.52, pp.57-102.

¹²²⁰ Foster, C. E. (2015). A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as "Internationalized Public Law". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.64, pp.461-485; Yatırım tahkiminin kamu hukuku karakteri hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Alvarez, J. E. (2016). Is Investor-State Arbitration 'Public'? *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.7, Issue 3, pp.534-576.

kamu-özel ayrımı içerisinde düşünmeyen, yatırım hukukunu kendine özgü (*sui generis*) veya karma (*hybrid*) bir alan olarak değerlendiren yazarlar da vardır.¹²²¹

Yatırım tahkiminin *hybrid* bir rejim olduğunu iddia eden Douglas, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında, ticari tahkimin tersine, uluslararası hukuka hakim rol tanınmasının son derece normal olduğunu vurgulamaktadır. Yazara göre yatırımcı kendi uyrukluk devletinin yerine geçerek uluslararası bir andlaşmanın ihlal edildiğini iddia ettiğinde bu durumun doğal sonucu olarak uluslararası hukuk uyuşmazlığı yönetici (*governing*) bir rol üstlenecektir.¹²²² Ancak yazar, çok benzemekle birlikte, yatırım uyuşmazlıklarının diplomatik himaye olmadığının da altını çizmektedir. Zira diplomatik himayede devlet dava açmada takdir hakkına sahipken yatırım tahkiminde yatırımcı doğrudan dava açmaktadır. Öte yandan diplomatik himayede elde edilen tazminat devlete ödenirken yatırım tahkiminde doğrudan yatırımcıya ödenmektedir.¹²²³ Buna karşın Brabandere'ye göre yabancı yatırım hukuku uluslararası hukukun bir dalıdır. Yatırım hukukunun *hybrid* bir rejim olduğunu söyleyebilmek ancak prosedürel konularda mümkün olabilir. Yabancı yatırımcı uluslararası tahkime gittiğinde tahkime uygulanacak prosedürel kurallar ticari tahkim ve devletler özel hukuku ile birçok yönden kesişmektedir. Ancak yabancı yatırımcının uluslararası alanda andlaşmaya dayalı olarak (*treaty-based*) devletin sorumluluğunu iddia edebilmesi ancak uluslararası hukuk karakteri sayesinde mümkün olabilmektedir. Daha açık ifadeyle denebilir ki yatırım hukuku ve yatırım tahkimi bizatihi uluslararası hukuk (*public international law*) karakterlidir ancak yatırım uyuşmazlıklarının çözüm metodu ve prosedürel işlemler büyük oranda özel hukuktan yararlanmaktadır. Bu nedenle yatırım hukukunun kendisini de *hybrid*

¹²²¹ Maupin, J. A. (2014). Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach. *Virginia Journal of International Law*, Vol.54, No.2, pp.367-435.

¹²²² Douglas, Z. (2004). The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, Vol.74, p.178.

¹²²³ Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, pp.32-33.

olarak değerlendirmek bu hukuk dalının konumunu daha çok belirsizleştirecektir.¹²²⁴ Esasında uluslararası tahkimin prosedürel kısmının özel karakterli olması klasik iç hukuktaki özel hukuk gibi anlaşılmalıdır. Kanaatimizce uluslararası tahkimin prosedürel kısmının daha çok ticari tahkime benzemesi tarihsel olarak uluslararası tahkimin ticari alanda ortaya çıkması ile alakalıdır. Bu anlamda zamanla tahkimin teamül kuralları olarak bilinen ilkeler yerleşmiş ve devletlerin uluslararası tahkim alanına girmesinden sonra da mevcut teamüller büyük oranda devletin taraf olduğu tahkim davalarında da uygulanmıştır. Nitekim tahkimin kendine has (*sui generis*) ve mündemiç (inherent) karakteri bu geçişkenliğe izin vermektedir.

Öte yandan, kanaatimizce, devletlerin rızası ile oluşan, andlaşmalara dayanan ve uluslararası hukuk standartlarınca yönetilen bir alanı özel hukuk çerçevesinde düşünmek doğru sonuçlara ulaşmamızı engeller. Uluslararası hukuk açısından kamu ve özel ayırımı yapmanın güçlüğü de dikkate alarak yatırım hukukunu, kendi tarihsel gerçekliği içerisinde uluslararası hukukun *sui generis* bir alanı olduğunu düşünmekteyiz. Daha açık ifadeyle bu *sui generis* alan, uluslararası hukuk (public international law) tarafından yönetilen ve gerekli olduğu zamanlarda özel hukukun verilerinden yararlanan bir hukuk dalı olma özelliğine sahiptir. Zira yatırım hukuku en başta andlaşmalar ve teamül hukukunun kontrolü altındadır. Bu nedenle genel uluslararası hukuk çerçevesinin içerisinde yer alan yatırım hukuku uyumsuzluklarında yine benzer çerçeveye oturan insan hakları hukuku verilerini kullanmak da mümkün hale gelmektedir. Nitekim yatırım tahkiminde de insan hakları hukukunda olduğu gibi gerçek ya da tüzel kişi birey (individual) devleti dava etmekte ve devletin (andlaşmada yer alan) uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi uluslararası hukuk devletin birey ile ilişkisini de kapsayacak şekilde genişlemiştir. Devlet dışı aktörlerin uluslararası hukuk ilişkisine girmiş olması mevcut ilişkiyi doğrudan özel hukuk ilişkisi yapmaz. Ancak yatırım

¹²²⁴ Brabandere, E. (2014). *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, pp.3-4.

hukukunda devletin yatırımcı ile yaptığı sözleşmede görüldüğü gibi özel hukuka dair tasarruflar uluslararası hukukun konusu haline gelebilir. Böylelikle devletlerin pratiğinden teamül hukuku kuralları ortaya çıkabilir veya mevcut teamül hukuku kuralları değişebilir. Hatta şemsiye klozlar (umbrella clauses), bu anlamda, sözleşmesel ilişkiyi uluslararası alana taşıma görevi görmektedir. Netice itibariyle belirtmeliyiz ki yabancı yatırım hukuku uluslararası ekonomik ilişkileri düzenleyen en güncel alandır. Teamül hukuku sadece deniz veya silahlı çatışmalar hukuku gibi alanlarda değil ekonomik ilişkiler alanında da kendini göstermektedir. Bu anlamda yatırım hukuku standartlarının da teamül hukuku oluşturamayacağını belirten yazarların devletler arasındaki ekonomik ilişkilere uygulanacak teamül hukuku kurallarının evrildiği yönü kabul etmemekte ısrar ettiklerini düşünmekteyiz.

6.4.2. Yukos Davaları Özelinde AİHM ve ICSID Tahkimi Geçişkenliği

Yukos davaları benzer uyuşmazlığın hem insan hakları yargılaması hem de yatırım tahkimi önünde görüldüğü nadir ve en güncel örneklerden bir tanesidir. Yukos davaları yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hukukun etkinliğini görebilmemiz açısından da büyük önem arz etmektedir. Zira Yukos hissedarlarının uluslararası hukuk yollarını aktif bir şekilde kullanması Rusya ve diğer devletler arasında da zaman zaman diplomatik krize neden olmuştur. Davalara konu olan olayda; petrol ve doğalgaz alanında faaliyet göstermek üzere 1993 yılında kurulan Yukos şirketi 2002 yılına gelindiğinde Rusya'da sektör lideri ve dünyanın en büyük on petrol şirketinden biri olarak kabul edilmekteydi. Yukos hissedarlarının iddiasına göre 2003 yılında Rusya hükümeti tarafından gerçekleştirilen bir dizi eylem Yukos şirketinin iflasına ve mallarının kamulaştırılmasına neden olmuştur. Mevzubahis eylemler arasında en önemlileri olarak; Yukos şirketine 27 milyar dolarlık vergi cezasının kesilmesi, şirket yetkililerinin dolandırıcılık ve vergi kaçakçılığı suçlarından cezai kovuşturmayaya tabi tutulması, şirketin iflası neticesinde Rus devlet şirketleri Gazprom ve Rosneft tarafından mallarına el konulması gibi eylemler sayılabilir.¹²²⁵

¹²²⁵ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, pp.11-18.

Rusya hükümeti ise Yukos yetkililerinin vergi kaçakçılığı ve dolandırıcılığı yapan oligarklar olduğunu (unclean hands) ve gerçekleştirilen eylemlerin hukuka aykırı olmadığını iddia etmiştir.¹²²⁶ Yaşanan hukuki uyuşmazlık üzerine Yukos hissedarları tarafından Enerji Şartı Andlaşması (ECT) uyarınca Sürekli Tahkim Mahkemesi (PCA) nezdinde bir dizi yatırım tahkimi davası açılmıştır.¹²²⁷ Davacılar göre Rusya'nın eylemleri ECT 10/1 maddesinde yer alan FET standardını ihlal etmekte ve 13/1 maddesinde yer alan kamulaştırma standardına aykırı olacak şekilde dolaylı kamulaştırma teşkil etmektedir. Hakem heyeti öncelikle ECT'nin 45. maddesinde yer alan geçici uygulama (provisional application) maddesine dayanarak davaya bakmak için yetkili olduğuna karar vermiş ve Rusya'nın henüz andlaşmayı onaylamadığına dair savunmasını yerinde görmemiştir.¹²²⁸ İkinci olarak Rusya, davacıların Rus vatandaşları tarafından kontrol edilen tüzel kişi hissedar olduklarını ve gerçekte yabancı yatırımcı olmadıklarını iddia etmiş ancak hakem heyeti yine ECT'ye dayanarak andlaşmaya taraf devletin hukukuna göre kurulmuş olmayı yeterli kabul etmiştir.¹²²⁹ Üçüncü olarak Rusya, ECT'nin 17/1 maddesinde yer alan hak mahrumiyeti kaydını (denial of benefits clause) ileri sürmüştür. Daha önce de bahsedildiği gibi ECT 17/1. maddesine göre şirketi kontrol eden hissedarlar ECT'ye taraf olmayan üçüncü bir ülkenin vatandaşları ise veya şirket ECT'ye taraf bir ülke uyuşunda olmakla beraber organize olduğu ülke ile kayda değer bir ekonomik faaliyeti yok ise devletler andlaşmanın sağladığı korumayı bu tip şirketlere sağlamaktan imtina edebilirler. Rusya Yukos şirketinin böyle bir konumda olduğunu iddia etmiş ancak hakem heyeti Rusya'nın ECT'de yer alan hak mahrumiyeti kaydı hakkını zamanında kullanmadığını tespit ederek bu iddiayı da reddetmiştir.

¹²²⁶ Bjorklund, A. K. & Vanhonnaeker, L. (2015). Yukos: The Clean Hands Doctrine Revisited. *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol.2, pp.365-386; Detaylı inceleme için bakınız: Anenson, T. L. (2018). Announcing the "Clean Hands" Doctrine. *University of California Davis Law Review*, Vol.51, pp.1827-1890.

¹²²⁷ Yukos hissedarlarıncı Rusya aleyhine birçok yatırım tahkimi davası açılmıştır. Ancak Yukos uyuşmazlığı önemi ve büyüklüğü bakımından PCA bünyesinde görülen Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation ve AİHM nezdinde görülen OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia davaları üzerinden incelenecektir.

¹²²⁸ Gazzini, T. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Provisional Application of the ECT in the Yukos Case. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.293-302.

¹²²⁹ Blyschak, P. M. (2011). Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol.10, No.2, pp.179-210.

Dördüncü olarak ise Rusya ECT 26/3-b maddesine (fork in the road) dayanarak derdestlik itirazında bulunmuş ve uyuşmazlığın halihazırda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde görüldüğünü belirterek hakem heyetinin yetkisiz olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti ise AİHM'e yapılan başvurunun, her ne kadar benzer uyuşmazlıktan kaynaklansa da, taraflar, içerik ve amaç açısından tam olarak derdestlik kriterlerini karşılayamadığını tespit etmiştir.¹²³⁰ Davacının temiz olmadığı ve vergi kaçakçılığı iddiası hakkında ise hakem heyeti 'kirli el' (unclean hands) kavramının uluslararası hukukta yerleşik bir doktrin olmamakla birlikte yatırımın en baştan kötü niyetle yapıldığı tespit edildiğinde esasa etkisinin olabileceğini kabul etmiş ancak somut olayda böyle bir durumun varlığına ikna olmamıştır.¹²³¹

Esasa ilişkin kararında hakem heyeti davacının kamulaştırma iddiasını incelemiş ve kamulaştırma için gerekli olan kamu yararı şartının yerine getirilemediğini tespit etmiştir. Heyete göre Yukos'a karşı yürütülen eylemlerin temel amacı CEO ve büyük pay sahibi olan Mikhail Khodorkovsky'nin politik arenadan silinmesidir. Bu nedenle Rusya hükümetinin vergilendirmeye dair aldığı kararlar Yukos şirketinin iflası ve kamulaştırılması ile neticelenmiştir. Öte yandan heyet, kamulaştırma eyleminin hukuki usule özen ilkesi (due process of law) çerçevesinde gerçekleştirilmediğini, Yukos yöneticilerine gereğinden sert önlemlerin uygulandığını, diğer petrol üreticilerine nazaran Yukos'a ayrımcı davranıldığını ve bu nedenle de ECT 13. maddesinde yer alan kamulaştırma standardının ihlal edildiğini tespit etmiştir.¹²³² Hakem heyeti, bu nedenle, FET standardının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmeye gerek görmemiş ve Rusya'yı 50 milyar dolar civarında tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Hakem heyetinin tazminat kararı tahkimde verilen en yüksek tazminat miktarı olarak tarihe geçmiştir. Öte yandan kararın elde edilmesi

¹²³⁰ Newcombe, A. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: An Introduction to the Agora. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.283-292.

¹²³¹ Llamzon, A. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the 'Unclean Hands' Doctrine in International Investment Law: *Yukos* as both Omega and Alpha. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.315-325.

¹²³² Gibson, C. S. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: A Classic Case of Indirect Expropriation. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.303-314.

kadar tanınması ve tenfizi de önemlidir. Nitekim Yukos kararlarına karşı Rusya çeşitli hukuki ve diplomatik yollara başvurmakta ve bu durum da kararların icrasını güçleştirmektedir. Zira PCA kararları ICSID hakem kararlarında olduğu gibi doğrudan ulusal mahkeme kararı hükmünde¹²³³ olmadığından New York Konvansiyonu veya benzeri hukuki yollar uyarınca tanıma ve tenfiz prosedürünün işletilmesi gerekmektedir.¹²³⁴

Yukos hissedarları hakem kararının icrası için New York Konvansiyonu'na taraf ve Rusya'nın potansiyel olarak ticari mallarının olduğunu düşündükleri ülkelerde tanıma ve tenfiz süreçleri başlatmışlardır. Ancak Konvansiyona taraf devletlerde tanıma ve tenfiz süreçleri tahkim sürecinin kendisinden çok daha sancılı olmakta ve birçok uluslararası hukuk problemini uhdesinde toplamaktadır. Öncelikle Rusya, devletin cebr-i icra bağıışıklığını ileri sürerek birçok ülkede haczedilen malların veya dondurulan nakit paraların Rusya'nın egemenlik hakkından kaynaklanan mülkiyeti (sovereign property) olduğunu iddia etmekte ve bu mallara karşı icrai işlem yapılamayacağını ileri sürmektedir. Hem uluslararası hukukta hem de iç hukuk sistemlerinde yer alan egemenlik doktrini uyarınca kamu malları haczedilemez. Ancak bu durumda da hangi malların kamu malı hangilerinin ticari olduğuna dair kesin bir ayırım olmayıp somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.¹²³⁵ Örneğin Paris Mahkemesi'nce Rus haber ajansı Sputnik'e ait malların kamu malı olduğu gerekçesiyle haczedilemeyeceğine karar verilmiştir. Öte yandan diğer bir Paris Mahkemesi, Rus Uzay Ajansı Roscosmos'a ait malların, Roscosmos'un devlet yapısından ayrı bir tüzel kişiliği olduğu gerekçesiyle, haczedilemez olduğuna hükmetmiştir. Yukos kararlarının tanınması ve tenfizi açısından karşılaşılan diğer bir zorluk da Rusya'nın diplomatik yollardan tanıma ve

¹²³³ ICSID Konvansiyonu 54. maddesi uyarınca ICSID hakem kararları iç hukukta verilen nihai kararlar gibi tanınıp tenfiz edilecektir.

¹²³⁴ Fouret, J. & Daureu, P. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Enforcement of the Yukos Awards: A Second Noga Saga or a New Sedelmayer Fight?. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.336-344.

¹²³⁵ Fox, H. (1996). State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property?. *Arbitration International*, Vol.12, No.1, pp.89-94.

tenfizi yapacak devletlere nota vererek yaptırım tehdidinde bulunmasıdır. Örneğin, Belçika'da bulunan bazı malların dondurulması üzerine Rusya, benzer bir yaptırımın Rusya'da var olan Belçika mallarına karşı söz konusu olabileceğini deklare etmiş ve uzun süren diplomatik görüşmeler neticesinde Belçika Hükümeti bir kanun değişikliği yapmak zorunda kalmıştır. Benzer bir süreç daha sonra Fransa için de yaşanmıştır. Böylece Yukos hissedarları Belçika ve Fransa'da elde ettikleri kazanımları kaybetmişlerdir. Rusya'nın diplomatik yollardan başarı elde edebilmesinin birincil nedeni hakem kararını, tahkim yeri mahkemesi (seat of arbitration) olan, Lahey Mahkemesi önünde iptal ettirmesidir. Lahey Mahkemesi'ne göre hakem heyetinin yetkisi yoktur. Çünkü ECT'nin Rusya tarafından onaylanmamasına rağmen bağlayıcı sayılması ancak Rusya iç hukuku ile çatışmayan hükümler için geçerlidir. Rusya iç hukukuna göre ise kamu hukuku uyuşmazlıkları uluslararası tahkime götürülemez ve bu nedenle ECT'nin uyuşmazlık çözüm yolunu düzenleyen 26. maddesi Rusya açısından uygulanamaz.¹²³⁶ Nitekim New York Konvansiyonu'nun 5/1-e maddesine göre; hakem kararı taraflar için bağlayıcı değilse veya verildiği ülke hukukuna ya da tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmiş veyahut icrası askıya alınmış ise devlet tanıma ve tenfizi reddedebilir.¹²³⁷ Esasen New York Konvansiyonu'na göre hakem kararı bu durumda otomatik olarak bağlayıcı olmaktan çıkmamakta veya hükümsüz kalmamakta ancak tahkim yeri mahkemesinin hakem kararını iptal etmesi veya kararın icrasını askıya alması diğer devletlere de tanıma ve tenfizi reddetme imkanı vermektedir. Rusya da Lahey Mahkemesi'nin verdiği kararı diplomatik yazışmalarında birincil dayanak kullanmakta ve diğer devletlerden de tanıma ve tenfizden imtina etmelerini talep etmektedir. Böyle bir durum da Yukos hissedarları açısından arzu edilen neticeler doğurmayacak ve birçok devlet, Rusya'nın da aktif rol oynaması ile birlikte düşünüldüğünde, kararın yerine getirilmesinden imtina edecektir. Esasen bu durum,

¹²³⁶ The Hague District Court, Judgment of 20 April 2016, Case Number C/09/477160 / HA ZA 15-1, pp.3-62.

¹²³⁷ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Article 5/1-e. Available At: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf> (erişim tarihi 04.12.2018).

Lauterpacht'ın savunduğu üzere, uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının tamamen politikadan arındırılmayacağına ilişkin teze de uygun düşmektedir.

Öte yandan Yukos uyuşmazlığı uluslararası insan hakları yargısına da konu olmuş ve 2004 yılında AİHM nezdinde dava açılmıştır. Davacı OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos 2000 yılından beri Yukos şirketi ve yöneticileri aleyhine yürütülen eylemlerin; AİHS ek 1 no'lu protokol'ün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkını, AİHS 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını, 13. maddesinde yer alan etkin başvuru yolu hakkını, 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM önünde görülen dava tahkim sürecinden önce başlatılmış olsa da mahkeme daha sonra tahkim süreci başlatıldığında Rusya'nın derdestlik itirazını incelemiş ve taraflar ve amaç yönünden uyuşmazlık nedeniyle derdestlik itirazını yerinde görmemiştir. Esasa ilişkin incelemesinde Mahkeme öncelikle AİHS 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre prosedürün düzgün işletilmemesi, davacıya savunma hakkının verilmemesi, ulusal yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesi için gerekli zamanın tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmaktadır.¹²³⁸ Öte yandan AİHM mülkiyetin korunmasını düzenleyen Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre vergi cezasının geçmişe yürütülmesi, davacıya karşı özel olarak vergi cezalarının katlanması ve tüm cezanın %7'sinin icra gideri olarak belirlenmesi neticesinde hedeflenen amaç ile kullanılan araçlar arasında adil bir denge kurulamamış ve mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.¹²³⁹ Mahkeme tazminata ilişkin kararında Rusya'yı 1.86 milyar dolar tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Tahkimde olduğu gibi insan hakları hukukunda da Yukos lehine verilen tazminat kararı rekor düzeydedir. Her ne kadar iki karar arasında büyük bir fark olsa da AİHM tarihinde bu miktarda bir tazminat kararı söz konusu olmamıştır. Brabandere'ye göre iki karar arasındaki farkın temel nedeni Mahkeme'nin kamulaştırma tespiti

¹²³⁸ OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, European Court of Human Rights, App. No. 14902/04, Merits, 20 September 2011, parag.551.

¹²³⁹ Yukos v. Russia, Merits, parag.572-575 and 656-658.

yapmamasından kaynaklanmaktadır. Yazara göre Mahkeme kamulaştırma değerlendirmesine girseydi tazminat miktarı çok daha yüksek olacaktı.¹²⁴⁰ Rusya kararı AİHM Büyük Dairesi (Grand Chamber) önünde temyiz etmiş ancak netice alamamıştır. Bunun üzerine Rus Adalet Bakanlığı kararın icrasının Rusya Anayasası'nı ihlal edeceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Rusya Federasyonu Anayasası 15/4. maddesine göre “evrensel olarak tanınmış uluslararası hukuk kuralları ile Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu andlaşma ve sözleşmeler Rusya hukukunun bir parçasını oluşturur. Rusya'nın taraf olduğu andlaşmalarda yer alan hükümler Rusya Federasyonu hukukundan farklı ise uluslararası andlaşma hükümleri uygulanır”. Ancak madde düzenlemesi anayasanın konumu açısından belirsizlik içermektedir. Uluslararası hukukun üstünlüğünün Rus Anayasası'nı da kapsayıp kapsamayacağı meselesi açık olmadığından Anayasa Mahkemesi üstün olmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Rusya egemen bir devlettir ve ne AİHS ne de AİHM kararları Anayasa'dan üstündür. Egemenlik ilkesi uluslararası hukukta *jus cogens* olarak adlandırılan emredici kurallardandır ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum kuralları uyarınca *jus cogens* kurallarına aykırılık söz konusu olamaz. Öte yandan Anayasa Mahkemesi Viyana Sözleşmesi'nin 46/1. maddesinde yer alan “önemli bir iç hukuk kuralına açık aykırılık” hükmünün de somut olayda uygulanabileceğini iddia etmiş ve AİHM kararının Rus Anayasası'na aykırı olduğunu savunmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne göre Yukos kararı icra edilemez.¹²⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin kararı temel itibarıyla eleştiriye açıktır ve birçok soruyu cevapsız bırakmaktadır. AİHM kararının uygulanmasının Rusya'nın egemenliğine ne gibi bir zarar vereceği izah edilmemiştir. Öte yandan egemenlik hakkını ileri sürerek uluslararası hukuk kararlarını uygulamamak kendi içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Zira egemen

¹²⁴⁰ Brabandere, E. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.345-355.

