

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE HAKKANİYETLİ
MUAMELE**

DOKTORA TEZİ

Özgür OCAKHAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

MAYIS 2025

ÖNSÖZ

“Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele” başlığını taşıyan bu çalışma, uluslararası hukuka ilişkin doktrin ve uluslararası mahkeme kararları incelenerek oluşturulmuştur.

Bu doktora tezi, tez danışmanım olmayı kabul ederek beni onurlandıran Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM yönetiminde hazırlanmıştır. Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM’e, değerli vaktini bana ayırdığı ve bu doktora tezinin oluşumunda verdiği katkılar sebebiyle çok teşekkür ederim.

Tez araştırması kapsamında, 2024 Kasım-Aralık tarihlerinde Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law ve 2025 Ocak-Mayıs tarihlerinde Columbia Law School’da geçirilmiştir. Columbia Law School’da bulunduğum süreçte, başta danışmanım Prof. Dr. George A. BERMANN olmak üzere, dersler aldığım ve aynı zamanda tezimi inceleyip görüş bildiren David PINSKY ve Dr. Kabir DUGGAL’a teşekkürü borç bilirim.

Yurtiçi Doktora bursu kapsamında sağladığı destek için Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığına (TÜBİTAK-BİDEB) teşekkür ederim.

Son olarak, sadece tezin yazımı sırasında değil, tüm hayatım boyunca her zaman arkamda olan ve verdiğim tüm kararların gerçekleşmesi konusunda bana en büyük desteği veren sevgili babam Feyzi OCAKHAN’a ne kadar teşekkür etsem azdır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	<i>i</i>
İÇİNDEKİLER.....	<i>ii</i>
KISALTMALAR.....	<i>vii</i>
RÉSUMÉ	<i>x</i>
ABSTRACT	<i>xviii</i>
ÖZET	<i>xxv</i>
GİRİŞ.....	<i>1</i>
BİRİNCİ BÖLÜM: YATIRIM ANTLAŞMALARINDA ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE MADDESİ.....	<i>4</i>
I. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı Tarihi	<i>4</i>
A. Adil ve Hakkaniyet Terimlerine İlk Atıflar	<i>5</i>
B. Uluslararası Antlaşmalarda Adil ve Hakkaniyetli Muamele	<i>8</i>
II. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Maddesi Örnekleri	<i>14</i>
A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardına Atıfta Bulunmayan Antlaşmalar	<i>20</i>
B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Antlaşma Maddelerinde Olmıyıp Sadece Önsözde Bulunması	<i>25</i>
C. Özerk, Niteliksiz Adil ve Hakkaniyetli Muamele	<i>30</i>
D. Uluslararası Hukukla Bağlantılı Adil ve Hakkaniyetli Muamele	<i>35</i>
E. Uluslararası Teamül Kapsamında Asgari Standart ile Bağlantılı Adil ve Hakkaniyetli Muamele	<i>39</i>
F. Ek Maddi İçeriğe Sahip Adil ve Hakkaniyetli Muamele	<i>47</i>
1. Uluslararası Asgari standart ile ek Adil ve Hakkaniyetli Muamele	<i>48</i>
2. Kapalı Liste	<i>51</i>
3. Diğer Standartlarla ile Bağlantılı	<i>62</i>
III. Bazı Çok Taraflı Antlaşmalar.....	<i>64</i>
A. ECT	<i>64</i>
B. NAFTA.....	<i>72</i>
C. CETA.....	<i>76</i>
D. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırım Antlaşmalarındaki AHM Hükümleri.....	<i>86</i>
IV. Daha Geniş Koruma Sağlayan Adil ve Hakkaniyetli Muamele Hükümü Tartışması.....	<i>87</i>

A. Geniş Koruma Sağlayan Adil ve Hakkaniyet Muamele Hükümünün, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı Aracılığıyla Uygulanması.....	89
B. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı Hükümünün Uygulanmasına İlişkin Sorunlar.....	94

İKİNCİ BÖLÜM: ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE

STANDARDININ ÖZELLİKLERİ..... 98

I. Mutlaklık 101

II. Kümülatif Etki..... 102

III. Muğlaklık 104

IV. Esneklik 110

A. Hakemlerin Takdir Yetkisi..... 112

1. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardına İlişkin Önemli Yatırım Tahkimi

Kararları..... 118

i. Tecmed v. Meksika..... 118

ii. Waste Management II v. Meksika 121

iii. Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti..... 123

iv. Glamis Gold v. ABD..... 125

v. Infinito Gold v. Kosta Rika 127

2. Hakemlerin Takdir Yetkisi Sınırlandırma Girişimi Olarak Ortak Yorumlayıcı

İlkeler..... 130

B. Kararların Etkisi 135

V. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Teamül Niteliği..... 144

A. Antlaşma Kuralının Teamüle Dönüşmesi 146

1. Temsil edici, Genel-Yaygın ve Yeknesak-Tutarlı..... 148

2. Opinio juris..... 153

B. Yatırım Tahkimi Kararlarında AHM Standardının Teamül Niteliği..... 159

1. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Teamül Niteliğini Kabul Eden

Kararlar..... 159

2. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Teamül Niteliğini Kabul Etmeyen

Kararlar..... 162

C. Sonuç..... 163

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE

STANDARDININ TEMELLENDİRİLMESİ 166

I. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Karşılaştırmalı Hukuk 166

II. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Hukukun Üstünlüğü..... 175

A. Yatırım Tahkimi İçtihadı 186

B. Uluslararası Hukukun Üstünlüğü ve Ulusal Hukukun Üstünlüğü 190

C. Eleştiriler 197

D. Sonuç.....	201

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE

STANDARDI ve DİĞER YATIRIM KORUMA İLKELERİ 204

I. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Asgari Standart..... 206

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ile Asgari Standardın Birbirine Denk Olduğuna Dair Yaklaşım	211
B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ile Asgari Standardın Birbirinden Farklı Olduğuna Dair Yaklaşım	217
C. Yakınsama Teorisi	223
D. Sonuç.....	227

II. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Tam Koruma ve

Güvenlik..... 231

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Tam Koruma ve Güvenlik Tek Standart Altında İncelenir Yaklaşımı.....	233
B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Tam Koruma ve Güvenlik Ayrı Standartlar Olduğunu Savunan Yaklaşım.....	237
C. Sonuç.....	242

III. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Kamulaştırma 244

IV. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Ayrımcılık..... 250

BEŞİNCİ BÖLÜM: ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE

STANDARDININ UNSURLARI KAPSAMINA GİREBİLECEK DURUMLAR 255

I. Adaletin Reddi 256

A. Adil Yargılanma	260
1. İç hukuk Yolları Tüketilmesi.....	265
i. Elverişlilik Kriteri.....	268
ii. İç Hukuk Yollarının Tüketiminin Şart Olmadığı Yaklaşımı.....	270
2. Adil Yargılanma Yükümlülüğünün Kapsamı	273
B. Adil Yargılanma Yükümlülüğünün İçeriği	280
1. Mahkemeye Erişim	283
2. Geçerli Olmayan Gecikme	285
3. Usuli Adalet.....	288
4. Dinlenilme Hakkı	289
5. Bağımsızlık ve Tarafsızlık	291
6. Açıkça Adaletsiz Sonuç.....	294

II. Taciz ve Güç İstismarı Yasağı..... 297

III. Ayrımcılık ve Keyfilik Yasağı 299

A. Ayrımcı Tedbirler	302

B.	Keyfi Önlemler.....	304
IV.	Makuliyet	307
V.	Orantılılık.....	311
A.	Erken Dönem İçtihadı	314
B.	Eklenen Kriterler.....	317
C.	ECT Davaları Kapsamında Orantılılık	322
D.	Orantılılığın İhlal için Gerekli Olan Eşikleri Düşürme Riski	326
E.	Sonuç.....	327
VI.	İyi Niyet	329
VII.	Şeffaflık.....	332
VIII.	İstikrar ve Öngörülebilirlik.....	341
A.	Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardın Bir Parçası Olarak İstikrar ve Öngörülebilirlik.....	342
B.	Meşru Beklentilerin Bir Parçası Olarak İstikrar ve Öngörülebilirlik.....	347
C.	İstikrarın Sınırı	348
D.	Ev Sahibi Devletin Düzenleyici Çerçeve Değişiklik Yapma Hakkı.....	354
IX.	Kanunilik ve Tutarlılık.....	357
A.	Tutarlılık.....	359
B.	İç Hukukun Ev Sahibi Devletler Tarafından Her İhlali AHM Standardını İhlal Etmez.....	363
C.	Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı İhlallerinin Bir Göstergesi Olarak Yasal veya Yasadışı Ev Sahibi Devlet Davranışı	365
X.	Meşru Beklentiler	368
A.	Meşru beklentilerin Temellendirilmesi	371
1.	Güven Temelli Meşru Beklentiler	374
2.	İyi Niyetin Bir İfadesi Olarak Meşru Beklentiler	375
3.	Keyfi davranışların kontrolü, Gücün kötüye kullanılması veya Adaletsizlik	376
4.	Hukuki Belirlilik	377
B.	Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Tartışmalı Bir Yönü Olarak Meşru Beklentiler.....	378
C.	Meşru Beklenti için Gerekli Şartlar	382
1.	Yatırımcının Durum Tespitinin Rolü.....	386
2.	ECT Davaları Kapsamında Durum Tespitinin Rolü.....	391
i.	Meşru Beklentiler için Durum Tespiti Katı Bir Zorunluluk Değil Yaklaşımı (Geniş Yaklaşım)	393
ii.	Meşru Beklentiler için Durum Tespiti Şarttır Yaklaşımı (Katı Yaklaşım)	396
iii.	Sonuç.....	398
D.	Meşru Beklentilerin Zamanlaması	400

E.	Meşru Beklentiler Yaratan Eylemler ve Kaynaklar.....	402
1.	Sözleşmeden, Lisanstan veya İzinden Doğan Haklar	402
2.	Tek Taraflı Vaatler (Taahhütler)	407
3.	Tek Taraflı Beyanlar.....	411
4.	Düzenleyici Çerçeve ve Mevzuata Dayanan Beklentiler.....	414
F.	Ev Sahibi Devletin Düzenleme Hakkı	424
1.	Yatırım Tahkimi İçtiadı	427
2.	ECT Kapsamında Düzenleme Hakkı	429
3.	Yatırım Antlaşması Metninde Düzenleme Hakkı.....	434
4.	Sonuç.....	437

ALTINCI BÖLÜM: ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE

STANDARDININ DEĞERLENDİRİLMESİNDE DİKKATE ALINABİLECEK

ÖZEL DURUMLAR 440

I. Ev Sahibi Devletlerin Özel Koşulları 441

A.	Başarısız Devlet (Failed state) ve Çökmekte Olan Devlet (Failing State).....	446
B.	Gelişmekte Olan Devletler	449
C.	Ekonomik Kriz Halindeki Devletler	466

II. SDT (Special and Differential Treatment) 482

III. İnsan Hakları 484

A.	Tahkim İçtiadı	489
B.	Güncel Yatırım Antlaşmaları Pratiğı	493

IV. Sonuç..... 497

SONUÇ 503

KAYNAKÇA..... 522

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ACP	African, Caribbean and Pacific States
AIP	Agreement in Principle on the Modernisation of the ECT
AHM	Adil ve Hakkaniyetli Muamele
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	adı geçen eser
ARB	Arbitration
ARSIWA	Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
Ch.	Law Reports, Chancery Division
BIT	Bilateral Investment Treaty
bkz.	bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CAFTA-DR	Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
ECT	Energy Charter Treaty
EFTA	European Free Trade Association
EPA	Economic Partnership Agreement
EPCA	Enhanced Partnership and Cooperation Agreement
EU	European Union
ed.	editör
FCN	Treaty of Friendship, Commerce and Navigation
FET	Fair and Equitable Treatment
FPS	Full Protection and Security
FIPA	Foreign Investment Promotion and Protection Agreement
FTA	Free Trade Agreement
FTC	Free Trade Commission
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICC	International Chamber of Commerce

ICJ	International Court of Justice
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILO	International Labour Organization
IPA	Investment Protection Agreement
ISTAC	İstanbul Arbitration Centre
LCIA	The London Court of International Arbitration
m.	madde
MFN	Most Favored Nation
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MST	Minimum Standard of Treatment
NAFTA	The North American Free Trade Agreement
No.	Number
NT	National Treatment
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
RCEP	Regional Comprehensive Economic Partnership
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SADC	Southern African Development Community
SAFTA	Singapore-Australia Free Trade Agreement
SCC	The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SDT	Special and Differential Treatment
SIFA	Sustainable Investment Facilitation Agreement
ss.	sayfalar
TEPA	Trade and Economic Partnership Agreement
TIFA	Trade and Investment Framework Agreement
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
UMSCA	United States–Mexico–Canada Agreement
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNGA	United Nations General Assembly

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
v.	versus
vd.	ve devamı
VAHS	Venedik Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
YKTK	Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması



RÉSUMÉ

Cette étude examine le concept de traitement juste et équitable en droit international des investissements. Elle comprend six sections principales. La première partie, « Traitement juste et équitable dans les traités d'investissement », évalue l'expression de la norme de traitement juste et équitable dans les traités d'investissement et ses conséquences. La deuxième partie, « Caractéristiques la norme de traitement juste et équitable », évalue les principales caractéristiques de la norme de traitement juste et équitable et son caractère coutumier. La troisième section, « Justification de la norme de traitement juste et équitable », examine les concepts utilisés pour justifier la norme de traitement juste et équitable. La quatrième section, « La norme de traitement juste et équitable et autres principes de protection des investissements », examine les similitudes et les différences entre la norme de traitement juste et équitable et la norme minimale internationale, la protection et la sécurité intégrales, l'expropriation et la discrimination. Dans la cinquième section, intitulée « Situations susceptibles d'entrer dans le champ d'application des éléments de la norme de traitement juste et équitable », les sous-éléments de cette norme sont détaillés et ses limites sont examinées. La sixième et dernière section, intitulée « Circonstances particulières pouvant être prises en compte dans l'évaluation de la norme de traitement juste et équitable », examine les circonstances que le tribunal peut prendre en compte pour interpréter la norme de traitement juste et équitable dans l'État d'accueil et son impact éventuel sur les droits de l'homme.

Dans la première partie de l'étude, après avoir examiné les premiers accords intégrant la norme de traitement juste et équitable par ordre chronologique, nous analysons la manière dont ce concept est exprimé aujourd'hui dans les accords internationaux d'investissement et les effets possibles de ces expressions sur l'interprétation de cette disposition. Nous examinons ensuite en détail certains accords d'investissement importants et les clauses de traitement juste et équitable figurant dans les accords d'investissement auxquels la Turquie est partie. Enfin, nous examinons l'applicabilité de la clause de traitement juste et équitable à travers la clause de la nation la plus favorisée.

Aujourd'hui, la norme de traitement juste et équitable des investisseurs étrangers est incluse dans la grande majorité des traités d'investissement, et seul un nombre limité de traités d'investissement n'y fait pas référence. Cependant, la signification précise de la norme de traitement juste et équitable est sujette à caution, et la manière dont elle est exprimée dans le traité d'investissement est très importante pour déterminer ses caractéristiques. Les formulations les plus courantes de la norme de traitement juste et équitable dans les traités d'investissement sont les suivantes : clause de traitement juste et équitable sans réserve ou autonome, sans référence au droit international ni à aucun autre critère ; norme de traitement juste et équitable non inférieure au droit international ou conforme au droit international ; norme de traitement juste et équitable liée à la norme minimale de traitement des étrangers en vertu du droit international coutumier ; norme de traitement juste et équitable exprimée sous forme de liste avec un contenu substantiel supplémentaire.

Il est clair qu'une norme de traitement juste et équitable, non qualifiée et autonome, est sujette à des interprétations subjectives et n'exprime pas un ensemble clair de prescriptions juridiques. La norme de traitement juste et équitable, caractérisée par une référence au droit international, n'indique qu'un niveau de protection minimal, sans fixer de plafond, et présente donc une structure ouverte à une large interprétation. La norme de traitement juste et équitable, régie par référence au traitement minimal en droit international coutumier, offre une protection plus limitée à l'investisseur et vise des seuils élevés pour la responsabilité de l'État d'accueil. L'approche par liste, en revanche, offre un certain niveau de prévisibilité aux arbitres et aux parties potentielles au litige, mais peut également entraîner des différences dans le niveau de protection de l'investisseur en raison de l'étendue ou de la brièveté de la liste.

Il a été constaté que les dispositions relatives à la norme de traitement juste et équitable figurant dans les accords ECT, NAFTA et CETA sont de plus en plus détaillées et restreintes, limitant ainsi la protection accordée aux investisseurs. Il a été observé que la Turquie s'est éloignée de la pratique consistant à ne pas inclure la disposition relative à la norme de traitement juste et équitable dans les accords d'investissement ou à n'y faire référence que dans le préambule, et a adopté une approche assimilant la norme de traitement juste et équitable à la norme minimale et la détaillant par une liste.

Dans le dernier paragraphe de la première section, il a été déterminé que pour que la norme de traitement juste et équitable soit protégée en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, l'accord d'investissement et la clause de la nation la plus favorisée doivent être tels qu'ils permettent de telles importations.

Dans la deuxième partie de l'étude, il est affirmé que la norme de traitement juste et équitable est une norme absolue et que plusieurs actions ou inactions se combinent et la violent avec un effet cumulatif. Il est observé que la norme de traitement juste et équitable présente un caractère ambigu et flexible, ouvrant ainsi la porte au pouvoir discrétionnaire des arbitres. L'impact des décisions arbitrales antérieures en matière d'investissement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire des arbitres est examiné. Cette partie examine également comment et pourquoi le droit public comparé est utilisé pour interpréter la notion de traitement juste et équitable, et le lien entre cette norme et la notion d'État de droit est abordé. À la fin de la partie, la place de la norme de traitement juste et équitable en droit international coutumier est examinée et sa nature coutumière est examinée.

La norme de traitement juste et équitable, en raison de son imprécision et de sa généralité, peut évoluer en fonction de l'expérience des investisseurs, des pays d'accueil et des tribunaux d'arbitrage internationaux. Bien que cette flexibilité élargisse le pouvoir discrétionnaire des arbitres, la qualité et la force de persuasion du raisonnement sont importantes pour la légitimité des décisions d'arbitrage en matière d'investissement. D'autre part, bien qu'il n'existe aucune exigence de conformité à la jurisprudence en matière d'arbitrage d'investissement, on observe que les conseils d'arbitrage se réfèrent fréquemment à des précédents pertinents et justifient leurs décisions lorsqu'ils statuent sur un différend relatif à un investissement.

Lors de l'examen des approches des conseils d'arbitrage en matière d'investissement, le droit comparé est utilisé pour révéler le contenu de la norme de traitement juste et équitable plutôt que pour en déterminer la nature en tant que règle juridique. Bien que les conseils d'arbitrage n'examinent pas en détail tous les systèmes juridiques nationaux pour parvenir à une conclusion, on constate qu'ils se réfèrent aux lois nationales de certains pays afin de renforcer la justification de leurs décisions.

Les points de vue divergent quant à la relation entre l'État de droit et la norme de traitement juste et équitable. Si certains soutiennent que la norme de traitement juste et équitable est une expression normative de l'État de droit, d'autres soutiennent que l'État de droit est un concept qui obscurcit plutôt qu'il ne clarifie des questions que le droit des investissements laisse intentionnellement dans le flou. Cependant, malgré les critiques qui lui sont adressées, l'État de droit, comparé à d'autres formules utilisées pour établir la norme de traitement juste et équitable, peut jouer un rôle déterminant dans les arguments visant à définir les principes généraux du droit, issus des systèmes juridiques nationaux en matière de droit public ou établis dans le système juridique international, puis pris en compte dans l'interprétation des accords d'investissement.

Dans le dernier sous-titre de la deuxième section, il est examiné si la norme de traitement juste et équitable a un caractère coutumier. Étant donné que la norme de traitement juste et équitable est incluse dans presque tous les accords d'investissement, elle a un caractère général, répandu et représentatif. Cependant, étant donné que les différences dans l'expression de la disposition relative à la norme de traitement juste et équitable influent significativement sur la question de savoir si l'action de l'État d'accueil concernée viole ou non la norme, la norme de traitement juste et équitable n'est pas uniforme dans les accords d'investissement. D'autre part, il a été observé qu'il n'y a pas d'*opinio juris* pour la norme de traitement juste et équitable, car la législation, les lois sur les investissements, les contrats entre les entreprises et les particuliers n'incluent pas la norme de traitement juste et équitable. Pour ces raisons, la norme de traitement juste et équitable n'a pas de caractère coutumier.

Dans la quatrième partie de l'étude, les relations entre la norme de traitement juste et équitable et les concepts de norme minimale internationale, de protection et de sécurité intégrales, d'expropriation et enfin de discrimination, qui sont fréquemment évoqués dans les litiges en droit international des investissements, sont détaillées.

Français En particulier, les points de vue affirmant que la norme minimale internationale et le traitement juste et équitable sont des concepts équivalents et couvrent en réalité les mêmes situations ont été évalués. Bien que certains auteurs et décisions d'arbitrage d'investissement considèrent la norme de traitement juste et

équitable et la norme minimale comme équivalentes sur la base du processus historique, si les parties à un accord d'investissement ne précisent pas explicitement que l'expression « traitement juste et équitable » est utilisée pour exprimer le concept bien connu de « norme de traitement minimum en droit international coutumier », le traitement juste et équitable et la norme minimale internationale ne devraient pas être assimilés à une présomption.

Dans les traités d'investissement où la clause de protection et de sécurité intégrales est formulée comme incluant la sécurité juridique, la portée de la norme de traitement juste et équitable et les dispositions relatives à la protection et à la sécurité intégrales ont été abordées. En pratique, la plupart des traités d'investissement acceptant déjà la norme de traitement juste et équitable, il est peu probable que l'issue d'une affaire soit influencée par le fait que la protection et la sécurité intégrales englobent ou non la sécurité juridique ainsi que la stabilité et la prévisibilité du cadre réglementaire.