¹²⁴¹ Fardeeva, I. N. & Kuzmenko, V. I. (2017). The Position of Russian Constitutional Court on Execution of European Court of Human Rights. *Journal of Scientific Study*, Vol.5, Issue 6, pp.171-175.

bir devlet olan Rusya kendi iradesiyle AİHS'i imzalamış ve AİHM'in yargı yetkisini kabul etmiştir. Yukos kararının icrasının Rusya'yı ekonomik anlamda sıkıntıya düşürebileceği gerçeği Rusya'nın egemenlik iddiasını haklı çıkarmamaktadır. Ayrıca uluslararası yükümlülüklerin egemenlik hakkına dayanılarak uygulanmaması uluslararası hukuk güvenliğini de tehlikeye düşürmekte ve Rusya'nın diğer uluslararası yükümlülüklerini yerine getireceğine olan güveni de sarsmaktadır.¹²⁴²

Yukos davaları birçok açıdan kayda değer tartışmaları bünyesinde barındırmaktadır. Öncelikle hem yatırım tahkimi süreçleri hem de AİHM süreci göstermektedir ki yabancı yatırım uyuşmazlıkları büyük oranda kamu hukuku karakteristiği taşımakta ve genel uluslararası hukukun doğasına uygun olarak politik değerlendirmelerden tamamen izole edilemeyen bir çatışma alanı teşkil etmektedir. Rusya Anayasa Mahkemesi'nin egemenlik değerlendirmeleri ve uluslararası hukuka bakışı veya Rusya'nın Belçika ve Fransa gibi ülkeler ile kurduğu yaptırım içerikli diplomatik ilişkiler yatırım tahkiminin de klasik uluslararası hukukta olduğu gibi siyasetten tamamen ayrıştırılamayacağını göstermektedir. Bu anlamda yabancı yatırım hukuku silahlı çatışmalar hukuku gibi diğer birçok uzmanlık alanına nazaran daha fazla depolitize edilmiş bir alan olmakla birlikte klasik uluslararası hukuk çerçevesine oturmaya devam ettiğinden belirli oranda politika ve diplomasi içermektedir. Bu özellik yatırım tahkimini ticari tahkimden ayıran en önemli özelliklerden de bir tanesidir. Diğer yandan Yukos uyuşmazlığının hem yatırım tahkimi hem de insan hakları yargılaması önünde görülebilmesi uluslararası hukukun parçalı görünen yapısının esasen bütüncül yaklaşımı engellemediğine dair de olumlu bir örnek teşkil etmektedir. Bu anlamda yatırım hukuku ve insan hakları hukuku, mülkiyetin korunması özelinde, fonksiyonel olarak uyuşmaktadır. Benzer uyuşmazlığın hem tahkime hem de insan hakları yargılamasına konu olabilmesi her iki alan arasında ciddi bir işbirliğinin var olması gerektiğinin de kanıtıdır. Her iki hukuk alanının da

¹²⁴² Fleig-Goldstein, R. M. (2017). The Russian Constitutional Court versus the European Court of Human Rights: How the Strasbourg Court Should Respond to Russia's Refusal to Execute ECtHR Judgments. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.56, pp.172-218.

uluslararası hukukun temel parametrelerini kullanması bu birlikteliği ve işbirliğini mümkün kılmaktadır. Nitekim daha önce bahsettiğimiz üzere Eurotunnel ve Uzan (ÇEAŞ ve KEPEZ) uyuşmazlıkları da uluslararası hukuk alanları arasındaki geçişkenlik sayesinde hem yatırım tahkimine hem de AİHM yargılamasına konu olmuştur.¹²⁴³



¹²⁴³ Kararlar daha önce “devletin düzenleme hakkı ve takdir marjı doktrini” başlıklı bölümün son kısmında incelenmiştir.

7. BÖLÜM

SONUÇ

Uluslararası hukukun düzenleme alanları her geçen gün genişlemektedir. Uluslararası hukuka sadece güç ilişkilerini düzenlemek için değil aynı zamanda ekonomik ilişkileri düzenlemek için de ihtiyacımız vardır. Bu anlamda yabancı yatırımların korunması açısından uluslararası hukuk beş ayrı rol üstlenmiştir. Uluslararası hukuk, tarihsel açıdan yatırım uyuşmazlıklarının silahlı kuvvet kullanımından “depolitizasyonunu” sağlamıştır. Günümüzde uluslararası hukuk, özellikle iki taraflı yatırım andlaşmaları yoluyla “yönetici veya düzenleyici”, yatırım tahkiminde ise ulusal hukukları “tamamlayıcı” ve “düzeltici” fonksiyon icra etmektedir. Günümüzde başlamış olmakla birlikte gelecekte uluslararası hukuk, insan hakları hukuku ilkelerinin yabancı yatırım uyuşmazlıklarına “entegrasyonunu” sağlayacaktır. İzah edildiği üzere uluslararası hukukun bu fonksiyonları icra edebilmesi Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin yorum kuralları ve bu kuralların neticesi olarak ortaya çıkan bütüncül yaklaşım ile mümkün olmaktadır. Bu anlamda hem yabancı yatırım hukuku hem de insan hakları hukuku temelde uluslararası andlaşmalara dayandığından uluslararası hukukun temel çerçevesini kullanmaktadır. Uluslararası hukuk çerçevesi ile birlikte özel uzmanlık alanları (*lex specialis*) arasındaki geçişkenlik de mümkün kılınmaktadır.

Temelde uluslararası hukukun tüm alanları mümkün olduğu kadar askeri güç kullanımından arındırılmaya çalışılsa da yabancı yatırım hukuku bu amacın başarılı olduğu ve büyük oranda depolitizasyonun sağlandığı bir alan olarak bugün gittikçe önemini arttırmaktadır. Özellikle Çin’in ekonomik anlamda küreselleşmeye başlaması ile birlikte gelecekte yabancı yatırım hukukunda yeni gelişmelerin olması beklenmektedir. Her ne kadar yatırım hukukunun kökenleri Sömürge Avrupası’na kadar götürülebilse de BIT’lere ve uluslararası yatırım tahkimine dayanan modern yatırım hukukunun mazisi yaklaşık elli yıldır. Özellikle Soğuk Savaş’ın sona ermesini müteakiben az gelişmiş devletlerin iki taraflı yatırım andlaşmaları imzalamaya

başlaması, Çin ve Rusya gibi kapitalist batı bloğuna dahil olmayan ülkelerin ekonomilerini hızla küreselleşmeye açması yabancı yatırım hukukunun kısa sürede küresel bir fenomen haline dönüşmesine neden olmuştur. Günümüzde en az bir yatırım andlaşmasına taraf olmayan devlet yoktur. Bu anlamda devletler yabancı yatırımları ülkesine çekebilmek için kendi rızaları ile iç hukuk yollarından feragat edip yatırımcılara doğrudan uluslararası hukuk mekanizmalarından faydalanma imkanı öngörmüşlerdir. Zira binlerce yatırımcının, uyruklu planlamasını da kullanarak, dünyanın her yerinde yatırım yapması neticesinde artık devletlerin, her bir yatırımcının yerine geçerek diplomatik himaye yolunu işletmesi ve Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava açması fonksiyonelliğini yitirmiştir.

Yabancı yatırım hukukunun tarihi hususunda yazarlar temel itibariyle iki gruba ayrılmıştır. Birinci grup (friends of investment) yatırım hukukunun diplomatik himayeden ve az gelişmiş devletlerin, yabancıların korunmasına ilişkin uluslararası standartlara karşı çıkışlarından kaynaklandığını iddia etmektedir. Buna göre yabancı yatırım hukuku belirli bir sürecin başarılı bir neticesidir. Diplomatik himaye yerini ICSID yatırım tahkimine, FCN andlaşmaları da yerini BIT'lere bırakmıştır. Netice itibariyle BIT'ler içerdikleri standartlar itibariyle devletler için geçerli ve tutarlı bir çerçeve sunmuştur. Böylece yabancı yatırım hukuku devletler arasında güce dayalı bir ilişki olmaktan çıkmış ve depolitizasyon yönünde bir gelişim kaydetmiştir. İkinci gruba (backlashers) göre ise yabancı yatırım hukuku sermaye ihraç eden ülkelerin yeni neo-kolonyal ve neo-liberal ajandasından başka bir şey değildir. Buna göre ilk bakışta barışçıl görünen yabancı yatırım hukuku gelişmekte olan devletlerin üzerinde neo-kapitalist politikaların çok uluslu şirketler aracılığıyla hayata geçirilmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle yabancı yatırım hukuku tamamen yatırımcı odaklıdır (pro-investor). Yabancı yatırım hukukuna karşı bakış açısı, uygulamada, yatırımcı ile devletin haklarının ve yükümlülüklerinin dengelenmesinde gizli bir rol oynayabilmektedir. Nitekim yatırım tahkiminde hakemler çoğu zaman bu alanda eser veren meşhur akademisyenlerden olmakta ve kendi bakış açılarını hakem kararına yansıtabilmektedirler. Bu anlamda birinci bakış açısına sahip hakemin daha yatırımcı lehine ikinci bakış açısına sahip hakemin ise gelişmekte olan

devlet lehine görüş beyan etmesi ihtimal dahilindedir. Kanaatimizce bu iki bakış açısı tarihsel sıralama ile okunduğunda bağdaştırılabilir. Kökenleri itibariyle sömürgecilik faaliyetleri ile gelişen yatırım hukuku, 20. yüzyılda güç ilişkilerinden büyük oranda depolitize edilerek uluslararası hukuk çerçevesine oturtulmuştur. Daha önce belirttiğimiz gibi uygulamadan veriler de yatırım tahkiminin salt yatırımcı eksenli olmadığını ortaya koymaktadır. Hatta uluslararası hukukun birçok alanındaki uygulamalarda gelişmiş devletlerin açık üstünlüğü söz konusu iken yatırım tahkimi, kıyasen, politik üstünlüğün daha az hissedildiği bir alandır. Lauterpacht'ın da belirttiği üzere uluslararası hukuk uyuşmazlıkları mutlaka belirli oranda politika içerir ve bu nedenle uyuşmazlığı politik gerekçelerinden ayırmak problemlili sonuçlar doğurur. Mutlak (absolute) depolitizasyon uluslararası hukuk açısından mümkün görünmemektedir. Buna karşın göreceli (relative) depolitizasyon mümkündür. Bu anlamda yabancı yatırım hukuku, günümüzde, uluslararası hukukun en depolitize alanlarından birini teşkil etmektedir. Bu durumun oluşmasında devletlerin bizatihi kendi iradesi ile uyuşmazlıkları güç ilişkilerinden depolitize ederek uluslararası hukukta yer alan barışçıl uyuşmazlık çözüm yollarının kontrolüne taşınması önemli rol oynamıştır.

Her ne kadar günümüzde tüm devletler yatırım andlaşmalarına taraf olsa da andlaşmaların içeriği, yatırım kavramı ve yatırım standartları konusunda tartışmalar devam etmektedir. Gelişmiş ülkeler hukuki açıdan daha geniş bir yatırım çerçevesi olduğunu iddia etmekte iken, gelişmekte olan ülkeler yatırım kavramını dar tutma taraftarıdır. Esasen gelişmekte olan ülkelerin tutumu, sömürgecilik tecrübesinden dolayı, içişlerine müdahale edilmemesi ve doğal kaynaklar üzerinde egemenlik ilkeleri etrafında şekillenmektedir. Ancak yine de hem gelişmiş hem de az gelişmiş devletlerin taraf olduğu andlaşmalarda yatırımın bileşenleri temel olarak dört şekilde karşımıza çıkmaktadır: mülkiyet (property), sözleşmesel haklar (contractual rights), beklentiler (expectations), değerler (values). Fonksiyonel açıdan incelendiğinde ise, uygulamada değişebilmekle birlikte, yatırımın kabul edilen dört kriteri vardır: 1) ekonomik değerde bir para ya da malvarlığı katkısı olması, 2) belirli bir süreye yayılması, 3) risk unsurunu barındırması ve 4) ev sahibi devletin ekonomik

gelişimine katkıda bulunmasıdır. Bu anlamda hem devletler arasında akdedilen yatırım andlaşmaları hem de yatırım tahkimi kararları, yatırım kavramını mülkiyet ile özdeş bir şekilde kullanmamakta yatırıma özel bir anlam ve fonksiyon yüklemektedir. Benzer bir farklılık yatırımcı kavramı açısından da söz konusudur. Yatırımcının uyrukluğunun uyuşmazlık çözümü açısından önemli rol oynaması onu insan hakları hukukundaki mülkiyet hakkı sahibinden ayırırken, yatırımcı şirket hissedarlarının da uluslararası hukuk mekanizmalarını kullanabilmesi onu diplomatik himayeden ayırmaktadır. Bu anlamda terimsel olarak yatırım ve yatırımcı kavramları yine uluslararası hukukun bir ürünüdür dersek yanılmış olmayız.

Benzer bir farklılaşma yabancı yatırımlara uygulanacak uluslararası standartlar anlamında da söz konusu olmuştur. Güçlü ve zayıf devletler arasındaki çekişmeler geçmişten beri yatırımlara uygulanacak standartların içeriğinde de anlaşmazlık şeklinde karşımıza çıkmıştır. Güçlü devletlerin, kendi yatırımcısını korumak amacıyla diğer devletler üzerindeki baskısı 19. yüzyıl sonlarına doğru özellikle Calvo Doktrini'nin etkisiyle karşıt fikirler doğurmuştur. Bu durum uzun bir süre az gelişmiş devletlerin iki taraflı yatırım andlaşması imzalamasını engellemiştir. Gelişmiş devletler ise, Hull Formülasyonu'nda görüldüğü gibi, yatırımlara uygulanacak uluslararası standartlar belirlemiş ancak yine de uyuşmazlıkları silahlı kuvvet kullanma yoluyla çözüme yoluna gitmişlerdir. 20. yüzyıla gelindiğinde ise, kuvvet kullanımının kademeli olarak yasaklanmasıyla birlikte, güç ilişkileri yerini diplomatik ilişkilere bırakmaya başlamıştır. Ancak 'Vattelyan Kurgu' olarak adlandırılan ve *Mavrommatis* kararında savunulan devletin vatandaşının zararını diğer devlete karşı ileri sürmekle esasen kendi hakkını aradığı kabulünün kullanılması sonraki tarihlerde sürdürülebilir olmaktan çıkmıştır.

Kanaatimizce diplomatik himaye ile yabancı yatırım hukuku arasındaki ilişkiyi zamansal gelişim ile açıklamak mümkündür. Diplomatik himaye önceleri yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde başvuru ve yatırım hukukuna temel oluşturan bir hukuk yolu iken günümüz dünyasında artık popülaritesini yitirmiştir. Artık, ICSID tahkiminde olduğu gibi, diplomatik himaye, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde

tamamlayıcı bir role indirgenmiştir. Nitekim zamansal değişim Uluslararası Adalet Divanı'nın yatırım uyuşmazlıklarını içeren en önemli üç kararında da gözlemlenebilir. 1970 tarihli Barcelona Traction kararında son yarım yüzyılda yabancı yatırımlar alanında yaşanan önemli gelişmelere rağmen yatırımlara dair hukukun beklenildiği ölçüde gelişmediğini tespit eden Divan, 1989 tarihli ELSI kararında FCN andlaşmaları gibi iki taraflı yatırım andlaşmalarının artık yatırım uyuşmazlıkları alanında merkezi rol oynadıklarını kabul etmiştir. 2007 tarihli Diallo kararında ise Divan, modern uluslararası hukukta artık yatırım uyuşmazlıklarının iki taraflı yatırım andlaşmaları veya Washington (ICSID) Konvansiyonu gibi yatırım uyuşmazlıklarına dair özel rejimlerce çözüldüğünü, ayrıca yatırımcı ve devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmelerinin etkili olduğunu, bu nedenle artık diplomatik himayenin ortadan kaybolmaya başladığını veya ancak özel bir rejimin olmadığı durumlarda uygulandığını tespit etmiştir. Divan'ın bakış açısındaki dönüşüm iki şekilde okunabilir. Birincisi, Divan, yatırım hukukunun evrildiği yöne ayak uyduramamış ve hissedarların korunmasından uyruklu problemine kadar birçok konuda çağdışı kaldığından tercih edilen bir yol olmaktan çıkmıştır. İkincisi Divan devletler arasında geçen diplomatik himaye kurallarını Vattelyan kurguyu aşarak birey-devlet uyuşmazlığı haline getirmek istemediğinden netice itibariyle kendisinin yatırım uyuşmazlıklarının çözümü açısından uygun bir merci olmadığı kanaatine varmıştır. Esasen bu anlamda yatırımcı-devlet özelinde şekillenen yeni ilişki biçiminin bizatihi yeni mekanizmaları kurduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. Daha açık ifadeyle BIT'lerin yatırım hukukunu geliştirmesi, bu alandaki uyuşmazlıkların çözümü için de ICSID gibi yatırım tahkimi mekanizmalarını popüler hale getirmiştir.

Yabancı yatırım hukukunun hızlı yükselişi yabancılara uygulanan uluslararası hukuk standartlarının da yeniden tartışılmasına neden olmuştur. Bu anlamda en çok gözetilen ulus muamelesi, uluslararası minimum standart veya ulusal standart gibi geleneksel uluslararası hukuk ilkelerinin yanısıra adil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik gibi yatırım hukukunun bir neticesi olan uluslararası hukuk standartlarının veya mahiyeti tartışmalı olan şemsiye klozların niteliği de yeniden değerlendirilmektedir. Genelde kabul edildiği üzere en çok gözetilen ulus muamelesi

ve ulusal muamele standardı ise esasa ilişkin olmayan ve teamül hukuku özelliği taşımayan ilkelerdir. En çok gözetilen ulus kaydı devletler arasında uygulanan standartlar bakımından ahenk sağlama ve yatırımcıya en avantajlı muameleden yararlanma imkanı tanırken ulusal muamele standardı ise ev sahibi devlet içerisinde faaliyet gösteren yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcının benzer muamele görmesini ya da diğer bir ifadeyle yabancı yatırımcının yerli yatırımcıdan dezavantajlı bir muamele görmemesini sağlamaktadır. Kanaatimizce en çok gözetilen ulus ve ulusal muamele standartlarını uluslararası hukukta “fırsat eşitliği yaratan kurallar” olarak değerlendirmek uygun olacaktır. Öte yandan şemsiye klozlar da teamül hukuku niteliği taşımayan ve bazı BIT’lerde rastlanan istisnai bir standarttır. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde yer alan yorum kurallarına dayanan bazı ICSID hakem kararlarına göre şemsiye klozlar iç hukuk sözleşmesini uluslararası andlaşmanın koruması ve yönetimi altına sokmaktadır. Şemsiye klozlar bu anlamda eşitlikten ziyade yabancı yatırımcılar için, BIT ile birlikte, ekstra uluslararası güvence sağlamakta ve devletler tarafından yabancı yatırımcıları kendi ülkesine çekmek için kullanılmaktadır. Bazı ICSID hakem kararları ise devletlerin bu konuda açık iradesinin aranması gerektiğini ve eğer yok ise şemsiye klozların kaldıraç işlevi üstlenemeyeceğini belirtmektedirler. Bu anlamda MFN kayıtları gibi uygulaması tartışmalı olan şemsiye klozları yatırım hukukuna özel *sui generis* ve karma standartlar olarak görmek kanaatimizce daha isabetlidir.

Uluslararası yatırım standartları hususunda asıl tartışma uluslararası minimum standart ile BIT’lerde sıkça rastlanan adil ve hakkaniyetli muamele veya tam koruma ve güvenlik standartları arasında cereyan etmektedir. Zira son iki yatırım standardının uluslararası minimum standardın bir parçası mı olduğu yoksa yeni uluslararası teamül hukuku mu temsil ettiği ya da teamül hukuku niteliği taşımayan yatırıma özel andlaşma standartları mı olduğu tartışmalıdır. Bu anlamda uluslararası minimum standardın yabancılara muameleden türediği ve uluslararası teamül hukuku niteliği taşıdığı genel itibariyle kabul görmektedir. Ancak yatırım andlaşmalarının bazen uluslararası minimum standardı diğer iki standart ile birlikte düzenlemesi kafa karışıklığına ve tartışmalara neden olmaktadır. Örneğin NAFTA’nın

'uluslararası minimum standart' başlığını taşıyan 1105/1 düzenlemesi "her akit taraf, diğer tarafın yatırımcılarına ve yatırımlarına, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukukun sağladığı muameleyi göstermekle yükümlüdür" şeklindedir. Bu anlamda bazı yazarlar esasen adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkelerinin uluslararası minimum standardın içeriğini oluşturduğunu belirtmişlerdir. Nitekim bu anlamda her iki standardın, teamül kuralı olan uluslararası standartın parçası olarak kendilerinin de teamül hukuku oluşturup oluşturmadığı gündeme gelmektedir. BIT'lerde yer alan koruma standartlarının yeni uluslararası teamül hukuku oluşturması salt teorik açıdan değil pratik anlamda da önem arz etmektedir. Birincisi, BIT koruması olmayan bir ülkeye yatırım yapan yabancıların da BIT'lerde düzenlenen adil ve hakkaniyetli muamele veya tam koruma ve güvenlik gibi standartların içeriğinden faydalanabilmesi mümkün olacaktır. İkincisi, yatırım uyuşmazlığı tahkime taşındığında uygulanacak BIT olmasa ya da BIT olup da bahsi geçen standartlar düzenlenmese dahi uluslararası hukukun bir parçası olarak uygulanma şansı bulacaktır. Üçüncüsü, bazı devletlerin iç hukukları uluslararası teamül hukukunu da doğrudan uygulanabilir kurallar olarak kabul etmektedir. Bu nedenle yatırım standartları, BIT'lerin yanı sıra, uluslararası teamül hukuku olarak da yerel mahkemelerde görülen yatırım davalarına uygulanabilecektir. Dördüncüsü ve belki de en önemlisi yabancı yatırımcının herhangi bir ülkeye yapacağı yatırım kararını doğrudan etkileyecektir.