Français Les approches concernant le fait que le seuil élevé de preuve recherché pour les réclamations d'expropriation dans les différends internationaux en matière d'investissement a été remplacé par des réclamations pour violation de la norme de traitement juste et équitable ont été examinées en détail. Les caractéristiques des concepts d'expropriation et de la norme de traitement juste et équitable ont été examinées. La large portée de la norme de traitement juste et équitable permet aux arbitres de prendre en compte un éventail de facteurs plus large que ce qui est possible dans le cadre du test pertinent pour les expropriations directes et indirectes. Bien que la norme de traitement juste et équitable offre une protection contre diverses actions du gouvernement hôte considérées comme « injustes » ou « inéquitable », puisque les dispositions relatives à l'expropriation se concentrent généralement uniquement sur la saisie de l'investissement ou des biens d'un investisseur, la norme de traitement juste et équitable et l'expropriation sont des concepts aux caractéristiques et aux conséquences différentes.

Dans le dernier sous-titre de la quatrième section, les similitudes et les différences entre la discrimination et la norme de traitement juste et équitable sont examinées, ainsi que la question de savoir si ces deux concepts doivent être évalués

par les conseils d'arbitrage en matière d'investissement sous un même titre ou séparément. Le point fondamental qui distingue conceptuellement la norme de traitement juste et équitable de la non-discrimination par le biais du traitement national ou des obligations d'enregistrement de la nation la plus favorisée est la distinction entre traitement relationnel et traitement non relationnel. Par conséquent, la norme de traitement juste et équitable a un caractère non relationnel, indépendant de la norme de traitement national.

Dans la cinquième section de l'étude, les sous-rubriques couvertes par la norme de traitement juste et équitable et les situations couvertes par ces sous-rubriques sont détaillées. Dans le cadre de la norme de traitement juste et équitable, le déni de justice, l'interdiction du harcèlement et de l'abus de pouvoir, la discrimination et l'arbitraire, le caractère raisonnable, la proportionnalité, la bonne foi, la transparence, la stabilité et la prévisibilité, la légalité et la cohérence, et enfin le concept d'attentes légitimes sont examinés.

En cas de déni de justice, les tribunaux arbitraux n'agiront pas comme une cour d'appel et ne décideront pas si la décision d'un tribunal local était erronée ou si une autre interprétation du droit aurait été préférable. Il existe toutefois une différence entre une erreur ordinaire et une injustice grave contraire à l'État de droit. Cette différence sera surmontée lorsqu'il sera impossible pour un tiers de comprendre comment un juge impartial aurait pu parvenir à la conclusion en question. Dans de tels cas, un déni de justice surviendra dans le cadre d'un traitement juste et équitable.

Le critère de proportionnalité peut conférer aux arbitres une grande latitude pour remettre en question les décisions de politique souveraine. Malgré les lacunes importantes dans l'application du concept de proportionnalité par les arbitres, on peut affirmer qu'il contribue à renforcer la légitimité des décisions et la définition de la norme de contrôle. La proportionnalité est l'un des outils les plus appropriés pour permettre aux arbitres de mettre en balance les attentes légitimes des investisseurs en matière de stabilité juridique et le droit des États à réglementer, tout en accordant à ces derniers une marge d'appréciation plus stricte que des concepts ouverts tels que le caractère raisonnable.

Le concept le plus débattu quant à sa place et son poids dans le champ du traitement juste et équitable est celui des attentes légitimes. Contrairement au droit de l'UE, qui impose des conditions assez strictes pour l'affirmation des attentes légitimes, les tribunaux d'investissement ont fourni une interprétation beaucoup plus large de la portée des attentes que les investisseurs peuvent nourrir et qui peuvent bénéficier de la protection de la norme de traitement juste et équitable. Cependant, les accords d'investissement récents ont de plus en plus limité les attentes légitimes, les excluant même du champ de protection de certains accords. Il est clair que les États d'accueil privilégient cette méthode pour surmonter les restrictions au droit de réglementer.

La sixième partie de l'étude examine les conditions particulières des États hôtes, à savoir les États en faillite, les pays en développement et les pays en crise économique. Elle examine également les effets possibles des comités d'arbitrage sur l'interprétation des normes de traitement juste et équitable dans les accords relatifs aux droits de l'homme et au droit international de l'environnement.

Les tribunaux arbitraux ont généralement adopté une approche incohérente et inadéquate pour prendre en compte les circonstances particulières des États dans leur évaluation des violations présumées de la norme juste et équitable. Certaines décisions ont affirmé que toutes les circonstances, y compris les conditions politiques, socio-économiques, culturelles et historiques prévalant dans l'État hôte, devaient être prises en compte, tandis que d'autres ont ignoré ces caractéristiques dans leur évaluation de la responsabilité et de l'indemnisation. Ignorer complètement les circonstances particulières de l'État hôte ne permettra pas de parvenir à un résultat équitable. Parallèlement, la nécessité de prendre en compte les conditions particulières de l'État hôte peut être protégée dans le cadre de l'accord grâce à la disposition différentielle, et l'approche consistant à élargir le champ d'action de l'État hôte au moyen de tels articles est devenue plus fréquente que par le passé.

Le dernier sous-titre de l'étude examine l'intégration systémique. La question de savoir si le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'environnement constituent un point de référence approprié pour donner un sens aux accords d'investissement conformément à l'article 31(3)(c) de la CVDT dépend de la question de savoir si les droits de l'homme constituent des règles de droit international

pertinentes applicables aux relations entre les parties. À ce stade, il doit exister une règle de droit international et cette règle doit être pertinente et applicable aux relations entre les parties. Les normes qui n'ont pas la nature d'un engagement contraignant n'ont pas la nature d'une règle, même si elles sont incluses dans un traité, car elles ne peuvent être appliquées par le biais d'un règlement des différends contraignant. En général, de nombreux principes relatifs au droit de l'environnement et aux droits de l'homme sont inclus dans du droit souple non contraignant. Cette situation constitue un obstacle à l'applicabilité de l'article 31(3)(c) spécifiquement à ces principes.



ABSTRACT

This study examines the concept of fair and equitable treatment in international investment law. The study consists of six main sections. The first part, “Fair and Equitable Treatment in Investment Treaties”, evaluates the expression of the fair and equitable treatment standard in investment treaties and its consequences. The second part, “Characteristics of the Fair and Equitable Treatment Standard”, evaluates the main characteristics of the fair and equitable treatment standard and whether it has a customary character. The third section, “Justification of the Fair and Equitable Treatment Standard”, examines the concepts used in justifying the fair and equitable treatment standard. The fourth section, “The Fair and Equitable Treatment Standard and Other Investment Protection Principles”, discusses the similarities and differences between the fair and equitable treatment standard and the international minimum standard, full protection and security, expropriation and discrimination. In the fifth section, “Situations that may fall within the scope of the Elements of the Fair and Equitable Treatment Standard”, the sub-elements of the fair and equitable treatment standard are detailed and the limits of the standard are examined. The sixth and final section, “Special Circumstances that may be taken into account in the Assessment of the Fair and Equitable Treatment Standard”, assesses the circumstances that the tribunal may take into account when interpreting the fair and equitable treatment standard in the host State and the possible impact of human rights.

In the first part of the study, after examining the first agreements in which the fair and equitable treatment standard was included in chronological order, how this concept is expressed in international investment agreements today and the possible effects of these expressions on the interpretation of the provision are discussed. Then, some important investment agreements and the fair and equitable treatment clauses in investment agreements to which Türkiye is a party are examined in detail. In the last part of the section, the usability of the fair and equitable treatment clause through the most favored nation clause is discussed.

Today, the standard of providing fair and equitable treatment to foreign investors is included in the vast majority of investment treaties, and only a limited number of investment treaties do not refer to the standard. However, the precise meaning of the

fair and equitable treatment standard is open to question, and the way it is expressed in the investment treaty is very important in determining the characteristics of the standard. The most common formulations of the fair and equitable treatment standard in investment treaties are: Unqualified or autonomous fair and equitable treatment clause without reference to international law or any other criterion; Fair and equitable treatment standard not less than international law or in accordance with international law; Fair and equitable treatment standard linked to the minimum standard of treatment for foreigners under customary international law; Fair and equitable treatment standard expressed in a list approach with additional substantive content.

It is clear that an unqualified and autonomous fair and equitable treatment standard is open to subjective interpretations and does not express a clear set of legal prescriptions. The fair and equitable treatment standard, which is characterized by reference to international law, only indicates a minimum level of protection, but does not set a ceiling, and therefore has a structure that is open to broad interpretation. The Fair and Equitable Treatment Standard, which is regulated by reference to minimum treatment under customary international law, provides more limited protection to the investor and seeks high thresholds for the responsibility of the host state. The list approach, on the other hand, provides a certain level of predictability for arbitrators and potential parties to the dispute, but at the same time, it may lead to differences in the level of protection of the investor due to the width or narrowness of the list.

It has been determined that the provisions of the fair and equitable treatment standard in the ECT, NAFTA and CETA agreements have been increasingly detailed and narrowed, limiting the protection provided to investors. It has been observed that Türkiye has moved away from the practice of agreements that do not include the fair and equitable treatment standard provision in investment agreements or that only refer to the fair and equitable treatment standard in the preamble, and has shifted towards an approach that equates the fair and equitable treatment standard with the minimum standard and details this with a list.

In the last subsection of the first section, it was determined that in order for the fair and equitable standard of treatment to be protected under the most-favoured-nation

clause, the investment agreement and the most-favoured-nation clause must be such that it permits such imports.

In the second part of the study, it is stated that the standard of fair and equitable treatment is an absolute standard and that multiple actions or inactions will come together and violate the standard with a cumulative effect. It is observed that the standard of fair and equitable treatment has an ambiguous and flexible feature and therefore opens the door to the discretion of arbitrators. It is discussed how previous investment arbitration decisions have an impact when arbitrators exercise their discretionary power. In this part, it is also discussed how and why comparative public law is used in interpreting the concept of fair and equitable treatment and the connection between the standard and the concept of rule of law is touched upon. At the end of the part, the place of the standard of fair and equitable treatment in customary international law is discussed and whether it has the nature of customary law is examined.

The standard of fair and equitable treatment, due to its vagueness and generality, has the flexibility to evolve in light of the experiences of investors, host countries and international arbitration courts. Although this flexibility expands the discretionary power of arbitrators, the quality and persuasiveness of the reasoning in the decision are important for the legitimacy of investment arbitration decisions. On the other hand, although there is no requirement for compliance with precedent in investment arbitration, it is observed that arbitration boards frequently refer to relevant precedents and justify their decisions when deciding on an investment dispute.

When the approaches of investment arbitration boards are examined, comparative law is used to reveal the content of the fair and equitable treatment standard rather than determining its nature as a legal rule. Although the arbitration boards do not examine all domestic legal systems in detail and reach a conclusion, it is seen that they refer to the domestic laws of some countries in order to strengthen the justification of their decisions.

There are different views on the relationship between the rule of law and the standard of fair and equitable treatment. While there are those who argue that the

standard of fair and equitable treatment is a normative expression of the rule of law, there are also those who argue that the rule of law is a concept that obscures rather than clarifies issues that investment law intentionally leaves vague. However, despite the criticisms brought to bear on it, the rule of law, when compared to other formulas used to establish the standard of fair and equitable treatment, can play a definitive role for arguments aimed at defining general principles of law derived from national legal systems in the field of public law or established within the international legal system and then taken into account in the interpretation of investment agreements.

In the last subheading of the second section, it is examined whether the fair and equitable treatment standard has a customary nature. Since the fair and equitable treatment standard is included in almost all investment agreements, it has a general, widespread and representative nature. However, since the differences in the expression of the fair and equitable treatment standard provision make a significant difference in whether the relevant host state action violates the standard or not, the fair and equitable treatment standard does not have a uniform feature in investment agreements. On the other hand, it has been observed that there is no *opinio juris* for the fair and equitable treatment standard, as the legislation, investment laws, contracts between companies and individuals do not include the fair and equitable treatment standard. For these reasons, the standard of fair and equitable treatment does not have a customary nature.

In the fourth part of the study, the relationships between the fair and equitable treatment standard and the concepts of international minimum standard, full protection and security, expropriation and finally discrimination, which are frequently discussed in disputes in international investment law, are detailed.

In particular, the views stating that the international minimum standard and fair and equitable treatment are equivalent concepts and actually cover the same situations have been evaluated. Although there are authors and investment arbitration decisions that consider the fair and equitable treatment standard and the minimum standard as equivalent based on the historical process, if the parties to an investment agreement do not explicitly state that the expression “fair and equitable treatment” is used to express the well-known concept of “minimum treatment standard in customary international

law”, fair and equitable treatment and the international minimum standard should not be equated as a presumption.

In investment treaties where the full protection and security clause is expressed as including legal security, the scope of the fair and equitable treatment standard and the full protection and security provisions have been discussed. In practice, since most investment treaties already accept the fair and equitable treatment standard, it is unlikely that the outcome of a case will be affected by whether full protection and security encompasses legal security and the stability and predictability of the regulatory framework.

The approaches regarding the fact that the high threshold of proof sought for expropriation claims in international investment disputes has been replaced by claims of violation of the fair and equitable treatment standard have been examined in detail. The characteristics of the concepts of expropriation and the fair and equitable treatment standard have been examined. The broad scope of the fair and equitable treatment standard allows arbitrators to consider a wider range of factors than is possible under the relevant test for direct and indirect expropriations. While the fair and equitable treatment standard provides protection against various host government actions that are considered “unfair” or “unjust”, since expropriation provisions generally focus only on the taking of an investor’s investment or property, the fair and equitable treatment standard and expropriation are concepts with different characteristics and consequences.

In the last subheading of the fourth section, the similarities and differences between discrimination and the fair and equitable treatment standard are discussed and whether these two concepts should be evaluated by investment arbitration boards under one heading or separately. The fundamental point that conceptually distinguishes the fair and equitable treatment standard from non-discrimination through national treatment or most-favored-nation registration obligations is relational treatment versus non-relational treatment. As a result, the fair and equitable treatment standard has a non-relational character that is independent of the national treatment standard.

In the fifth section of the study, the subheadings covered by the fair and equitable treatment standard and the situations covered by these subheadings are detailed. Within the scope of the fair and equitable treatment standard; denial of justice, prohibition of harassment and abuse of power, discrimination and arbitrariness, reasonableness, proportionality, good faith, transparency, stability and predictability, legality and consistency and finally the concept of legitimate expectations are examined.

In cases of denial of justice, arbitration tribunals will not act as a court of appeal and will not decide whether a local court's decision was erroneous or whether another view of the law would have been preferred. However, there is a difference between an ordinary error and a gross injustice contrary to the rule of law. This difference will be overcome when it is not possible for a third party to understand how an impartial judge could have reached the conclusion in question. In such cases, a denial of justice will occur within the scope of fair and equitable treatment.

The proportionality test may provide arbitrators with a great deal of discretion to second-guess sovereign policy decisions. Despite the significant shortcomings in the application of the concept of proportionality by arbitrators, it can be argued that it provides impetus to strengthen the legitimacy of decisions and the definition of the standard of control. Proportionality is one of the most appropriate tools for arbitrators to weigh the legitimate expectations of investors regarding legal stability against the rights of states to regulate, while giving states a stricter margin of appreciation than open-ended concepts such as reasonableness.

The concept that has been the most debated in terms of its place and weight within the scope of fair and equitable treatment is legitimate expectations. Unlike EU law, which imposes rather strict conditions for the assertion of legitimate expectations, investment courts have provided a much broader interpretation of the scope of expectations that investors may have that may fall under the protection of the fair and equitable treatment standard. However, recent investment agreements have increasingly limited legitimate expectations and even excluded them from the scope of protection in some agreements. It is clear that host states prefer such a method to overcome restrictions on the right to regulate.

In the sixth section of the study, the special conditions of the host states are examined, namely failed states - collapsing states, developing countries and countries in economic crisis. In this section, the possible effects of arbitration committees on the interpretation of the standards of fair and equitable treatment in agreements on human rights and international environmental law are examined.

Arbitration tribunals have generally adopted an inconsistent and inadequate approach to considering the special circumstances of States in their assessment of alleged violations of the fair and equitable standard. Some decisions have stated that all circumstances, including the political, socio-economic, cultural and historical conditions prevailing in the host State, must be taken into account, while others have disregarded these features in their assessment of liability and compensation. Completely ignoring the special circumstances of the host State will not be convincing in reaching a just result. At the same time, special and The need to take into account the special conditions of the host state can be protected within the scope of the agreement through the differential provision, and the approach of expanding the host state's field of action through such articles has begun to be seen more frequently than in the past.

The final subheading of the study examines systemic integration. Whether international human rights and environmental law are a suitable reference point for deriving meaning for investment agreements in accordance with Article 31(3)(c) of the VCLT depends on whether human rights constitute relevant international law rules applicable to the relations between the parties. At this point, there must be an international law rule and this rule must be relevant and applicable to the relations between the parties. Norms that do not have the nature of a binding commitment do not have the nature of a rule even if they are included in a treaty, since they cannot be applied through binding dispute resolution. In general, many of the principles related to environmental law and human rights law are included in non-binding soft law. This situation constitutes an obstacle to the applicability of Article 31(3)(c) specifically for these principles.

ÖZET

Bu çalışmada, uluslararası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli muamele kavramı incelenmiştir. Çalışma altı ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm olan “Yatırım Antlaşmalarında Adil ve Hakkaniyetli Muamele” kısmında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının yatırım antlaşmalarındaki ifade ediliş şekilleri ve bunun sonuçları değerlendirilmiştir. İkinci bölüm olan “Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Özellikleri” kısmında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının temel özellikleri ve teamül bir niteliğe sahip olup olmadığı değerlendirilmiştir. Üçüncü bölüm olan “Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Temellendirilmesi” kısmında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının temellendirilirken kullanılan kavramlar incelenmiştir. Dördüncü bölüm olan “Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Diğer Yatırım Koruma İlkeleri” kısmında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının; uluslararası asgari standart, tam koruma ve güvenlik, kamulaştırma ve ayrımcılık kavramlarıyla aralarındaki benzerlik ve farklılıklar tartışılmıştır. Beşinci bölüm olan “Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Unsurları Kapsamına Girebilecek Durumlar” kısmında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının alt unsurları detaylandırılarak standardın sınırları incelenmiştir. Altıncı ve son bölüm olan “Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Değerlendirilmesinde Dikkate Alınabilecek Özel Durumlar” kısmında, adil ve hakkaniyetli muamele standardı hakem heyeti tarafından yorumlanırken, ev sahibi devlet özelinde göz önünde bulundurabileceği durumlar ve insan haklarının olası etkisi değerlendirilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının geçtiği ilk antlaşmalar kronolojik sırayla incelendikten sonra, bu kavramın günümüzde uluslararası yatırım antlaşmalarında nasıl ifade edildikleri ve bu ifade ediliş şekillerinin hükmün yorumlanmasına ilişkin olası etkileri tartışılmıştır. Ardından, bazı önemli yatırım antlaşmaları ve de Türkiye’nin taraf olduğu yatırım antlaşmalarındaki adil ve hakkaniyetli muamele maddeleri detaylı şekilde incelenmiştir. Bölümün son başlığında ise en çok gözetilen ulus kaydı maddesi aracılığıyla adil ve hakkaniyetli muamele maddesinin kullanılabilirliği tartışılmıştır.

Günümüzde, yabancı yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama standardı, yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğunda yer almakta olup yalnızca sınırlı sayıda yatırım antlaşmasında standarda atıf yoktur. Ancak, adil ve hakkaniyetli muamele standardı kesin anlamı sorgulanmaya açıktır ve yatırım antlaşmasındaki ifade ediliş şekli standardın özelliklerinin belirlenmesi açısından çok önemlidir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının yatırım antlaşmalarında en sık karşılaşılan formülasyonlar: Uluslararası hukuka veya başka herhangi bir kritere atıfta bulunmaksızın, niteliksiz veya özerk AHM; Uluslararası hukuktan az olmamak kaydıyla veya uluslararası hukuka göre adil ve hakkaniyetli muamele standardı; Uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardıyla bağlantılı adil ve hakkaniyetli muamele standardı; Ek maddi içeriğe sahip bir liste yaklaşımı ile ifade edilen adil ve hakkaniyetli muamele standardı şeklindedir.

Niteliksiz ve özerk bir adil ve hakkaniyetli muamele standardının sübjektif yorumlara açık olduğu ve açık bir dizi yasal reçeteyi ifade etmediği açıktır. Uluslararası hukuka yapılan atıf ile nitelendirilen adil ve hakkaniyetli muamele standardı ise yalnızca asgari bir koruma seviyesine işaret etmekte, ancak bir tavan oluşturmamakta bu sebeple geniş yorumlamaya açık bir yapıya sahip olmaktadır. Uluslararası teamül hukuku kapsamında asgari muameleye atıfta bulunularak düzenlenen adil ve hakkaniyetli muamele standardı yatırımcıya daha sınırlı bir koruma sağlamakta ve ev sahibi devletin sorumluluğu için yüksek eşikler aramaktadır. Liste yaklaşımı ise hakemler ve olası uyuşmazlığı tarafları için belli düzeyde bir öngörülebilirlik sağlarken, aynı zamanda listenin genişliği veya darlığı sebebiyle yatırımcının korunması düzeyinin farklılaşmasına yol açabilmektedir.

ECT, NAFTA, CETA antlaşmalarındaki adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükümlerinin giderek detaylandırılıp daha dar hale getirilerek yatırımcıya yapılan korumanın sınırlandırıldığı tespit edilmiştir. Türkiye'nin, yatırım antlaşmalarında adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmüne yer vermeyen veya sadece önsözde adil ve hakkaniyetli muamele standardına atıf yapan antlaşma pratiğinden uzaklaşarak, adil ve hakkaniyetli muamele standardını asgari standartla eş tutan ve bunu da liste ile detaylandıran bir yaklaşıma doğru geçiş yaptığı gözlemlenmiştir

İlk bölümün son alt başlığında, en çok gözetilen ulus kaydı maddesine dayanılarak sağlanacak adil ve hakkaniyetli muamele standardı koruması için, yatırım antlaşmasının ve en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün bu tür bir ithalata izin verecek şekilde olması gerektiği tespit edilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının mutlak bir standart olduğu ve birden çok eylem veya eylemsizliğin bir araya gelip kümülatif bir etkiyle de standardın ihlal edileceği belirtilmiştir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının muğlak ve esnek bir özelliği sahip olduğu ve bu sebeple hakemlerin takdir yetkisine kapı araladığı gözlemlenmiştir. Hakemlerin takdir yetkisini kullanırken eski yatırım tahkimi kararlarının nasıl bir etkisi olduğu tartışılmıştır. Bu bölümde, aynı zamanda adil ve hakkaniyetli muamele kavramının yorumlanırken karşılaştırmalı kamu hukukuna nasıl ve neden başvurulduğu tartışılmış ve standardın hukukun üstünlüğü kavramıyla arasındaki bağa değinilmiştir. Bölümün sonunda, adil ve hakkaniyetli muamele standardının uluslararası teamül hukukundaki yeri tartışılmış ve teamül niteliğine sahip olup olmadığı incelenmiştir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardı muğlaklığı ve genelliği sebebiyle, yatırımcıların, ev sahibi devletlerin ve uluslararası tahkim mahkemelerinin deneyimleri ışığında gelişmeye izin verecek bir esnekliğe sahiptir. Bu esneklik, hakemlerin takdir yetkisini genişletse de yatırım tahkimi kararlarının meşruiyeti açısından karardaki gerekçenin niteliği ve ikna ediciliği önem taşımaktadır. Öte yandan, yatırım tahkiminde emsale uygunluk zorunluluğu olmasa da, hakem heyetlerinin bir yatırım uyuşmazlığını karara bağlarken ilgili içtihatlarla sıklıkla atıf yapıp kararını gerekçelendirdiği gözlemlenmektedir.

İkinci bölümün son alt başlığında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının teamül niteliği olup olmadığı incelenmiştir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı nerdeyse bütün yatırım antlaşmalarında yer alması sebebiyle genel, yaygın ve temsil edici bir niteliği sahiptir. Ancak, adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünün ifade ediliş şeklinin farklılıklarının, ilgili ev sahibi devlet eyleminin standardı ihlali edip etmediği konusunda belirgin şekilde farklılaştırması sebebiyle adil ve hakkaniyetli muamele standardı yatırım antlaşmalarında yeknesak özelliğine sahip değildir. Öte yandan, incelenen ev sahibi devletlerin mevzuatları, yatırım kanunları,

şirketler ve bireyler ile arasında yapılan sözleşmelerinde adil ve hakkaniyetli muamele standardına yer verilmemesi sebebiyle, adil ve hakkaniyetli muamele standardına yönelik opinio juris bulunmadığı gözlemlenmiştir. Bu sebeplerden dolayı, adil ve hakkaniyetli muamele standardının teamül niteliği bulunmamaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardı temellendirilmesi tartışılacaktır. Yatırım tahkimi hakem heyetlerinin yaklaşımları incelendiğinde, karşılaştırmalı hukuk, adil ve hakkaniyetli muamele standardının bir hukuk kuralı olarak niteliğini belirlemekten ziyade içeriğini ortaya koymak için kullanılmaktadır. Hakem heyetleri, bütün iç hukuk sistemlerini detaylıca inceleyip sonuca varmasa da, kararının gerekçesini kuvvetlendirmesi için bazı ülkelerin iç hukukuna atıf yaptığı görülmektedir.

Hukukun üstünlüğü ile adil ve hakkaniyetli muamele standardı arasındaki ilişki hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının, hukukun üstünlüğünün normatif bir ifadesi olduğunu öne sürünler olduğu gibi, hukukun üstünlüğünün, yatırım hukukunun kasıtlı olarak muğlak bıraktığı konuları aydınlatmak yerine belirsizleştiren bir kavram olduğunu öne sürenler de mevcuttur. Ancak, hakkında getirilen eleştirilere rağmen hukukun üstünlüğü, adil ve hakkaniyetli muamele standardı temellendirilmesi için kullanılan diğer formüllerle kıyaslandığında, kamu hukuku alanındaki ulusal hukuk sistemlerinden türetilen veya uluslararası hukuk sistemi içinde oluşturulan ve daha sonra yatırım antlaşmalarının yorumlanmasında dikkate alınan genel hukuk ilkelerinin tanımlanmasına yönelik argümanlar için tanımlayıcı bir rol oynayabilir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının, uluslararası yatırım hukukunda sıkça uyuşmazlıklarda tartışma konusu olan uluslararası asgari standart, tam koruma ve güvenlik, kamulaştırma ve son olarak ayrımcılık kavramlarıyla arasındaki ilişkiler detaylandırılmıştır.

Özellikle uluslararası asgari standart ile adil ve hakkaniyetli muamelenin birbirine eş kavramlar olup aslında aynı durumları kapsadığını belirten görüşler değerlendirilmiştir. Her ne kadar tarihsel süreci esas alarak adil ve hakkaniyetli muamele standardı ve asgari standart eş gören yazarlar ve yatırım tahkimi kararları

olsa da bir yatırım antlaşmasının tarafları “adil ve hakkaniyete uygun muamele” ifadesini, iyi bilinen “uluslararası teamül hukukundaki asgari muamele standardı” kavramını ifade etmek için kullanıldığını açıkça belirtmediyse, bir varsayım olarak adil ve hakkaniyetli muamele ile uluslararası asgari standart eşitlenmemelidir.

Tam koruma ve güvenlik maddesinin, yasal güvenlik de dahil olarak ifade edildiği yatırım antlaşmalarında, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile tam koruma ve güvenlik hükümlerinin kapsamı tartışılmıştır. Pratikte, çoğu yatırım antlaşması zaten adil ve hakkaniyetli muamele standardı kabul ettiğinden, tam koruma ve güvenliğin hukuki güvenliği ve düzenleyici çerçevenin istikrar ve öngörülebilirliğini kapsayıp kapsamadığının bir davanın sonucunu etkilemesi pek olası değildir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında kamulaştırma iddiaları için aranan ispat eşiğinin yüksek olması sebebiyle yerini adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali iddialarına bıraktığına ilişkin yaklaşımlar, kamulaştırma ve adil ve hakkaniyetli muamele standardı kavramlarının özellikleri detaylandırılarak incelenmiştir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının geniş kapsamı, hakemlerin doğrudan ve dolaylı kamulaştırmalar için ilgili test kapsamında mümkün olandan daha geniş bir faktör yelpazesini dikkate almalarını sağlamaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, “haksız” veya “adaletsiz” olduğu düşünülen çeşitli ev sahibi hükümet eylemlerine karşı koruma sağlarken, kamulaştırma hükümleri genellikle yalnızca bir yatırımcının yatırımının veya mülkünün alınmasına odaklanması sebebiyle adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile kamulaştırma farklı özellik ve sonuçları olan kavramlardır.

Dördüncü bölümün son alt başlığında, ayrımcılık ve adil ve hakkaniyetli muamele standardı arasındaki benzerlik ve farklılıklara değinilmiş ve bu iki kavramın yatırım tahkimi hakem heyetleri tarafından tek başlık altında mı yoksa ayrı ayrı mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardını kavramsal olarak ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydı yükümlülükleri yoluyla ayrımcılık yapılmamasından ayıran temel nokta, ilişkisel muameleye karşı ilişkisel olmayan muameledir. Sonuç olarak, adil ve hakkaniyetli muamele standardı, ulusal muamele standardından bağımsız ve ilişkisel olmayan bir özelliğe sahiptir.

Çalışmanın beşinci bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının hangi alt başlıkları kapsayabileceği ve bu alt başlıkların ne gibi durumları içerdiği detaylandırılmıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında; Adaletin reddi, taciz ve güç istismarı yasağı, ayrımcılık ve keyfilik, makuliyet, orantılılık, iyi niyet, şeffaflık, istikrar ve öngörülebilirlik, kanunilik ve tutarlılık ile son olarak meşru beklentiler kavramı incelenmiştir.

Adaletin reddi kapmasında hakem heyetleri bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmeyecek ve yerel bir mahkemenin kararının hatalı olup olmadığına veya hukukun başka bir görüşün tercih edilip edilmeyeceğine karar vermeyecektir. Bununla birlikte, olağan bir hata ile hukukun üstünlüğüne aykırı ağır bir adaletsizlik arasında fark bulunmaktadır. Bu fark, üçüncü bir tarafın, tarafsız bir yargıcın söz konusu sonuca nasıl ulaşmış olabileceğini anlamasının mümkün olmadığı durumlarda aşılmış olacaktır. İşte bu gibi durumlarda adil ve hakkaniyetli muamele kapsamında adaletin reddi söz konusu olacaktır.

Orantılılık testi hakemlere egemen politika kararlarını ikinci kez değerlendirmek için çok fazla takdir yetkisi sağlayabilir. Orantılılık kavramının hakem heyetleri tarafından uygulanmasındaki önemli eksikliklere rağmen, bu kavramın kararların meşruiyetini ve denetim standardının tanımını güçlendirmek için itici güç sağladığı ileri sürülebilir. Orantılılık, hakemlere, yatırımcıların yasal istikrara ilişkin meşru beklentileri ile devletlerin düzenleme yapma haklarını tartmak için en uygun araçlardan biri olup, devletlere de makuliyet gibi açık uçlu kavramlardan daha katı bir çerçevede takdir marjı tanımaktadır.

Adil ve hakkaniyetli muamele kapsamındaki yeri ve ağırlığı konusunda en fazla tartışma olan kavram meşru beklentilerdir. Meşru beklentilerin ileri sürülmesi için oldukça katı şartlar getiren AB hukukunun aksine, yatırım tahkimi hakem heyetleri, yatırımcıların adil ve hakkaniyetli muamele standardının koruması altına girebilecek beklentilerinin kapsamına ilişkin çok daha geniş bir yorum getirmiştir. Ancak, son zamanlarda yapılan yatırım antlaşmalarında giderek meşru beklentileri sınırlandırmakta hatta bazı antlaşmalarda direkt olarak koruma kapsamı dışında bırakmaktadır. Ev sahibi devletlerin, düzenleme hakkına yönelik kısıtlamaların üstesinden gelmek için böyle bir yolu tercih ettiği açıktır.

Çalışmanın altıncı bölümünde, ev sahibi devletlerin özel koşulları, başarısız devlet (failed state) ile çökmekte olan devlet (failing state), gelişmekte olan devletler ve ekonomik kriz halindeki devletler olarak incelenmiştir. Bu bölümde, hakem heyetlerinin, insan hakları ve uluslararası çevre hukukuna ilişkin antlaşmaların, adil ve hakkaniyetli muamele standardını yorumlanmasına olan olası etkileri incelenmiştir.

Hakem heyetleri, devletlerin içinde bulunduğu özel durumları, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali iddialarına ilişkin değerlendirmelerinde ele almada genel olarak tutarsız ve yetersiz bir yaklaşım benimsemişlerdir. Bazı kararlarda, ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullar da dahil olmak üzere tüm koşulların dikkate alınması gerektiğini belirtilmiş, bazı kararlarda ise bu özellikler sorumluluk ve tazminata ilişkin değerlendirmelerde göz ardı edilmiştir. Ev sahibi devletin özel koşullarının tamamıyla göz ardı edilmesi adil bir sonuca ulaşıldığı konusunda ikna edici olmayacaktır. Aynı zamanda, special and differential hükmü aracılığıyla da ev sahibi devletin özel koşullarının dikkate alınması gerekliliği antlaşma kapsamında koruma altına alınabilmektedir ve bu gibi maddeler aracılığıyla ev sahibi devletin hareket alanını genişletme yaklaşım geçmişe oranla daha fazla görülmeye başlanmıştır.

Çalışmanın son bölümünün son alt başlığında sistemik entegrasyon incelenmiştir. Uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun, VAHS m. 31(3)(c) uyarınca yatırım antlaşmaları için anlam çıkarmak için uygun bir referans noktası olup olmadığı, insan haklarının taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir ilgili uluslararası hukuk kuralları oluşturup oluşturmadığına bağlıdır. Bu noktada, bir uluslararası hukuk kuralı olmalıdır ve bu kural taraflar arasındaki ilişkide ilgili ve uygulanabilir olmalıdır. Bağlayıcı bir taahhüt niteliği taşımayan normlar, bağlayıcı uyumsuzluk çözümü yoluyla uygulanabilir olmadıkları için, bir antlaşmada yer alsalar dahi kural niteliği taşımazlar. Genel olarak, çevre hukuku ve insan hakları hukukuna ilişkin ilkelerin birçoğu bağlayıcı olmayan esnek kurallarda (soft law) yer almaktadır. Bu durum, bu ilkeler özelinde m.31(3)(c) uygulanabilirliği önünde bir engel teşkil etmektedir.

GİRİŞ

Uluslararası yatırım tahkimi, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmazlıkların giderilmesi için başvurulmuş uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. İlk yatırım antlaşması 1959’da imzalanmıştır. Yatırım tahkiminin temel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılması, 1965 yılında Dünya Bankası himayesinde “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” (ICSID Konvansiyonu) imzalanması ve bu Sözleşme sonucunda “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez’in (ICSID) kurulması ile olmuştur. ICSID tahkimini diğer tahkimlerden ayıran 2 nokta; yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim antlaşması olmadan dahi tahkime başvurulması ve ICSID hakem kararlarının tenfiz kararı gerektirmeden icra edilebilmesidir.¹ ICSID yatırım tahkiminde tarafların tahkim iradelerinden bahsedebilmek için yatırımcı ile devlet arasında bir tahkim antlaşması şart değildir, tarafların ICSID tahkimine başvurma iradelerinin açık, karşılıklı ve yazılı olması yargılama yetkisinin ortaya çıkması için yeterlidir.²

Yatırımlar ile ilgili uyuşmazlıklar ICSID’de görülebileceği gibi, UNCITRAL Ad Hoc Tahkim Kurallarıyla, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurallarıyla, ISTAC veya ICC tahkimi de dahil olmak üzere birçok farklı yerde görülebilmektedir.³ Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartını içeren bir sözleşme olmaması halinde, ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasındaki yatırım antlaşması, yatırım uyuşmazlıkları nedeniyle tahkime başvurabilme imkanı sağlayabilmektedir.⁴

Bu çalışmada, uluslararası yatırım hukukunda en çok tartışılan kavramlardan biri olan adil ve hakkaniyetli muamele standardı detaylı bir şekilde incelenecektir. Uluslararası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli muamele standardı birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bunun en önemli sebebi, adil ve hakkaniyetli muamele standardının net bir kavramsal çerçevesinin olmamasıdır. Yatırım tahkimi tahkim heyetlerinin, adil ve hakkaniyetli muamele standardını kendi öznel değerlendirmelerine göre oluşturmaları, standardın öngörülebilirliğini ortadan

¹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, Temmuz 2021, s. 58.

² a.g.e., s. 62.

³ İnci Ataman-Fıganmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2012, s. 95.

⁴ a.g.e., s. 105.

kaldırmakla beraber yatırım tahkimi sisteminin meşruiyetini tartışmaya açık hale getirebilmektedir.

Doktrinde ve yatırım tahkimi kararlarında adil ve hakkaniyetli muamele standardı sıkça değerlendirilmiş olsa da, standartla ilgili herkes tarafından kabul edilen net bir kavramsal çerçevenin olmadığı aşıkardır. Bu çalışmada, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile ilgili doktrin, yatırım antlaşmaları ve yatırım tahkimi kararlarındaki tanımlamalar ve eleştiriler göz önünde bulundurularak, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki dengeye hizmet eden bir adil ve hakkaniyetli muamele standardı tanımının ve özelliklerinin neler olabileceği tartışılacaktır.

Bu çalışmanın yapılmasının amacı, uluslararası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile ilgili belirsizliklerin kaynaklarını tespit etmek ve bu belirsizliklerin giderilmesine yönelik adımların neler olabileceğini tespit etmeye çalışmaktır. Uluslararası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli muamele standardı kavramını, bir bütün olarak kapsamlı bir şekilde değerlendiren yerel ve yabancı kaynaklar titizlikle incelenmiştir. Aynı zamanda, birçok eski ve yeni yatırım tahkimi kararının adil ve hakkaniyetli muamele standardına yönelik değerlendirmeleri detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Bu tez kapsamında birçok soruya cevap aranacak olup, bu sorulardan bazıları şunlardır: Adil ve hakkaniyetli muamele standardının tarihsel süreci nasıldır, adil ve hakkaniyetli muamele standardının yatırım antlaşmasındaki ifade ediliş şeklinin hakem heyetlerinin değerlendirmesine etkisi nedir, devletlerin son yıllarda adil ve hakkaniyetli muamele standardına yönelik kısıtlayıcı bakış açısının nedenleri nelerdir, adil ve hakkaniyetli muamele standardının özellikleri ve yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken hususların nelerdir ve bu kapsamda hakem heyetlerinin takdir yetkisinin sınırları ile yatırım tahkimi kararlarında emsalin etkisi nedir, adil ve hakkaniyetli muamele standardının temellendirilmesi için hukukun üstünlüğü kavramının kullanılması uygun mudur, adil ve hakkaniyetli muamele standardının teamül niteliğine sahip midir, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile diğer yatırım koruma ilkeleri arasındaki benzerlik ve farklılıklar nelerdir, adil ve hakkaniyetli muamele standardının alt unsurları nelerdir ve bu alt unsurlar hangi olay ve durumları kapsamaktadır, adil ve hakkaniyetli muamele standardının yorumlanmasında ev sahibi

devletin özel koşulları ile insan hakları ve uluslararası çevre hukukunun etkileri nelerdir?

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının belirsiz doğası sebebiyle uluslararası yatırım hukukunun meşruiyetine ilişkin soruları beraberinde getirmektedir. Hakem heyetlerinin adil ve hakkaniyetli muamele standardını yatırımcı odaklı bir bakış açısıyla geniş bir şekilde yorumlayıp ev sahibi devletin kamu yararı nedeniyle düzenleme yapma hakkına dahi sınırlamalar getirmesi, adil ve hakkaniyetli muamele standardına gelen eleştirilerin başlıca sebeplerindendir.

Çalışmada yararlanılan en temel kaynak yatırım tahkimi kararlarıdır. Birçok yatırım tahkimi kararı yatırımcıların adil ve hakkaniyetli muamele standardına değinmektedir, hatta son yıllarda verilen kararların çoğunda adil ve hakkaniyetli muamele standardı detaylı bir şekilde incelenmektedir.

Çalışma altı ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, kısaca, adil ve hakkaniyetli muamele standardının geçtiği ilk uluslararası belgeler incelenecek ardından bugün yatırım antlaşmalarında hangi şekillerde bulunduğu detaylandırılacaktır. İkinci bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının özellikleri, yorumlanması ve teamül niteliği tartışılacaktır. Üçüncü bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardı temellendirilmesi tartışılacaktır. Dördüncü bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile diğer yatırım koruma ilkeleri arasındaki bağlar incelenecektir. Beşinci bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının alt unsurlarının neler olduğu ve bu unsurların neleri kapsadığı tartışılacaktır. Son bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardı yorumlanmasında ev sahibi devletin özel koşulları ve insan hakları ile çevre hukukunun etkisi incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM: YATIRIM ANTLAŞMALARINDA ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE MADDESİ

Uluslararası yatırım hukukunun en tartışmalı maddi hükümlerinden biri olan adil ve hakkaniyetli muamele standardı, 1990'lı yıllarda yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında sıkça tartışılmadan önce de birçok uluslararası belgede yer almış ya da taslak halinde düzenlenen belgelerde tartışma konusu yapılmıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükümleri zaman içinde birçok farklı yönde değişimler geçirmiştir. Bir hükmün antlaşmada yer alış şekli ve konumu doğal olarak nasıl yorumlanacağı noktasında da farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bu bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının uluslararası belgelerdeki tarihsel sürecine değinildikten sonra bugünkü yatırım antlaşmalarındaki görünüş biçimleri ve bu biçimlerin sonuçları detaylı bir şekilde tartışılacaktır. Son alt başlıkta ise en çok gözetilen ulus kaydı hükümleri aracılığıyla adil ve hakkaniyetli muamele hükmü ithalinin şartları ve sonuçları incelenecektir.

I. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı Tarihi

Günümüzde, yabancı yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele (AHM) sağlama yükümlülüğü, yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğunda yer almakta olup yatırım tahkiminde en çok başvuru alan standart konumundadır.⁵ Adil ve hakkaniyete uygun muamele atıfta bulunmayan yatırım antlaşmaları sınırlı sayıda.⁶

Adil ve hakkaniyetli muamele kavramının kesin anlamı sorgulanmaya açıktır çünkü adil ve hakkaniyet kavramları doğrudan net bir dizi yasal reçeteyi ifade etmemektedir.⁷ Tarihsel süreç incelendiğinde, adil ve hakkaniyetli muamele, II. Dünya Savaşı sonrası antlaşmalarda kodifiye edilmeden önce iki temel aşamada geliştiği gözlemlenmektedir. İlk aşamada, erken dönem uluslararası antlaşmalar mahkemelerin kararlarını adalet ve hakkaniyetin genel ilkeleri olarak adlandırılan ilkelere dayandırmalarını gerektirmiştir, ikinci aşamada ise Elihu Root ve meslektaşları bu

⁵ Fulvio Maria Palombino, **Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles**, T.M.C. Asser Press, 2018, s. 1.

⁶ Roland Kläger, **“Fair and Equitable Treatment” in International Investment Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 10.

⁷ Stephen Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, **British Yearbook of International Law**, C. 70, S. 1, 2000, s. 101, doi:10.1093/bybil/70.1.99.

genel adalet ve hakkaniyet ilkelerinden yabancılara muamele için asgari bir standart üretmişlerdir. Bunların sonucu olarak, Amerika Birleşik Devletleri, II. Dünya Savaşı'ndan önce uzun yıllar boyunca asgari standart kavramını adil ve hakkaniyete uygun muamele olarak adlandırmıştır.⁸

A. Adil ve Hakkaniyet Terimlerine İlk Atıflar

18.yüzyılda doktrin ve antlaşma hazırlayıcılar, doğal hukuk kapsamında egemen gücün sınırlarını belirlemek için sürekli olarak adalet ve hakkaniyetin genel ilkelerine başvurmuşlardır.⁹ Klasik dönemin antlaşmaları, kişilerin veya mülklerin keyfi olarak ele geçirilmesini yasaklarken genellikle adalet ve hakkaniyete başvurmuştur. Buna bir örnek olarak, İngiltere ve İsveç arasındaki 11 Nisan 1654'te imzalanan Barış Antlaşması m. V, *“adalet ve hakkaniyete uygun” haller dışında, “akit taraflardan] herhangi birinin bütün adamları ... gemileri ve bütün ticari malları ve eşyaları... tutuklanmayacak veya alıkonulmayacaktır”* şeklindedir.