Kanaatimizce yabancı yatırımlar alanındaki uluslararası andlaşma ve teamül hukuku standartlarının belirli bir gelişim (evolution) içerisinde olduğunu ve mevcut kuralların gelişebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim tarihten günümüze yabancı yatırımlar alanı klasik güç diplomasisinden depolitize edilerek yatırım tahkimine evrilmiştir. Yatırım andlaşmalarının sayısı 3000'i aşmış ve uluslararası standartlara itiraz eden az gelişmiş devletler de azımsanamayacak derecede BIT'e taraftır. Üstelik mevcut BIT'leri sadece ABD gibi güçlü devletlerin baskısıyla oluşturdukları iddiası ya da bazı yazarların savunduğu gibi salt ekonomik gerekçelerle akdettikleri ve hukuki bağlayıcılık inancı (*opinio juris*) oluşturmadığı iddiası yeterli dayanağa sahip değildir.

Gelişmekte olan devletler de akdettikleri BIT'lerde uluslararası hukuka atıf yapmakta ve yatırımcıya uluslararası tahkim imkanı sunmaktadır. Bu nedenle BIT'lerin hukuki bağlayıcılık inancıyla yapılmadığı vurgusu kanıtlanmaya muhtaçtır. Yatırım andlaşmalarında yer alan standartların da aynı gelişim içerisinde okunması gerekir. Zira bu gelişime paralel olarak yabancıların korunması standartları, yatırım hukuku söz konusu olduğunda, yerini yabancı yatırımların korunması standartlarına bırakmıştır. Bu anlamda uluslararası hukuktaki kamulaştırma tazminatının dönüşümü örnek olarak gösterilebilir. Zira kamulaştırma neticesinde tazminat ödenmesi gerektiği teamül hukuku kuralı olarak tüm devletlerce kabul edilmekte ancak tazminatın içeriği hususunda tartışmalar bulunmaktaydı. Tazminatın miktarının ve içeriğinin belirlenmesinde gelişmiş ve az gelişmiş devletler arasında uzun süre uzlaşmaya varılamamıştır. Bugün ise kamulaştırılan yatırıma ödenecek tazminatta adil piyasa değerinin (fair market value) baz alınması büyük oranda kabul görmektedir. Benzer şekilde yabancı yatırımlara uluslararası minimum standart uygulanması konusunda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Kamulaştırma tazminatına benzer şekilde buradaki tartışma da uluslararası minimum standardın içeriğinin nasıl doldurulacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu anlamda NAFTA 1105/1 maddesinde belirtildiği gibi adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenliğin bu içerikten sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Daha açık ifadeyle, kanaatimizce, FET ve FPS standartları müstakil bir şekilde teamül kuralı oluşturmamakta ancak uluslararası minimum standardın içeriğini oluşturmaktadır. Öte yandan adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik standartlarının içeriğinin ne olduğu ise uygulamaya bırakılmalı, uygulanacak hukukun yorumlanması neticesinde ortaya konmalıdır. Zira bazı andlaşmalar standartlara sınırlama getirirken bazı andlaşmalar standartları genişletebilmektedir. Bu anlamda devletlerin yabancı yatırım alanında göstermiş oldukları pratiklerin de, bu iki standart özelinde, uluslararası minimum standardı geliştirdiğini kabul etmek gerekir. Yabancı yatırım hukukunun hızlı gelişen özelliği böyle bir değişimi de beraberinde getirecektir. Artık devletlerin hukuki iradesini tespit etmek için çok daha hızlı ve efektif araçlara sahibiz. Bu değişim iradesinin bizatihi BM kurullarında ya da çok taraflı andlaşmalar etrafında ortaya çıkması şart değildir. Bu anlamda yabancı

yatırım hukukunun henüz genç olduğu ve teamül hukukunu geliştiremeyeceği iddiası da doğru değildir.

Yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hukukun rolü ve etkinliği yatırım tahkimi kararlarında da gözlemlenebilmektedir. ICSID başta olmak üzere yatırım tahkimi mekanizmaları yabancı yatırım uyuşmazlıklarının çözümü açısından en etkin mecralardır. Esasen yatırım tahkiminde de hakemlerin seçilme usulü, tarafsızlığının sağlanması veya kararların temyizi gibi birçok problem ve reform talebi dile getirilmesine rağmen yine de yatırım tahkimi yabancı yatırımcılar açısından iç hukuktan kaçmayı sağlayan en avantajlı mekanizma özelliği taşımaktadır. Devrim niteliğindeki New York Konvansiyonu'nun akdedilmesinden sonra daha sık kullanılmaya başlanan uluslararası tahkim, ICSID Konvansiyonu ile birlikte yabancı yatırımcılar açısından vazgeçilmez bir çözüm yolu haline gelmiştir. Günümüzde 162 devlet ICSID Konvansiyonu'na taraftır ve BIT'lerin büyük çoğunluğu uyuşmazlık çözüm yolu olarak en başta ICSID'i önermektedir. Devletler açısından ICSID'e taraf olmak yabancı yatırımları ülkelerine çekebilmek için avantajlı bir hukuki çerçeve sunmayı ifade etmektedir. Bu nedenle az gelişmiş devletlerin de büyük çoğunluğu ICSID'e taraftır. Yatırım tahkimi mekanizmaları sadece ICSID'den ibaret olmamakla birlikte ICSID, bazı avantajlarından dolayı en popüler yatırım tahkimi mekanizmasıdır. Ancak kanaatimizce bunlardan daha da önemli olan husus ICSID tahkiminde uygulanacak hukuk uluslararası hukukun denetimi altındadır. Bu anlamda ICSID Konvansiyonu'nun uygulanacak hukuku düzenleyen 42. maddesinde belirtilen uluslararası hukuk ibaresi Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi çerçevesinde anlaşılmaktadır. Hakem kararlarından da anlaşılacağı üzere, ICSID tahkiminde uluslararası hukukun düzeltici bir fonksiyon (corrective) üstlendiği kabul edilmektedir. Uluslararası hukuk aynı zamanda iç hukukun sessiz kaldığı hususlarda da tamamlayıcı (complementary) bir rol üstlenmektedir. Bu anlamda devletin sorumluluğuna dair temel prensipler doğrudan uluslararası hukuk kurallarına bakılarak uygulanmaktadır. Öte yandan uluslararası hukukun düzeltici ve tamamlayıcı rolü aynı zamanda iç hukuk standartlarının da uluslararası hukuk düzeyine yükseltilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira uluslararası hukuk ile iç hukuk

çatıştığında uluslararası hukuk üstün gelmektedir. Bu anlamda ICSID Konvansiyonu'na taraf olan veya BIT'ler yoluyla ve uyuşmazlık durumunda, uluslararası hukukun yönetimini kabul eden devletlerin artık uluslararası standartları reddetmesi anlamsız hale gelmektedir. Bazı devletler bu duruma direnç gösterip uyuşmazlıkların salt iç hukukta çözülmesini sağlamaya çalıştıysa da bu durum sürdürülebilir olmaktan çıkmıştır. Günümüzde iç hukuk yollarının da uyuşmazlık çözümünde etkin olmasını isteyen devletler, ancak, uluslararası tahkimin ön koşulu olarak iç hukuk yollarını şart koşmaktadır. Fakat yine de neticede uluslararası hukuk yoluyla iç hukuk düzeltilmektedir. Kanaatimizce bu süreç aynı zamanda yatırıma özel olarak uluslararası teamül hukuku kurallarının da gelişmesi ve değişmesi ile neticelenecektir. Her ne kadar yabancı yatırım hukuku genel itibariyle andlaşmalara dayansa da andlaşma temelli devlet pratiklerinin yabancı yatırımlar alanındaki teamül hukuku kurallarını da etkileyebilmesi mümkündür.

Yabancı yatırım hukukunun, klasik uluslararası hukukun kontrolünde ve aynı çerçeve üzerine bina edildiği kabul edildiğinde bu defa diğer uluslararası hukuk alanları ile nasıl bir ilişki içerisinde olacağı problemi gündeme gelmektedir. Zira kapsam ve nitelik açısından yatırım hukuku insan hakları hukuku ile birçok yönden benzer yönlerde sahiptir. Daha açık ifadeyle uluslararası hukuk yabancı yatırımların korunmasında düzeltici ve tamamlayıcı bir role sahip ise yine uluslararası hukukun bir parçası olan insan hakları sözleşmelerinin ve ilkelerinin uyuşmazlığa uygulanması ve aynı rolü üstlenmesi gerekir. Yatırım andlaşmalarına ve hakem kararlarına bakıldığında insan haklarına ilginin tahmin edilen düzeyde olmadığı ancak her geçen gün arttığı gözlemlenmektedir. Zira insan hakları hukuku hem genişliğinden hem de yatırım hukuku ile benzer fonksiyon üstlenmesinden ötürü artık yatırım tahkimi mercilerince de görmezden gelinememektedir. Esasen hakem heyetlerinin insan haklarına sıkça atıf yapmaması genelde yatırım hukukunun zaten insan hakları hukukundan daha üstün bir koruma sağladığı ve dolayısıyla insan hakları değerlendirmelerine gerek olmadığı kanaatine dayanmaktaydı. Ancak özellikle yatırımcıların insan hakları argümanlarına başvurularının artması ve devletlerin de kamu yararına dayanan regülasyonlarını insan hakları ile temellendirmeye başlaması

hakem heyetlerini, insan hakları hukukunu daha çok dikkate almaya mecbur bırakmıştır. Kanaatimizce yatırım hukukunun insan hakları değerlendirmelerine ihtiyacı olmadığı iddiası isabetsizdir. Zira uluslararası hukukun yönetimi (governing) söz konusu olduğunda, taraflarca akdedilen sözleşmede veya BIT'lerde özel bir sınırlama getirilmemiş ise, uluslararası hukuk bir bütün olarak ve en münasip hükümler seçilerek uygulanmalıdır. Bu anlamda insan hakları mekanizmaları özellikle teamül hukukunda var olduğu kabul edilen ölçülülük (proportionality) prensibini geliştirmiştir. Yatırım tahkiminde de ölçülülük prensibi, insan hakları hukukunda uygulanan kapsamı dikkate alınarak uygulanmalıdır. Öte yandan benzer bir durum devletin polis gücü kapsamında ve egemenlik yetkisi doğrultusunda yaptığı düzenlemeler için de geçerlidir. İnsan hakları mekanizmaları tarafından geliştirilen takdir marjı doktrini (margin of appreciation) bu anlamda devletin regülasyon yetkisinin sınırlarını belirlemek için elverişli bir araçtır. Yatırım tahkimi mercileri tarafından devletlerin regülasyon hakkı incelenirken takdir marjı doktrininin kapsamı dikkate alınarak değerlendirme yapılması hakem heyetlerini daha adil ve dengeli neticelere ulaştırabilecektir. Özellikle çevresel düzenlemeler alanında insan hakları hukuku prensiplerini uygulanması daha doğru sonuçlar elde etmemizi temin edecektir.

Yatırım hukukunun uluslararası hukuk çerçevesine oturması, yatırım tahkiminde insan hakları hukuku ilkelerinin daha çok kullanılmaya başlanması ve AİHM gibi bölgesel mahkemelerin uluslararası hukuka daha çok atıf yapması son yıllarda tartışılan parçalanma fenomeninin de gerçek bir ayrışma olmadığını göstermesi bakımından önemli bir kanıt teşkil etmektedir. Zira uluslararası hukukun parçalanmış gibi görünen yapısı esas itibarıyla kendi doğasından kaynaklanmaktadır. Daha açık ifadeyle parçalanma fenomeni genişlemenin (expansion) getirdiği doğal bir durumdur. Uzmanlık alanları, oluşum sürecinde uluslararası hukukun genel yapım süreçlerinden (law-making) geçtiği için temel karakteristiği aynı olan alt dallardır. Amaç, konu ve bölgeye göre farklılıklar bu genel durumu değiştirmemektedir. Bu nedenle yazarların çoğunluğu uluslararası hukukun tüm karmaşıklığına rağmen hala belirli bir bütünlük arz ettiği kanaatindedir. Nitekim

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesi andlaşmaların yorumunda " taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı"nın dikkate alınabileceğini hüküm altına almaktadır. Bu anlamda sözleşmenin 31/3-c maddesinden uluslararası hukuk alanlarının bütünlük perspektifinden değerlendirilmesi gerektiği sonucu elde edilmektedir. Bu anlamda son yılların en çok konuşulan uyuşmazlıklarından biri olan Yukos davaları uluslararası hukuk rejimlerinin genel uluslararası hukuktan izole olmadığını ve benzer davaların, derdestlik söz konusu olmadığı müddetçe, birbirine yakın birden fazla uluslararası hukuk mekanizması önünde görülebileceğini göstermesi bakımından önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde düzenlenen yorum kuralları uluslararası hukuk alanları arasındaki geçişkenliği sağlayan en önemli araçlardan biridir. Nitekim uluslararası hukukun bütünlüğü tartışmaları ve insan hakları hukuku ilkelerinin yatırım hukukuna uygulanması bu anlamda yatırım hukukunun uluslararası hukuk karakterli olduğu görüşümüzü güçlendirmektedir. Nitekim yatırım hukukunun özel hukuk veya kamu-özel karışımından oluşan *hybrid* bir rejim olduğunu düşünen yazarlar da mevcuttur. Yatırım hukuku'nun *hybrid* bir rejim olduğunu söyleyebilmek ancak prosedürel konularda mümkün olabilir. Zira yabancı yatırımcı uluslararası tahkime gittiğinde, tahkime uygulanacak prosedürel kurallar ticari tahkim ve devletler özel hukuku ile bazı yönlerden kesişmektedir. Ancak yabancı yatırımcının uluslararası alanda andlaşmaya dayalı olarak (treaty-based) devletin sorumluluğunu iddia edebilmesi ancak uluslararası hukuk karakteri sayesinde mümkün olabilmektedir. Daha açık ifadeyle denebilir ki yatırım hukuku ve yatırım tahkimi bizatihi uluslararası hukuk (public international law) karakterlidir ancak yatırım uyuşmazlıklarının çözüm metodu ve prosedürel işlemler bazı durumlarda özel hukukun ve tahkim prosedürlerinin verilerinden yararlanmaktadır. Öte yandan, kanaatimizce, devletlerin rızası ile oluşan, andlaşmalara dayanan ve uluslararası hukuk standartlarınca yönetilen bir alanı salt özel hukuk çerçevesinde düşünmek de doğru sonuçlara ulaşmamızı engeller. Uluslararası hukuk açısından kamu ve özel ayırımı yapmanın gücünü de dikkate alarak yatırım hukukunun,

kendi tarihsel gerçekliği içerisinde, uluslararası hukukun *sui generis* bir alanı olduğunu düşünmekteyiz. Daha açık ifadeyle bu *sui generis* alan, uluslararası hukuk (public international law) tarafından yönetilen ve gerekli olduğu zamanlarda özel hukukun verilerinden yararlanan bir hukuk dalı olma özelliğine sahiptir. Zira yatırım hukuku en başta andlaşmalar ve teamül hukukunun kontrolü altındadır. Bu nedenle genel uluslararası hukuk çerçevesinin içerisinde yer alan yatırım hukuku uyumsuzluklarında yine benzer çerçeveye oturan insan hakları hukuku verilerini kullanmak da mümkün hale gelmektedir. Nitekim yatırım tahkiminde de insan hakları hukukunda olduğu gibi gerçek ya da tüzel kişi birey (individual) devleti dava etmekte ve devletin (andlaşmada yer alan) uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

REFERANSLAR

Kitaplar ve Kitap Bölümleri

Akad, M. & Dinçkol, B. V: & Bulut, N. (2018). *Genel Kamu Hukuku*. DER Yayınları, s.2-170.

Akıncı, Z. (2011). *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*. Juris Publications, pp.224-241.

Akinsanya, A. A. (1980). *Expropriation of Multinational Property in the Third World*. Praeger Publishers Inc., pp.10-34.

Aksar, Y. (2015). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.183-184.

Alexandroff, A. S. & Laird, I. (2008). Compliance and Enforcement. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.1179-1181.

Alexandrov, S. A. (2009). Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp. 322-341.

Alston, P. & Goodman, R. (2012). *International Human Rights*. Oxford University Press, pp.157-489.

Alvarez, J. E. (2010). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.464-465.

Amerasinghe, C. F. (2004). *Local Remedies in International Law*. Cambridge University Press, pp.179-216.

Amerasinghe, C. F. (2008). *Diplomatic Protection*. Oxford University Press, pp.334-341.

Anand, R.P. (1986). Sovereign Equality of States in International Law. In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Vol.197, Brill-Nijhoff, pp.22-165.

Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, pp.11-12.

Arai-Takahashi, Y. (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia Publishers, pp.155-157.

Baetens, F. (2012). Enforcement of Arbitral Awards: "To ICSID or Not To ICSID" is Not the Question. In Weiler, T. & Laird, I. (ed). *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Juris Arbitration Series, No.5, pp.211-228.

Balcerzak, F. (2017). *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Brill Nijhoff Publishers, pp.100-217.

Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press, p.251.

Başaran, H. R. (2014). *Uluslararası Tahkim*. On İki Levha Yayınları, pp.3-14.

Baumgartner, J. (2016). *Treaty Shopping in International Investment Law*. Oxford University Press, pp.7-69.

Begic, T. (2005). *Applicable Law in International Investment Disputes*. Eleven International Publishing, pp.115-116.

Benedetto, S. (2013). *International Investment Law and the Environment*. Edward Elgar Publications, pp.9-22.

Benton, L. (2002). *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History 1400-1900*. Cambridge University Press, p.11.

Berg, A. J. (2010). Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. In Arsanjani, M. H. et al (ed). *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Martinus Nijhoff Publishers, p.824.

Berg, A. J. (2012). Qualified Investment Arbitrators? A Comment on Arbitrators in Investment Arbitrations. In Wautelet, P. et al (ed). *The Practice of Arbitration: Essays in Honor of Hans van Houtte*. Hart Publishing, pp.54-55.

Binder, C. (2014). The European Court of Human Rights and the Law of Treaties. In Binder, C. & Lachmayer, K. (ed). *The European Court of Human Rights and Public International Law: Fragmentation or Unity?*. Nomos Publishing, pp.41-64.

Bonnitcha, J. & Poulsen, L. N. S. & Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford University Press.

Borchard, E. M. (1915). *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. Banks Law Publications, New York, pp.28-29.

Boyle, A. & Chinkin, C. (2007). *The Making of International Law*. Oxford University Press, pp.263-313.

Böckstiegel, K. (1989). *Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice*. Kluwer Law International Publications.

Brabandere, E. (2012). Human Rights Considerations in International Investment Arbitration. In Fitzmaurice, M. & Merkouris, P. (ed). *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights Legal and Practical Implications*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.183-216.

Brabandere, E. (2014). *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, pp.23-24.

Brierly, J. L. (1963). *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*. 6th edition Oxford Clarendon Press, pp.276-277.

Broches, A. (1972). The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol.136, Brill Nijhoff, Leiden, pp.371-395.

Broches, A. (1995). Settlement of Investment Disputes. In Broches, A. (ed). *Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, p.163.

Brower C. N. & Brueschke J. D. (1998). *The Iran-United States Claims Tribunal*. Kluwer Law International, p.499.

Brown, C. (ed). (2013). *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*. Oxford University Press, pp.1-1018.

Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, pp.532-533.

Bröhmer, J. (2006). Comment. In Zimmermann, A. & Hofmann, R. (ed). *Unity and Diversity in International Law*. Duncker & Humblot Publications, p.253.

Burke, E. (1790). *Reflections on the Revolution in France*. Oxford World's Classics, pp.27-29.

Bücheler, G. (2015). *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, pp.86-120.

Cheneval, F. (2006). Property Rights as Human Rights. In De Soto, H. & Cheneval, F. (ed). *Realizing Property Rights*. Frank/Wynkin de Worde Publishing, p.11.

Christoffersen, J. (2009). *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Brill Nijhoff Publishers, pp.31-226.

Ciurtin, H. (2017). Paradoxes of (Sovereign) Consent: On the Uses and Abuses of a Notion in International Investment Law. In Baltag, C. (ed). *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*. Wolters Kluwer, pp.20-98.

Cleis, M. N. (2017). *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches and Improvement Suggestions*. Brill Nijhoff Publications, p.25.

Cohen, H. G. (2015). *Theorizing Precedent in International Law*. Oxford University Press, pp.268-290.

Crawford, J. (2002). *International Law as an Open System: Selected Essays*. Cameron May Publishing, p.576-594.

Çalışkan, Y. (2008). *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment*. Boca Raton Publications, pp.110-142.

Çalışkan, Y. (2011). Dispute Settlement in International Investment Law. In Aksar, Y. (ed). *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.123-186.

Çalışkan, Y. (2011). Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya'daki Türk Yatırımları. Kenanoğlu, M. M. & Yeşilirmak, A. (ed). *Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi*. Küre Yayınları, s.59-87.

Çalışkan, Y. (2012). İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu. *Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.303-329.

D'Aspremont, J. (2012). International Customary Investment Law: Story of a Paradox. In Gazzini, T. & Brabandere, E. (ed). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.5-47.

Demir, I. E. (2007). *Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klozlar*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

Demir, I. E. (2014). *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*. Filiz Kitabevi, s.39.

Desmet, E. (2011). *Indigenous Rights Entwined with Nature Conservation*. Intersentia Publishers, pp.214-218.

Diehl, A. (2012). *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International, pp.2-95.

Dixon, M. (2005). *Textbook on International Law*. Oxford University Press, pp.66-67.

Doğru, O. & Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*. Cilt:2, Legal Yayıncılık, s.690.

Dolzer, R. & Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, p.34.

Donnelly, J. (1998). *International Human Rights*. Westview Press, pp.18-19.

Donner, R. (1994). *The Regulation of Nationality in International Law*. Martinus Nijhoff, 2nd Edition, pp.2-10.

Douglas, Z. & Pauwelyn, J. & Vinuales, J. E. (2014). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford University Press, pp.369-405.

Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, pp.32-33.

Doyle, M. W. (1986). *Empires*. Cornell University Press, p.45.

Dugan, C. & Rubins, N. & Wallace, D. & Sabahi, B. (2008). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, p.435.

Dugard, J. (2011). *International Law: A South African Perspective*. Juta Ltd. Publications, p.281.

Dumberry, P. & Stone, J. (2014). *International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century*. In

Bjorklund, A. (ed). *Yearbook on International Law & Policy 2012-2013*. Oxford University Press, pp.477-516.

Dumberry, P. (2012). International Investment Contracts. In Gazzini, T. & Brabandere, E. (ed). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.215-245.

Dumberry, P. (2013). *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*. Kluwer Law International, pp.3-62.

Dupuy, P. M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. In Dupuy, P. M. & Petersmann, E. U. (ed.). *Human Rights in International Law and Arbitration*. Oxford University Press, pp.48-50.

Ekşi, N. (2009). *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi Ve İcrası*. Beta Yayınları, s.82-156.

Emer de Vattel (1758). *Law of Nations*. Liberty Publications, p.298.

Erkan, M. (2013). *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Yetkin Yayınları, s.1-410.

Erkiner, H. H. (2010). *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.9-10.

Fassbender, B. & Peters, A. (2014). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press. pp.1081-1086.

Fassbender, B. & Peters, A. (2014). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press. pp.1098-1102.

Foucault, M. (2009). *Security, Territory, Population: Lectures at the College De France 1977-1978*. Palgrave Macmillan UK, pp.282-194.

Fox, H. & Webb, P. (2015). *The Law of State Immunity*. Oxford University Press, pp.1-11.

Gardam, J. (2011). *Necessity, Proportionality, and the Use of Force by States*. Cambridge University Press, pp.8-38.

Gardiner, R. (2015). *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, p.260.

Garibaldi, O. M. (2009). On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp.251-278.

Gazzini, T. (2016). *Interpretation of International Investment Treaties*. Hart Publishing, pp.42-324.

Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. Beta Yayınları, pp.84-110.

Gemalmaz H. B. (2013). Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları. Esen, E. & Aksoy, A. (ed). *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*. Ankara, Adalet Yayınevi, s.56-97.

Giray, F. K. (2013). *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*. Beta Yayınları, s.73-243.

Grotius, H. (2004). *The Free Sea*. Liberty Fund Inc. Publishing.

Grotius, H. (2016). *On the Law of War and Peace (De Jure Belli Ac Pacis)*. Jazzybee Verlag Publishing, p.428.

Gürsu, A. (2018). *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*. Astana Yayınları, s.1-156.

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press, pp.18-117.

Hayakawa, Y. (2013). Business Corporations as Non-State Actors in International Law: A Brand-New International Law-Making Process through Investment Treaty Arbitration. In Byrnes, A. & Hayashi, M. & Michaelsen, C. (ed). *International Law in the New Age of Globalization*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.347-363.

Hegel, G. W. F. (2004). *The Philosophy of History*. Dover Publications, pp.14-128.

Heller, H. (2009). *The Bourgeois Revolution in France (1789-1815)*. Berghan Monographs in French Studies, Berghahn Books.

Herdegen, M. (2016). *Principles of International Economic Law*. Oxford University Press, pp.14-26.

Higgins, R. (1994). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press, p.1.

Hindelang, S. (2011). Restitution and Compensation: Reconstructing the Relationship in Investment Treaty Law. In Hofmann, R. & Tams, C. J. (ed). *International Investment Law and General International Law*. Nomos Publications, p.189.

Hirsch, M. (1993). *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Springer, pp.151-153.

Hirsch, M. (2009). Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. In Dupuy, P. M. & Petersmann, E. U. (ed). *Human Rights in International Law and Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp.97-114.

Hirsch, M. (2012). Sources of International Investment Law. In Bjorklund, A. & Reinisch, A. (ed.). *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar Publications, 2012, pp.9-39.

Ho, J. & Lim, C. L. (2016). Internationalisation and State Contracts: Are State Contracts the Future or the Past?. In Lim, C. L. (ed). *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*. Cambridge University Press, pp.377-402.

Hober, K. (2008). State Responsibility and Attribution. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.550-583.

Izzeddin, A. K. (2017). *The Calvo Clause and the Hull Formula: Prospects for Harmony*. Book Venture Publishing LLC. pp.7-16.

İste, C. (2013). *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uzlaşmazlıkları*. On İki Levha Yayınları, s.29-90.

Jackson, J. H. (1997). *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. The MIT Press, 2nd Edition, pp.11-28.

Jakubowski, A. & Wierczynska, K. (2016). *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*. Routledge Publishing.

Jasanoff, S. (1994). *Learning from Disaster: Risk Management after Bhopal*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

Johnston, D. M. (2008). *The Historical Foundations of World Order: The Tower and The Arena*. Martinus Nijhoff Publications, Netherlands, p.195.

Joseph, C. (1969). *Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations*. A.W.Sijthoff Pub. p.2.

Kaufmann-Kohler, G. (2011). Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law. In Bachand, F. (ed). *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*. Juris Publications, Geneva, p.181.

Kayhan, A. K. (2017). *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletin Sorumluluğu*. Oniki Levha Yayınları, s.83-158.

Kayıhan, Ş. & Eski, M. (2010). *Uluslararası Ekonomi Hukuku*. Seçkin Yayınları, s.32-91.

Kayıhan, Ş. & Kara, E. (2017). *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*. Seçkin yayıncılık, s.106-120.

Kelsen, H. (1934). *Pure Theory of Law*. The Lawbook Exchange Ltd. Publications, 2009, Translated Version.

Khadduri, M. (2001). *The Islamic Law of Nations: Shaybani's Siyar*. Johns Hopkins University Press.

Kingsbury, B. & Schill, S. W. (2010). Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest: The Concept of Proportionality. In Schill, S. W. (ed). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, p.104.

Kinley, D. (2017). *Human Rights and Corporations*. Routledge Publishing.

Kinnear, M. & Nitschke, F. (2015). Disqualification of Arbitrators under the ICSID Convention and Rules. In Giorgetti, C. (ed). *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*. Brill Nijhoff Publications, pp.35-41.

Kinnear, M. Et. Al. (ed) (2015). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Wolters Kluwer.

Kjos, H. E. (2013). *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*. Oxford University Press, pp.61-105.

Klatt, M. & Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford University Press, pp.8-9.

Kolb, R. (2017). *Good Faith in International Law*. Hart Publishing.

Koluman, E. (2018). *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

Koskenniemi, M. (2004). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law: 1870-1960*. Cambridge University Press.

Kreindler, R. H. (2004). The Law Applicable to International Investment Disputes. In Horn, N. & Kröll, S. (ed). *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, p.414.

Kriebaum, U. (2009). Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration. In Dupuy, P. M. & Petersmann, E. U. (ed). *Human Rights in International Law and Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp. 219-245.

Kriebaum, U. (2009). Nationality and the Protection of Property under the European Convention on Human Rights. In Buffard, I. et al. (ed). *International Law between Universalism and Fragmentation*. Brill Publications, pp.649-666.

Kriebaum, U. (2015). Expropriation. Bungenberg, M. et al. (ed). *International Investment Law: A Handbook*. Hart Publishing, pp.1026-1029.

Kurtz, J. (2005). The Delicate Extension of Most-Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v Kingdom of Spain*. In Weiler, T. (ed). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May, London 2005, pp.523-555.

Kurtz, J. (2016). *The World Trade Organization and International Investment Law: Converging Systems*. Cambridge University Press, pp.1-31.

Lamotte, K. R. (2014). Mechanisms for Global Agreements. In Martella, R. R. & Grosko, J. B. (ed). *International Environmental Law: The Practitioner's Guide to the Laws of the Planet*. ABA Publishing, pp.965-977.

Lauterpacht, E. (1968). *The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*. Collected Courses on International Law, University of Geneva Publications, pp.652-662.

Lauterpacht, H. (1933). *The Function of Law in International Community*. Oxford University Press, p.379.

Lim, C. L. & Ho, J. & Paparinskis, M. (2018). *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials*. Cambridge University Press, p.240.

Lindley, M. F. (1926) . *Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*. Longmans, Green and Co., p.94.

Locke, J. (1689). *Second Treatise of Government*. Chapter 5, Hackett Publishing Company, pp.10-19.

Lorz, R. A. (2013). Fragmentation, Consolidation and the Future Relationship between International Investment Law and General International Law. In Baetens, F. (ed). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press, pp.482-494.

Lowenfeld, A. (2008). *International Economic Law*. Oxford University Press, Second Edition, p.398.

Machan, T. R. (2002). *The Right to Private Property*. Hoover Institution Press, p.3.

Marboe, I. (2017). *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford University Press, pp.7-41.

Marcoux, J. M. (2018). *International Investment Law and Globalization: Foreign Investment, Responsibilities and Intergovernmental Organizations*. Routledge Publishing, pp.1-21.

Martinez-Fraga, P. J. & Reetz, C. R. (2015). *Public Purpose in International Law: Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*. Cambridge University Press, pp.113-205.

Marx, K. & Engels, F. (1986). *Collected Works*. Vol. 28, Progress Publishers, Translated Version, pp.502-510.

Maupin, J. A. (2013). Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky. In Bianchi, A. & Peters, A. (ed). *Transparency in International Law*. Cambridge University Press, pp.142-172.

Mayer, A. E. (1999). *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*. Westview Press, Boulder, pp.8-37.

Mazower, M. (2009). *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*. Princeton University Press, pp.1-27.

Mazower, M. (2012). *Governing the World: The History of an Idea, 1815 to the Present*. Penguin Books, pp.12-123.

McLahlan, C. & Shore, L. & Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford University Press, p.206.

Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press, pp.21-23.

Miles, K. (2018). History and International Law: Method and Mechanism – Empire and ‘Usual’ Rupture. In Schill, S. W. & Tams, C. J. & Hofmann, R. (ed). *International Investment Law and History*. Edward Elgar Publications, p.157.

Montesquieu (1748). *Spirit of Laws*. Batoche Books Kitchener 2001, Book XXVI, parag.15, pp.512-513.

Moore, J. B. (1906). *A Digest of International Law*. Washington, Government Printing Office, pp.1868-1880.

Moss, G. C. (2008). Full Protection and Security. In Reinisch, A. (ed). *Standarts of Investment Protection*. Oxford University Press, pp.131-151.

Mouyal, L. W. (2016). *International Investment Law and Right to Regulate: A Human Rights Perspective*. Routledge Publishing, pp.176-178.

Muchlinski, P. (2009). The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp.341-363.

Muchlinski, P. T. (1991). Dispute Settlement under the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes. In Butler, W. E. (ed). *Control over Compliance with International Law*. Martinus Nijhoff Publications, p.186.

Muchlinski, P. T. (2007). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford University Press, 2nd Edition, pp.637-638.

Nalçacıoğlu-Erden, H. Z. (2015). *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*. On İki Levha Yayınları, s.50-441.

Neff, S. C. (2018). A Short History of International Law. In Evans, M. D. (ed). *International Law*. Oxford University Press, pp.1-27.

Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International BV, pp.15-17.

O'Keefe, R. (2013). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford University Press.

Ohmae, K. (1990). *The Borderless World: Power and Strategy in the Interlinked Economy*. Harper Business, London, pp.4-36.

Okowa, P. (2015). The International Court and the Legacy of the Barcelona Traction Case in the Field of Diplomatic Protection. In Jalloh, C. & Elias, O. (ed). *Shielding Humanity Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*. Brill Publications, pp.104-131.

Ostransky, J. (2018). An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations As a General Principle of Law Under the Fair and Equitable Treatment Standard. In Gattini, A. & Tanzi, A. & Fontanelli, F. (ed). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill Nijhoff Publishers, pp.344-377.

Öztürk, N. Ö. (2006). *ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

Palombino, F. M. (2018). *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*. Springer, Asser Press, p.86.

Paparinskis, M. (2013). *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford University Press, pp.83-171.

Paparinskis, M. (2015). Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. In Mitchell, A. D. & Sornarajah, M. & Voon, T. (ed). *Good Faith and International Economic Law*. Oxford University Press, pp.143-172.

Park, W. W. (2011). The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All Nor All-For-One. In Derains, Y. & Levy, L. (ed). *Is arbitration only as Good as the Arbitrator?: Status, Powers and Role of the Arbitrator*. International Chamber of Commerce & ICC Institute of World Business Law Paris, France, pp.25-45.

Parlett, K. (2011). *The Individual in the International Legal System*. Cambridge University Press.

Parlett, K. (2013). Diplomatic Protection and the International Court of Justice. In Tams, C. J. & Sloan, J. (ed). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford University Press, pp.87-107.

Parra, A. (2017). *The History of ICSID*. Oxford University Press, pp.8-11.

Paulsson, J. (2009). *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, pp.1-10.

Pauwelyn, J. (2009). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge University Press, p.37.

Pellet, A. (2012). Article 38. In Zimmermann, A. & Tomuschat, C. & Oellers-Frahm, K. & Tams, C. J. (ed). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford University Press, pp.731-870.

Perkins, J. (2005). *Confessions of an Economic Hitman*. Plume Publishing, pp.126-132.

Peters, A. (2016). *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge University Press.

Peters, P. (1988). Investment Risk and Trust: The Role of International Law. In De Waart, P. & Peters, P. & Denters, E. (ed). *International Law and Development*. Martinus Nijhoff Publishers, p.153.

Polanco, R. (2019). *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection?*. Cambridge University Press, pp.11-22.

Proudhon, J. P. (1840). *What is Property*. Indy Publish, 2003 Version, pp.207-222.

Puvimanasinghe, S. F. (2007). *Foreign Investment, Human Rights and the Environment: A Perspective from South Asia on The Role of Public International Law for Development*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.1-14.

Ralston, J. H. (1904). *Venezuelan Arbitrations of 1903*. Washington, Government Printing Office, pp.1-7.

Reed, L. & Paulsson, J. & Blackaby, N. (2010). *Guide to ICSID Arbitration*. Wolters Kluwer Publications, 2nd Edition, pp.12-15.

Reich, R. (1992). *The Work of Nations: Preparing Ourselves for 21 Century Capitalism*. Vintage, New York, pp.243-252.

Reinisch, A. (2008). Expropriation. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.407-458.

Reinisch, A. (2008). The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. The Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration. In Buffard, I. & Crawford, J. & Pellet, A. & Wittich, S. (ed). *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Martinus Nijhoff Publishers, p.125.

Renteln, A. D. (1990). *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*. Sage Publications, pp.88-141.

Roe, T. & Happold, M. (2011). *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge University Press, pp.27-162.

Rogers, C. (2010). International Arbitration's Public Realm. In Rovine, A. (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. The Fordham Papers, Martinus Nijhoff, p.165.

Rosentreter, D. (2015). *Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*. Nomos Publications, pp.457-462.

S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, Cour d'Appel de Paris, 26 June 1981. In Bishop, R. D. & Crawford, J. et. al. (ed). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Kluwer Law International, pp.1180-1182.

Sabahi, B. (2011). *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*. Oxford University Press, pp.7-102.

Sacerdoti, G. (1997). Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff, p.341.

Sampson, A. (1975). *The Seven Sisters: The Great Oil Companies and the World They Made*. London. Hodder and Stoughton, pp.2-24.

Sands, P. (2006). *Lawless World*. Penguin Books, pp.46-143.

Sauvant, K. P. (2008). *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. Oxford University Press, pp.231-281.

Scharf, M. (2013). *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*. Cambridge University Press.

Schill, S. W. & Tams, C. J. & Hofmann, R. (2016). *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*. Edward Elgar Publishing, p.324.

Schill, S. W. (2010). Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective. In Schill, S. W. (ed). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, pp.317-344.

Schill, S. W. (2012). General Principles of Law and International Investment Law. In Gazzini, T. & Brabandere, E. (ed). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.133-181.

Schill, S. W. (2014). *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press, pp.1-65.

Schill, S. W. (2015). Maffezini v. Plama: Reflections on the Jurisprudential Schism in the Application of Most-Favored-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement. In Kinneer, M. Et. Al. (ed). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Wolters Kluwer, pp.251-265.

Schill, S. W. (2016). The Impact of International Investment Law on Public Contracts. In Audit, M. & Schill, S. W. (ed). *Transnational Law of Public Contracts*. Bruylant Publications, pp.231-258.

Schlemmer, E. C. (2008). Investment, Investor, Nationality, and Shareholders. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.51-87.

Schneiderman, D. (2008). *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*. New York, Cambridge University Press, pp.1-25.

Schneiderman, D. (2016). *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law*. Palgrave Macmillan, pp.1-23.

Schreuer, C. & Dolzer, R. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2nd Edition, p.206.

Schreuer, C. (1988). *State Immunity: Some Recent Developments*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, p.1-3.

Schreuer, C. (2008). Consent to Arbitration. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, pp.830-868.

Schreuer, C. (2008). Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards. In Coop, G. & Ribeiro, C. (ed). *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*. JurisNet LLC Publishing, pp.63–100.

Schreuer, C. (2008). What is a Legal Dispute?. In Buffard, I. & Crawford, J. & Pellet, A. & Wittich, S. (ed). *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.959-980.

Schreuer, C. et al (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, p.40.

Schreuer, G. & Weiniger, M. (2008). A Doctrine of Precedent?. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.1188-1207.

Schrijver, N. (1997). *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*. Cambridge University Press, pp.57-90.

Schwarzenberger, G. (1957). *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: Current Legal Problems*. Cambridge University Press, p.248.

Shaw, M. N. (2017). *International Law*. 8th Ed., Cambridge University Press. pp.54-96.

Shea, D. R. (1955). *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*. Oxford University Press, pp.26-50.

Simma, B. (2013). Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life? In Tams, C. J. & Sloan, J. (ed). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford University Press, pp.300-325.

Sornarajah, M. (2000). *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, pp.61-84.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, pp.1-8.

St. John, T. (2018). *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences*. Oxford University Press, pp.53-68.

Starke, J. G. (1999). Monism and Dualism in the Theory of International Law. In Paulson, S. L. & Litschewski-Paulson, B. (ed). *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford University Press, pp.537-553.

Subedi, S. P. (2012). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Hart Publishing, 2nd Edition, p.26.

Suda, R. (2006). The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization. In De Schutter, O. (ed). *Transnational Corporations and Human Rights*. Hart Publishing, p.66.

Şanlı, C. (2016). *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. Beta Yayınları, İstanbul, s.537.

Şit-Köşgeroğlu, B. (2005). *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. İmaj Yayınevi, s.152-174.

Tanaka, Y. (2018). *The Peaceful Settlement of International Disputes*. Cambridge University Press.

Tanzi, A. (2014). International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis. In Brabandere, E. & Gazzini, T. (ed). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*. Brill Nijhoff, pp.84-85.

Tercan, M. (2012). *Devletin Yatırım Dışı Yükümlülükleri Bağlamında ICSID Tahkiminde Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Müdahalesinin İncelenmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

Tiryakioğlu, B. (2003). *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*. Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, s.9.

Titi, C. (2018). Police Powers Doctrine and International Investment Law. In Fontanelli, F. & Gattini, A. & Tanzi, A. (ed). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill Publications, pp.323-343.

Toluner, S. (1996). *Milletlerarası Hukuk Dersleri*. Beta Yayınları, s.363-367

Tonova, S. (2012). Compliance and Enforcement of Awards: Is There a Practical Difference between ICSID and Non-ICSID Awards?. In Weiler, T. & Laird, I. (ed). *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Juris Arbitration Series, No.5, pp.229-246.

Toope, S. J. (1993). *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*. Cambridge University Press, p.243.

Trachtman, J. (2006). Global Cyberterrorism, Jurisdiction and International Organization. In Grady, M. & Parisi, F. (ed). *The Law and Economics of Cybersecurity*. Cambridge University Press, pp.271-272.

Trakman, L. & Ranieri, N. (2013). Foreign Direct Investment: A Historical Perspective. In Trakman, L. & Ranieri, N. (ed). *Regionalism in International Investment Law*. Oxford University Press, pp.14-27.

Trindade, A. A. C. (1983). *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*. Cambridge University Press, pp.1-3.

Tudor, I. (2008). *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. Oxford University Press, pp-85-104.

Tunç, M. A. (2010). *Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID ve İki Taraflı Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşmaları Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı Nedir?*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bakınız: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (erişim tarihi 25.02.2019).

Tuygun, S. (2007). *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi*. Güncel Yayınevi, s.136-173.

Unat, İ. (1966). *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi*. Sevinç Matbaası, Ankara, s.4-47.

Urbina, F. J. (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge University Press, p.5.

Ünsal, H. (2016). *Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk*. İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayınları, s.311-322.

Vadi, V. (2018). *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*. Edward Elgar Publishing, p.60.

Van Harten, G. (2008). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press, pp.121-149.

Vandeveld, K. J. (2017). *The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*. Oxford University Press, pp.57-111.

Villiger, M. E. (1985). *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, p.161.

Vinuales, J. E. (2012). *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge University Press, pp.379-380.

Walde, T. W. & Sabahi, B. (2008). Compensation, Damages and Valuation. In Muchlinski, P. & Ortino, F. & Schreuer, C. (ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press, pp.1050-1114.

Weiler, T. (2013). *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*. Martinus Nijhoff Publishers, pp.1-20.

Weller, M. (2015). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press.

Wildhaber, I. & Wildhaber, L. (2009). Recent Case Law on the Protection of Property in the European Convention on Human Rights. In Binder, C. Et. Al. (ed). *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press, pp.657-677.

Wortley B.A. (1959). *Expropriation in Public International Law*. Cambridge University Press, p.39.

Yang, X. (2015). *State Immunity in International Law*. Cambridge University Press, pp.6-31.

Yılmaz, A. Ç. (2013). *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, s.193-208.

Yılmaz, İ. (2004). *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*. Beta Yayınları, İstanbul, s. 56.

Zeitler, H. E. (2010). Full Protection and Security. In Schill, S. W. (ed). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, pp.183-213.

Makaleler ve Online Kaynaklar

Abel, P. (2018). Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration: Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award. *Brill Open Law*, Research Article, pp.1-30.

Adler, M. H. (1990). The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.39, pp.641-653.

Aisbett, E. & Karp, L. & McAusland, C. (2010). Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements: Implications of National Treatment and Rights to Invest. *Journal of Globalization and Development*, Vol.1(2), pp.1-33.

Akehurst, M. (1976). Equity and General Principles of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.25, pp.801-825.

Akinsanya, A. (1978). Permanent Sovereignty over Natural Resources and the Future of Foreign Investment. *Millenium: Journal of International Studies*, Vol.7, No.2, pp.124-136.

Allen, L. J. (2012). The North American Agreement on Environmental Cooperation: Has It Fulfilled Its Promises and Potential? An Empirical Study of Policy Effectiveness. *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, Vol.23, pp.125-126.