Adil ve hakkaniyetli muamele kavramı, yirminci yüzyılın başlarında, özellikle yabancılara ve mülklerine yönelik muamele için asgari bir standardın belirlenmesine öncülük etmiştir. Ancak, asgari standart terimi on yıllar sonrasına kadar nadiren kullanılmıştır ve başlangıçta uluslararası teamül hukukuna dayanmamaktaydı.¹⁰ Asgari standart, genellikle Root'un 1910 yılında Amerikan Uluslararası Hukuk Derneği'nde yaptığı uygar dünyanın her yerinde geçerli olan ortak adalet standardı ile ilgili konuşmasına dayandırılrsa da, Root konuşmasında asgari standart terimini değil uluslararası adalet standardı terimini kullanmıştır.¹¹ Bununla birlikte, Root'un konuşması asgari standardın hukuki temelini ortaya koymaktadır. Root, asgari standardı uluslararası teamül hukukuna değil, ABD Anayasası da dahil olmak üzere tüm medeni ülkelerin yasalarında tanınan evrensel olarak kabul edilmiş adalet ilkelerine dayandırmıştır.¹² Root konuşmasında ev sahibi devletin, yabancılara, kendi vatandaşlarına tanıdığı yasalar, yönetim, koruma ve zarar tazmininden aynı şekilde yararlandırmakla yükümlü olduğunu ve ülkenin kendi vatandaşlarına tanıdığı

⁸ Andrew C. Blandford, “The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 32, S. 2, 2017, s. 287, doi:10.1093/icsidreview/six002.

⁹ a.yer.

¹⁰ a.g.e., s. 294.

¹¹ Elihu Root, “The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad”, *American Journal of International Law*, C. 4, S. 3, 1910, s. 526, doi:10.2307/2186238.

¹² a.g.e., s. 528.

korumanın yerleşik uygarlık standartlarına uygun olması gerektiğinin belirtmiştir.¹³ Root, uluslararası adalet standardının hem esasa hem de usule uygulandığına dikkat çekmiştir.¹⁴ Root, Calvo doktrindeki dar adaletin reddi standardını daha geniş bir maddi ve aynı zamanda usuli adalet standardına genişletmeye çalışmıştır. Root’a göre, hükümetin tüm organları, uluslararası hukukun bir parçasını oluşturacak şekilde tüm medeni ülkeler tarafından genel kabul gören temel bir adalet standardına bağlıdır.¹⁵ Root, bir kuralın uluslararası hukukun bir parçası haline gelip gelmediğini belirlemek için, *‘neyin adil, neyin hakkaniyete uygun olduğuna dair... uygar ulusların bu sorular üzerine şu ya da bu şekilde fikirlerini kabul ettiklerine dair çok kusurlu ve kısmi kanıtlarla birlikte... çok sayıda çelişkili görüşe başvurmak’*¹⁶ gerektiğini belirtmiştir. Kanıtlarla ilgili zorluklara rağmen, Root, medeni ulusların kanun yapıcı bir güç olduğunu çünkü bir adalet kuralını onaylayarak onu ulusların hukuku haline getirdiklerini belirtmiştir.¹⁷

ABD’nin genel adalet ve hakkaniyet ilkelerine dayalı olan asgari standart anlayışı kritik öneme sahiptir çünkü ABD’nin adil ve hakkaniyete uygun muameleyi bir terim olarak geliştirmesi ve savaş sonrası yatırımların korunmasına ilişkin antlaşma hükümlerine dahil etmeyi önermesi bu anlayışa dayanmaktadır.¹⁸ Asgari standart kavramını, 1920’lerde ve 1930’larda uluslararası içtihat yavaş yavaş geliştirmiş ve II. Dünya Savaşı’nın sonunda bu kavram bir teamül kuralı olarak iyice yerleşmiştir, ancak 1960’larda ve 1970’lerde, bağımsızlığı yeni kazanan devletler asgari standardın varlığına karşı çıkmışlardır.¹⁹

ABD-Meksika Tazminat Komisyonu genellikle asgari standart yerine henüz bir terim haline gelmemiş olan uluslararası standart veya adaletin reddi terimlerini kullanmıştır. Neer Kararı bunu açıklamıştır: *‘‘Adaletin reddi’ ifadesinin, mahkemelerin eylemlerinin yanı sıra yürütme ve yasama makamlarının eylemleri için de geçerli olduğu geniş anlamda mı yoksa sadece yargı makamlarının eylemleriyle*

¹³ a.g.e., s. 521.

¹⁴ a.g.e., s. 527.

¹⁵ a.g.e., s. 521.

¹⁶ Elihu Root, “The Function of Private Codification in International Law”, **Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)**, C. 5, 1911, s. 20.

¹⁷ a.g.e., s. 21.

¹⁸ Blandford, “The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War”, s. 297.

¹⁹ Patrick Dumberry, **An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause: How Tribunals Have Examined Its Relationship with the Minimum Standard**, Kluwer Law International, 2024, s. 9.

sınırlandıran dar anlamda mı kullanıldığının bir önemi yoktur çünkü ikinci durumda, adaletin reddi adı altında yargının eylemleri için geçerli olan, aynı mantık, farklı bir isim altında da olsa, yürütme ve yasama makamlarının haksız eylemleri için de geçerli olacaktır.'²⁰

Neer davasından kısa bir süre sonra, aynı uluslararası standardı yürütme ve yasama makamlarının eylemlerine uygulamak için kullanılan kavram adil ve hakkaniyetli muamele kavramı olmuştur. Geniş anlamda adaletin reddi, uluslararası adalet standardı ve AHM eş anlamlı olarak kullanılmıştır.²¹ Ancak, zaman geçtikçe uluslararası sorumluluğun adaletin reddi vakalarına indirgenemeyeceği öne sürülmüştür.²²

Bugün, Neer standardı, sıklıkla uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari standardın klasik bir formülasyonu olarak anılmaktadır. Ancak, Neer davasına bakan Komisyon uluslararası teamül hukukunu ifade etme iddiasında değildi. Komisyon asgari standardı genel adalet ve hakkaniyet ilkelerinden türetmiştir. Komisyon'un görev yaptığı antlaşma uluslararası hukuk, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir karar alınmasını gerektirmekteydi.²³ Nielsen'in aynı antlaşma kapsamında karara bağlanan diğer davalarda açıkladığı gibi, Komisyon genel, uygulanabilir ilkeleri uygulamakla yükümlüdür ve bu ilkeleri ev sahibi devletin hukukunu diğer ülkelerin hukuklarıyla karşılaştırarak tespit etmiş aynı zamanda önlemin olağan uygarlık standartlarını ihlal edip etmediğini belirlemiştir.²⁴

Amerika Birleşik Devletleri, İkinci Dünya Savaşı'ndan önce on yıllar boyunca asgari standarttan adil ve hakkaniyete uygun muamele olarak bahsetmiş ve savaş sonrası yabancı yatırımların korunmasına ilişkin antlaşmalar önerirken de aynı adil ve hakkaniyete uygun muamele terminolojisini kullanmıştır.²⁵ 1928 tarihinde Amerika

²⁰ LFH Neer ve Pauline Neer (ABD) v. Meksika (15 Ekim 1926), § 4.

²¹ Alwyn V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Longmans, Green and Company 1938. s. 104: "uluslararası standart" terimi, *adaletin inkârına ilişkin 'geleneksel geniş görüşü ifade etmenin farklı bir yolundan başka bir şey değildi', 'Bunun çekirdeği, uluslararası hukuk tarafından talep edilen yabancılara yönelik belirli bir asgari adil muamele olduğu fikrinden ibarettir.'*

²² Blandford, "The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War", s. 289.

²³ General Claims Convention between the United States and Mexico (8 Eylül 1923'te imzalanmış, 1 Mart 1924'te yürürlüğe girmiştir) m. I.

²⁴ Blandford, "The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War", s. 299.

²⁵ a.g.e., s. 289.

Birleşik Devletleri, İspanya'nın Standard Oil'in yatırımlarına keyfi olarak el koymasının ardından hızlı ve yeterli tazminat talebinde bulunmuştur. Amerika Birleşik Devletleri, kamulaştırma için hızlı ve yeterli tazminatın uluslararası hukuk uyarınca adil ve hakkaniyete uygun muamelenin bir gereği olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Bir başka uyuşmazlıkta, Meksika 1938 yılında Standard Oil'in yatırımlarını kamulaştırdığında Bakan Hull, ABD'nin kamulaştırma sorununa adil ve hakkaniyete uygun bir çözüm aradığını ve bunun da adil ve hakkaniyete uygun bir tazminat gerektirdiğini belirtmiştir.²⁷

B. Uluslararası Antlaşmalarda Adil ve Hakkaniyetli Muamele

Amerika Birleşik Devletleri II. Dünya Savaşı sonrası ticaret ve yatırım antlaşmaları için AHM hükümlerini ilk öneren ülkelerden biri olmuştur. 1945 ve 1946'da ABD, bölgesel ekonomik antlaşmaları Havana Şartı için AHM hükümleri önermiştir. ABD ayrıca savaş sonrası dönemdeki ikili dostluk, ticaret ve seyrüsefer antlaşmalarına AHM hükümlerini dahil etmiştir bu da ilk BIT'lere AHM hükümlerinin dahil edilmesine yol açmıştır. ABD'nin Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer antlaşmaları, savaş sonrası geliştirilen ve uluslararası hukukla bağlantılı standart bir referans içeren yabancıların kişilerinin ve mallarının korunması ile ilgilidir.

Erken tarihli uluslararası antlaşmalar incelendiğinde, farklı şekillerde de olsa adil ve hakkaniyetli muamele kavramı karşımıza çıkmaktadır. Hakkaniyete uygun muameleye ilk atıflardan biri olarak Milletler Cemiyeti Sözleşmesi m. 23(e) göze çarpmaktadır. Maddeye göre, üye devletler, *“Cemiyetin tüm üyelerinin ticareti için... hakkaniyete uygun muameleyi güvence altına alma ve sürdürme”* taahhüdünde bulunmaktadır. Milletler Cemiyeti Sözleşmesi m. 23(e) kapsamında uygulanabilir bir muamele standardı geliştirmek için Yabancılar Muamele Uluslararası Konferansı toplamış ve daha sonra konuyla ilgili bir sözleşme taslağı kabul etmiştir, ancak bu taslak herhangi bir AHM yükümlülüğüne atıfta bulunmamıştır.²⁸

²⁶ a.g.e., s. 300.

²⁷ Hull Warns Mexico: Secretary of State Indicates Relations May Be Strained' Daily Trojan, vol. 29, no. 110, 31 Mart 1938.

²⁸ Patrick Dumberry, **The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, s. 29.

1940’lardan 1960’lara kadar devletler çok taraflı antlaşma yapma konusunda sürekli olarak başarısız girişimlerde bulunmuşlardır, ancak bu girişimler her ne kadar başarısız olsa da iki taraflı antlaşma yapımında ele alınabilecek adil ve hakkaniyetli muamele kavramının yaygınlaştırılması açısından öneme sahiptir.²⁹ Adil ve hakkaniyetli standarda ilişkin önemli bir başlangıç noktası ve yasal belgelerdeki ilk atıf, Uluslararası Ticaret Örgütü’nün kurulmasına temel teşkil etmek üzere hazırlanan çok taraflı bir metin olan Havana Şartı olmuştur. Havana Şartı, II. Dünya Savaşı sonrasında, öncelikle ticaret konularına odaklanacak bir uluslararası örgüt kurulması fikri kapsamında hazırlanılmış aynı zamanda özellikle geliştirmekte olan devletlerde ekonomik kalkınmayı teşvik etmek ve üretken yatırımlar için uluslararası sermaye akışını destekleme gibi hedeflere de değinmiştir.

Havana Şartı, devlet ile yabancı yatırımcılar arasındaki ilişkiye dair bir dizi hüküm içermektedir. Madde 11(2) yabancı yatırımlara ‘*just and equitable treatment*’ sağlanmasını öngörmektedir. Madde, Uluslararası Ticaret Örgütü’nün hazırlanmış önlemlere ilişkin ikili veya çok taraflı antlaşmalar için tavsiyelerde bulunmak ve bunları teşvik etmek, bir üye devletten diğerine getirilen girişim, beceri, sermaye, sanat ve teknoloji için adil ve eşit muamele sağlamak, üyelerin diğer devletlerin ekonomik kalkınmaları için gereken sermaye, beceri ve teknolojiyi adil şartlarda elde etmelerini engelleyecek makul olmayan veya gerekçesiz engeller oluşturmamaları sağlamak gibi birtakım görevler yüklemektedir. Havana Şartı m. 11(2)’de yer alan ‘*just and equitable treatment*’ muamele fikri örnek teşkil etmesi açısından değerli olsa da, bu hüküm yatırımcılara yönelik bu muamele standardını garanti altına alma hedefi yoktur. Bunun yerine, sadece Uluslararası Ticaret Örgütü’ne bu standardın gelecekteki antlaşmalara dahil edilmesini tavsiye etme yetkisi vermiştir ve görece sınırlı bir etkiye sahiptir.³⁰ Yatırımların korunmasıyla ilgili nedenlerden dolayı, sermaye ihraç eden başlıca ülkeler Havana Şartı’nı onaylamamayı tercih etmiş ve savaş sonrası ticaret ve yatırım konusundaki ilk çok taraflı deneme başarısızlıkla sonuçlanarak Havana Şartı yürürlüğe girmemiştir.³¹

²⁹ Martins Paparinskis, Martins Paparinskis, **The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2013, s. 90.

³⁰ Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, s. 30.

³¹ Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 108.

AHM standardına bölgesel düzeyde ilk atıf 1948 yılında kabul edilen Bogota Ekonomik Antlaşmasıdır. Dokuzuncu Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı, diğer hususların yanı sıra yabancı yatırımcılar için yeterli güvencelerin sağlanmasını da kapsayan bir antlaşma olan Bogota Ekonomik Antlaşmasını kabul etmiştir. Madde 22, *“Yabancı sermaye eşit muamele görecektir. Bu nedenle devletler, diğer ülke vatandaşlarının sağladıkları işletmeler, sermaye, beceri, sanat veya teknoloji üzerindeki yasal olarak kazanılmış haklarını veya çıkarlarını zedeleyecek haksız, makul olmayan veya ayrımcı tedbirler almamayı kabul ederler”* şeklindedir. Antlaşma taslağında, yabancı sermayenin ulusal yasalara tabi olması ve ayrımcılık yapmama garantisinden yararlanması gerektiği de belirtilmiştir. Havana Şartı gibi Bogota Antlaşması da yeterince destek alamaması sebebiyle yürürlüğe girmemiştir. Bogota Antlaşması uygulanmamış olsa da, şarta bağlı olmayan adil muamele standardına ilişkin hükmü, yabancı yatırımlara ilişkin çok taraflı müzakerelerde bu terime geçerlilik kazandırılmasına yardımcı olmuştur.³²

ABD yatırım koruma ve teşvik antlaşmaları, 1948 Havana Şartı’ndan önce adil veya hakkaniyetli gibi terimlere açık bir atıf içermemekteydi. Bununla birlikte, diğer yatırım koruma standartları aracılığıyla yabancı yatırımcılara belirli ölçüde koruma sağlanmaya çalışılmıştır. Bu yatırım koruma standartları, yabancı uyrukluların kendi topraklarındaki mülklerinin özel koruma gibi hükümlerinin yanı sıra, diğer tarafın topraklarında ticari faaliyette bulunma hakkı ve kamulaştırma için tazminat garantisi konusunda en çok gözetilen ulus kaydı veya ulusal muamele hükümleridir. Bu antlaşmalar yatırımların korunmasını sağlamaktan ziyade yabancı ülke vatandaşlarının mülkiyetinin korunmasıyla ilgilidir.³³ Havana Şartı’nın hazırlanmasını takip eden dönemde, hakkaniyet ile adil ve eşit muamele terimleri ABD’nin FCN antlaşmalarının bazılarında yer almaya başlamıştır.

FCN’ler modern BIT’lerin öncüleridir. ABD’nin savaş sonrası FCN antlaşmaları, yeni yatırım hükümleriyle, Amerikan liberal prensiplerini yurtdışına yansıtmayı amaçlıyordu.³⁴ FCN antlaşmaları sistemi, uluslararası ticaret için liberal ve

³² a.g.e., s. 127.

³³ Rumana Islam, **The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context**, Springer Singapore, 2018, s. 32.

³⁴ Kenneth J. Vandewelde, “The liberal vision of the international law on foreign investment”, **Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah**, ed. C. L. Lim, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 46, doi:10.1017/CBO9781316488317.003.

ayrımcı olmayan ilkeler geliştirmek ve Amerikan kıyılarının ötesinde ekonomik kalkınmayı teşvik etmek için savaş sonrası genel programın bir parçası olarak ‘‘yurtdışında iş yapan... Amerikan işletmeleri için adil muamele standartları oluşturmayı’’ hedefliyordu.³⁵ Örneğin, Almanya ile ABD arasındaki 1954 tarihli FCN Antlaşmasının m. I(1), ‘‘Taraflardan her biri, diğer Tarafın vatandaşlarına ve şirketlerine ve bunların mallarına, teşebbüslerine ve diğer menfaatlerine her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele gösterecektir’’³⁶ şeklindedir.

ABD’nin savaş sonrası FCN antlaşmaları ilk iki taraflı yatırım antlaşmaları olarak kabul edilebilse de, yatırım konularıyla sınırlı olmamaları nedeniyle daha sonraki BIT’lerden büyük ölçüde farklıydılar.³⁷ İlk BIT Pakistan ve Almanya arasında 1959 yılında imzalanmıştır ve AHM standardına veya adalet veya hakkaniyet gibi ifadelerle atıfta bulunmamıştır.³⁸ Ancak, 1960’larda BIT’ler çoğaldıkça, AHM hükümleri yatırım antlaşmalarında neredeyse ortak bir özellik haline gelmiştir. 1960’ların ortalarından bu yana, AHM hükümleri iki ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenli olarak yer almaktadır.³⁹

AHM hükmünün yatırım antlaşmaları bağlamında ilk kullanımı, 1959 yılında Hermann Josef Abs ve Hartley Shawcross tarafından önerilen Yurtdışındaki Yatırımlara ilişkin Sözleşme Taslağının I. maddesine kadar uzanmaktadır.⁴⁰ 1959 yılında Deutsche Bank Genel Müdürü Hermann Josef Abs ve Hartley Shawcross’un öncülüğünde geliştirilen Yurtdışındaki Yatırımlara ilişkin Sözleşme Taslağı m. 1, ‘‘Taraflardan her biri, diğer Tarafların vatandaşlarının mülklerine her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasını sağlayacaktır’’ ifadesi yer almaktadır. Bu belge özellikle yabancıların mülklerine adil ve hakkaniyete uygun muamele açısından koruma sağlamaktaydı. Madde geniş bir koruma sunmakta olup, en sürekli koruma ve güvenliği kapsamakta ve bir yabancının mülküne karşı ayrımcılığı yasaklamaktaydı.⁴¹

³⁵ US Department of State, Office of Public Affairs, ‘Commercial Treaties and US Foreign Policy’ (1950).

³⁶ Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşması, 29 Ekim 1954, ABD-Federal Almanya Cumhuriyeti.

³⁷ Vandavelde, ‘‘The liberal vision of the international law on foreign investment’’, s. 54.

³⁸ AHM hükmü, Almanya’nın Tayland ile 1961 yılında imzaladığı BIT’de yer almaktadır.

³⁹ Rudolf Dolzer vd., **Principles of International Investment Law**, Third Edition, Third Edition Oxford, New York: Oxford University Press, 2022, s. 190.

⁴⁰ UNCTAD (ed.), **Fair and Equitable Treatment**, New York: United Nations, 2012, s. 5.

⁴¹ Vasciannie, ‘‘The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice’’, s. 112.

AHM'ye bir diğer atıf, 1960'lı yılların başında OECD'de başlayan yoğun tartışmalar sonucunda 12 Ekim 1967 tarihinde kabul edilen OECD Konseyi tarafından Yabancı Mülkiyetin Korunmasına ilişkin Sözleşme Taslağında bulunmaktadır. Yabancı Mülkiyete Muamele başlıklı m. I(a), "*Taraflardan her biri, diğer Tarafların vatandaşlarının mallarına her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasını sağlayacaktır*" şeklindedir. Taslak Sözleşmenin AHM'ye böyle bir atıfta bulunmasının nedenlerinden biri, o dönemde bazı OECD üyelerinin kendi BIT'lerinde AHM maddesini kabul etmeye başlamış olmalarıdır.⁴² Sözleşme taslağı, hiçbir zaman imzaya açılmamış olmasına rağmen, OECD ülkelerinin yatırım konularındaki ortak görüşünü ve baskın eğilimini temsil etmiş ve yabancı yatırımlar konusundaki antlaşmaların müzakerelere etkisi olmuştur. OECD Taslağının ulusal muamele standardına atıfta bulunmaması, ancak devletlerin her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlaması gerekliliği dikkate değerdir. Bu yaklaşım, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına daha önceki belgelerdeki atıflara oranla daha güçlü bir vurgu yapmaktadır.⁴³ Taslak Sözleşme, OECD üye devletlerine, daha sonra kendi BIT'lerini hazırlarken model olarak kullanacakları kılavuz ilkeleri de sağlamıştır. OECD Taslak Sözleşmesinin etkisi, 1960'lı yılların sonlarından itibaren gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında müzakere edilen ve sayıları giderek artan iki taraflı yatırım antlaşmalarında açıkça görülmekte olup, bu etkilerden biri de adil ve hakkaniyete uygun muameleye yapılan atıflardır.⁴⁴

Çok taraflı antlaşmalarda, Birleşmiş Milletler Ulusötesi Şirketlere İlişkin BM Davranış Kuralları Taslağı'nda, ulusötesi şirketlerle ilişkilerde AHM standardını tanımak için çaba göstermiştir. 1983 versiyonunda m. 48'de "*Ulusötesi şirketler, faaliyet gösterdikleri ülkelerin yasaları, yönetmelikleri ve idari uygulamaları [ile bu ülkelerin Hükümetlerinin serbestçe taraf oldukları uluslararası yükümlülükler] uyarınca [adil ve] eşit [ve ayrımcı olmayan] muamele görmelidir. [Uluslararası yükümlülükleriyle tutarlı] [uluslararası hukukla tutarlı]*" ifadesi yer almaktadır. Metnin 1986 tarihli versiyonunda yukarıdaki konuların çoğunda uzlaşma sağlanamamış olsa da müzakereci devletler Kanunun ulusötesi şirketlere adil muamele öngörmesi gerektiği konusunda mutabık kalmışlardır. Taslak müzakerelerine

⁴² Dumberry, The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105, s. 30.