Allen, T. (2007). Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, Vol.28, Issue 2, pp.287-335.

Alreshaid, N. (2016). Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign Direct Investments in Post-Gadhafi Libya: Two Governments, Tribal Violence, Militias and Plenty More. *Florida Journal of International Law*, Vol.28(1), pp.63-86.

Alston, P. (1982). A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law? *Netherlands International Law Review*, Vol.29, Issue 3, pp.307-322.

Alvarez, G. A. & Park, W. W. (2003). The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11. *Yale Journal of International Law*, Vol.28, Issue 2, pp.365-409.

Alvarez, G. A. (2002). Commentary: Investment Disputes under NAFTA. *Arbitration International*, Vol.18, No.3, pp.309-310.

Alvarez, H. C. (2000). Arbitration Under the North American Free Trade Agreement. *Arbitration International*, Vol.16, Issue 4, pp.393-430.

Alvarez, J. E. & Khamsi, K. (2009). The Argentine Crisis and Foreign Investors. *Yearbook on International Investment Law*, Vol.49, pp.379-478.

Alvarez, J. E. (1997). Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven. *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol.28, pp.307-309.

Alvarez, J. E. (2009). A BIT on Custom. *Journal of International Law and Politics*, Vol.42/17, pp.17-80.

Alvarez, J. E. (2011). Are Corporations Subjects of International Law. *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.9-1, pp.31-35.

Alvarez, J. E. (2016). Is Investor-State Arbitration 'Public'?. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.7, Issue 3, pp.534-576.

Alvarez-Avila, G. (2004). Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2): Introductory Note. *ICSID Review-FILJ*, Vol.19, Issue 1, pp.154-157.

Alvarez-Jimenez, A. (2008). Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol.33, No.3, pp.437-454.

Alves, J. A. L. (2000). The Declaration of Human Rights in Postmodernity. *Human Rights Quarterly*, Vol.22, p.481.

Amerasinghe, C. F. (1979). The Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Indian Journal of International Law*, Vol.19, pp.166-203.

Anderson, K. M. (1995). The Venezuelan Claims Controversy at the Hague, 1903. *The Historian*, Vol.57, No.3, pp.525-536.

Ando, N. (2006). Permanent Court of Arbitration (PCA). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, October, pp.2-6.

Andreeva, Y. (2011). Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions. *Arbitration International*, Vol.27, Issue 2, pp.129-148.

Anenson, T. L. (2018). Announcing the "Clean Hands" Doctrine. *University of California Davis Law Review*, Vol.51, pp.1827-1890.

Antonietti, A. (2005). Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24). *ICSID Review-FILJ*, Vol.20, Issue 1, pp.259-261.

Arsava, F. (2015). Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl.6, Sayı.21, s.12-13.

Ataman-Figanmeşe, İ. (2012). Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 31 (1), s.91-152.

Audit, M. (2008). The Channel Tunnel Group Ltd and France: Manche SA v United Kingdom and France, Partial Award on Jurisdiction, Decision of 30 January 2007. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 3, pp.724-732.

Ault, H. J. & Sasseville, J. (2010). Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration. *World Tax Journal*, Vol.22, pp.101-125.

Avşar, M. (2017). ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, s.95-140.

Aydoğmuş, A. Y. (2009). İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 29, s.21-84.

Baker, J. C. & Yoder, L. J. (1989). ICSID and the Calvo Clause: A Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs. *Journal on Dispute Resolution*, Vol.5/1, pp.75-95.

Barak, A. (2010). Proportionality and Principled Balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, Vol.4, Issue 1, pp.1-16.

Bassiouni, M. C. (1996). International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, pp.63-74.

Batifort, S. & Heath, J. B. (2018). The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization. *American Journal of International Law*, Vol.111, Issue 4, pp.873-913.

Bechky, P. S. (2018). Salini's Nature: Arbitrators' Duty of Jurisdictional Policing. *Journal of Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.17, pp.145-163.

Beharry, C. L. & Kuritzky, M. E. (2015). Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration. *American University International Law Review*, Vol.30, Issue 3, p.424.

Behn, D. (2015). Legitimacy, Evolution and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State of the Art. *Georgetown Journal of International Law*, Vol.46, pp.363-415.

Bekker, P. H. F. (2013). Recalibrating the Investment Treaty Arbitration System Through Non-Compartmentalized Legal Thinking. *Harvard International Law Journal*, Vol.55, pp.1-19.

Ben Hamida, W. (2007). Investment Arbitration and Human Rights. *Transnational Dispute Management*, Vol.5, pp.10-12.

Benedek, W. (2007). Drago-Porter Convention (1907). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, pp.2-3.

Benvenisti, E. (1999). Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *International Law & Policy*, Vol.31, pp.843-844.

Bering, J. et. al. (2011). General Public International Law and International Investment Law: A Research Sketch on Selected Issues. Working Paper 105, Martin Luther University Halle-Wittenberg, p.74.

Bernard Kishoiyian, B. (1994). The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.14, Issue 2, pp.327-375.

Bishop, W. W. & Lissitzyn, O. J. (1956). Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom). *American Journal of International Law*, Vol.50, Issue 3, pp.674-679.

Bjorklund, A. K. & Vanhonnaeker, L. (2015). Yukos: The Clean Hands Doctrine Revisited. *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol.2, pp.365-386.

Bjorklund, A. K. (2005). Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims. *Virginia Journal of International Law*, Vol.45, Issue 4, pp.809-895.

Bjorklund, A. K. (2010). Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes. *The American Review of International Arbitration*, Vol.21, pp.211-241.

Blackaby, N. & Wilbraham, A. (2016). Practical Issues Relating to the Use of Expert Evidence in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, Issue 3, pp.655-669.

Blyschak, P. M. (2011). Access and Advantage Expanded: Mobil Corporation v. Venezuela and Other Recent Arbitration Awards on Treaty Shopping. *The Journal of World Energy Law & Business*, Vol.4, Issue 1, pp.32-39.

Blyschak, P. M. (2011). Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol.10, No.2, pp.179-210.

Blythe, S. E. (2013). The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Bilateral Investment Treaties. *The International Lawyer*, Vol.47, No.2, pp.273-290.

Boddicker, J. M. (2010). Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term "Investment" in ICSID Arbitration. *American University International Law Review*, Vol.25, Issue 5, pp.1031-1071.

Bohmer, L. M. (2016). Finality in ICSID Arbitration Revisited. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, No.1, pp.236-245.

Borgen, C. J. (2005). Resolving Treaty Conflicts. *The George Washington International Law Review*, Vol.37, pp.573-648.

Born, G. (2012). A New Generation of International Adjudication. *Duke Law Journal*, Vol.61, No.4, pp.778-877.

Borschberg, P. (2002). The Seizure of the Sta. Catarina Revisited: The Portuguese Empire in Asia, VOC Politics and the Origins of the Dutch-Johor Alliance (1602-1616). *Journal of Southeast Asian Studies*, Vol.33/1, pp.32-57.

Bos, M. (1956). The International Law Commission's Draft Convention on Arbitral Procedure in the General Assembly of the United Nations. *Netherlands International Law Review*, Vol.3, issue 3, pp.234-261.

Bowden, B. (2005). The Colonial Origins of International Law: European Expansion and the Classical Standard of Civilization. *Journal of the History of International Law*, Vol.7, pp.16-17.

Boyle, A. (2012). Human Rights and the Environment: Where Next?. *European Journal of International Law*, Vol.23, Issue 3, pp.613-642.

Brabandere, E. (2012). 'Good Faith', 'Abuse of Process' and the Initiation of Investment Treaty Claims. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, Issue 3, pp.609-636.

Brabandere, E. (2015). Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos-case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol.30(2), pp.345-355.

Brabandere, E. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.345-355.

Brabandere, E. (2017). Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.18, Issue 3, pp.530-555.

Brauch, M. D. (2017). Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law. IISD Best Practices Series, January, pp.7-24.

Briggs, H. W. (1971). Barcelona Traction: The *Jus Standi* of Belgium. *American Journal of International Law*, Vol.65, Issue 2, pp.327-345.

Broches, A. (1987). Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution. *ICSID Review-FILJ*, Vol.2, pp.287-330.

Broches, A. (1991). Observations on the Finality of ICSID Awards. *ICSID Review-FILJ*, Vol.6, Issue 2, pp.321-380.

Brower, C. N. (2008). W(h)ither International Commercial Arbitration?. *Arbitration International*, Vol.24, p.190.

Brown, B. F. (1952). The Juridical Implications of the Anglo-Iranian Oil Company Case. *Washington University Law Quarterly*, Vol.384, Number 8, pp.384-397.

Brownlie, I. (1995). The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice. *Pace International Law Review*, Vol.7, Issue 2, pp.257-279.

Caban, P. (2014). Diplomatic Protection and Other Mechanisms for the Protection of the Individual Against Serious Human Rights Violations: Limiting the Discretion. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, Vol. 5, pp.167-181.

Campbell, C. (2013). House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law. *Journal of International Arbitration*, Vol.30, Issue 4, pp.361-379.

Canner, S. J. (1998). The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, Vol.31, Issue 3, pp.657-681.

Cannu, P. (2018). Foundation and Innovation: The Participation of African States in the ICSID Dispute Resolution System. *ICSID Review-FILJ*, Vol.33, Issue 2, pp.456-500.

Cantu-Rivera, H. (2014). The Expansion of International Law Beyond Treaties. *American Journal of International Law Unbound*, Vol.108, pp.70-73.

Carty, A. (1998). The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, Vol.9, pp.344-354.

Cate, I. M. T. (2013). The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.51, pp.418-420.

Chatterjee, C. C. (2003). When Pre-Investment or Development Costs may or may not be Regarded as Part of Investment under Article 25(1) of the ICSID Convention: the Mihaly Case. *Journal of World Investment*, Vol.4(5), pp.909-926.

Cherian, J. (1983). Foreign Investment Arbitration: The Role of the International Center for Settlement of Investment Disputes. *Third World Legal Studies*, Vol. 2, pp.172-201.

Chi, M. (2013). Privileging Domestic Remedies in International Investment Dispute Settlement. *ASIL Proceedings*, Vol.107, pp.26-29.

Chirwa, D. M. (2004). The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights. *Melbourne Journal of International Law*, Vol.5, No.1, pp.1-36.

Choi, S. (1996). Judicial Enforcement of Arbitration Awards under the ICSID and New York Conventions. *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.28, Issues 1-2, pp.175-216.

Christie, G. C. (1962). What Constitutes a Taking of Property under International Law? *British Yearbook of International Law*, Vol.38, pp.307-338.

Chukwumerije, O. (1996). International Law and Municipal Law in ICSID Arbitration. *Canadian Journal of International Business Law and Policy*, Vol.1, p.82.

Chukwumerije, O. (1997). International Law and Article 42 of the ICSID Convention. *Journal of International Arbitration*, Vol.14, Issue 3, pp.79-101.

Cianciardo, J. (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, Vol.3, pp.177-181.

Ciancio, N. (2014). The Implications of Recent ICSID Arbitrator Disqualifications for Latin America. *Arbitration Law Review*, Vol.6, pp.440-466.

Cinotti, D. N. (2015). How Informed is Sovereign Consent to Investor-State Arbitration?. *Maryland Journal of International Law*, Vol.30, Issue 1, pp.105-117.

Coe, J. J. (2005). Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes: A Preliminary Sketch. *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol.12/7, pp.8-46.

Cohen, M. R. (1927). Property and Sovereignty. *Cornell Law Review*, Vol.13, Issue 1, pp.8-30.

Cole, D. H. & Grossman, P. Z. (2002). The Meaning of Property Rights: Law versus Economics?. *Land Economics*, Vol.78, No.3, pp.317-330.

Cole, R. A. (1986). The Public Policy Exception to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. *Journal on Dispute Resolution*, Vol.1, Issue2, pp.365-383.

Cole, T. (2012). The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol.33, Issue 3, p.567.

Collins, D. A. (2011). Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Investments. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.12(2), pp.225-244.

Corey, S. (2012). But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide “Just Compensation” for Creeping Expropriations. *Fordham Law Review*, Vol.81, Issue 2, p.989.

Correa, C. & Vinuales, J. E. (2016). Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?. *Journal of International Economic Law*, Vol.19, Issue 1, pp.91-120.

Craven, M. (2005). What Happened to Unequal Treaties? The Continuities of Informal Empire. *Nordic Journal of International Law*, Vol.74, pp.335-382.

Crawford, J. & Grant, T. D. (2007). Exhaustion of Local Remedies. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, p.3-5.

Crawford, J. (2002). The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. *American Journal of International Law*, Vol.96, pp.874-890.

Crawford, J. (2010). Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility. *ICSID Review-FILJ*, Vol.25, Issue 1, pp.127-199.

Cremades, B. M. (2012). Good Faith in International Arbitration. *American University International Law Review*, Vol.27, Issue 4, pp.761-789.

Crow, K. & Escobar, L. L. (2018). International Corporate Obligations, Human Rights and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?. *Boston University International Law Journal*, Vol.36/1, pp.87-118.

Cutler, J.W. (1933). The Treatment of Foreigners in Relation to the Draft Convention and Conference of 1929. *American Journal of International Law*, Vol.27, pp.225-230.

Çalışkan, Z. (2010). Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 29 (0), s.85-118.

Davies, A. (2012). Scoping the Boundary between the Trade Law and Investment Law Regimes: When does a Measure Relate to Investment?. *Journal of International Economic Law*, Vol. 15/3, pp. 794-795.

DeMerieux, M. (2001). Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.21, No.3, pp.521-561.

Demirkol, B. (2015). The Notion of 'Investment' in International Investment Law. *The Turkish Commercial Law Review*, Vol.1, Issue 1, pp.49-50.

Demirkol, B. (2015). Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2015/2, s.163.

Deng, F. M. (2010). From 'Sovereignty as Responsibility' to the 'Responsibility to Protect'. *Global Responsibility to Protect*, Vol.2, No 4, pp.353-370.

Desierto, D. (2012). The International Court of Justice in the Settlement of International Investment Disputes. *Journal of Dispute Prevention and Resolution*, Vol.1, No.1, pp.1-46.

Detter, I. (1966). The Problem of Unequal Treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.15, pp.1078-1081.

Dhar, B. & Chaturvedi, S. (1998). Multilateral Agreement on Investment: An Analysis. *Economic and Political Weekly*, Vol.33, No.15, pp.837-849.

Dhooge, L. J. (2001). The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of *Metaclad Corporation v. United Mexican States*. *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol.10, pp.209-289.

DiMascio, N. & Pauwelyn, J. (2008). Non-discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?. *The American Journal of International Law*, Vol.102/48, pp.48-89.

Dodge, W. S. (2002). *Loewen v. United States*: Trials and Errors Under NAFTA Chapter Eleven. *DePaul Law Review*, Vol.52, pp.563-578.

Dolzer, R. (2005). Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties. *The International Lawyer*, Vol.39/1, pp.87-106.

Dolzer, R. (2005). The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law. *NYU Journal of International Law & Policy*, Vol.37, p.970.

Dolzer, R. (2014). Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.12, pp.9-33.

Donoho, D. (2006). Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.35, pp.1-52.

Dougherty, K. (2007). *Methanex v. United States*: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.27, Issue 3, pp.735-754.

Douglas Z. (2006). Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental, Eureko and Methanex*. *Arbitration International*, Vol.22, pp.27-51.

Douglas, Z. (2004). The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, Vol.74, p.178.

Douglas, Z. (2011). The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.2, No.1, pp.97-113.

Draguiev, D. (2014). Bad Faith Conduct of States in Violation of the 'Fair and Equitable Treatment' Standard in International Investment Law and Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.5, No.2, pp.273-305.

Drucker, A. (1966). Restitution in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.15, No.1, pp.263-269; Buxbaum, R. M. (2005). A Legal History of International Reparations. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.23, Issue 2, pp.314-346.

Duchesne, M. S. (2004). The Continuous-Nationality-of-Claims Principle: Its Historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes. *George Washington International Law Review*, Vol.36(4), pp.783-816.

Dudley, L. (2016). Until We Achieve Universal Peace: Implications of the International Law Commission's Draft Articles on the "Effects of Armed Conflict on Treaties". *American University National Security Law Brief*, Vol.6, Issue 1, pp.13-36.

Dugard, J. (2004). Fifth Report On Diplomatic Protection, Document A/CN.4/538. http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_538.pdf (erişim tarihi 02.11.2017).

Dumberry, P. (2007). Obsolete and Unjust: The Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession. *Nordic Journal of International Law*, Vol.76, No.2, pp.153-184.

Dumberry, P. (2010). Are BITs Representing the 'New' Customary International Law in International Investment Law. *Penn State International Law Review*, Vol.28, Number 4, pp.676-701.

Dumberry, P. (2010). The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule Of Customary International Law Crystallised?. *Michigan State Journal of International Law*, Vol.18/3, pp.353-374.

Dumberry, P. (2012). Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, Issue 1, pp.205-242.

Dumberry, P. (2014). Denial of Justice under NAFTA Article 1105: A Review of 20 Years of Case Law. *ASA Bulletin*, Vol.32, No.2, pp.246-264.

Dumberry, P. (2014). The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration*, Vol.31, Issue 1, pp.47-74.

Dumberry, P. (2017). Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.8, Issue 1, pp.155-178.

Dupont, C. & Schultz, T. (2016). Towards a New Heuristic Model: Investment Arbitration as a Political System. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.7, p.16.

Dupuy, P. M. (1999). The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. *New York University Journal of International Law & Policy*, Vol.31, p.797.

Engel, K.H. (1997). State Environmental Standard-Setting: Is There a Race and Is It to the Bottom. *Hastings Law Journal*, Vol.48, p.271.

Fardeeva, I. N. & Kuzmenko, V. I. (2017). The Position of Russian Constitutional Court on Execution of European Court of Human Rights. *Journal of Scientific Study*, Vol.5, Issue 6, pp.171-175.

Fauchald, O. K. (2008). The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis. *European Journal of International Law*, Vol.19, p.312.

Feingold, C. S. (1977). Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights. *Notre Dame Law Review*, Vol.53, Issue 1, pp.90-106.

Feldman, M. (2012). Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.27, Issue 2, pp.281-302.

Feldman, M. (2017). Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy and Balance of Power. *ICSID Review-FILJ*, Vol.32, Issue 3, pp.528-544.

Feldman, M. B. (1987). The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards. *ICSID Review-FILJ*, Vol.2, Issue 1, pp.85-110.

Feuerle, P. (1977). International Arbitration and Choice of Law under Art.42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes. *Yale Studies in World Public Order*, Vol.4, pp.118-119.

Figueiredo, R. C. (2011). Mobil v. Venezuela: The Nationality Requirement Under the ICSID Convention. *Arbitration Law Review*, Vol.3, pp.25-46.

Finke, J. (2010). Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?. *European Journal of International Law*, Vol.21, Issue 4, pp.853-881.

Fleig-Goldstein, R. M. (2017). The Russian Constitutional Court versus the European Court of Human Rights: How the Strasbourg Court Should Respond to Russia's Refusal to Execute ECtHR Judgments. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.56, pp.172-218.

Fleury, R. P. S. (2015). Umbrella Clauses: A Trend towards Its Elimination. *Arbitration International*, Vol.31, pp.679-691.

Flickema, T. O. (1968). The Settlement of the Paraguayan-American Controversy of 1859: A Reappraisal. *The Americas*, Vol.25, No.1, pp.49-69.

Flood, J. (2007). Lawyer as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.14, Issue 1, pp.35-66.

Focarelli, C. (2013). Denial of Justice. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, October, pp.1-2.

Foster, C. E. (2015). A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as "Internationalized Public Law". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.64, pp.461-485.

Foster, G. K. (2012). Recovering "Protection and Security": The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning and Key Current Significance. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.45, pp.1095-1156.

Foulke, R. R. (1919). Definition and Nature of International Law. *Columbia Law Review*, Vol.19, No.6, pp.429-466.

Fouret, J. & Daureu, P. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Enforcement of the Yukos Awards: A Second Noga Saga or a New Sedelmayer Fight?. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.336-344.

Fox, H. (1996). State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property?. *Arbitration International*, Vol.12, No.1, pp.89-94.

Francioni, F. (2009). Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *European Journal of International Law*, Vol.20, pp.729-747.

Franck, S. D. (2005). The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, Vol.73, Issue 4, pp.1521-1625.

Franck, S. D. (2007). Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration. *North Carolina Law Review*, Vol.86, pp.1-88.

Franck, S. D. (2009). Development and Outcomes of Investment Arbitration Awards. *Harvard International Law Journal*, Vol.50, Number 2, pp.435-489.

Franck, S. D. (2009). International Investment Arbitration: Winning, Losing and Why. *Columbia FDI Perspectives*, Vol.7, pp.1-3.

Fraser, H. S. (1926). Sketch of the History of International Arbitration. *Cornell Law Review*, Vol.11, pp.179-208.

Friedland, P. & Brumpton, P. (2012). Rabid Redux: The Second Wave of Abusive ICSID Annulments. *American University International Law Review*, Vol.27/4, p.760.

Frouville, O. (2007). Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Preliminary Objections: The Unfinished Story of Diplomatic Protection. *Sorbonne-Assas Law Review*, pp.3-4. http://lawreview.u-paris2.fr/sites/default/files/publication/pdf/olivier_de_frouville-ahmadou_sadio_diallo.pdf (erişim tarihi 04.10.2017).

Frutos-Peterson, C. (2002). Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia (ICSID Case No.ARB/99/2): Introductory Note. *ICSID Review-FILJ*, Vol.17, Issue 2, pp.393-394.

Fry, J. D. & Repousis, O. G. (2015). Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals. *Arbitration International*, Vol.31, Issue 2, pp.213-259.

Fry, J. D. & Stampalija, J. I. (2014). Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes. *Arbitration International*, Vol.30, pp.210-246.

Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.18, pp.143-147.

Gadelshina, E. R. (2012). Burden of Proof Under the 'Denial-of-Benefits' Clause of the Energy Charter Treaty: Actori Incumbit Onus Probandi?. *Journal of International Arbitration*, Vol.29, Issue 3, pp.269-284.

Gaillard, E. & Banifatemi, Y. (2003). Introductory Note to Icsid: Salini Costruttori Spa And Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco (Proceeding On Jurisdiction). *International Legal Materials*, Vol.42(3), pp.606-608.

Gaillard, E. & Banifatemi, Y. (2004). The Meaning of 'And' in Article 42(1), Second Sentence of Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process. *ICSID Review-FILJ*, Vol.18/2, pp.375-411.

Gaillard, E. (1988). Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses. *ICSID Review-FILJ*, Vol.3, Issue 1, pp.136-146.

Gaillard, E. (1990). The Enforcement of ICSID Awards in France: The Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI Case. *ICSID Review-FILJ*, Vol.5, Issue 1, pp.69-72.