⁴³ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 113.

⁴⁴ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", 2004, s. 6.

katılanlar tarafından, üzerinde uzlaşmaya varılamayan kısımları belirtmek için parantezler kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, adil ve hakkaniyete uygun muamele ile ilgili bazı hususların, hükmün geçerli olduğu tarih olan 1986 itibarıyla hala tartışmalı olduğu söylenebilir. Ancak, yine de hem sermaye ihraç eden hem de ithal eden devletler, antlaşmanın ev sahibi devletler ulusal kanunları, düzenlemeleri ve idari uygulamalarına uygun olarak ulusötesi şirketlere hakkaniyete uygun muamele yapılmasını öngörmesi gerektiği konusunda genel olarak mutabık kalmışlardır.⁴⁵

Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı'nı kuran 1985 Sözleşmesi, m. 12 (d) bir yatırımı garanti etmek için MIGA'nın ilgili ev sahibi devlette yatırım için adil ve hakkaniyetli muamele ve yasal korumanın mevcut olduğundan emin olması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşme m. 12 (d), *“(d) Bir yatırımı garanti ederken, Ajans aşağıdaki hususlarda kendisini ikna edecektir: (i) Yatırımın ekonomik sağlamlığı ve ev sahibi devletin kalkınmasına katkısı; (ii) Yatırımın ev sahibi devletin yasa ve yönetmeliklerine uygunluğu; (iii) yatırımın ev sahibi devletin beyan edilen kalkınma hedefleri ve öncelikleri ile tutarlılığı; ve (iv) yatırım için adil ve hakkaniyete uygun muamele ve yasal korumanın mevcudiyeti de dahil olmak üzere ev sahibi devletteki yatırım koşulları”* şeklinde ifade edilmiştir. Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı'nı kuran Sözleşme adil ve hakkaniyete uygun muameleyle atıfta bulunmaktadır, ancak devletlere yatırımcılara bu tür bir muamele sağlanmaları için doğrudan bir yükümlülük getirmeyi amaçlamamaktadır. Bunun yerine, m. 12(d), bir yatırımı garanti altına almak için MIGA'nın ilgili ev sahibi devlette yatırım için adil ve hakkaniyete uygun muamele ve yasal korumanın mevcut olduğu konusunda kendisini ikna etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu hüküm, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edildiği durumlarda ev sahibi devlete bir sorumluluk yüklemese de, yabancı yatırımcıların işletmelerini bu muamele standardını sağlayan ülkelere yönlendirmeleri konusunda teşvik etmeyi amaçlamıştır.⁴⁶ MIGA Antlaşmasının etkisi, sadece yatırımcıları yatırımlarını adil ve hakkaniyetli muamele sağlayan ev sahibi devletlerde konumlandırmaya teşvik etmektir, adil ve hakkaniyetli muamelenin sunulduğuna dair bağlayıcı bir yükümlülük yaratmak gibi bir işlevi yoktur.⁴⁷

⁴⁵ Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 115.

⁴⁶ a.g.e., s. 114.

⁴⁷ a.g.e., s. 122.

1992 tarihli Dünya Bankası Doğrudan Yabancı Yatırımlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Kılavuz İlkeler m. III(2)'de şu ifadeye yer vermektedir: *‘‘Her devlet, diğer devletlerin vatandaşları tarafından kendi topraklarında kurulan yatırımlara Kılavuz İlkelerde tavsiye edilen standartlara göre adil ve eşit muamele gösterecektir.’’*⁴⁸ Madde III(3), kişi ve mülkiyet haklarının güvence altına alınması, izin ve ruhsatların verilmesi, gelir ve karların transferi, sermayenin geri dönüşü gibi konularda yabancı yatırımcılara uygulanacak muamele standartları belirtmektedir. Önerilen yaklaşım, adil ve hakkaniyetli muamelenin kapsayıcı bir gereklilik olduğu ve yabancı bir yatırımcıya yönelik muamelenin tavsiye edilen standartlardan herhangi birinin altında kalması halinde, bunun adil ve hakkaniyete uygun muamelenin yerine getirilmemesi anlamına geldiğidir.⁴⁹

Yukarda incelenen birçok antlaşma ve taslak sözleşme metni ikiden fazla taraflı olma özelliğine sahiptir ve birçoğu başarısızlıkla sonuçlanmıştır. AHM hükmünün ikili yatırım antlaşmalarında yer bulması çok taraflı yatırım antlaşmalarında yer bulmasından daha kolaydır. Genel olarak, iki taraflı yatırım düzenlemeleri üzerinde çok taraflı kurallara kıyasla daha kolay antlaşmaya varılabilir. Bunun nedeni, çok taraflı müzakerelerin, iki devlet arasındaki müzakerelere oranla doğası gereği daha geniş bir çıkar çeşitliliğini kapsaması ve daha fazla zaman almasıdır.⁵⁰

Görüldüğü üzere, AHM'ye yapılan ilk atıflar oldukça eksiktir. Yukarıda analiz edilen antlaşmalar ve taslak sözleşmeler AHM standardının içeriğini tanımlamamaktadır. Öte yandan, standarda ilişkin hükümler yalnızca uyulmasını tavsiye etmek veya öngörmekle kendilerini sınırlamaktadır.⁵¹

II. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Maddesi Örnekleri

⁴⁸ Doğrudan Yabancı Yatırımlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Kılavuz İlkeler, 1992, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/Guidelines.pdf> (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁴⁹ Vasciannie, ‘‘The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice’’, s. 119.

⁵⁰ a.g.e., s. 125.

⁵¹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 11.

OECD'nin 99 ülke tarafından akdedilen 2.670 antlaşmayı inceleyen 2023 tarihli raporuna göre, AHM standardı bu antlaşmaların %95'inde yer almaktadır.⁵² İçerik ve yapılarında önemli benzerlikler olmasına rağmen, yatırım antlaşmalarındaki AHM maddeleri arasında farklılık bulunmaktadır. Bu farklılık nedeniyle, hakem heyetleri geleneksel temelleri ve her bir özel maddenin ifade ediliş şeklini dikkatle incelemelidir çünkü AHM maddesinin özellikleri, devletin davranışından kaynaklanan sorumluluğun seviyesini belirleyecektir. Uygulamada, yatırım antlaşmaları AHM standardı konusunda yeknesak bir yaklaşım benimsemediği gibi, hakem heyetleri de standardın yorumlanması konusunda yeknesak bir yaklaşım benimsememiştir.⁵³

AHM özellikle dikkat edilmesi gereken önemli bir muamele standardıdır. Bir yandan AHM'nin yabancı yatırımcıları çekmeye ve ev sahibi devlette iyi yönetişimi teşvik etmeye yardımcı olduğu düşünülürken, diğer yandan yatırımcılar tarafından açılan neredeyse her davada AHM'nin her şeyi kapsayan bir koruma standardı olarak ihlal edildiği iddiası yer almaktadır.

AHM hükümleriyle ilgili en belirgin tartışmalardan biri bu standardın asgari muamele standardı ile ilişkisidir. AHM standardının yabancılarla yönelik uluslararası asgari muamele standardı ışığında mı yorumlanması gerektiği yoksa kendi başına özerk bir standart mı olduğu konusunda çok fazla tartışma olmuştur ve bunun temel sebebi antlaşmada yer alma şeklinin önemli ölçüde farklılık göstermesinden kaynaklanmaktadır.⁵⁴ Antlaşmada ifade edilen standardın içeriği, itiraz edilebilecek devlet tedbirlerinin türleri ve bir ihlalin tespiti için gerekli eşik, yani ihlalin gerekli ciddiyet derecesi açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır.⁵⁵ OECD 2004 tarihli raporunda, formülasyonundaki farklılıklar nedeniyle, AHM standardının doğru yorumlanması belirli bir antlaşmanın özel ifadesine, bağlamına, antlaşmanın amacına ve hedefine ve ayrıca müzakere geçmişine veya tarafların niyetine ilişkin diğer göstergelere bağlı olduğu belirtilmiştir.⁵⁶ Ancak, her şey aynı olsa dahi, aynı türdeki

⁵² OECD, 'Fair' And 'Equitable' Treatment Provisions in Investment Treaties; A Large-Sample Survey Of Treaty Provisions, 2023, s. 6.

⁵³ Mujeeb Emami, "Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements", **J. East Asia & Int'l L.**, 2021, s. 81.

⁵⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 7.

⁵⁵ a.g.e., s. 8.

⁵⁶ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", s. 40.

AHM hükümlerinin yorumlanması bakımından hakem kararları arasında farklılık bulunduğu da görülmektedir.⁵⁷

AHM'ye ilişkin farklı formülasyonların varlığının standardın içeriğinin yeknesaklığını değiştirmediğine ilişkin görüşler hem doktrinde hem de yatırım tahkimi kararlarında bulunmaktadır.⁵⁸ Bu görüşler, AHM formülasyonlarının çeşitliliğindeki farklılıkların sadece taslak farklılıkları olduğunu ve AHM standardının özüne dokunmadığını⁵⁹ veya kurgudaki farklılıklara rağmen, farklı antlaşmalar arasında detaylı analizlere konu olabilecek kapsayıcı ve tekil bir AHM kavramı olduğu iddiasını destekleyecek yeterli benzerlik olduğunu⁶⁰ öne sürmektedir.

Bağlayıcı bir içtihadın olmadığı, farklı ve bağımsız hakem heyetlerinin yeterince açık bir şekilde ifade edilmeyen standardı farklı olaylara ve farklı antlaşmalar kapsamında uyguladığı bir sistemde, AHM standardının ve spesifik unsurlarının belirlenmesinde fikir birliği ve tutarlılık beklemek pek mümkün değildir.⁶¹ Bu belirsizlik, ev sahibi devletlerin hangi eylemlerinin AHM standardı ihlali potansiyeli taşıdığını öngörebilmesini de zorlaştırmaktadır. Aynı zamanda, adil ve hakkaniyetli kelimelerinin ayrı ayrı mı yoksa beraber mi bir anlama sahip olduğu tartışılabilmektedir. Genel görüş, adil ve hakkaniyetli kavramları ayrı ayrı uygulanacak farklı unsurlar olarak ele alınmaması gerekip adil ve hakkaniyetli kavramlarının tek ve birleşik bir standardı temsil ettiğidir.⁶²

AHM'nin açık bir normatif özelliğe sahip olmayıp kural koyucu içeriğini ortaya koymaması, hakem heyetlerinin standardı kendi ideolojik eğilimlerine veya neyin adil ve hakkaniyetli sayılabileceğine dair öznel hislerine dayanarak ev sahibi devletlerin tedbirlerini kontrol etmenin esnek bir aracı olarak ele aldıkları suçlamasıyla karşı

⁵⁷ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 8.

⁵⁸ *Parkerings Compagniet AS v. Litvanya*, ICSID Dava No. ARB/05/8, Karar, 11 Eylül 2007, § 271-278; *Total S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/04/1, Sorumluluk Hakkında Karar, 27 Aralık 2010, § 106; *Oko Pankki Oyj, VTB Bank Deutschland AG ve Sampo Bank Plc v. Estonya*, ICSID Dava No. ARB/04/6, Karar, 19 Kasım 2007, § 214- 215; *Luigiterzo Bosca v. Litvanya*, UNCITRAL, Karar, 17 Mayıs 2013, § 196.

⁵⁹ Alexandra Diehl, **The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2012, s. 135.

⁶⁰ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 54.

⁶¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 12.

⁶² Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 190.

karşıya kalma riskini taşımaktadır.⁶³ Buna ek olarak, bazı hakem heyetleri, AHM standardının kapsamını belirlemenin kendi görevleri olduğunu belirtmektedir: *“Adil ve hakkaniyete uygun muamele” kavramı BIT’de kesin olarak tanımlanmamıştır, ancak her bir hakem heyetine büyük bir serbestlik tanıyor gibi görünmektedir (...) Bu nedenle BIT, “adil ve hakkaniyete uygun muamele” standardının kesin kapsamını hakem heyetinin kararına bırakmaktadır.”*⁶⁴

AHM standardının geniş yorumlanması ve ne tür eylemlerin bu standardı ihlal edeceğine dair öngörülebilirlik eksikliği, standart kapsamında sorumluluk eşiğinin belirsizliği ve incelenmekte olan idari veya hükümet kararından etkilenen özel ve kamusal çıkarlar arasında yetersiz bir denge kurma potansiyeli kurabilme ihtimali göze çarpan temel sorunlardandır.⁶⁵ Yatırımcılara adil ve hakkaniyetli davranacağına dair kayıtsız şartsız söz veren bir ülke, yatırımcılar için azami koruma sağlarken, aynı zamanda yabancı yatırımcıların taleplerine ve bunun sonucunda ortaya çıkan mali yükümlülüklerle maruz kalma riskini artırarak, düzenleme yapma hakkına sınırlar getirme riskini de taşımaktadır.

Kläger tarafından tam olarak ifade edildiği gibi, bir mahkeme her seferinde AHM standardının kapsamını belirlemek için aynı zorlukla karşı karşıya kalmaktadır: *“Bir hukuk sözlüğünde terimlere bakarak bu zorluğu ele almak, en iyi ihtimalle, ‘adil’ ve ‘hakkaniyete uygun’ terimlerinin neredeyse hiçbir önemli anlam taşımadığını ortaya koymaktadır. Bu metinsel belirsizlik, bazı erken dönem geniş kapsamlı tahkim kararları ile birleştiğinde, adil ve hakkaniyete uygun muamele garantisini, yatırımcı-devlet ilişkisinde algılanan bir haksızlık veya adaletsizlikle ilgili neredeyse sonsuz sayıda argümanın ileri sürülmesine davetiye çıkaran önemli bir dava sebebine dönüştürmüştür. Bu arada, adil ve hakkaniyete uygun muameleye ilişkin tartışma, hakem heyetlerinin adil ve hakkaniyete uygun muamelenin ihlal edildiğini tespit ettiği belirli tartışma kalıpları ve alt unsurları sergilemeye başlamıştır. Bununla birlikte, adil*

⁶³ Marc Jacob, Stephan W. Schill, “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method”, Marc Bungenberg vd. (ed.), **International investment law**, First edition München, Germany : Oxford, United Kingdom : Baden-Baden, Germany: C.H. BECK ; Hart; Nomos, 2015, s. 715.

⁶⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Dava No. ARB/05/22, Karar, 24 Temmuz 2008, § 593-5; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakistan Cumhuriyeti*, ICSID No ARB/05/16, Karar, 29 Temmuz 2008, § 610.

⁶⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, ss. 10-11.

ve hakkaniyete uygun muamelenin kapsamı ve kavramsal temeli tartışmalı olmaya devam etmektedir.”⁶⁶

Ancak, bu eleştiriler, AHM standardının yalnızca davanın gerçeklerine veya hakemin inisiyatifine bağlı olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Her ne kadar antlaşma metnindeki farklılıklar sebebiyle bağlamsal zorluklar olsa da bu durum standardın hukuki bir norm olmadığı veya büyük ölçüde benzer durumlarda ortak uygulama kabiliyetine sahip olmadığı anlamına gelmeyecektir.⁶⁷

Çeşitli AHM formülasyonları bulunmaktadır. En önemli ayrım, bir yanda uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari muamele standardıyla açıkça bağlantılı AHM hükmü ile diğer yanda yükümlülüğün niteliksiz formülasyon olarak adlandırılan sadece adil ve hakkaniyete uygun muamele taahhüdü içeren hüküm arasında ortaya çıkmaktadır.

UNCTAD AHM’ye ilişkin 2012 tarihli raporunda yatırım antlaşmalarında AHM hükümlerine ilişkin 6 farklı yaklaşım listelemiştir. Bu yaklaşımlar şunlardır:

- (a) AHM zorunluluğu yok;
- (b) AHM yalnızca antlaşma önsözünde bulunmakta;
- (c) Uluslararası hukuka veya başka herhangi bir kritere atıfta bulunmaksızın AHM (niteliksiz, özerk veya kendi başına AHM standardı olarak anılır);
- (d) AHM uluslararası hukukla bağlantılıdır;
- (e) AHM, uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardıyla bağlantılıdır;
- (f) Ek maddi içeriğe sahip AHM (adaletin reddi, makul olmayan/ayrımcı tedbirler, diğer antlaşma yükümlülüklerinin ihlali, gelişmişlik düzeyinin hesaba katılması).⁶⁸

UNCTAD tarafından hazırlanan 2015 tarihli Investment Policy Framework for Sustainable Development raporu durumu biraz daha ayrıntılandırmıştır. Ek maddi içeriğe ilişkin olarak: adli veya idari işlemlerde adaleti inkar etmeme, yatırımcılara açıkça keyfi bir şekilde davranmak, yasal süreci alenen ihlal etmek, sürekli, gerekçesiz

⁶⁶ Kläger, ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*, ss. 3-4.

⁶⁷ Jacob, Schill, “Fair and Equitable Treatment”, 2015, s. 64.

⁶⁸ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, ss. 17-18.

zorlama veya taciz içeren açıkça kötü muamelede bulunmak, yatırımcıların yatırıma neden olan meşru beklentilerini ihlal eden beyan veya tedbirler yabancı yatırımcılar üzerinde olumsuz etki yaratabilir hükümlerinin de eklenebileceği belirtilmiştir.⁶⁹ Öte yandan, antlaşmada hakem heyetlerine yorumlayıcı rehberlik sağlamak amacıyla ilgili hususlara açıklık getirmenin de çeşitli seçenekleri sıralanmıştır: AHM standardı cezai, hukuki veya idari yargılamalarda adaleti inkar etmeme yükümlülüğünü içerir; yatırım antlaşmasının başka bir hükmünün veya başka bir uluslararası antlaşmanın ihlali, bu maddenin ihlali için bir talep oluşturamaz; AHM hükmü, devletlerin meşru politika hedeflerini takip eden iyi niyetli düzenleyici veya diğer tedbirleri almasını engellememektedir.⁷⁰

AHM'ye yasal olarak bağlayıcı atıflar çoğu yatırım antlaşmasında bulunmaktadır. Burada farklılık sadece AHM ifadelerinde değil, aynı zamanda içinde bulunduğu bitişik bağlamdadır. BIT'lerdeki AHM ifadeleri ile ilgili olarak, örneğin, İran ve Pakistan arasındaki BIT sadece adil muamele (fair treatment) kavramını kullanmaktadır.⁷¹ Benzer şekilde, Norveç-Litvanya BIT'i hakkaniyete uygun ve makul muamele (equitable and reasonable treatment) ifadesini kullanmaktadır.⁷² Ayrıca, Fransızca, İspanyolca, İtalyanca ve Almanca gibi diğer dillere tercümesi nedeniyle AHM ifadesinde bazı sapmalar vardır.⁷³ Genel görüş, bu eksiklikler veya AHM'nin diller arası varyasyonlarının antlaşma uygulamasını etkilemediği yönündedir.⁷⁴

Bazı yatırım antlaşmaları AHM'yi ev sahibi devletin iç mevzuatına dayatarak yukarıda bahsedilenlerden daha da kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsemiştir. Örneğin, 2008 tarihli Hindistan-Senegal BIT'si aşağıdaki hükmü getirerek bu nadir yaklaşımı ortaya koymaktadır: *“Yatırımlar [...] her zaman adil ve eşit muamele görecektir [...] kendi kanun ve düzenlemelerine uygun olarak.”*⁷⁵ Bu AHM formülasyonu, ev sahibi devletin iç hukukundan bağımsız bir koruma seviyesini destekleyen uluslararası hukuk kapsamındaki daha geniş AHM koruması ile keskin bir tezat oluşturmaktadır. Bu tür

⁶⁹ UNCTAD, Investment Policy Framework For Sustainable Development, 2015, s.97

⁷⁰ UNCTAD, Investment Policy Framework For Sustainable Development, s.98

⁷¹ İran İslam Cumhuriyeti-Pakistan BIT (1995), m. 4(1).

⁷² Norveç Litvanya BIT (1992), m. III.

⁷³ İsviçre Şili BIT (1999), m. 4(2); İspanya Meksika BIT (2006), m. IV; İtalya Arjantin BIT (1990), m. 2(2); ve Alman Model BIT (2005), m. 2(2).

⁷⁴ Kläger, ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*, s. 15.

⁷⁵ Hindistan-Senegal BIT (2008), m. 3(2). Ayrıca bkz. Kamboçya-Küba BIT (2001), m. III.

bir AHM taslağı ev sahibi devletin davranışının değerlendirilebileceği bağımsız bir AHM standardı olmaktan uzaklaştırmaktadır.

En tartışmalı meselelerden biri de meşru beklentilere atıfta bulunmayan AHM hükümleri yorumlanırken, meşru beklentilerin standart kapsamına dahil edilip edilmemesi gerekliliğidir. Hakem heyetleri, meşru beklentilere sık sık atıf yapsa da AHM kapsamındaki temellendirmesini genellikle yapmamaktadır.⁷⁶

Bu başlık altında, en çok göze çarpan AHM hükümlerinin ifade ediliş şekilleri ve bunların oluşturduğu sonuçlar incelenecektir.

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardına Atıfta Bulunmayan Antlaşmalar

Bazı ülkeler, özellikle Latin Amerika ülkeleri, II. Dünya Savaşı sonrası dönemin büyük bir bölümünde AHM'den kararlılıkla kaçınmışlardır. Bu ülkeler, ünlü Calvo doktrininin⁷⁷ de etkisiyle, yabancı yatırımları üzerinde ulusal kontrolü sürdürmeyi tercih etmişler ve bu nedenle BIT'lerinde AHM yerine ulusal muamele hükümlerini benimsemişlerdir. Ancak, 1980'lerden bu yana, Latin Amerika ülkeleri de AHM standardını yatırım ve ticaret antlaşmalarına dahil etmeye başlamıştır.