Gaillard, E. (2004). Introductory Note to International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Azurix v. The Argentine Republic. *International Legal Materials*, Vol.43/2, pp.259-261.

Garcia Amador, F. V. (1957). State Responsibility. Document A/CN.4/106, ILC Yearbook II, p.104.

Garcia-Bolivar, O. E. (2009). Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol.24/2, pp.464-488.

Garcia-Mora, M. R. (1950). The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law. *Marquette Law Review*, Vol.33, Issue 4, pp.205-219.

Gastrell, L. & Cannu, P. L. (2015). Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, No.1, pp.78-97.

Gaukrodger, D. (2010). Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors. OECD Working Papers on International Investment, 2010/02, OECD Publishing, pp.21-23.

Gaukrodger, D. (2014). Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice. *OECD Working Papers on International Investment*, No.2014/03, OECD Publishing, pp.6-72.

Gazzini, T. (2007). The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, No.5, pp.691-715.

Gazzini, T. (2009). General Principles of Law in the Field of Foreign Investment. *Journal of World Investment & Trade*, Vol.10, pp.108-109.

Gazzini, T. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Provisional Application of the ECT in the Yukos Case. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.293-302.

Gehne, K. & Brillo, R. (2017). Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. Working Paper 143, Martin Luther University Halle-Wittenberg, pp.2-49.

Geib, R. & Hilf, M. (2014). Most-Favoured-Nation Clause. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, July, pp.2-7.

Geiger, R. (1998). Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, Vol.31, Issue 3, pp.467-475.

Gent, S. E. (2013). The Politics of International Arbitration and Adjudication. *PennState Journal of & International Affairs*, Vol.2, Issue 1, p.66.

Ghandhi, S. (2011). Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case. *Human Rights Law Review*, Vol.11, Issue 3, pp.527-555.

Giannakopoulos, C. (2017). Reconceptualising 'Failure to State Reasons' as a Ground for Annulment Under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.8, No.1, pp.125-154.

Gibson, C. S. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: A Classic Case of Indirect Expropriation. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.303-314.

Gill, L. M. (1989). The Nature of Arbitration: The Blurred Line between Mediatory and Judicial Arbitration Proceedings. *Case Western Reserve Law Review*, Vol.39, Issue 2, pp.545-555.

Gill, S. (1995). Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. *Millennium: Journal of International Studies*, Vol.24, Issue 3, p.399.

Gleason, E. E. (2007). International Arbitral Appeals: What are We so Afraid of. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.7(2), pp.269-294.

Goold, B. J. & Lazarus, L. & Swiney, G. (2007). Public Protection, Proportionality and the Search for Balance. *Ministry of Justice Research Series*, Vol.10, No.7, pp.1-53.

Gordon, K. & Pohl J. (2015). Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World. *OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02, OECD Publishing, pp.5-36.

Gordon, K. & Pohl, J. (2011). Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey. *OECD Working Papers on International Investment*, Vol.2011/01, OECD Publishing, pp.7-27.

Gordon, R. (2009). The Dawn of a New: New International Economic Order?. *Law and Contemporary Problems*, Vol.72/131, pp.131-162.

Gölcüklü, İ. (2017). Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration. *Public and Private International Law Bulletin*, Vol.37, No.2, p.357.

Grabowski, A. (2014). The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, Article 13, pp.287-309.

Grant, K. (2015). The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, Vol.11(108), No.6, pp.3-38.

Graving, R. J. (1989). The International Commercial Arbitration Institutions: How Good a Job are They Doing?. *American University International Law Review*, Vol.4, Issue 2, pp.319-376.

Gray, C. (1999). The Choice between Restitution and Compensation. *European Journal of International Law*, Vol.10, Issue 2, pp.413-423.

Greenwood, C. (2011). The Role of the International Court of Justice in the Global Community. *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol.17, pp.241-252.

Guiguo, W. (2014). The Icsid Annulment Mechanism: Practice, Problems and Alternatives. *China Legal Science*, Vol.2(2), pp.29-54.

Guillaume, G. (2011). The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.2, No.1, pp.5-23.

Guntrip, E. (2018). Private Actors, Public Goods and Responsibility for the Right to Water in International Investment Law: An Analysis of Urbaser v. Argentina. Brill Open Law, Research Article, pp.1-24.

Guruswamy, L. (2010). State Responsibility in Promoting Environmental Corporate Accountability. *Fordham Environmental Law Review*, Vol.21, No.1, pp.209-237.

Guzman, A. T. (1997). Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Vol.38, pp.639-688.

Guzman, A. T. (2005). Saving Customary International Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol.27, Issue 1, pp.115-176.

Gündüz, A. (2015). *Milletlerarası Hukuk*. Reşat Volkan Günel (ed), Beta Yayınları, s.3-176.

Haeri, H. (2011). A Tale of Two Standards: 'Fair and Equitable Treatment' and the Minimum Standard in International Law: The Gillis Wetter Prize. *Arbitration International*, Vol.27, Issue 1, pp.27-46.

Hafner, G. (2004). Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, Issue 4, pp.849-850.

Halabi, S. (2011). Efficient Contracting Between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.31, pp.261-312.

Hamida, W. (2006). The First Arab Investment Court Decision. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.7, Issue 5, pp.699-721.

Han, X. (2007). The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico. *Chinese Journal of International Law*, Vol.6, Issue 3, pp.635-652.

Hansen, C. D. (2003). Mondev International Ltd. v. United States: A Case Study of the Potential Risks of NAFTA's Ever Expanding Arbitration Provisions. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol.29, No.2, pp.351-388.

Harrison, J. (2013). The International Law Commission and the Development of International Investment Law. *George Washington International Law Review*, Vol.45(3), pp.413-442.

Hatchondo, J. C. & Martinez, L. (2011). Legal Protection to Foreign Investors. *Economic Quarterly*, Vol.97, No.2, pp.175-187.

Hathaway, O. A. (2007). Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?. *Journal of Conflict Resolution*, Vol.51, pp.588-621.

Hazenberg, J. L. J. (2016). Transnational Corporations and Human Rights Duties: Perfect and Imperfect. *Human Rights Review*, Vol.17, Issue 4, pp.479-500.

Heine, L. H. (1982). Impasse and Accommodation: The Protection of Private Direct Foreign Investment in the Developing States. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.14, Issue 3, pp.465-492.

Heller, K. J. (2018). Specially-Affected States and the Formation of Custom. *American Journal of International Law*, Vol.112, Issue 2, pp.191-243.

Herdegen, M. (2014). International Economic Law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, pp.1-4.

Hernandez, G. I. (2017). Delagoa Bay Railway Arbitration. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. August, pp.1-3.

Hirsch, M. (2011). Sources of International Investment Law. International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law, Research Paper, No.5, pp.13-18.

Hober, K. (2010). Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, Issue 1, pp.153-190.

Hodgson, M. & Stewart, M. (2018). Experts in Investor-State Arbitration: The Tribunal as Gatekeeper. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.9, Issue 3, pp.453-463.

Hollis, D. B. (2005). Why State Consent Still Matters: Non-State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.23, Issue 1, p.158.

Hoss, C. (2011). Satisfaction. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.2-6.

Howard, D. M. (2017). Creating Consistency Through a World Investment Court. *Fordham International Law Journal*, Vol.41, Issue 1, pp.27-32.

Howard, W. M. (1993). The Evolution of Contractually Mandated Arbitration. *Dispute Resolution Journal*, Vol.48, No.3, p.28.

Hussein, M. (2015). Toward Balanced Arab Regional Investment Regulations. CCSI, Columbia FDI Perspectives, Paper No.163, pp.1-3.

Irwin, D. A. (1991). Mercantilism as Strategic Trade Policy: The Anglo-Dutch Rivalry for the East India Trade. *The Journal of Political Economy*, Vol.99, No.6, pp.1296-1314.

İplikci, A. (2017). Kolonyalizm ve Emperyalizm Üzerine Bir Değerlendirme. *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 21(4), s.1527-1540.

Jackson, J. H. (1999). Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. *New York University Journal of International Law and Policy*, Vol.31, p.824.

Jenks, C. W. (1953). The Conflict of Law-Making Treaties. *British Yearbook of International Law*, Vol.30, p.403 vd.

Jia, B. B. (2010). The Relations between Treaties and Custom. *Chinese Journal of International Law*, Vol.9, pp.81-109.

Johnson, D. H. N. (1956). The Ambatielos Case. *The Modern Law Review*, Vol.19, No.5, pp.510-517.

Johnson, O. T. & Gimblett, J. (2011). From Gunboats To BITs: The Evolution of Modern International Investment Law. *Yearbook on International Investment Law & Policy*. Oxford University Press. pp.649-692.

Jones, J. M. (1956). The Nottebohm Case. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.5, No.2, pp.230-244.

Jones, W. C. (1956). Three Centuries of Commercial Arbitration in New York: A Brief Survey. *Washington University Law Quarterly*, Vol.1956, Issue 2, pp.193-219.

Juillard, P. (2001). Bilateral Investment Treaties in the Context of Investment Law. Conference Paper in Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe, 28-29 May 2001, Dubrovnik, Croatia, pp.1-6.

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/1894794.pdf> (erişim tarihi 06.12.2017).

Juillard, P. (2007). Calvo Doctrine/Calvo Clause. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, p.1.

Junngam, N. (2018). The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured from?. *American University Business Law Review*, Vol.7, No.1, pp.1-100.

Juratowitch, B. (2011). Diplomatic Protection of Shareholders. *British Yearbook of International Law*, Volume 81, Issue 1, pp.281–323.

Kahn, P. (1968). The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes. *Indiana Law Journal*, Vol.44, p.28.

Kalicki, J. E. & Silberman, M. B. (2012). Case Comment: Spyridon Roussalis v. Romania. *ICSID Review-FILJ*, Vol.27, No.1, pp.9-15.

Kapeliuk, D. (2010). The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators. *Cornell Law Review*, Vol.96, Issue 1, pp.47-90.

Karamanian, S. L. (2017). The Role of International Human Rights Law in Re-Shaping Investor-State Arbitration. *International Journal of Legal Information*, Vol.45, Issue 1, pp.34-41.

Karazivan, N. (2007). Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially. *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.44, pp.299-352.

Karl, J. (1996). The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad. *ICSID Review-FILJ*, Vol.11, pp.1-10.

Karton, J. (2017). Choice of Law and Interpretive Authority in Investor-State Arbitration. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Vol.3, pp.217-268.

Katz, R. L. (2016). Modeling and International Investment Court after the World Trade Organization Dispute Settlement Body. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol.22, pp.179-181.

Kelsen, H. (1944). The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization. *The Yale Law Journal*, Vol.53, No.2, pp.207-220.

Knight, S. J. & O'Brien, A. J. (2008). Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights: Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo). *Melbourne Journal of International Law*, Vol.9, pp.15-16.

Knight, S.J. & O'Brien, A.J. (2008). Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights: Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo). *Melbourne Journal of International Law*, Vol.9, pp.4-5.

Koskenniemi, M. (2007). Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.8, p.22.

Koskenniemi, M. (2011). Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism. *Rechtsgeschichte-Legal History*, Vol.19, pp.152-173.

Koskenniemi, M. (2011). Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View. *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol.27/2, pp.215-240.

Kreindler, R. H. & Kopp, T. (2013). International Commercial Arbitration. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, November, pp.3-4.

Kriebaum, U. (2007). Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, pp.729-743.

Kriebaum, U. (2009). Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration. *Journal of World Investment Trade*, Vol.10(5), pp.653-678.

Kriebaum, U. (2013). Foreign Investments & Human Rights: The Actors and Their Different Roles. *Journal of Transnational Dispute Management*, Vol 10-1. p.1.

Kriebaum, U. (2015). The State's Duty to Protect Human Rights Investment and Human Rights. http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Kriebaum/Publikationen/states_duty_protect_human_rights.pdf (erişim tarihi 03.11.2018).

Kriebaum, U. (2018). Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes. *ICSID Review-FILJ*, Vol.33, Issue 1, pp.14-28.

Kubiatowski, S. (1991). The Case of Elettronica Sicula SPA: Toward Greater Protection of Shareholders' Rights in Foreign Investments. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.29, p.226.

Kuhn, A. K. (1928). The Mavrommatis Case on Readaptation of the Jerusalem Concessions. *American Journal of International Law*, Vol.22, No.2, pp.383-385.

Kunz, J. L. (1960). The Nottebohm Judgment. *American Journal of International Law*, Vol.54, Issue 3, pp.536-571.

Kurtz, J. (2009). The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and Its Discontents. *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, pp.749-771.

Legum, B. & Kirtley, W. (2012). The Status of the Report of the Executive Directors on the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol.27, No.1, pp.159-171.

Legum, B. (2005). Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration. *Dispute Resolution journal*, Vol.60, p.73.

Leigh, G. I. F. (1971). Nationality and Diplomatic Protection. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.20, Issue 3, pp.453-475.

Leite, K. (2016). The Fair And Equitable Treatment Standard: A Search For A Better Balance In International Investment Agreements. *American University International Law Review*, Vol.32, issue 1, pp.363-401.

Leong, C. Y. & Vivekananda, N. (2015). Non-discrimination between Foreign and Domestic Investment in ASEAN. *Journal of International Arbitration*, Vol.32, Issue 4, pp.387-412.

Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, Issue 1, pp.200-224.

Leys, D. (2015). Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach. *Harvard International Law Journal*, Vol.57, pp.1-14.

- Llamzon, A. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: *The State of the 'Unclean Hands' Doctrine in International Investment Law: Yukos as both Omega and Alpha*. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.315-325.
- Lillich, R. B. (1971). Two Perspectives on the Barcelona Traction Case. *American Journal of International Law*, Vol.65, Issue 3, pp.522-532.
- Lipstein, K. (1945). The Place of the Calvo Clause in International Law. *British Yearbook of International Law*, Vol.24, p.130.
- Lipstein, K. (1957). The Ambatielos Case: Last Phase. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.6, pp.643-656.
- Lissitzyn, O. J. (1955). Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala). *American Journal of International Law*, Vol.49, No.3, pp.396-403.
- Livesey, A. (2018). Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic. *World Trade Review*, Vol.17, Issue 1, pp.175-178.
- Loewenfeld, E. (1948). Some Legal Aspects of the Immunity of State Property. *Transactions of the Grotius Society*, Vol.34, pp.111-126.
- Lowe V. (2004). Regulation or expropriation. *Transnational Dispute Management*, Vol.1/3, p.4-5.
- Lukashuk, I. I. (1989). The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law. *American Journal of International Law*, Vol.83, Issue 3, pp.513-518.
- Lutzker, M. A. (1982). Max Weber and the Analysis of Modern Bureaucratic Organization: Notes Toward a Theory of Appraisal. *American Archivist*, Vol.45, No.2, pp.119-130.
- Macassey, L. (1938). International Commercial Arbitration: Its Origin, Development and Importance. *American Bar Association Journal*, Vol.24, No.7, pp.518-524.
- Macklin, A. (2017). Is it Time to Retire Nottebohm? *American Journal of International Law Unbound*, Vol.111, pp.492-497.
- Malin, M. H. (2001). Privatizing Justice but By How Much? Questions Gilmer Did Not Answer. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.16/3, pp.589-631.

Maniruzzaman, A. (1999). Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview. *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol.8, pp.57-77.

Mann, F. A. (1973). The Protection of Shareholders' Interests in the light of the Barcelona Traction Case. *American Journal of International Law*, Vol.67(2), pp.259-274.

Mann, F. A. (1981). British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. *British Yearbook of International Law*, Vol.52, pp.241-244.

Mann, F. A. (1992). Foreign Investment in the International Court of Justice: The ELSI Case. *American Journal of International Law*, Vol.86, Issue 1, pp.92-102.

Marboe, I. (2006). Compensation and Damages in International Law: The Limits of Fair Market Value. *Journal of World Investment & Trade*, Vol.7, pp.723-759.

Marboe, I. (2007). AAPL v. Sri Lanka Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, January, pp.1-2.

Markert, L. (2010). Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.3, p.243.

Mascarenhas, V. (2007). Introductory Note to the Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo) (Preliminary Objections). *International Legal Materials*, Vol.46, No.4, pp.709-711.

Masood, A. (1973). Law Applicable in Arbitration of Investment Disputes under the World Bank Convention. *Journal of the Indian Law Institute*, Vol.15, p.319.

Maupin, J. A. (2014). Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach. *Virginia Journal of International Law*, Vol.54, No.2, pp.367-435.

Mayedá, G. (2007). Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties. *Journal of World Trade*, Vol.41, Issue 2, pp.273-291.

McCarthy, F. (2017). Protection of Property and the European Convention on Human Rights. *Property Rights Conference Journal*, Vol.6, pp.299-328.

McGoldrick, D. (2016). A Defence of The Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by The Human Rights Committee. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.65, Issue 1, pp.21-60.

McLachlan, C. (2005). The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.54, p.280.

McMenamin, M. (2013). State Immunity Before the International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol.44/1, pp.189-219.

McNair, A. (1957). The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations. *British Yearbook of International Law*, Vol.33, pp.1-19.

McRae, D. (2014). The World Trade Organization and International Investment Law: Converging Systems - Can the Case for Convergence be Made? *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol.9, pp.13-23.

Meron, T. (1957). Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsibility of States. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.6, No.2, pp.273-289.

Merry, S. E. (1988). Legal Pluralism. *Law & Society Review*, Vol.22, pp.869-896.

Mills, A. (2014). Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, Vol.84, Issue 1, pp.187-239.

Mistelis, M. A. & Baltag, C. M. (2009). Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty. *Penn State Law Review*, Vol.113/4, pp.1301-1321.

Moloo, R. & Khachaturian, A. (2011). The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law. *Fordham International Law Journal*, Vol.34, Issue 6, pp.1473-1501.

Morrison, A. S. (2016). Law is the Command of the Sovereign: H. L. A. Hart Reconsidered. *Ratio Juris*, Vol.29, Issue 3, pp.364-384.

Mortenson, J. D. (2010). The Meaning of "Investment": ICSID's *Travaux* and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, Vol.51, No.1, pp.257-318.

Moses, M. (2005). Privatized Justice. *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol.36, pp.535-550.

Muchlinski, P. T. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?. *The International Lawyer*, Vol.34, No.3, pp.1033-1053.

Muchlinski, P. T. (2014). Corporations in International Law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, pp.4-5.

Mummery, D. R. (1964). The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies. *American Journal of International Law*, Vol.58, Issue 2, pp.389-414.

Murphy, S. D. (1991). The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice. *Yale Journal of International Law*. Vol.16, Issue 2, pp.392-452.

Mus, J. B. (1998). Conflicts between Treaties in International Law. *Netherlands International Law Review*, Vol.45, Issue 2, pp.208-232.

Naewmalee, K. (2017). Indirect Expropriation: Property Rights Protection, State Sovereignty to Regulate and the General Principles of Law. Doctor of Philosophy Thesis, School of Law, University of Wollongong, pp.80-165. <https://ro.uow.edu.au/theses1/157> (erişim tarihi 17.09.2018).

Nassar, N. (1997). Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel. *Journal of International Arbitration*, Vol.14, p.196.

Nerets, V. (2011). Nationality of Investors in ICSID Arbitration. RGSL Research Papers, No.2, pp.28-39.

Neumayer, E. (1999). Multilateral Agreement on Investment: Lessons for the WTO from the Failed OECD Negotiations. *Wirtschaftspolitische Bloetter*, Vol.46, No.6, pp.618-628.

Newcombe A. (2005). The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. *ICSID Review-FILJ*, Vol.20/1, pp.1-57.

Newcombe, A. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: An Introduction to the Agora. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 2, pp.283-292.

Ng'ambi, S. P. (2015). Permanent Sovereignty Over Natural Resources and the Sanctity of Contracts, From the Angle of Lucrum Cessans. *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol.12, Issue 2, pp.153-172.

Nikiema, S. H. (2013). Compensation for Expropriation. IISD Best Practices Series, March, p.2.

Nmehielle, V. O. (2001). Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention). *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol.7, Issue 1, pp.21-48.

Nunnenkamp, P. & Pant, M. (2003). Why the Case for a Multilateral Agreement on Investment is Weak. Kiel Institute for the World Economy, *Kieler Diskussionsbeiträge*, No. 400, pp.3-35.

O'Connor, L. A. (1983). The International Law of Expropriation of Foreign-Owned Property: The Compensation Requirement and the Role of the Taking State. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol.6, p.356.

Oliver, C. T. (1972). The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment. *The American Journal of International Law*, Vol.66/5, pp.763-784.

Onuma, Y. (2003). International Law in and with International Politics: Functions of International Law in International Society. *European Journal of International Law*, Vol.14, No.1, pp.105-139.

Orakhelashvili, A. (2001). The Position of the Individual in International Law. *California Western International Law Journal*, Vol.31, pp.241-276.

Orakhelashvili, A. (2007). Interpretation of Jurisdictional Instruments in International Dispute Settlement. *LPICT*, Vol.6, pp.159-188.

Orakhelashvili, A. (2008). The Normative Basis of "Fair and Equitable Treatment": General International Law on Foreign Investment?. *Archiv des Völkerrechts*, Vol.46, No.1, pp.74-105.

Ostien, P. (1998). The Logical Form of Orders Backed by Threats: The Command Theory of Positive Law Defended. *University of Jos Law Journal*, Vol. 6, pp.69-85.

Önal, A. (2017). Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, s.576-610.

Palenzuela, A. L. (1991). The International Court of Justice and the Standing of Corporate Shareholders under International Law: *Elettronica Sicula v. Raytheon* (US v. Italy). *University of Miami Yearbook of International Law*, Vol.1, pp.292–308.

Paparinskis, M. (2010). The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol.3, pp.2-18.

Paparinskis, M. (2011). MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?. *ICSID Review-FILJ*, Vol.26(2), pp.14-58.

Paparinskis, M. (2013). Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, Vol.24, No.2, pp.617-647.

Paparinskis, M. (2016). Circumstances Precluding Wrongfulness in International Investment Law. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, No.2, pp.484-503.

Paris, F. & Ghei, N. (2003). The Role of Reciprocity in International Law. *Cornell International Law Journal*, Vol.36, Issue 1, pp.93-123.

Parish, M. T. & Newlson, A. K. & Rosenberg, C. B. (2011). Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, Issue 1, pp.225-245.

Park, W. W. (2010). Arbitrators and Accuracy. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, No.1, pp.25-53.

Parker, S. L. (2012). A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Arbitration Brief*, Vol.2, Issue 1, pp.30-63.

Parlett, K. (2007). Role of Diplomatic Protection in the Protection of Foreign Investments. *The Cambridge Law Journal*, Vol.66, No.3, pp.533-535.