AHM standardına atıfta bulunmayan BIT'ler oldukça istisnai bir durumdur. AHM uluslararası yatırım antlaşmaları ve dolayısıyla yatırım uyuşmazlıkları tahkimi için vazgeçilmez bir unsur haline gelmiştir. Salacuse, AHM standardının uluslararası yatırım hukukundaki önemini vurgulamak için, "*Gerçekten de Hans Kelsen'in Pure*

⁷⁶ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 9.

⁷⁷ Devletlerin yabancı yatırımları ekonomik olarak dezavantajlı hale getirecek şekilde 'doğal kaynaklar ve ekonomik faaliyetler üzerindeki mutlak egemenliklerini' dış sınırlar olmaksızın kullandıkları bir düzen. Dahası, tam da mutlak egemenlik ilkesine dayanarak, gelişmekte olan devletler (yabancı malların büyük ölçekli kamulaştırılması durumunda) 'hızlı, yeterli ve etkili' tazminat kuralına meydan okumuş ve yabancı yatırım anlaşmazlıklarında kendi yerel mahkemelerinin münhasır yargı yetkisini talep etmişlerdir. Bu, Calvo doktrininin (20. Yüzyılda yabancı yatırımlara uygulanmak üzere bir iç milliyetçilik kavramı geliştiren Arjantinli bir avukatın adından gelmektedir, yani yabancı yatırımcıların yabancı yatırım ihtilaflarını yalnızca ev sahibi devletin mahkemelerinde çözmeleri gerektiği veya olması gerektiği fikrinin, dolayısıyla diplomatik korumaya başvurma sınırlandırılmasının bir tezahüründen başka bir şey değildir. Buna göre, belirli bir devletteki bir yatırımdan kaynaklanan tüm ihtilaflar o Devletin yargı sistemi tarafından ele alınacaktır. Özellikle, bu doktrin Latin Amerika Devletleri tarafından genel olarak kabul görmüştür ve birçok anayasada bu doktrine açıkça atıfta bulunulmuştur. Örneğin, Meksika Anayasası m. 27'e göre, "*Devlet aynı hakkı yabancılara da tanıyabilir, ancak bu yabancılar Dış İlişkiler Bakanlığı nezdinde kendilerini bu tür mülkler bakımından vatandaş olarak kabul etmeyi ve bu mülklerle ilgili konularda hükümetlerinin korumasına başvurmamayı kabul ederler; bu antlaşmaya uyulmaması halinde, edinilen mülkün Ulusa kaybedilmesi cezası söz konusudur.*"

*Theory of Law (1934) adlı eserindeki kavramını kullanacak olursak, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin yatırım antlaşması sisteminin Grundnorm'u veya temel normu olduğu söylenebilir*⁷⁸ tespitini yapmıştır.

AHM maddesinin yatırım antlaşmasında yer almaması devletlerin yatırımcı taleplerine maruz kalma riskini azaltabilir, ancak bu durum yabancı yatırımcılarda ev sahibi devlet hakkında sağlam ve güvenilir bir yatırım ortamı sunmadığı şeklinde bir algı oluşturmaları sonucunu da doğurabilir. Sınırlı sayıda antlaşmada AHM hükmü yoktur.⁷⁹ Uluslararası yatırım antlaşmalarının mevcut manzarasında, antlaşma metninde adil ve hakkaniyete uygun muamele hükmü içermeyen veya en azından giriş bölümünde buna atıfta bulunmayan sadece birkaç istisnai durum vardır. Örnek olarak, 1960'lerde Almanya tarafından akdedilen BIT'ler, 1977 Japonya-Mısır BIT⁸⁰, 1993 Hırvatistan-Arnavutluk BIT⁸¹ veya 1997 Hırvatistan-Ukrayna BIT⁸² verilebilir. Singapur tarafından akdedilen birkaç serbest ticaret antlaşmasında adil ve hakkaniyete uygun muamele hükümlerine yer verilmemiştir: 2001 Singapur-Yeni Zelanda FTA ve 2003 Singapur-Avustralya FTA.⁸³ AHM hükmüne yatırım antlaşmalarında yer vermeme noktasında Türkiye dikkat çekici bir yere sahiptir. Türkiye'nin Bulgaristan⁸⁴,

⁷⁸ Jeswald W. Salacuse, **The Law of Investment Treaties**, Third Edition Oxford, New York: Oxford University Press, 2021, s. 291.

⁷⁹ Patrick Dumberry, "Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?", **Journal of International Dispute Settlement**, C. 8, S. 1, 2017, s. 170, doi:10.1093/jnlids/idw002.

⁸⁰ Japonya ve Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Antlaşma (28 Ocak 1977'de imzalanmış, 14 Ocak 1978'de yürürlüğe girmiştir) ('1977 Japonya-Mısır BIT').

⁸¹ Arnavutluk Cumhuriyeti Hükümeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Antlaşma (10 Mayıs 1993 tarihinde imzalanmış, 16 Nisan 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir) ('1993 Hırvatistan-Arnavutluk BIT').

⁸² Hırvatistan Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Antlaşma (15 Aralık 1997'de imzalanmış, 5 Haziran 2001'de yürürlüğe girmiştir) ('1997 Hırvatistan-Ukrayna BIT').

⁸³ Yeni Zelanda ve Singapur arasında Daha Yakın Ekonomik Ortaklık Antlaşması (14 Kasım 2000 tarihinde imzalanmış, 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir) ('2001 Singapur-Yeni Zelanda FTA'sı'; Singapur-Avustralya Serbest Ticaret Antlaşması (SAFTA) (17 Şubat 2003'te imzalanmış, 28 Temmuz 2003'te yürürlüğe girmiştir) ('2003 Singapur-Avustralya FTA'sı').

⁸⁴ Türkiye Cumhuriyeti ve Bulgaristan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (06/07/1994'te imzalanmış, 22/09/1997'de yürürlüğe girmiştir) (Bulgaristan - Türkiye BIT (1994)), RG Tarihi: 04.05.1997.

Endonezya⁸⁵, Japonya⁸⁶ ve Kazakistan⁸⁷ ile yaptığı yatırım antlaşmalarında AHM hükmü yoktur.

Hindistan 2015 Model BIT AHM hükmüne yer vermemektedir. Hindistan Hukuk Komisyonu, AHM'nin geniş, zayıf ve belirsiz olduğu yönündeki akademik eleştirileri özellikle de meşru beklentiler doktrininin örneklerle destekleyerek kapsamlı bir şekilde atıfta bulunmuştur. Komisyon şu sonuca varmıştır: *“AHM hükmünün yokluğu, tanımlanmamış bir AHM'nin geniş yorumlanmasının getirebileceği düzenleme yetkisi üzerindeki beklenmedik kısıtlama olasılıklarını en aza indirerek Hindistan'ın düzenleme hakkını koruyacaktır.”*⁸⁸

BIT'lerin çoğunda AHM'den bahsedildiği göz önünde bulundurulduğunda, bir AHM hükmünün antlaşmada yer almaması, antlaşmayı imzalayan tarafların yatırımcılara AHM verme konusundaki isteksizliği olarak yorumlanabilir.⁸⁹ AHM standardına antlaşmada yer vermeme, antlaşmanın taraflarının, ev sahibi devletin düzenleyici tedbirlerini bu standart kapsamında incelemeye tabi tutulması konusundaki isteksizliklerini yansıtmaktadır. Yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğunun bu standarda yer vermiş olması, AHM standardını dışlayan ülkelerin bunu özel bir amaçla yaptıklarını göstermektedir. Standarttan kaçınma, standardın her durumu kapsayan gücünden duyulan endişeyi yansıtmaktadır.⁹⁰

Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin yatırım antlaşmasında bulunmaması, antlaşmaya taraf olan devletlerin düzenleyici tedbirlerini bu standart kapsamında incelemeye tabi tutmak istemediklerine dair bir işaret olsa da⁹¹ teamül hukukunun bir

⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Endonezya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (25/02/1997'de imzalanmış, 28/09/1998'de yürürlüğe girmiştir) (Endonezya - Türkiye BIT (1997)), RG Tarihi: 19.05.1998.

⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (01/05/1992'de imzalanmış, 10/08/1995'te yürürlüğe girmiştir) (Japonya - Türkiye BIT (1992)), RG Tarihi: 16.01.1993.

⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (01/05/1992'de imzalanmış, 10/08/1995'te yürürlüğe girmiştir) (Kazakistan - Türkiye BIT (1992)), RG Tarihi: 11.02.1995.

⁸⁸ Law Commission of India, Report No.260, Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty , s.15,

⁸⁹ Ioana Knoll-Tudor, 'Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases', in Kiran N. Gore , Elijah Putilin , et al. (eds), *International Investment Law and Investor-State Disputes in Central Asia: Emerging Issues*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2022, p.245.

⁹⁰ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 48.

⁹¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 18.

parçası olan uluslararası asgari standart koruması bu durumda da mevcut olmaya devam edecektir. Öte yandan, AHM hükmünün yatırım antlaşmasında bulunmaması durumunda dahi AHM ithaline izin veren bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmü ile AHM standardı koruması söz konusu olabilir. Yabancı yatırımcının devleti ile ev sahibi devlet arasında yatırım antlaşmasında AHM hükmü olmasa dahi yatırımcı antlaşmada bulunan en çok gözetilen ulus kaydı hükmüne başvurarak ev sahibi devlet tarafından akdedilen başka bir antlaşmada yer alan ve daha yüksek bir koruma standardı sağlayan hükümlere dayanabilir.⁹²

En çok gözetilen ulus kaydı maddeleri, Orta Çağ'dan beri bir antlaşma tekniği olarak yaygın biçimde ticari antlaşmalarda kullanılmaktadır.⁹³ en çok gözetilen ulus kaydı maddesi artık yatırım antlaşmalarının ezici çoğunluğunda yer almaktadır. 2010 tarihli UNCTAD raporunda incelenen 715 yatırım antlaşmasının sadece yüzde 19,6'sının en çok gözetilen ulus kaydı hükmü atıf içermediğini ortaya koymaktadır.⁹⁴ Aynı zamanda en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin, teamülün bir parçası olarak kabul edilmeyen antlaşmaya dayalı bir yükümlülük olduğu unutulmamalıdır.⁹⁵ UNCTAD raporu en çok gözetilen ulus kaydı kavramını, *“en çok gözetilen ulus kaydı muamelesi yatırım bağlamında, ev sahibi devletin kapsam dahilindeki yabancı yatırımcıya ve yatırımlarına, uygun olduğu şekilde, herhangi bir üçüncü ülkenin yabancı yatırımcılarına tanıdığından daha az elverişli olmayan bir muamele tanımını sağlar”* şeklinde tanımlamıştır.⁹⁶ en çok gözetilen ulus kaydı içeren iki taraflı yatırım antlaşmaları sayısının çoğalmasının bir etkisi de AHM standardının devletler arasında uygulanabilirliğini genelleştirmek olmuştur.⁹⁷ Hem AHM hükmü hem de en çok gözetilen ulus kaydı hükmü içermeyen sınırlı sayıda yatırım antlaşması bulunmaktadır.⁹⁸

⁹² Dumbery, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 159.

⁹³ Akif Emre ÖKTEM, LA CLAUSOLA DELLA NAZIONE PIÙ FAVORITA NELLE CAPITOLAZIONI OTTOMANE: GENESI, TIPOLOGIA, PATOLOGIA, Rivista di Diritto Internazionale, ISSN 0035-6158, Vol. 105, N° 1, 2022, s. 43-84.

⁹⁴ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, 2010, s. 12.

⁹⁵ International Law Commission, ‘Report of the ILC on the Work of Its 30th Session’ in ILC Yearbook, vol 2, part 2 (1978) s.25.

⁹⁶ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 13.

⁹⁷ Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 149.

⁹⁸ Fransa-Tunus BIT ve Libya-Malta BIT.

AHM yatırım antlaşmalarında en yaygın hükümlerden biridir,⁹⁹ eğer antlaşma tarafları antlaşmalarına bir AHM yükümlülüğü veya buna ilişkin bir atıf eklemiyorsa bunu kasıtlı olarak yaptıklarını açıktır. Bu sebeple, en çok gözetilen ulus kaydı hükmü aracılığıyla başka yatırım antlaşmasından bir AHM hükmü getirilirken tarafların niyeti göz önünde tutulmalıdır. Bir hüküm temel antlaşmaya ithal edilirken, temel antlaşmanın yapısını ve doğasını önemli ölçüde bozup bozmadığına bakılması gerekmektedir.¹⁰⁰

Uluslararası yatırım antlaşmalarında AHM hükmünün ihmal edilmesinin sonuçları belirsizdir ve değerlendirilmesi zordur. Bu durumun, ev sahibi devletin, yatırımcı taleplerine maruz kalma riskinin azaltıp azaltmayacağı, ilgili uluslararası yatırım antlaşmasındaki diğer yatırım koruma hükümlerinin kapsamına ve yorumuna bağlıdır. Özellikle, en çok gözetilen ulus kaydı hükümleri, uyumsuzluğun ortaya çıktığı yatırım antlaşması adil ve hakkaniyete uygun muamele öngörmese dahi, hakem heyetlerinin ev sahibi devletin diğer devletlerle akdettiği yatırım antlaşmalarına adil ve hakkaniyete uygun muamele uygulamasını mümkün kılmaktadır. Bu durum, adil ve hakkaniyete uygun muameleye yatırım antlaşmasının sadece giriş (önsöz) kısmında atıfta bulunan Türkiye BIT'leri açısından da geçerli olmuştur.¹⁰¹

Yatırım antlaşmalarını düzenleyenler, bu tür bir ithalatı kesin olarak önlemek için bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün uygulama kapsamını sınırlamak konusunda serbesttirler.¹⁰² Yatırım antlaşmalarında bu ithalata izin vermeyecek şekilde düzenlenmiş en çok gözetilen ulus kaydı hükmü istisnai olsa da yatırım antlaşmalarında bu özelliğe sahip en çok gözetilen ulus kaydı hükmü kullanımı geçmişe oranla daha fazladır. Buna örnek olarak, 2014 yılında imzalanan AB-Kanada

⁹⁹ Kläger, ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*, s. 1.

¹⁰⁰ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 102.

¹⁰¹ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakistan Cumhuriyeti*, Karar, § 575; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A S v. Pakistan*, ICSID Dava No. ARB/03/29, Karar, 24 Ağustos 2009, § 155: “Giriş bölümünde AHM’ye yapılan atıf ile antlaşmada bir AHM hükmünün bulunmamasının, Türkiye ve Pakistan’ın antlaşmaya bir AHM yükümlülüğü eklememe niyetinde olduklarını düşündürebileceği doğrudur. Ancak, Mahkeme, bu önerinin, antlaşmada açıkça yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmü yoluyla bir AHM yükümlülüğü getirme olasılığını ortadan kaldırdığı konusunda ikna olmamıştır. Antlaşmaya taraf devletlerin AHM’nin önemini açıkça öngörmüş olmaları bunun aksini düşündürmektedir. Gerçekten de fiili bir yükümlülük tesis etmese de, giriş bölümü, en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kendi bağlamında ve VCLT m. 31(1) uyarınca Antlaşma’nın amacı ve hedefi ışığında yorumlanmasıyla ilgilidir.”

¹⁰² Patrick Dumberry, “Shopping for a better deal: the use of MFN clauses to get ‘better’ fair and equitable treatment protection”, *Arbitration International*, C. 33, S. 1, 2017, s. 16, doi:10.1093/arbint/aiw036.

Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Antlaşması'nın (CETA) 8.7 Maddesi uyarınca, bir yatırımcı hem geçmiş hem de gelecekteki antlaşmalarda bulunan daha iyi bir AHM hükmünden faydalanmak için antlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmünü kullanılamayacağı belirtilmektedir.¹⁰³

Öte yandan, AHM, en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla bir bütün olarak uygulanmasa bile, bu standardın arkasındaki alt unsurlar veya ilkeler genellikle diğer hükümler kapsamında benzer şekilde geçerlidir.¹⁰⁴ Örneğin, sıklıkla tartışılan bir yatırımcının meşru beklentilerinin korunması unsuru, bir kamulaştırma hükmünün ihlalini incelerken bir hakem heyeti tarafından aynı şekilde dikkate alınabilmektedir.¹⁰⁵

AHM standardının antlaşmada yer almaması, bu standardın kapsadığı birçok konunun başka bir dava nedeni başlığı altında tartışılması sonucunu doğurabilir. Adil ve hakkaniyete uygun muameleyle ilişkin birçok ilke aynı zamanda uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu durum, adil ve hakkaniyete uygun muameleyle ilişkin ilkelerin aslında tüm uluslararası yatırım hukuku sistemi için temel olduğunu ve sadece bir antlaşma metninden adil ve hakkaniyete uygun muamele kelimelerinin çıkarılmasıyla ortadan kaldırılamayacağını göstermektedir.¹⁰⁶

B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Antlaşma Maddelerinde Olmayıp Sadece Önsözde Bulunması

¹⁰³ CETA m. 8.7: “1. Taraflardan her biri, diğer Tarafın bir yatırımcısına ve kapsam dahilindeki bir yatırıma, benzer durumlarda üçüncü bir ülkenin yatırımcılarına ve onların yatırımlarına, yatırımlarının kendi topraklarında kurulması, edinilmesi, genişletilmesi, yürütülmesi, işletilmesi, yönetimi, bakımı, kullanımı, yararlanması ve satışı veya elden çıkarılması ile ilgili olarak tanıdığı muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele tanıyacaktır.

2. Daha fazla kesinlik için, 1. paragraf uyarınca bir Tarafça sağlanan muamele, federal düzey dışında Kanada'daki bir hükümetle ilgili olarak veya Avrupa Birliği'nin bir üye devletindeki bir hükümetle ilgili olarak, benzer durumlarda, söz konusu hükümet tarafından kendi topraklarındaki yatırımcılara ve bu yatırımcıların üçüncü bir ülkedeki yatırımlarına sağlanan muamele anlamına gelir.

3. 1. Paragraf, test ve analiz hizmetlerinin ve hizmet tedarikçilerinin akreditasyonunu, tamir ve bakım hizmetlerinin ve hizmet tedarikçilerinin akreditasyonunu ve ayrıca bu akredite hizmetlerin ve hizmet tedarikçilerinin niteliklerinin veya sonuçlarının veya bunlar tarafından yapılan işlerin belgelendirilmesini tanıyan üçüncü bir ülkeyle yapılan bir düzenleme veya antlaşma da dahil olmak üzere, tanıma sağlayan bir Tarafça yapılan muameleyle uygulanmaz.

4. Daha fazla kesinlik için, 1. ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan ‘muamele’, yatırımcılar ve devletler arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için diğer uluslararası yatırım antlaşmalarında ve diğer uluslararası antlaşmalarda öngörülen usulleri içermez.”

¹⁰⁴ Kläger, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, ss. 78-79.

¹⁰⁵ *Azurix Corp and other v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/12, Karar, 14 Temmuz 2006, § 316 ve 372.

¹⁰⁶ Kläger, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, s. 79.

Yatırım tahkimi hakem heyetlerinin önlerine gelen uyuşmazlığı çözerken baktıkları ilk kaynak yatırım antlaşmalarıdır, bu sebeple yatırım antlaşmalarının içeriğindeki kavramların ifade edilişlerindeki bağlamı ve tanımlamaları büyük önem arz etmektedir. Hakem heyetleri, yatırım antlaşmalarını yorumlarken, antlaşmayı önsöz ve içeriğindeki maddeler olmak üzere bir bütün olarak değerlendirmektedir. Bir antlaşma önsözü tipik olarak antlaşmanın amaçlarını ortaya koyar ve antlaşmanın içeriğinin bir parçasını oluşturmaktadır. Kapsamlı ve iyi ifade edilmiş antlaşma önsözleri, hakem heyetinin AHM standardını yorumlamasını yönlendirmektedir.¹⁰⁷

Belirsiz ve niteliksiz bir yükümlülükle karşı karşıya kalan bir hakem heyeti, önsözü VAHS m. 31¹⁰⁸ yorum kurallarına göre inceleyecektir. Bununla birlikte, önsöz bölümünün bağlayıcı maddi yükümlülükler getirmediği ve yalnızca bir antlaşma yorumlayıcısı için destek sağladığı, bu kapsamda antlaşmada açıkça öngörülenleri tamamlama veya sınırlama etkisi olduğu unutulmamalıdır.¹⁰⁹

AHM'lerin çoğu yatırım antlaşmasında bulunduğu aşıkardır, ancak bazı BIT'lerde AHM'ye sadece giriş kısımlarında atıfta bulunulmakta ve antlaşma maddeleri arasında yer almaması sebebiyle kendi başına bir muamele standardı oluşturmamaktadır. Örneğin, bazı Türkiye BIT'leri AHM hükümleri içermemekte, sadece giriş kısımlarında bu tür bir muameleye arzu edilir olarak atıfta bulunmaktadır. Örnek olarak, Pakistan-Türkiye BIT Önsözü (1995) "*Yatırım için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların azami etkin kullanımı için yatırıma adil ve hakkaniyete uygun muamelenin arzu edilir olduğunu kabul ederek*" ve Ürdün-Türkiye BIT Önsözü (1993) "*...yatırımlar için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların azami ölçüde etkin kullanımı amacıyla yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasının arzu edilir olduğu hususunda mutabık kalınarak...*" şeklindedir. Önsözde bu şekilde ifade edilen AHM kavramının, tek başına bağlayıcı bir AHM yükümlülüğü anlamına gelmediğini unutulmamalıdır.

¹⁰⁷ Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, s. 20.

¹⁰⁸ VAHS m. 3(2): "*Bir antlaşmanın yorumlanması amacıyla bağlam, antlaşma metnine ek olarak, antlaşmanın önsözü ve ekleri de dahil olmak üzere: (a) antlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olarak tüm taraflar arasında yapılan antlaşmayla ilgili herhangi bir antlaşma; (b) antlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.*"

¹⁰⁹ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 21.

Türkiye'nin Afganistan¹¹⁰, Arnavutluk¹¹¹, Bosna Hersek¹¹², Hırvatistan¹¹³, Katar¹¹⁴, Kazakistan¹¹⁵, Kırgızistan¹¹⁶, Küba¹¹⁷, Letonya¹¹⁸, Malta¹¹⁹, Mısır¹²⁰, Tacikistan¹²¹ ve Türkmenistan¹²² ile yaptığı yatırım antlaşmalarında, antlaşma hükümleri içerisinde AHM olmayıp sadece önsözde AHM standardına atıf vardır.