Parlett, K. (2016). Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.31, Issue 2, pp.434-456.

Partalçı, R. (2016). Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen "Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 36, Sayı 2, s.131-162.

Paulsson, J. (1987). Third World Participation in International Investment Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.2, Issue 1, pp.19-65.

Paulsson, J. (1995). Arbitration without Privity. *ICSID Review-FILJ*, Vol.10, Issue 2, pp.232-257.

Paulsson, J. (2004). Continuous Nationality in Loewen. *Arbitration International*, Vol.20, No.2, pp.213-216.

Paulus, A. (2011). Treaties of Friendship, Commerce and Navigation. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March, pp.1-3.

Pauwelyn, J. (2014). At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System. *ICSID Review-FILJ*, Vol.29, pp.372-418.

Pelinescu, E. & Radulescu, M. (2009). The Impact of Foreign Direct Investment on the Economic Growth and Countries' Export Potential. *Romanian Journal of Economic Forecasting*, Vol.4, pp.153-169.

Peng, B. (2013). The International Law Commission's Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change. *Asian Journal of International Law*, Vol.3, Issue 1, pp.51-76.

Perez, V. J. T. (2012). Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, Issue 2, pp.445-475.

Peters, P. (1997). Exhaustion of Local Remedies: Ignored in Most Bilateral Investment Treaties. *Netherlands International Law Review*, Vol.44, pp.233-243.

Petersmann, E. U. (2006). Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.27, p.280.

Peterson, L. E. & Gray, K. R. (2003). International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration. The International Institute for Sustainable Development, Research Paper, Number 3, pp.37-38.

Picciotto, S. (1998). Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.19, pp.731-768.

Plakocefalos, I. (2015). Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity. *European Journal of International Law*, Vol.26, Issue 2, pp.471-492.

Polson, L. N. S. (2014). Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties. *International Studies Quarterly*, Vol.58, p.2.

Porterfield, M. (2011). State Practice and the (Purported) Obligation Under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory

Expropriations. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol.37, pp.159-197.

Porterfield, M. C. (2015). Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come?. *The Yale Journal of International Law*, Vol.41, pp.1-12.

Potesta, M. (2011). The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws. *Arbitration International*, Vol.27, Issue 2, p.153.

Potesta, M. (2013). Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. *ICSID Review-FILJ*, Vol.28, Issue 1, pp.88-122.

Potter, P. (1953). Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction). *American Journal of International Law*, Vol.47/1, pp.114-115.

Potter, P. B. (1968). Bases and Effectiveness of International Law. *American Journal of International Law*, Vol.63, No.2, p.270.

Puig, S. & Kinnear, M. (2010). NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration. *ICSID Review-FILJ*, Vol.25, Issue 2, pp.225-267.

Puig, S. (2013). Recasting ICSID's Legitimacy Debate: Towards a Goal-Based Empirical Agenda. *Fordham International Law Journal*, Vol.36, pp.465-504.

Puig, S. (2014). No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.35/3, pp.829-861.

Puig, S. (2015). The Merging of International Trade and Investment Law. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.33, pp.1-59.

Puraite, A. & Deviatnikovaite, L. (2013). The Right to a Healthy and Safe Environment in the Case-Law of the European Court of Human Rights. *Journal of International Security*, Vol.1, pp.17-32.

Rabasa, E. O. (1974). The Charter of Economic Rights and Duties of States. *ASIL Proceedings*, Cambridge University Press, Vol.68, pp.302-305.

Rabello, A. M. (2004). Non Liqueur: From Modern Law to Roman Law. *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol.10, Issue 1, pp.1-25.

Radi, Y. (2007). The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'. *European Journal of International Law*, Vol.18, Issue 4, pp.757-774.

Rao, P. S. (2004). Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, p.929.

Ratner, S. (2017). Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction. *University of Michigan Law School, Law & Economics Working Papers*, Vol.131, p.1.

Redfern, A. (2004). Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly. *Arbitration International*, Vol.20, p.242.

Reinisch, A. (2007). Maffezini v. Spain Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, August, pp.1-2.

Reinisch, A. (2007). Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.8, pp.191-214.

Reisman, M. W. (1969). International Non-Liquet: Recrudescence and Transformation. *The International Lawyer*, Vol.3, No.4, pp.770-786.

Reisman, W. M. (2000). The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold. *ICSID Review-FILJ*, Vol.15, pp.374-375.

Reuben, R. C. (1997). Public Justice: Toward A State Action Theory Of Alternative Dispute Resolution. *California Law Review*, Vol.85, Issue 3, pp.577-641.

Revesz, R. V. (1992). Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation. *New York University Law Review*, Vol.67, p.1210.

Rivers, J. (2006). Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*, Vol.65, Issue 1, p.198.

Rivers, J. (2014). The Presumption of Proportionality. *The Modern Law Review*, Vol.77, pp.412-425.

Roberts, A. (2015). Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights. *Harvard International Law Journal*, Vol.56, pp.353-417.

Robinson, S. (2014). International Obligations, State Responsibility and Judicial Review Under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime. *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol.30, No.78, pp.68-81.

Rodley, N. S. (1971). Corporate Nationality and the Diplomatic Protection of Multinational Enterprises: The Barcelona Traction Case. *Indiana Law Journal*, Vol.47, Issue 1, p.86.

Rogers, C. A. (2014). The Politics of International Investment Arbitrators. *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.12, Issue 1, pp.248-253.

Ruttenberg, V. H. (1987). The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations on the Model. *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Vol.9/1, pp.121-143.

Sacerdoti, G. (2014). Trade and Investment Law: Institutional Differences and Substantive Similarities. *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol.9, pp.1-12.

Salacuse, J. W. & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*, Vol.46, pp.67-130.

Salacuse, J. W. (2010). The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*, Vol.51, Number 2, pp.427-428.

Sanders, P. (1959). New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Netherlands International Law Review*, Vol.6, Issue 1, pp.43-59.

Sands, P. (1998). Treaty, Custom and the Cross-Fertilisation of International Law. *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol.1, p.8.

Sattorova, M. (2010). Judicial Expropriation or Denial of Justice? A Note on Saipem v. Bangladesh. *International Arbitration Law Review*, Vol.13, No.2, pp.35-41.

Sattorova, M. (2012). Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.61, Issue 1, pp.223-246.

Schachter, O. (1984). Compensation for Expropriation. *American Journal of International Law*, Vol.78, Issue 1, pp.121-130.

Schill, S. (2006). Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law. Institute for International Law and Justice, Working Paper 6, pp.2-3.

Schill, S. W. (2007). Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol.15, pp.73-118.

Schill, S. W. (2009). Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, Vol.27, Issue 2, pp.496-569.

Schill, S. W. (2011). Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. *Virginia Journal of International Law*, Vol.52, pp.57-102.

Schill, S. W. (2012). Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3, p.10.

Schill, S. W. (2015). Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward. *E15Initiative*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum, pp.2-7.

Schill, S. W. (2016). The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?. *American Society of International Law Insights*, Vol.20, Issue 9, pp.2-4.

Schill, S. W. (2017). MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath. *American Journal of International Law*, Vol.111, Issue 4, pp.914-935.

Schmalenbach, K. (2010). Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, August, p.1.

Schreuer, C. (1996). Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol.11, Issue 1, pp.37-63.

Schreuer, C. (2004). Travelling th BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.5, No.2, pp.231-256.

Schreuer, C. (2010). Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, Issue 2, pp.353-369.

Schreuer, C. (2011). From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.10, Issue 2, pp.211-225.

Schreuer, C. (2013). International Centre for Settlement Investment Disputes (ICSID). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May, p.2.

Schreuer, C. (2005). Investment Arbitration: A Voyage of Discovery. *Asian Dispute Review*, Vol.7, Issue 1, pp.23-25.

Schreuer, C. (2013). Investments, International Protection. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June, pp.2-6.

Schreuer, C. (2014). Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile: Barely an Annulment. *ICSID Review-FILJ*, Vol.29, Issue 2, pp.321-327.

Schwarzenberger, G. (1945). The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice. *British Yearbook of International Law*, Vol.XXII, pp.96-121.

Schwarzenberger, G. (1961). The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary. *Current Legal Problems*, Vol.14, Issue 1, pp.213-246.

Schwarzenberger, G. (1978). Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations. *Notre Dame Law Review*, Vol.53, p.715.

Schwebel, S. M. (2004). Investor-State Disputes and the Development of International Law: the Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, Vol.98, p.27.

Schwebel, S. M. (2005). The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. *Transnational Dispute Management*, Vol.2/5, pp.27-30.

Scott, J. B. (1907). The Legal Nature of International Law. *American Journal of International Law*, Vol.1, Issue 4, pp.831-866.

Shan, W. (2007). Is Calvo Dead?. *The American Journal of Comparative Law*, Vol.55, Issue 1, pp.123-163.

Shany, Y. (2005). Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. *European Journal of International Law*, Vol.16, No.5, pp.907-940.

Sharma, S. P. (1992). Interpretation of Bilateral Investment Treaties: The Case of Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Republic of Sri Lanka. *Asia Pacific Law Review*, Vol.1, Issue 2, pp.123-133.

Shelton, D. (2002). Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility. *American Journal of International Law*, Vol.96, Issue 4, pp.833-856.

Shihata, I. F. I. & Parra, A. R. (1994). Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention. *ICSID Review-FILJ*, Vol. 9, pp.183-213.

Shihata, I. F. I. (1986). Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review-FILJ*, Vol.1, Issue 1, pp.1-25.

Silver, G. D. (1989). Friendship, Commerce and Navigation Treaties and United States Discrimination Law: The Right of Branches of Foreign Companies to Hire Executives "Of Their Choice". *Fordham Law Review*, Vol.57, Issue 5, pp.765-784.

Simma, B. & Pulkowski, D. (2006). Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, Vol.17, No.3, pp.483-529.

Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights? *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60(3), pp.573-596.

Sinclair, A. C. (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. *Arbitration International*, Vol.20, No.4, pp.411-434.

Sinclair, A. C. (2008). ICSID's Nationality Requirements. *ICSID Review-FILJ*, Vol.23, Issue 1, pp.57-118.

Slater, T. L. (2015). Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.14, Issue 1, pp.131-154.

Slaughter, A. M. & Burke-White, W. (2006). The Future of International Law is Domestic (or the European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, Vol.47, Number 2, pp.327-352.

Sloan, J. (2011). Civilized Nations. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.1-3.

Sloane, R. D. (2009). Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality. *Harvard International Law Journal*, Volume 50, Number 1, pp.59-60.

Sornarajah, M. (1986). State Responsibility and Bilateral Investment Treaties. *Journal of World Trade*, Vol.20, p.82.

Spiermann, O. (2007). Twentieth Century Internationalism in Law. *European Journal of International Law*, Vol.18, Issue 5, pp.785-814.

Steininger, S. (2018). What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law*, Vol.31, Issue 1, pp.33-58.

Stephan, P. B. (2011). Privatizing International Law. *Virginia Law Review*, Vol.97, No.7, pp.1573-1664.

Sterio, M. (2008). The Evolution of International Law. *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol.31, Issue 2, pp.213-256.

Stevens, P. (2016). International Oil Companies: The Death of the Old Business Model. *Chatham House Reserch Paper*, May, p.4.

Stone, J. (2012). Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment. *Leiden Journal of International Law*, Vol.25, Issue 1, pp.77-107.

Sturges, W. A. (1960). Arbitration: What is It?. *New York University Law Review*, Vol.35, pp.1031-1047.

Sweet, A. S. & Cananea, G. D. (2014). Proportionality, General Principles of Law and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez. *Journal of International Law and Politics*, Vol.46, pp.911-954.

Swinehart, M. W. (2017). Reliability of Expert Evidence in International Disputes. *Michigan Journal of International Law*, Vol.38, Issue 2, pp.287-347.

Şit-Köşgeroğlu, B. (2013). Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı. *TBB Dergisi*, Sayı 107, s.143-172.

Talmon, S. (2015). Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, Vol.26, Issue 2, pp.417-443.

Tams, C. & Tzanakopoulos, A. (2010). Barcelona Traction at 40: the ICJ as an Agent of Legal Development. *Leiden Journal of International Law*, Vol.23 (4), pp.781-800.

Tams, C. J. (2006). An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. Working Paper 57, Martin Luther University Halle-Wittenberg, pp.5-43.

Tanzi, A. (1995). Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations. *European Journal of International Law*, Vol.6, pp.539-572.

Teimouri, H. & Subedi, S. P. (2018). Responsibility to Protect and the International Military Intervention in Libya in International Law: What Went Wrong and What Lessons Could Be Learnt from It?. *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 23, Issue 1, pp.3-32.

Thomas, J. C. & Dhillon, H. K. (2014). Applicable Law under International Investment Treaties. *Singapore Academy of Law Journal*, Vol.26, pp.975-998.

Timmer, L. J. E. (2012). The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre. *Journal of International Arbitration*, Vol.29, Issue 4, pp.363-373.

Timmer, L. J. E. (2013). Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.14, Issue 5, pp.775-803.

Titi, C. (2014). Investment Arbitration in Latin America The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. *Arbitration International*, Vol.30, Issue 2, pp.357-386.

Titi, C. (2016). The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead. *Transnational Dispute Management*, Vol.1, p.43.

Tomka, P. (2007). Elettronica Sicula Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, February, p.1-2.

Tomuschat, C. (2011). The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.44, pp.1105-1140.

Tondapu, G. S. (2010). International Institutions and Dispute Settlement: The Case of ICSID. *Bond Law Review*, Vol.22, Issue 1, pp.81-95.

- Toth, J. (2014). The Genuine Link Principle in Nationality Law. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, Vol.201, pp.45-56.
- Trakman, L. (2008). Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2, p.625.
- Trevino, C. J. (2014). State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor–State Arbitration Under the Same Treaty. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.5, Issue 1, pp.199-233.
- Tunic, D. (1998). The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection. *Thesaurus Acroasium*, Vol. XXIII, p.454.
- Uchkunova, I. & Temnikov, O. (2013). Enforcement of Awards under ICSID Convention: What Solutions to the Problem of State Immunity?. *ICSID Reivew-FILJ*, Vol. 29, Issue 1, pp.187-211.
- Uerpmann-Wittzack, R. (2013). Mavrommatis Concessions Cases. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March, pp.1-3.
- Van Aaken, A. (2009). Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16, Issue 2, pp.483-512.
- Van Aaken, A. (2009). International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis. *Journal of International Economic Law*, Vol.12, p.507 vd.
- Van Boven, T. C. (1977). The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal. *Bulletin of Peace Proposals*, Vol.8, No.3, pp.198-208.
- Van Harten, G. & Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, Vol.17, p.121.
- Van Harten, G. (2008). A Case for An International Investment Court. Osgoode Hall Law School of York University, All Papers 259, pp.30-31.
- Vandevelde, K. J. (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. *Cornell International Law Journal*, Vol.21, pp.221-222.
- Vandevelde, K. J. (2005). A Brief History of International Investment Agreements. *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol.12, No.1, p.193.

Vandevelde, K. J. (2010). A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. *Journal of International Law and Politics*, Vol.43, p.97.

Vasak, K. (1977). A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights. *The UNESCO Courier*, November 1977, 30th Year, p.29.

Vasani, B. S. & Palmer, S. A. (2015). Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?. *ICSID Review-FILJ*, Vol.30, Issue 1, pp.194-216.

Verhoosel, G. (2008). Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID. *ICSID Review-FILJ*, Vol.23, Issue 1, pp.119-154.

Vermeer-Künzli, A. (2007). As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *European Journal of International Law*, Vol.18, No.1, pp.37-68.

Vermeer-Künzli, A. (2007). Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case. *Leiden Journal of International Law*, Vol.20, Issue 4, pp.941-954.

Vermeer-Künzli, A. (2013). Diallo: Between Diplomatic Protection and Human Rights. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.4, No.3, pp.487-500.

Vielleville, D. E. & Vasani, B. S. (2008). Sovereignty over Natural Resources versus Rights under Investment Contract: Which One Prevails?. *Journal of Transnational Dispute Management*, Vol.5, Issue 2, pp.2-21.

Vinuales, J. E. (2014). Customary Law in Investment Regulation. *Italian Yearbook of International Law*, Vol.23/1, pp.23-48.

Vinuesa, R. E. (2011). National Treatment Principle. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.2-4.

Volkmer, S. (2012). Stay of Enforcement Decisions in ICSID Annulment Proceedings: Taking Stock. *Journal of International Arbitration*, Vol.29, Issue 6, pp.691-714.

Vrdoljak, A. F. (2010). Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law. *European Journal of International Law*, Vol.20, No.4, pp.1163-1194.

Waibel, M. & Wu, Y. (2017). Are Arbitrators Political? Evidence from Investment Arbitration. *Electronic Journal*, p.24 <http://www-bcf.usc.edu/~yanhuiwu/arbitrator.pdf> (erişim tarihi 30.03.2018).

Walde, T. W. (1996). Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation. *Arbitration International*, Vol.12, Issue 4, pp.429-466.

Walde, T. W. (2004). Energy Charter Treaty-Based Investment Arbitration. *Journal of World Investment and Trade*, Vol.5, p.390.

Walker, H. (1957). Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation. *Minnesota Law Review*, Vol.42, p.805.

Wallace, D. & Bailey, D. B. (1998). The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions. *Cornell International Law Journal*, Vol.31, Issue 3, pp.615-630.

Wang, G. (2014). Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis. *Chinese Journal of International Law*, Vol.13, Issue 2, pp.335-361.

Wanjura, T. (2007). Azurix Corp. v. Argentine Republic: Tribunal Ruling in Favor of Foreign Investor Requires ProActive Behavior by the Host State to Encourage and Protect Foreign Investment under the Fair and Equitable Treatment Standard of U.S.-Argentine BIT. *Law and Business Review of the Americas*, Vol.13, No.4, pp.983-992.

Weib, W. (2007). Ambatielos Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, April, pp.1-2.

Weil, P. (1983). Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*, Vol.77, p.413.

Weil, P. (2000). The State, the Foreign Investor and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a *Menage a Trois*. *ICSID Review-FILJ*, Vol.15, Issue 2, pp.401-416.

Weiler, T. & Walde, T.W. (2004). Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation. *Transnational Dispute Management*, Vol.1(1), pp.2-4.

Weston B. H. (1976). Constructive Takings under International Law: A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation. *Virginia Journal of International Law*, Vol.16, pp.103-175.

Weston, B. (1981). The Charter of Economic Rights and Duties of States and Deprivation of Foreign-Owned Wealth. *American Journal of International Law*, Vol.75, p.437.

Wick, D. M. (2012). The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change. *Journal of International Business & Law*, Vol.11, Issue 2, pp.239-292.

Wilner, G. M. (1996). Reflections on Regional Human Rights Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.25, pp.407-426.

Wisner, R. & Gallus, N. (2004). Nationality Requirements in Investor-State Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.5, Issue 6, pp.927-945.

Wittich, S. (2007). Barcelona Traction Case. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May, pp.1-3.

Wittich, S. (2008). Compensation. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May pp.2-7.

Wold, C. (2010). Taking Stock Trade's Environmental Scorecard After Twenty Years of 'Trade and Environment'. *Wake Forest Law Review*, Vol.45, pp.319-325.

Woolsey, T. (1921). Drago and the Drago Doctrine. *American Journal of International Law*, Vol.15(4), pp.558-559.

Yackee, J. W. (2009). Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality. *Fordham International Law Journal*, Vol.32, p.1552.

Yackee, J. W. (2012). Controlling the International Investment Law Agency. *Harvard International Law Journal*, Vol.53, Number 2, pp.392-445.

Yackee, J. W. (2016). The First Investor-State Arbitration: The Suez Canal Company v. Egypt (1864). *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.17, Issue 3, pp.1-3.

Yannaca-Small, C. (2008). Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, Report, p.46 vd.

Ynsfran, P. M. (1954). Sam Ward's Bargain with President Lopez of Paraguay. *The Hispanic American Historical Review*, Vol.34/3, pp.319-322.

Yu, H. & Shore, L. (2003). Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators: US and English Perspectives. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.52, p.935.

Yu, H. (2008). A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.1, Issue 2, pp.255-286.

Yu, P. K. (2017). The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights. *American University Law Review*, Vol.66, Issue 3, pp.829-910.

Zahradnikova, E. (2017). European Court of Human Rights: Giving the Green Light to Environmental Protection. *Queen Mary Law Journal*, Vol.8, pp.13-26.

Zeyl, T. (2011). Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law. *Alberta Law Review*, Vol.49, Issue 1, pp.203-235.

Ziade, N. G. (1991). Introductory Note: SOABI Award. *ICSID Review-FILJ*, Vol.6, Issue 1, pp.119-124.



Mahkeme ve Hakem Kararları

ADC Affiliate Limited and ADC &ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, parag.483.

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, parag.8.2.

AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, p.323.

Agosi v. The United Kingdom, Application no. 9118/80, Judgment, 24 October 1986, parag.52.

Ahmadou Sadio Diallo, (Guinea v. Democratic Republic of Congo), Judgment, 24 May 2007, ICJ Reports 2007, parag.39.

AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award, 7 October 2003, pp.117-119.

AIG Capital Partners Inc. and Another v. Republic of Kazakhstan (National Bank of Kazakhstan Intervening), Queen's Bench Division of the High Court of England and Wales, Case No. 2004/536, Decision [2005] EWHC 2239 (Comm), 20.10.2005, pp.1-32.

Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Decision on Annulment, 10 July 2014, parag.235.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, parag.42-61.

Allard v. Sweden, European Court of Human Rights, App. No. 35179/97, 24 June 2003.

Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom), Jurisdiction, Judgment of 1 July 1952, I.C.J. Reports, p.28.

Ambatielos Claim, (Greece v. United Kingdom), Award, 6 March 1956, XII RIAA, pp.83-153.

Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 November 1984, parag.172.

American Manufacturing and Trading Inc. v The Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, parag.6.02-6.11.

Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports, pp.93-109.

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae, 29 August 2002.

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, 21 November 2007, parag.193.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, parag.48-79.

Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21 April 1986, ICSID Reports, Vol.3, p.17.

Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, parag.107.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, parag.361.

Bankovic v. Belgium and others, European Court of Human Rights, App. No. 52207/99, Decision of 12 December 2001, Admissibility, p.351, para.57.

Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000, parag.18.

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, parag.119.

Benvenuti and Bonfant v. Banque Commerciale Congolaise, France, Cour de Cassation, 21 July 1987, ICSID Reports, Vol. 1, pp.373-375.

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and Government of Ghana, UNCITRAL Arbitration, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, parag.203.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, parag.725-730.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013, parag.71.

Brannigan and McBride v. the United Kingdom, European Court of human Rights, Application no. 14553/89; 14554/89, Judgment of 28 May 1993, p.57, parag.76.

British Petroleum Exploration Company Limited v. Government of the Libyan Arab Republic, Award, 10 October 1973, ILR, Vol.53, pp.297-389.

Brumarescu v. Romania, European Court of Human Rights, App. No. 28342/95, 28 October 1999.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/05, Decision on Stay of Enforcement of the Award, 31 August 2017.

Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2.

Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995, parag.22.

Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy), Judgment, 20 July 1989, parag.105-108.

Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment, 27 August 1952, I.C.J. 192, p.20.

Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, parag.90.

Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Judgment) I.C.J. Reports 1982 p. 38, para. 24.

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes). Permanent Court of International Justice, Judgment No.14, 12 July 1929, parag.38-44.

Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports, 1980, p.41, parag.86.

Case of Giacomelli v. Italy, European Court of Human Rights, App. No. 59909/00, 2 November 2006, parag.76-98.

Case of Lithgow and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Judgment, 8 July 1986, parag.120.

Case of Lopez Ostra v. Spain, European Court of Human Rights, App. No. 16798/90, 9 December 1994, parag.50-58.

Case of Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland, ECHR, Application no. 12742/87, Judgment 29 November 1991, parag.59.

Case of Regent Company v. Ukraine, European Court of Human Rights, App. No. 773/03, Judgment, 3 April 2008, parag.54.

Case of Van Marle And Others v. The Netherlands, ECtHR, Judgment, Application no. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, 26.06.1986.

CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision on Annulment, 29 June 2005, parag.36.

Cem Cengiz Uzan v. Republic of Turkey, SCC Case No. V 2014/023, Award on Respondent's Bifurcated Preliminary Objections, 20 April 2016, parag.206.1.

Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, parag.117-156.

Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, parag.35.

Champion Trading Company, Ameritrade International Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003, Sections 3.4.1 and 3.4.3.

Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. Governments of the United Kingdom and France, PCA Case, Partial Award of 30 January 2007, pp.59-114.

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration, Award, 2 August 2010, parag.121-236.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 14 March 2003, parag.497.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, parag.108.

Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, parag.65.

Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, parag.104-106.

Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the U.N., *Advisory Opinion*, 3 March 1950, I.C.J. Reports 5, pp.4-8.

Corn Products International Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008, parag.138.

Dangeville v. France, European Court of Human Rights, App. No. 36677/97, 16 April 2002, parag.44.

Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, parag.290.

Djidrovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, European Court of Human Rights, App. No. 46447/99, 24 February 2005, parag.68.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, parag.340.

Duke Energy International Peru Investments No.1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 January 2006, parag.162.

Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007, parag.203.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, parag.190.

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, parag.8.35.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision On Jurisdiction, 27 April 2006, parag.77.

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, parag.35.

Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, parag. 334.

Erol Soyuer and 46 others v. Turkey, App. No. 49445/07, Decision of Admissibility, 21 June 2011.

Ethyl Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration based on NAFTA, Award on Jurisdiction, 24 June 1998, p.47.

Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, parag.60.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, *Ad hoc* Arbitration, Partial Award, 19 August 2005, parag.127-129.

Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, parag.139-145.

Factory at Chorzow (Germany v. Poland), Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9,pp.21-47.

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, March 9, 1998, parag.29.

Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17 July 2006, parag.176.

Fogarty v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 37112/97, 21 November 2001.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 December 2010, parag.200-202.

Frontier Petroleum Services v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, PCA, Final Award, 12 November 2010, parag.527.

Gabcikovo Nagymaros Project Case, (Hungary – Slovakia), Judgment, 1997, ICJ Reports, parag.46-48.

Gami Investments Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL Arbitration, Award, 15 November 2004, parag.93.

Gas Natural SDG SA v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005, parag.28.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003,parag.12.2-12.3.

Golder v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 4451/70, 21 February 1975, parag.35.

Hamer v. Belgium, European Court of Human Rights, App. No. 21861/03, 27 November 2007, parag.79.

Handyside v. United Kingdom. Application No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, parag.48.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17 October 2006, parag.93.

Hesham T.M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 15 December 2014, parag.521.

Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, parag.55.

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, parag.231-249.

Interhandel Case (Switzerland v United States of America), Preliminary Objections, ICJ Reports, 1959, parag.4.

Interlocutory Award in Case Concerning Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Co. No. ITL 55-129-3, 28 October 1985, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol.9, p.275.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, NAFTA Arbitration under UNCITRAL, Award, 26 January 2006, parag.177.

James and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, 21 February 1986.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, parag.269.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, parag.475-486.

Joy Mining Machinery Limited. v. Arab Republic of Egypt, Award, ICSID Case No. ARB/03 /11, 6 August 2004.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece Intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, parag.57.

Kemal Uzan and others v. Turkey, App. No. 18240/03, Decision on Admissibility, 29 March 2011, parag.105-122.

Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Annulment, 14 July 2015, parag.64.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, parag.69.

Kopecky v. Slovakia, European Court of Human Rights, App. No. 44912/98, 28 September 2004, parag.35.

L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, 15 October 1926, RIAA, Volume IV, pp.60-66.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, 1996, ICJ Reports, parag.41.

LETCO v. The Government of the Republic of Liberia, U. S. District Court, Southern District, New York, 5 September 1986, 12 December 1986; U. S. District Court, District of Columbia, 16 April 1987, 2 ICSID Reports, Vol.2, pp.383-390.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, parag.169-175.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, parag.536-537.

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, pp.358-372.

Libyan American Oil Company v. The Libyan Arab Republic, *Ad hoc* Arbitration, Award, 12 April 1977, p.175.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, parag.87.

Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, parag.132-137.

Loizidou v. Turkey, European Court of Human Rights, App. No. 15318/89, 18 December 1996, parag.43-50.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, parag.217.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 May 2007, parag.70.

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989, parag.4.02.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, parag.171.

Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, European Court of Human Rights, App. No.15777/89, 16 September 1996.

Mavrommatis Palestine Concessions Case (Grece v. UK), Jurisdiction, PCIJ Reports, Series A, No.2, 1924, 12.

Mellacher and Others v. Austria, European Court of Human Rights, App. No. 10522/83, 11011/84, 11070/84, 19 December 1989.

Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/01, Award, 31 March 2010, parag.210.

Metaclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, parag.76-99.

Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA Arbitration Under UNCITRAL by ICSID, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, Chapter B, p.10.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/06, Award, 12 April 2002, parag.143.

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, March 15, 2002, parag.36-47.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 1986 p. 137, para. 274.

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, parag.121.

Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, parag.23-48.

MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, parag.165-166.

National Grid plc. v. The Argentine Republic, UNCITRAL Arbitration, Award, 3 November 2008, parag.167.

Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, parag.51.

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports, parag.54.

Norwegian Shipowners' Claims (Norway v. United States of America). Permanent Court of Arbitration. Award, 13 October 1922, RIAA, Vol.1, pp.307-344.

Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, p.23.

DAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, European Court of Human Rights, App. No. 14902/04, Merits, 20 September 2011, parag.551.

Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012, parag.402-409.

Okyay and Okyay v. Turkey, App. No. 38685/06, Decision of Admissibility, 20 March 2012.

Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, parag.108.

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009, parag.71-84.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, parag.354.

Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, 27 November 2000, parag.10.6-25.5.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, pp.166-185.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), Decision on Jurisdiction, 2 July 2013, parag.6-11.

Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, parag.142.

Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series A/B 74, 14 June 1938, Judgment, p.10-28.

Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Petition for Limited Participation as non-Disputing Parties in term of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility, 17 July 2009.

Pincova and Pinc v. The Czech Republic, European Court of Human Rights, Judgment, 5 November 2002, parag.53.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, parag.152-165.

Pressos Compania Naviera and Others v. Belgium, European Court of Human Rights, App. No. 17849/91, 20 November 1995.

PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/05, Decision on Jurisdiction, 4 June 2004, parag.81-103.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Reports 14, parag.274.

Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1 November 1999, parag.102-103.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Award, 3 September 2001, parag.201-202.

RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Decision on the Application of RSM Production Corporation for a Preliminary Ruling, 07 December 2009, parag.15-30.

Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, parag.668.

S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 15 August 1980, parag.1.22-4.65.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, parag.68-69-70.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, parag.67.

Salem Case (Egypt-USA), Award of 8 June 1932, UNRIAA vol. II, s. 1165, parag. 1188.

Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004, parag.66-119.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, parag.52.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 17 March 2006, parag.300-305.

Scordino v Italy. European Court of Human Rights, Judgment of 29 March 2006, No.1, parag.255.

SD Myers Inc. v. Government of Canada, NAFTA Arbitration under UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, pp.59-72.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, parag.297-299 and 313.

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, parag.167-172.

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, parag.119-128.

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, parag.146.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, pp.7-75.

Slivenko and Others v. Latvia, European Court of Human Rights, App no. 48321/99, 23 January 2002, para. 121.

SOABI v. Senegal, France, Tribunal de grande instance, Paris, 14 November 1988; Cour d'Appel, Paris, 5 December 1989; Cour de Cassation, 11 June 1991, ICSID Reports, Vol. 2, pp.337-341.

Societe Ouest Africaine des Betons Industriels v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25 February 1988, parag.5.01.

Soering v. United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 14038/88, 7 July 1989, parag.87.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, parag.82-83.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, European Court of Human Rights, No. 7151/75, 7152/75, 23 September 1982, parag.60-69-73.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, parag.312.

Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, European Court of Human Rights, App. No. 13427/87, 9 December 1994.

Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, parag.171.

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, parag.69.

Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya, 1977, IL Reports 53, parag.87.

The Hague District Court, Yukos Judgment of 20 April 2016, Case Number C/09/477160 / HA ZA 15-1, pp.3-62.

The Traktörer Aktiebolag v. Sweden, ECtHR, App. No. 10873/84, Judgment, 7 July 1989.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, parag.21-71.

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, parag.123.

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, p.195.

TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19.12.2008, parag.119-147.

Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, pp.71-97.

Tunnel Report Limited v. France, App. No. 27940/07, Judgment of 18 November 2010.

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, parag.83.

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on Jurisdiction, 22 November 2002, parag.97.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, parag.1143-1155 and 1186-1220.

Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994, parag.35-55.

Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, parag. 92-187-200-201.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, parag.628-636.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, parag.195-201.

Waste Management Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, parag.115.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, parag.84-95.

Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008, parag.182.

World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, Award, 4 October 2006, parag.139-179.

Yagtzilar and Others v. Greece. European Court of Human Rights, Article 41 Judgment of 15 January 2004, parag.25.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, pp.11-18.

Diğer Belgeler

“Is “Moonlighting” a Problem? The role of ICJ judges in ISDS”

<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf> (erişim tarihi 11.07.2018).

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Resmi Gazete, Sayı 25141, Tarih 17.06.2003.

ASEAN Comprehensive Investment Agreement, art.11/2(a).

http://www.asean.org/storage/images/2013/economic/aia/ACIA_Final_Text_26%20Feb%202009.pdf (erişim tarihi 20.01.2018).

Belgium-Tajikistan BIT, 2009, article 6/2. Bakınız:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/418> (erişim tarihi 02.09.2018).

Canada-Jordan Foreign Investments Protection Agreement, art.1.

CAS Code of Sports-Related Arbitration, as revised in 2017, article 45. Available at:

http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2017_FINAL_en_.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

Charter of Economic Rights and Duties of States. A/RES/3281(XXIX). Bakınız:

[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/3281\(XXIX\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/3281(XXIX)) (erişim tarihi 31.12.2017).

Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention

(February 2019) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf> (erişim tarihi 28.02.2019).

Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, The Hague, 13 April 1930, art.4.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Article

5/1-e. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf> (erişim tarihi 04.12.2018).

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and

Nationals of Other States, Entry into force 14 October 1966

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf (erişim tarihi 10.07.2017).

CRCICA Arbitration Rules, as revised in 2011, article 35/2. Available at: http://crcica.org.eg/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_en.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. A/RES/S-6/3201. Bakınız: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm> (erişim tarihi 31.12.2017).

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme. Madde 42/2. Resmi Gazete, Tarih: 02.06.1988, Sayı: 19830.

Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, pp.73-74
<http://www.refworld.org/pdfid/525e7929d.pdf> (erişim tarihi 17.08.2017).

Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses with Commentaries, ILC 1978, Yearbook of International Law Commission, Vol.II, Part 2, art.4 with commentary, pp.18-21
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf (erişim tarihi 30.12.2017).

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, UN Doc. A/56/49(Vol.1)/Corr.4
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (erişim tarihi 30.08.2017).

Draft Convention on Arbitral Procedure with Commentaries, art.12. Bakınız: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_92.pdf (erişim tarihi 15.05.2018).

Enerji Şartı Andlaşması, madde 1, Resmi Gazete, 12.07.2000, No: 24107.

European Commission (2017). Factsheet on the Multilateral Investment Court. p.3
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf (erişim tarihi 12.07.2018).

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Martti Koskenniemi. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (erişim tarihi 09.07.2017).

ICJ President Speech: <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-EN.pdf> (erişim tarihi 11.07.2018).

General Secretariat of the Organisation of Islamic Conference (1981). Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments Among Member States of the Organisation of the Islamic Conference. Res. 7/12-E, UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium, Vol.2.

Germany-Pakistan BIT. Bakınız:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387> (erişim tarihi 06.12.2017).

History of the ICSID Convention, Documents (1968), Vol.II, p.273.

HKIAC Arbitration Rules, as revised in 2013, article 35/2. Available at: http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

ICC Arbitration and Mediation Rules, as revised in 2017, article 21/3. Available at: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf> (erişim tarihi 30.05.2018).

ICSID Konvansiyonu'na taraf olan devletler açısından imza, onay ve yürürlük tarihleri:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> (erişim tarihi 05.03.2018).

ILC (1991). Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A/46/405,

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/4_1_1991.pdf (erişim tarihi 12.06.2018).

ILC (2011). Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties. A/66/10, 2011, art.2-3

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_10_2011.pdf (erişim tarihi 03.02.2018).

Indonesia – Netherlands BIT, 7 July 1968, art.11

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/1987> (erişim tarihi 06.12.2017).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, article 12/2-b.

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (erişim tarihi 02.10.2018).

İcra ve İflas Kanunu. No. 2004. Resmi Gazete, Tarih: 19.06.1932, Sayı: 2128.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 15. Madde:
http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf (erişim tarihi 10.09.2018).

Japan-Argentina BIT
<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5799> (erişim tarihi 26.02.2019).

Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İllelere Dair Kanun. 4501 Sayılı Kanun, Resmi Gazete, Sayı 23941.

Kofi Annan, Report for the Secretary General, In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All. UN Doc. A/59/2005, 21 March 2005.

Lahey’de akdedilen 1 Haziran 1956 tarihli “Yabancı Şirketler, Kurum Ve Kuruluşların Tüzel Kişiliğinin Tanınmasına Dair Sözleşme”
http://uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/lahey/la7_ing.pdf (erişim tarihi 19.09.2017).

LCIA Arbitration Rules, as revised in 2014, article 22/4.
http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (erişim tarihi 30.05.2018).

League of Arab States (1980). Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States. Economic Documents, No. 3, Tunis.

Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (1992). World Bank Documents Vol.II,
<http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf> (erişim tarihi 16.11.2017).

Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts, Convention Signed at Hague October 18, 1907, Treaty Series 537
<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf> (erişim tarihi 18.02.2018).

Magna Carta, 1215, parag. 4, 26, 41. Tam metin için bkz. <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation> (erişim tarihi 14.07.2017).

Mexican Constitution, art.27 https://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf (erişim tarihi 15.08.2017).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, No. 5718. Resmi Gazete, Tarih: 12.12.2007, Sayı: 26728.

Milletlerarası Tahkim Kanunu. 4686 Sayılı Kanun, Resmi Gazete, Sayı 24453, Tarih 05.07.2001.

Model Agreements. List,
<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchIRIResults> (erişim tarihi 27.02.2019).

Model Clauses Relating to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Designed for Use in Bilateral Investment Agreements, ICSID, September 1969, 8 ILM, p.1341.

Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 26 Aralık 1933, madde 9.

Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco (French Zone), advisory opinion. P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4, 1923, p.24.

New York Convention, Contracting States
<http://www.newyorkconvention.org/countries> (erişim tarihi 11.06.2018).

Nigeria and Morocco BIT.
<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409> (erişim tarihi 28.02.2019).

North American Free Trade Agreement (NAFTA), articles 102, 1105 and 1131.
[https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North American Free Trade Agreement-NAFTA.pdf](https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North%20American%20Free%20Trade%20Agreement-NAFTA.pdf) (erişim tarihi 30.05.2018).

Norway Model BIT, 2007, Preamble. Bakınız:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873> (erişim tarihi 02.09.2018).

OECD (2004). Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law. Working Papers on International Investment, Number2004/2, p.2.

Organisation for Economic Co-operation and Development (1967). Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention. Paris, p.1.

PCA Arbitration Rules, as revised in 2012, article 35. Available at: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf> (erişim tarihi 30.05.2018).

Permanent Sovereignty over Natural Resources. A/RES/1803(XVII). Bakınız: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)) (erişim tarihi 31.12.2017).

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20.03.1952, art.1, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (20.09.2018).

Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners. (1929). *American Journal of International Law*, Vol.23(5), pp.132-139.

SCC Arbitration Rules, as revised in 2010, article 22/3. Available at: https://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

SIAC Arbitration Rules, as revised in 2016, article 31/2. Available at: <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> (erişim tarihi 30.05.2018).

Swiss Rules of International Arbitration, as revised in 2012, article 33/2. Available at: https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_EN_2017.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

The Energy Charter Treaty (ECT), articles 10, 18, 26 and 27. Available at: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

The ICSID Caseload Statistics, Issue 2018-1, pp.7-11 [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf) (erişim tarihi 27.03.2018).

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Nicaragua, 21 January 1956, 367 U.N.T.S. 3 (entered into force 24 May 1958). <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280139d26> (erişim tarihi 06.12.2017).

Turkish Model of Bilateral Investment Treaty. 2009. Article 1. Bakınız: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2852> (erişim tarihi 20.07.2017).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, N. 2709, RG. 17863, 9/11/1982, m.90
<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.2709&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch> (erişim tarihi 02.09.2018).

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 5/1. Resmi Gazete, Tarih: 17.01.2013, Sayı: 28531.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Bahreyn Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 25.03.2010, Sayı: 27532.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Meksika Devletleri Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 09.03.2017, Sayı: 30002.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 21.03.1993, Sayı: 21531.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Danimarka Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 27.05.1992, Sayı: 21240.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Finlandiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 21.03.1995, Sayı: 22234.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması. bkz:
<https://ticaret.gov.tr/data/5b8b05a413b8760ee0836d21/Fransa.pdf> (erişim tarihi 01.01.2018).

Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 8/2. Resmi Gazete, Tarih: 08.09.1989, Sayı: 20276.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İran Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 25.02.2005, Sayı: 25738.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 10/1. Resmi Gazete, Tarih: 14.12.1993, Sayı: 21788.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 1. Resmi Gazete, Tarih: 12.07.2015, Sayı: 29414.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Karadağ Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Madde 1. Resmi Gazete, Tarih: 02.08.2016, Sayı: 29789.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 09.03.2017, Sayı: 30002.

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, madde 5/1. Resmi Gazete, Tarih: 12.11.2011, Sayı: 28110.

Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması. Resmi Gazete, Tarih: 09.04.2011, Sayı: 27900.

Türkiye Cumhuriyeti ve Moldova Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. bkz: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5600> (erişim tarihi 01.01.2018).

Türkiye ve Romanya Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki Andlaşması, madde.1, RG 03.07.2010, Sayı: 27630.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suudi Arabistan Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 18.12.2008, Sayı: 27084.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Resmi Gazete, Tarih: 09.03.2017, Sayı: 30002.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün tam metni için bakınız: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf (erişim tarihi 18.07.2017).

United Kingdom Model BIT. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847> (erişim tarihi 20.02.2019).

UN Charter: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (erişim tarihi 01.08.2017).

UNCITRAL Arbitration Rules, as revised in 2010, article 35/2. Available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (erişim tarihi 30.05.2018).

UNCTAD (2003). International Centre for Settlement of Investment Disputes: Requirements Ratione Personae. Report on Dispute Settlement, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.3, pp.7-8.

UNCTAD (2010). Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York, United Nations, p.53.

UNCTAD (2012). Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p.80.

UNCTAD Press Release (2000). Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s. 15 December 2000, TAD/INF/2877.

UNCTAD yatırım verileri için bakınız: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (erişim tarihi 07.02.2018).

UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rule Making, United Nations, New York and Geneva, 2007, p.7.

UNCTAD World Investment Report, 2018, pp.100-101.
https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (erişim tarihi 28.02.2019).

United Nations Conference on Trade and Development (2010). Most-Favoured-Nation Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Switzerland, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, pp.13-14.

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004). Adopted by the General Assembly Resolution (59/38) of the United Nations on 2 December 2004, No. 49 (A/59/49)
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2_004.pdf&lang=EF(erişim tarihi 12.06.2018).

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004). Part III, art.10-17.

US Model BIT 2012, art.1, available at
<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> (Çeviri tarafımızca

yapılmıştır. Metnin orjinalinde yer alan dipnotlar da çevrilmiştir) (erişim tarihi 20.07.2017).

US Model BIT 2012, art.5/2(a),
<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> (erişim tarihi 20.01.2018).

US-Jordan BIT, art.1 available at
<https://www.state.gov/documents/organization/43565.pdf> (çeviri tarafımızca yapılmıştır) (erişim tarihi 20.07.2017).

VIAC Rules of Arbitration and Mediation, as revised in 2018, article 27/3. Available at:
http://www.viac.eu/images/Wiener_Regeln_2018_Brosch%C3%BCre_en_Onlinefassung_Einzelseiten_20180109.pdf (erişim tarihi 30.05.2018).

Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969), 1155 UNTS 331, Article 31/3-c.

WIPO Arbitration Rules, as revised in 2014, article 61/a. Available at:
<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html> (erişim tarihi 30.05.2018).

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi. Madde 5. Resmi Gazete, Tarih: 21.05.1991, Sayı: 20877.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı : Ali Osman Karaoğlu

Doğum Yeri : Adıyaman

Kişisel İletişim : alikaraoglu@std.sehir.edu.tr

karaoglu_hukuk@hotmail.com

Medeni Hali : Evli ve bir çocuk babası

Eğitim Bilgileri: 2004-2008 / Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Lisans

2012-2013 / SOAS, University of London, International Law, Yüksek Lisans (LLM)

2015-2019 / İstanbul Şehir Üniversitesi, Kamu Hukuku, Doktora

İş Deneyimi :

2014-..... / Yalova Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Milletlerarası Hukuk ABD, Ar. Gör.