Azerbaycan ve Pakistan arasındaki BIT giriş bölümü benzer bir örnektir. 1995 tarihli Azerbaycan-Pakistan BIT Önsözü, *“Yatırımlar için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların en etkin şekilde kullanılması amacıyla yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasının arzu edilir olduğunu kabul ederek”* şeklindedir. Arzu edilir ifadesi diğer antlaşmalarda da sıklıkla görülmektedir.

¹¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (10/07/2004'te imzalanmış, 19/07/2005'te yürürlüğe girmiştir) (Afganistan - Türkiye BIT (2004)), RG Tarihi: 01.04.2005.

¹¹¹ Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (01/06/1992'de imzalanmış, 26/12/1996'da yürürlüğe girmiştir) (Arnavutluk - Türkiye BIT (1992)), RG Tarihi: 27.06.1996.

¹¹² Türkiye Cumhuriyeti ve Bosna ve Hersek Bakanlar Kurulu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (21/01/1998'de imzalanmış, 10/02/2009'da yürürlüğe girmiştir) (Bosna Hersek - Türkiye BIT (1998)), RG Tarihi: 04.05.2000.

¹¹³ Türkiye Cumhuriyeti ve Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (12/02/1996'da imzalanmış, 21/04/1998'de yürürlüğe girmiştir) (Hırvatistan - Türkiye BIT (1996)), RG Tarihi: 11.04.1998.

¹¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Katar Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (25/12/2001'de imzalanmış, 12/02/2008'de yürürlüğe girmiştir) (Katar - Türkiye BIT (2001)), RG Tarihi: 02.08.2007.

¹¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti ve Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (01/05/1992'de imzalanmış, 10/08/1995'te yürürlüğe girmiştir) (Kazakistan - Türkiye BIT (1992)), RG Tarihi: 11.02.1995.

¹¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti ve Kırgızistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (09/04/2018'de imzalanmış, 18/03/2020'de yürürlüğe girmiştir) (Kırgızistan - Türkiye BIT (2018)), RG Tarihi: 22.05.2019.

¹¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti ve Küba Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (22/12/1997'de imzalanmış, 23/10/1999'da yürürlüğe girmiştir) (Küba - Türkiye BIT (1997)), RG Tarihi: 15.09.1999.

¹¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti ve Letonya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (18/02/1997'de imzalanmış, 03/03/1999'da yürürlüğe girmiştir) (Letonya - Türkiye BIT (1997)), RG Tarihi: 02.02.1999.

¹¹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Malta Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (10/10/2003'te imzalanmış, 06/04/2004'te yürürlüğe girmiştir) (Malta - Türkiye BIT (2003)), RG Tarihi: 08.07.2004.

¹²⁰ Türkiye Cumhuriyeti ve Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (04/10/1996'da imzalanmış, 31/07/2002'de yürürlüğe girmiştir) (Mısır - Türkiye BIT (1996)), RG Tarihi: 26.07.2002.

¹²¹ Türkiye Cumhuriyeti ve Tacikistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (06/05/1996'da imzalanmış, 24/07/1998'de yürürlüğe girmiştir) (Tacikistan - Türkiye BIT (1996)), RG Tarihi: 12.09.1997.

¹²² Türkiye Cumhuriyeti ve Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (02/05/1992'de imzalanmış, 13/03/1997'de yürürlüğe girmiştir) (Türkiye - Türkmenistan BIT (1992)), RG Tarihi: 15.01.1995.

Antlaşma önsözünde AHM standardına atıf olmasa da onu çağrıştıran birtakım kavramlara atıf olabilir. Tarafların bir BIT imzalamak için en sık öne sürdükleri gerekçe, iki imzacı devletin yatırımcılarının yatırımları için elverişli koşullar yaratma gerekliliğidir; bu amaç, genellikle, daha fazla ekonomik iş birliğini teşvik etmek gibi kapsayıcı bir hedefin altında yer almaktadır. Birkaç BIT de akit tarafların yatırım için istikrarlı bir çerçevenin ekonomik kaynakların etkin kullanımını en üst düzeye çıkaracağını kabul ettiklerini veya hukukun üstünlüğüne dayalı adil, şeffaf ve öngörülebilir yatırım rejimlerinin hem dünya ticaret sistemini tamamladığını hem de bundan fayda sağladığını ifade etmektedir.¹²³

Kırgızistan-Hindistan BIT'sinde (2019) özetlenen daha yeni bir eğilim de devletin düzenleme yapma hakkının yeniden teyit edilmesidir. Giriş bölümünde yer alan, *“Tarafların kendi topraklarındaki yatırımları kendi hukuk ve politika hedeflerine uygun olarak düzenleme hakkını teyit ederek”* ifadesi ev sahibi devletlerin düzenleyici özerkliğini korumaya çalışmaktadır. Ayrıca, giriş bölümünde AHM'nin kurucu unsurlarına, yani ayrımcılık yasağına atıfta bulunulduğu da görülebilir. Örneğin Kazakistan-Finlandiya BIT (2007), akit devletlerin, *“bir Tarafın yatırımcılarının diğer Tarafın ülkesindeki yatırımlarını ayrımcı olmayan bir temelde koruma ihtiyacını”* kabul ettiklerini vurgulamaktadır. AHM'den bahseden en sık rastlanan önsöz türü, standardı yatırım için istikrarlı bir çerçeve elde etme amacına bağlamaktadır. Kazakistan-ABD BIT (1992) m. 2(2)(a), *“Yatırımlar için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların azami düzeyde etkin kullanımı amacıyla yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele edilmesinin arzu edilir olduğunu kabul ederek”* şeklindedir.

Birçok yatırım antlaşması metninin giriş bölümünde, herhangi bir sıralama olmaksızın potansiyel olarak çatışan çok sayıda devlet menfaatini listelenmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri-Ekvador BIT girişinde, *“ekonomik iş birliği, sermaye akışının artırılması, yatırım için istikrarlı bir çerçeve, uluslararası kabul görmüş işçi haklarına saygının geliştirilmesi ve ekonomik kaynakların kullanımında maksimum verimlilik gibi”* hedefler sıralanmaktadır.¹²⁴

¹²³ Ioana Knoll-Tudor, 'Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases', s.243.

¹²⁴ ABD-Ekvador BIT (1993).

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) gibi eski antlaşmaların giriş bölümlerinde de önemli vurgular açıkça görülmektedir. NAFTA'nın giriş bölümünde, “*sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etme*” ve “*kamu refahını korumak için esnekliklerini koruma*” taahhütleri de dahil olmak üzere, bir ticaret antlaşmasının sahip olabileceği pek çok olası hedef sıralanmaktadır. Önsözlerde yer alan bu tür hükümler, hakem heyetlerinin takdir yetkisi uygulamaları için metinsel bir meşruiyet kaynağı oluşturmaktadır.¹²⁵

Hem uluslararası mahkemeler hem de yatırım tahkimi mahkemeleri sıklıkla önsözlerin önemine dikkat çekmiştir.¹²⁶ Antlaşma metninde AHM yer alması durumunda da önsözde yer alan ifadeler standardın yorumlanmasında etkiye sahiptir. *Lauder v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, “*Antlaşma'nın II (2) (a) Maddesi 'yatırımlara her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılacağını [...]' öngörmektedir. Her antlaşmada olduğu gibi, bu Antlaşma da amacı ve hedefinin yanı sıra imzalandığı koşullar dikkate alınarak yorumlanacaktır (Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 31 ve 32). Antlaşma'nın giriş bölümünde, Tarafların 'yatırımlar için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların azami düzeyde etkin kullanımı amacıyla yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele edilmesinin arzu edildiği' konusunda mutabık oldukları belirtilmektedir*” tespitini yapmıştır.¹²⁷

¹²⁵ Srinath Reddy Kethireddy, “Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law Note”, *Yale Journal of International Law*, C. 44, S. 2, 2019, s. 343.

¹²⁶ UAD'nin Fas'taki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşları (Fransa v. Amerika Birleşik Devletler), 27 Ağustos 1952 tarihli kararı, s. 196, oldukça açıklayıcıdır: “*Bu Sözleşmenin amaçları ve hedefleri Önsözünde belirtilmiştir [...] Bu koşullarda Mahkeme, Sözleşme hükümlerinin [...] beyan edilen amaç ve hedeflerinin kapsamını aşacak şekilde ima yoluyla bir yorumunu benimseyemez*”.

¹²⁷ *Lauder v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Nihai Karar, 3 Eylül 2001, § 292; *CME Czech Republic B.V. v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Kısmi Karar, 13 Eylül 2001, § 155: “*Antlaşma ayrıca yatırımlara 'adil ve hakkaniyete uygun muamele' sağlanmasını öngörmektedir. Antlaşma m. 3(I). Antlaşma'nın Önsözü bu yükümlülüğün önemini vurgulamakta ve yatırımlara 'adil ve hakkaniyete uygun muamele' yapılmasının Antlaşma'nın yabancı yatırımları teşvik etme amacının gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynadığını kabul etmektedir; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., ve Vivendi Universal S.A. v. Arjantin, ICSID No. ARB/03/19, Sorumluluk Kararı, 30 Temmuz 2010, § 218: 'Üç BIT'in belirtilen amaçları incelendiğinde, hepsinin bireysel yatırımcılara belirli düzeylerde koruma sağlamaktan daha geniş hedefleri olduğu görülmektedir. Arjantin-Fransa BIT'i ve Arjantin-İspanya BIT'i söz konusu olduğunda, Akit Devletler aralarındaki ekonomik iş birliğini ilerletmeyi amaçlamaktadır. Yabancı yatırımların korunması ve teşvik edilmesi, bu amaca ulaşmak için önemli olmakla birlikte, bu amaca ulaşmak için sadece bir araçtır. Benzer şekilde, Arjantin-İngiltere BIT'si de iki Devletin refahını artırmayı amaçlamaktadır. Bu antlaşmalar aracılığıyla, Akit devletler, artan ekonomik refah veya kalkınmanın sağlanması amacıyla ilgili iki devlet arasında artan ekonomik iş birliğinin daha geniş hedeflerini takip etmektedir; Lemire v. Ukrayna, ICSID No. ARB/06/18, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 14 Ocak 2010, § 264: 'Antlaşmalarda kullanılan kelimeler bağlamlarına göre yorumlanmalıdır. Madde II.3'ün bağlamı, akit tarafların 'yatırımlar için istikrarlı bir çerçeve sağlamak*

AHM'yi geçerli bir yasal standart olarak kullanmak yerine, sadece giriş bölümünde bahsederek siyasi bir taahhüde indirgemek bir seçenektir.¹²⁸ Bir yandan, bu durum AHM'yi ihmal etmeye yaklaşacaktır çünkü madde yasal olarak bağlayıcı olmayacak, sadece en iyi çaba gösterme karakterine sahip olacaktır. Öte yandan, giriş bölümünün bir parçası olması halinde, AHM dili diğer antlaşma yükümlülüklerinin yorumlanmasında yol gösterici olacaktır.

Önsöz, tarafların antlaşmanın tek amacı olarak yatırımlar için istikrarlı bir çerçeve veya yatırımlar için elverişli koşullar yaratma niyetini vurgulayan hedeflere atıfta bulunduğunda, hakem heyetleri yorumsal belirsizlikleri yatırımcıların lehine çözmeye itecektir. Buna karşılık, önsözün sürdürülebilir kalkınma ve sözleşmecî devletlerin düzenleme hakkına saygı gibi diğer hedeflerle yatırım teşviki ve koruma hedeflerini tamamlanması halinde, bu ifadelerin daha dengeli yorumlayıcı sonuçlara yol açması muhtemeldir.¹²⁹ Bu sebeple, yatırım antlaşmasının hem önsöz hem de içerikteki lafzı hakem heyetlerinin takdir yetkisinin sınırları açısından önem taşımaktadır.

C. Özerk, Niteliksiz Adil ve Hakkaniyetli Muamele

Yatırım antlaşmalarının birçoğunda, ev sahibi devletin yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele etme yükümlülüğünün olduğu belirtilir ve bu hükme ilişkin herhangi bir tanım veya nitelendirme yapmaz.¹³⁰ Bu kategori, standardın kendisi dışında başka bir gösterge olmaksızın AHM'den bahsedilen BIT'leri içermesi bakımından en minimalist olanıdır. Bu hüküm çeşidine örnek olarak Kırgızistan Kırgızistan-Hindistan BIT (2019) m.3(2) gösterilebilir: *"Her bir Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımları ve getirileri, diğer Akit Tarafın ülkesinde her zaman adil ve eşit muameleye tabi tutulacaktır."* Hindistan-Nepal BIT (2011) yatırımların her

amacıyla yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasının arzu edildiğini...' belirttikleri BIT'in Giriş bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla AHM standardı meşru beklentiler kavramıyla yakından bağlantılıdır - Ukrayna'nın eylemleri veya ihmalleri, yatırımcının yatırım yaptığı sırada dayandığı meşru ve makul beklentileri boşa çıkarıyorsa AHM standardına aykırıdır."

¹²⁸ UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, s.98

¹²⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 112.

¹³⁰ Kazakistan-Hindistan BIT(1996), Özbekistan-Singapur BIT (2003), Kırgızistan-Hindistan BIT(1997), Tacikistan-BLEU (Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği (2009), Tacikistan-Hindistan BIT(1995), Türkmenistan-Hindistan BIT(1995).

zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele görmesini gerektirmektedir. Bu şekilde ifade edilen AHM standardı, herhangi bir kombinasyon veya atıf olmaksızın bağımsız bir standardı temsil etmektedir.¹³¹

Niteliksiz AHM hükümlerinin, uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardı zımni atıf olarak mı yorumlanacağı yoksa vaka bazında yorumlanacak özerk bir standarda mı atıfta bulunulduğu konusunda tartışmalar mevcuttur.¹³² AHM ile asgari standardın aynı olduğu yönünde görüşler ifade edilmiştir. OECD'nin 1967 tarihli Yabancı Mülkiyetin Korunmasına ilişkin Sözleşme Taslağına ilişkin Notlar ve Yorumlar, AHM standardının, uluslararası teamül hukuku tarafından belirlendiğini belirtmektedir. Avrupa Parlamentosu, 2011 yılında kabul ettiği bir kararda, AB tarafından akdedilecek yatırım antlaşmalarında AHM'nin uluslararası teamül hukuku tarafından belirlenen muamele düzeyi temelinde tanımlanması gerektiğini belirtmiştir.¹³³ Ancak, AB tarafından imzalanan CETA böyle bir tanım içermemektedir. Bazı yatırım tahkimi hakem heyetleri de niteliksiz AHM standardının içeriğinin uluslararası asgari standarttan önemli ölçüde farklı olmadığına karar vermiştir.¹³⁴ Ancak, hakem heyetleri, ihlal seviyesi için farklı eşikler koymuş ve NAFTA mahkemelerine atıflarda bulunmuş olsalar da niteliksiz AHM hükümlerinin uluslararası asgari standart ile nasıl ilişkili olduğu konusunda istikrarlı bir duruş sergilememişlerdir.¹³⁵

Çok az sayıda hakem heyeti, niteliksiz AHM hükümlerini uluslararası hukuka, asgari standarda veya daha genel olarak teamüle zımni bir atıf olarak değerlendirmiştir.¹³⁶ Ancak, çoğunlukla AHM hakem heyetleri tarafından özerk veya bağımsız bir standart olarak kabul edilmiştir. Çoğu akademisyenin ve hakem heyetinin de inandığı gibi, bu tür bir tanımın ana nedeni, BIT'lerde uluslararası teamül

¹³¹ Hindistan-Nepal BIT(2011), m. 3(2); Belçika-Lüksemburg Suudi Arabistan BIT(2001), m. 3(1); çok taraflı düzeyde, Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarını (COMESA)(1993) Kuran Antlaşma, m. 159(1) (a).

¹³² UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 21.

¹³³ Avrupa Uluslararası Yatırım Politikasının Geleceğine ilişkin 6 Nisan 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı, § 19.

¹³⁴ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 611; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Karar, § 592; *Duke Energy v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/04/19, Karar, 18 Ağustos 2008, § 337; *Saluka Investments BV (Hollanda) v. Çek Cumhuriyeti*, PCA Davası No. 2001-04, Kısmi Karar, 17 Mart 2006, § 291; *Azurix v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/12, Nihai Karar, 14 Temmuz 2006, § 361; *CMS v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/01/8, Karar, 12 Mayıs 2005, § 282-284; *Occidental v. Ekvador*, LCIA İdari Dava No. UN 3467, Karar, 1 Temmuz 2004, § 190.

¹³⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 59.

¹³⁶ *William Nagel v. Çek Cumhuriyeti*, SCC Davası No. 049/2002, Karar, 9 Eylül 2003, § 193.

hukukuna herhangi bir atıf veya koşul bulunmayan AHM'nin gerçek ifadesine odaklanmaktadır. Dolzer ve Schreuer ifadesiyle: *“Bazı mahkemelerin AHM standardını diğer koruma standartları ile birleştirme eğilimine rağmen, bunları birbirinden ayrı olarak ele almak lehine ağır argümanlar bulunmaktadır. Antlaşmayı hazırlayanların aynı anlama geldikleri halde farklı terimler kullanmaları için iyi bir neden yoktur. Ayrıca, antlaşma metinleri birinin diğerinin sadece bir sonucu olduğunu belirtmeksizin bunları sırayla listelediğinde neden bir standardın diğerinin bir parçası olması gerektiğini görmek de zordur. Elbette, önemli ölçüde örtüşme olabilir ve belirli bir dizi olgu hem AHM'yi hem de başka bir standardı ihlal edebilir, ancak bu, farklı standartlara dayanan iddiaları ayrı ayrı incelememek için bir neden değildir.”*¹³⁷ Benzer bir şekilde, FA Mann 1981'de İngiliz BIT'leri hakkında, *“Asgari standart kavramının ortaya atılmasıyla hiçbir şey kazanılmadığı ve bunun da ötesinde, bu kavramın ortaya atılmasının kesinlikle yanıltıcı olduğu ileri sürülmektedir. ‘Adil ve hakkaniyete uygun muamele’ terimleri, asgari standardın çok ötesine geçen ve daha önce kullanılan herhangi bir kelime biçiminden çok daha objektif bir standarda göre daha büyük ölçüde koruma sağlayan davranışları öngörmektedir. Bir mahkeme asgari, azami ya da ortalama bir standartla ilgilenmeyecektir. Söz konusu davranışın her koşulda adil ve hakkaniyete uygun mu yoksa haksız ve adaletsiz mi olduğuna karar vermesi gerekecektir. Başka kelimelerle tanımlanan hiçbir standardın önemli olması muhtemel değildir. Terimler bağımsız ve özerk olarak anlaşılacak ve uygulanacaktır”*¹³⁸ tespitini yapmıştır.

Yatırım tahkimi kararlarında da bu tespitler teyit edilmiştir. *Biwater Gaug v. Tanzania* davasında, hakem heyeti, *“Metinsel bir yorum meselesi olarak, bir antlaşmanın ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ ifadesini kullanarak ‘uluslararası teamül hukukundaki asgari muamele standardı’ gibi iyi bilinen bir kavrama atıfta bulunması mantıksız görünmektedir. Eğer bir antlaşmanın tarafları uluslararası teamül hukukuna atıfta bulunmak istiyorlarsa, farklı bir terim kullanmak yerine bu şekilde atıfta bulunacakları varsayılabilir”* şeklinde görüş belirtmiştir.¹³⁹

¹³⁷ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, ss. 198-99.

¹³⁸ FA Mann, ‘British Treaties for Promotion and Protection of Investments’ (1981) 52 BYIL 241, s. 244.

¹³⁹ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Karar, § 591; *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka*, ICSID Dava No. ARB/09/2, Karar, 31 Ekim 2012, § 418.

Genel olarak, tahkim uygulamasında, birçok mahkeme uluslararası asgari standart veya uluslararası teamül hukukundan ayrılmış özerk veya niteliksiz bir AHM hükmü olarak yorumlamıştır.¹⁴⁰ Başka bir deyişle, adil ve hakkaniyete uygun terimlerinin düz anlamına odaklanmışlar.¹⁴¹ Bu kararlar, AHM'nin bağımsız bir şekilde kaleme alındığı durumlarda, mahkemelerin bunları özerk bir şekilde yorumladığını ve uluslararası teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari standarttan ayrıldığını göstermiştir.

AHM hükmünde kapsam ve içeriğin sınırına ilişkin herhangi bir belirti bulunmadığından, bu durum idari işlemlerin incelenmesine yönelik geniş kapsamlı bir yaklaşıma kapı açmaktadır. Niteliksiz AHM hükümlerin hakem yorumunun kapsamını genişlettiği için riskler barındırır çünkü adillik (fairness) geniş bir hukuki ilkedir ve birçok normun detaylandırılmasına yol açabilir.

Niteliksiz AHM hükümleri geniş bir yorumlama alanı bırakmaktadır. VAHS m. 31(3)(c) taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli olan ilgili tüm uluslararası hukuk kurallarının bir antlaşma hükmünün yorumlanmasında dikkate alınmasını öngörmektedir. VAHS m. 31(3)(c), sürdürülebilir kalkınma hukuku, insan hakları veya diğer ilkelerin adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramına sistematik olarak entegre edilmesine izin vermektedir.¹⁴² Bu durum, niteliksiz bir adil ve hakkaniyete uygun muamele hükmü altında, belirli bir davada uygulanacak sorumluluk eşiğini etkilemek için ev sahibi devletler tarafından bir savunma olarak geniş bir ilkeler

¹⁴⁰ *Saluka Investments BV (Hollanda) v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 294; *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Endonezya*, PCA Davası No. 2015-40, Karar, 29 Mart 2019, § 225; *Gardabani Holdings B.V. ve Silk Road Holdings B.V. v. Gürcistan*, ICSID Davası No. ARB/17/29, Karar, 27 Ekim 2022, § 498; *Deutsche Telekom v. Hindistan*, PCA Davası No. 2014-10, Geçici Karar, 13 Aralık 2017, § 331; *Cervin Investissements S.A. ve Rhone Investissements S.A. v. Kosta Rika*, ICSID Dava No. ARB/13/2, Karar, 7 Mart 2017, § 452-453; *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan*, PCA Dava No. 2016-07, Karar, 21 Aralık 2020, § 1701-1703; *Mobile Telesystems (MTS) v. Türkmenistan (2)*, ICSID Dava No. ARB(AF)/18/4, Karar, 14 Haziran 2023; *Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovakya*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2017-08, 7 Ekim 2020, § 459-461.

¹⁴¹ *ECE Projektmanagement v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2010-5, Karar, 19 Eylül 2013, § 4.756, 4.760; *Ioan Micula ve diğerleri v. Romanya*, ICSID Dava No. ARB/05/20, Nihai Karar, 11 Aralık 2013, § 503-4: “*Davalı, davacıların standardı uluslararası asgari standarttan farklı, özerk bir standart olarak tanımlamasına itiraz etmemektedir... Mahkemenin standardın içeriğini belirlemek için öncelikle “adil ve hakkaniyete uygun” terimlerinin düz anlamına dönmesi gerektiğini*”; *Teinver S.A. et al. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/09/01, Karar, 21 Temmuz 2017, § 666: “*Mahkeme, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin sadece uluslararası hukuktaki asgari muamele standardı olmadığı görüşündedir, zira bu terim Antlaşmada kullanılmamaktadır.*”

¹⁴² Campbell McLachlan vd., **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, Second Edition, Second Edition Oxford, New York: Oxford University Press, 2017, s. 293.

yelpazesine başvurulabileceği anlamına gelmektedir.¹⁴³ Ancak, benzer şekilde, yatırımcılar da böyle bir hükmün geniş yorumundan fayda sağlayabilmektedir.

Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, nitelsiz bir adil ve hakkaniyete uygun muamele hükmüne ilişkin uyuşmazlığı incelediği davada denge unsuruna atıfta bulunmuştur: “Yabancı yatırımların korunması antlaşmanın tek amacı olmayıp, yabancı yatırımların teşvik edilmesi ve tarafların ekonomik ilişkilerinin yoğunlaştırılması genel amacının yanında gerekli bir unsurdur. Bu da antlaşmanın yatırımların korunmasına ilişkin maddi hükümlerinin yorumlanmasında dengeli bir yaklaşım gerektirmektedir; zira yabancı yatırımlara sağlanacak korumayı abartan bir yorum, ev sahibi devletleri yabancı yatırımları kabul etmekten caydırmaya hizmet edebilir ve böylece tarafların karşılıklı ekonomik ilişkilerini genişletme ve yoğunlaştırma genel amacını zayıflatabilir.”¹⁴⁴

Nitelsiz AHM formülasyonu potansiyel olarak en yatırımcı odaklı seçenektir, özellikle de adil ve hakkaniyetli muamele veya yatırım korumasını antlaşmanın tek veya ana amacı olarak vurgulayan bir önsözle birleştirildiği durumlarda. Hakemlere, yatırımcının ihtiyaç ve perspektiflerine odaklanmasını sağlayabilir ve yatırımcının talepleri ile ev sahibi devletin egemenlik hakları ve kamu yararına düzenleme görevleri arasında dengelemeyi yatırımcı lehine yapabilme sonucu doğurabilir.¹⁴⁵

AHM hükmünün nitelsiz basit bir formasyonu, hakemlere geniş bir takdir yetkisi bırakması sebebiyle ev sahibi devletlere düşük bir sorumluluk eşiği getirip, devletlerin herhangi bir düzenleyici eyleminin bu eşiği ihlal etmesi riskini beraberinde getirebilmektedir.¹⁴⁶ Bu nitelsiz formülasyon altında, hakem heyetlerine AHM’nin yorumlanmasında önemli bir takdir yetkisi bırakılmaktadır.

AHM’nin uluslararası teamül hukuku ile ilişkisi hakkında ifadeler içermeyen antlaşmaları uygulayan hakem heyetleri, ilgili hükümleri kendi ifadelerine dayanarak bağımsız bir şekilde yorumlama eğiliminde olmuştur.¹⁴⁷ AHM’ye ilişkin uygulanabilir

¹⁴³ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 511.

¹⁴⁴ *Saluka Investments BV (Hollanda) v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 300.

¹⁴⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 105.

¹⁴⁶ a.g.e., s. 22.

¹⁴⁷ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Şili*, ICSID Dava No. ARB/01/7, Karar, 25 Mayıs 2004, § 110-112; *Occidental Exploration and Production Co v. Ekvador*, LCIA Dava No. UN3467,

hükümlerin ulusal hukuka atıfta bulunduğu durumlarda bile, hakem heyetleri bu hükümlere bağımsız bir anlam vermiştir.¹⁴⁸ Öte yandan, çok az sayıda kararda, bağımsız bir AHM hükmü, teamül uyarınca asgari standarda zımni bir atıf olarak yorumlanmıştır.¹⁴⁹

Sonuç olarak, adil ve hakkaniyet kavramlarının özellikle niteliksiz bir AHM standardı antlaşmasında sübjektif yorumlara açık olduğu ve açık bir dizi yasal reçeteyi ifade etmediği açıktır. Bir yandan, bu durum belirli bir ölçüde belirsizlik yaratmaktadır. Diğer yandan, adil ve hakkaniyet kavramları, hakemlerin, egemenlik, sürdürülebilir kalkınma, insan hakları veya diğer ilkeleri, bu ilkeler karar verilecek davayla ilgili belirli bir yatırım antlaşmasında belirtilmemiş olsa bile, istediği taraf lehine uygulamak için kullanabilecekleri kapıları aralamaktadır.¹⁵⁰ Ancak, 2023 tarihli OECD raporunda, niteliksiz AHM hükümlerinin kullanımının 2000'lerin başında azaldığı, 2009'dan sonra düşüşün keskin bir şekilde hızlandığı ve 2018'den sonra imzalanan hiçbir yatırım antlaşmasının niteliksiz AHM hükmü içermediği tespit edilmiştir.¹⁵¹

D. Uluslararası Hukukla Bağlantılı Adil ve Hakkaniyetli Muamele

AHM hükümlerini uluslararası hukuka atıfla temellendiren antlaşmalarda, “uluslararası hukuka ve antlaşma hükümlerine uygun olarak adil ve hakkaniyete

Karar, 1 Temmuz 2004, § 188-190; *Saluka Investments BV (Hollanda) v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 286-295; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/3, Karar, 22 Mayıs 2007, § 258; *Sempra Energy International v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/02/16, Karar, 28 Eylül 2007, § 302; *OKO Pankki v. Estonya*, Karar, 19 Kasım 2007, § 217-230; *Continental Casualty Company v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/03/9, Karar, 5 Eylül 2008, § 254; *National Grid PLC v. Arjantin*, UNCITRAL, Karar, 3 Kasım 2008, § 167-173; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A S v. Pakistan*, Karar, § 164; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, 27 Aralık 2010, § 125-127; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH ve diğerleri v. Ukrayna*, ICSID Dava No. ARB/08/8, Karar, 1 Mart 2012, § 265; *Cervin v. Kosta Rika*, Karar, 7 Mart 2017, § 452 ve devamı; *Valores Mundiales v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/13/11, Karar, 25 Temmuz 2017, § 530; *Belenergia S.A. v. İtalya*, ICSID Dava No. ARB/15/40, Karar, 6 Ağustos 2019, § 568.

¹⁴⁸ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 125-127; *Tecmed v. Meksika*, ICSID Dava No. ARB(AF)/00/2, Karar, 29 Mayıs 2003, § 155; *Cargill v. Polonya*, ICSID Dava No. ARB(AF)/04/2, Nihai Karar, 29 Şubat 2008, § 453; *Liman Caspian v. Kazakistan*, ICSID Dava No. ARB/07/14, Karar, 22 Haziran 2010, § 263; *Perenco v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/08/6, Kalan Yetki ve Sorumluluk Konuları Hakkında Karar, 12 Eylül 2014, § 557; *Crystallex v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB(AF)/11/2 Karar, 4 Nisan 2016, § 530-8.

¹⁴⁹ Dumberry, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, s. 3.

¹⁵⁰ Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, s. 110-112.

¹⁵¹ OECD, ‘Fair’ And ‘Equitable’ Treatment Provisions in Investment Treaties; A Large- Sample Survey of Treaty Provisions, 2023, s. 15.

uygun muameleye tabi tutulacaktır”¹⁵² veya *“muamele hiçbir durumda ulusal hukukun gerektirdiğinden daha az elverişli olmayacaktır”*¹⁵³ şeklinde ifade edilebilmektedir. Hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az elverişli muamele olmayacaktır şeklindeki ifade, niteliksiz AHM standardına daha yakındır ve hakemlere daha fazla yorumlama alanı bırakmaktadır.¹⁵⁴ Antlaşmada böyle bir formasyon yer alması durumunda, hakem heyetinin uyuşmazlığı çözerken uluslararası teamül hukuku da dahil olmak üzere tüm uluslararası hukuk ilkelerini göz önünde bulundurmasını gerektirmektedir.

AHM yükümlülüğünün uluslararası hukuk ile birleştirilmesi, hakemlere AHM’nin yorumlanması için yararlı bir kılavuz ekler ve kapsamını uluslararası hukukun kaynakları ile sınırlamalarını gerektirir. Bununla birlikte, uluslararası hukukun homojen olmayan yapısı, hakemler için bu tür hükümleri yorumlama görevini zorlaştırmaktadır.

Bir grup yatırım antlaşması, AHM standardını genel uluslararası hukuka atıfla birleştirir. Çin-Türkiye BIT (2015), m. 2, *“Her bir Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele gösterilecektir”*¹⁵⁵ şeklindedir. Japonya-Myanmar BIT (2013), m. 4, *“Akit Taraflardan her biri kendi alanında diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere uluslararası hukuka uygun muamele sağlayacaktır”* ve Arjantin- Amerikan Birleşik Devletleri BIT (1991), m. 2, *“Yatırımlar her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele görecektir, tam koruma ve güvenlikten yararlanacak ve hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az bir muameleye tabi tutulmayacaktır”* diğer örneklerdir.

Uluslararası hukukla kurulan bağlantı, genel uluslararası hukukla mı yoksa uluslararası teamül hukuku ile mi ilgili olduğu konusunda kafa karışıklığına yol

¹⁵² Fransız Model Antlaşması, taraf devletlerin uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak adil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunacaklarını öngörmektedir.; *CMS Gas Transmission Company. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/8, Karar, 12 Mayıs 2005, § 284.

¹⁵³ Arjantin-Fransa BIT (1991) m. 3, Arjantin-ABD BIT (1991) m. II(2).

¹⁵⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 23.

¹⁵⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma m.2(2) (29/07/2015’te imzalanmış, 11/11/2020’de yürürlüğe girmiştir) (Çin - Türkiye BIT (2015)); Ayrıca bkz. Fransa-Meksika BIT(1998), m. 4(1).

açmıştır.¹⁵⁶ Bu soruna bir tepki olarak, NAFTA üyeleri de dahil olmak üzere bazı ülkeler, uluslararası hukukun uluslararası teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari standarda atıfta bulunduğu inancını ifade etmek için kısıtlayıcı bir yaklaşım izlemiştir. Serbest Ticaret Komisyonu (FTC) Notları ve 2004 ABD Model BIT bu yaklaşımın başlıca örnekleridir.¹⁵⁷

Tahkim uygulaması incelendiğinde, AHM'nin yatırım antlaşmalarında tek başına formüle edildiği durumlarda, hakemlerin çoğunlukla AHM'ye özerk bir yorum getirdiğini göstermektedir.¹⁵⁸ Bağımsız AHM'nin, “uluslararası hukuka uygun olarak” veya “uluslararası hukuktan daha az olmamak kaydıyla” niteleyicisi ile birleştirilmesi durumunda ise, hakemler farklı yorumlarda bulunmuşlardır.¹⁵⁹ Bazı hakem heyetleri bunu uluslararası asgari standart ile eşitlemiş¹⁶⁰, bazıları özerk bir yorum getirmiş¹⁶¹ ve bazıları da bu ilişki için herhangi bir pozisyon almamışlardır¹⁶².

Koch Minerals v. Venezuela davasında, hakem heyeti, uluslararası hukukun kural ve ilkelerine uygun olarak şeklinde açık bir niteleme ile başlayan AHM maddesinin¹⁶³

¹⁵⁶ Emami Mujeeb, Gul Rehna, “Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, *Journal of East Asia and International Law*, C. 14, S. 1, 2021, s. 87, doi:10.14330/jeail.2021.14.1.04.

¹⁵⁷ 2004 ABD Model BIT, m. 5. ve NAFTA FTC 11.bölüm yorumları.

¹⁵⁸ Mujeeb, Rehna, “Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, s. 90.

¹⁵⁹ Ioana Knoll-Tudor, ‘Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases’, s.246.

¹⁶⁰ *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/03/15, Karar, 31 Ekim 2011, § 331-334; *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/8, Karar, 25 Nisan 2005, § 284; AHM'nin “uluslararası hukuk asgari standardından ve teamül hukuku kapsamındaki gelişiminden farklı olmadığını” belirtmiştir.

¹⁶¹ *Azurix v. Arjantin*, Nihai Karar, § 361; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 125; *Crystallex v. Venezuela*, Karar, § 530; *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 155; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. ve Vivendi Universal S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Vaka No. ARB/97/3, Karar, 20 Ağustos 2007, § 7.4.5-7.4.7; *EDF International S.A., SAUR International S.A. ve León Participaciones Arjantins S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Vaka No. ARB/03/23, Karar, 11 Haziran 2012, § 1001-1003; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Venezuela Cumhuriyeti*, ICSID Davası No. ARB(AF)/09/1, Karar, 22 Eylül 2014, § 567.

¹⁶² *BG Grp plc v. Arjantin*, UNCITRAL, Nihai Karar, § 291 (24 Aralık 2007): “Arjantin tarafından kabul edilen tedbirlerin uluslararası asgari standardın altında kaldığı ve dolayısıyla bu kararın Arjantin-İngiltere BIT'sinin daha cömert bir bağımsız koruma standardı sağlayıp sağlamadığını incelemesine gerek olmadığı.”

¹⁶³ *Almanya-Venezuela BIT* (1996) m. 4(1): “Akit Taraflardan her biri, Uluslararası Hukukun kural ve ilkelerine uygun olarak, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının kendi topraklarındaki yatırımlarına adil ve eşit muamele ile tam koruma ve güvenlik sağlayacak; hiçbir keyfi veya ayrımcı tedbirlerle bu tür yatırımların yönetimini, işletilmesini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını, genişletilmesini, elden çıkarılmasını veya tasfiyesini engellemeyecektir.”

yalnızca uluslararası teamül hukuku standardını dayattığını ve bağımsız veya tek başına bir anlamı engellediğini tespit etmiştir.¹⁶⁴

Vivendi v. Arjantin davasında, ilgili BIT uluslararası hukuk ilkelerine göre adil ve hakkaniyete uygun muamele öngörmekteydi. Hakem heyeti, AHM'nin uluslararası asgari standartla sınırlı olduğu görüşünün hiçbir dayanağı olmadığını ve böyle bir yorumun metnin olağan anlamına aykırı olacağını tespit etmiştir.¹⁶⁵

AWG v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM hükmüne ilişkin olarak uluslararası hukuka uygun tabiri hakkında: “*Mahkeme, Arjantin-Fransa BIT’sinin 3. Maddesi kapsamındaki adil ve hakkaniyete uygun muameleyi uluslararası hukukun ilgili tüm kaynaklarına uygun olarak yorumlayacaktır ve yorumunda uluslararası asgari standartla sınırlı değildir. ‘Uluslararası hukuk ilkeleri’ ifadesinin olağan anlamı ‘uluslararası hukukun tüm kaynaklarından türetilen hukuki ilkelerdir. ‘Uluslararası hukuk’ terimini kullanan yetkili belgeler, bu terimin uluslararası asgari standartla sınırlı olduğuna dair hiçbir ima içermez ve mahkemenin ‘uluslararası hukuk’ terimini yorumlamasını fazlasıyla destekler. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. Maddesi Divan’ın görevinin ‘uluslararası hukuka uygun olarak karar vermek [...]’ olduğunu belirtmekte ve ardından en geniş ifadelerle uluslararası hukukun temel kaynaklarını sıralamaktadır*” şeklinde görüş belirterek asgari standart ile eşitlememiştir.¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Koch Minerals v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/11/19, Karar, 30 Ekim 2017, § 8.44: “*Bu Antlaşma’daki AHM ve FPS standartlarının başında açık bir niteleme yer almaktadır: ‘uluslararası hukuk kural ve ilkelerine uygun olarak’.* Mahkemenin görüşüne göre, bu ek açık ifade, AHM ve FPS standartlarının uluslararası teamül hukukunun getirdiği yükümlülükler olarak anlamını teyit etmek ve bağımsız veya özerk bir anlamı engellemek için kesindir.”

¹⁶⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija SA ve Vivendi Universal SA v. Arjantin*, ICSID Vaka No. ARB/97/3, Davanın İkinci Sunumu, Karar, 20 Ağustos 2007, § 7.4.6-7: “*3. Madde, asgari muamele standardına değil, uluslararası hukuk ilkelerine uygun adil ve hakkaniyete uygun muameleye atıfta bulunmaktadır. . . Mahkeme, uluslararası hukuk ilkelerini asgari muamele standardı ile eşitlemek için hiçbir dayanak görmemektedir... İlk olarak, uluslararası hukuk ilkelerine yapılan atıf, yalnızca asgari standarttan daha geniş bir yelpazedeki uluslararası hukuk ilkelerinin dikkate alınmasını davet eden daha geniş bir okumayı desteklemektedir. İkinci olarak, 3. Maddenin lafzı adil ve hakkaniyete uygun muamelenin uluslararası hukuk ilkelerine uygun olmasını gerektirmektedir, ancak uygunluk şartı Antlaşma’nın adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı üzerinde bir tavan kadar bir taban da belirleyebilir. Üçüncü olarak, hükmün dili, sadece neredeyse bir asır önceki ilkelere değil, çağdaş uluslararası hukuk ilkelerine de bakılması gerektiğini göstermektedir.*”

¹⁶⁶ *Suez ve AWG Group v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/03/19, 30 Temmuz 2010, Sorumluluk Kararı, § 185.

Enron v. Arjantin davasında, hakem heyeti, Arjantin-ABD BIT’indeki, uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az bir muameleye tabi tutulmayacaktır ifadesi yer alan AHM hükmünün, asgari standarttan daha fazla koruma getirdiğini belirtmiştir.¹⁶⁷ Arjantin-ABD BIT’indeki hükmü yorumlanan bir başka davada, *El Paso v. Arjantin* davasındaki hakem heyeti ise, “*Mahkeme, ulusal hukuk düzenleri tarafından sağlanan korumaya bakılmaksızın, BIT’nin AHM hükmünü uluslararası hukukun gerektirdiği uluslararası asgari standart olduğunu düşünmektedir*” sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁸ Görüldüğü üzere, aynı antlaşmaya ilişkin farklı yorumlar yapılmıştır.

Sonuç olarak, uluslararası hukuka yapılan atıf yalnızca asgari bir koruma seviyesine işaret etmekte, ancak bir tavan oluşturmamakta bu sebeple geniş yorumlamaya açık bir yapıya sahiptir. Hakem heyetleri, genellikle, muamelenin uluslararası hukuka uygun olması gerektiğini belirten AHM hükümlerinin teamül kapsamında asgari standarda bir atıf olmadığı sonucuna varıp bu hükümleri bağımsız AHM maddesi olarak yorumlamışlar ve genelde davacı lehine biten sonuçlara ulaşp AHM ihlali kararı vermiştir.¹⁶⁹ Ancak, muamelenin uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az olmaması gerekir şeklinde AHM hükümlerinde ise, hakemlerin bir kısmı bu hükmün asgari standarttan daha iyi bir koruma sağladığını değerlendirip çoğunlukla davacı lehine kararlar verirken, bir kısmı da bunun asgari standart ile eşit olduğunu belirterek daha sınırlı bir AHM hükmü olarak değerlendirmişlerdir.¹⁷⁰

E. Uluslararası Teamül Kapsamında Asgari Standart ile Bağlantılı Adil ve Hakkaniyetli Muamele

Uluslararası asgari standart kavramı, yavaş yavaş ortadan kaybolmak ve bir şekilde önemsiz hale gelmek yerine, hakem heyetleri tarafından AHM hükümlerine verilen geniş yorumun bir sonucu olarak beklenmedik bir şekilde geri dönüş yapmıştır.¹⁷¹ Giderek artan sayıda yatırım antlaşması, AHM yükümlülüğünü uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardı

¹⁶⁷ *Enron v. Arjantin*, Karar, § 256-8.

¹⁶⁸ *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, Karar, § 337.

¹⁶⁹ Dumbery, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, s. 106.

¹⁷⁰ a.g.e., s. 120.

¹⁷¹ Patrick Dumbery, “Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status”, Brill, 2018, s. 30, doi:10.1163/9789004366121_002.

ile ilişkilendirmektedir. Bunun temel sebebi, hakem heyetlerinin, AHM ilkesine sınırsız anlamlar yükleyip genişletmesinin sonucu olarak, yatırım tahkimi sisteminin meşruiyetini sorgulatmaya kadar gidebilecek durumların önünü almaktır. AHM yükümlülüğü ile asgari muamele standardı arasındaki açık bağlantı, hakem heyetleri tarafından AHM standardının aşırı geniş yorumlanmasını önlemek ve asgari muamele standardını ihlal edecek ağır bir suistimal örneklerine atıfta bulunarak, hakemlere daha fazla rehberlik etmek için kullanılmaktadır.¹⁷²

Asgari standardın içeriğine ve AHM ile ilişkisine dair herhangi bir analizin başlangıç noktası, ilgili yatırım antlaşmasının dili ve özellikle de AHM ile uluslararası teamül hukuku ve asgari standart arasında kurduğu bağın derecesidir.¹⁷³ Örnek olarak, Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika FTA (CAFTA-DR) m. 10.5.1, yatırımlara adil ve eşit muamele de dahil olmak üzere örf ve adet hukukuna uygun muamele yapmaları gerektiğini belirterek, AHM'yi uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak kabul etmektedir. CAFTA-DR m. 10.5.1'i açıklığa kavuşturan m.10.5.2., AHM kavramının, asgari standart tarafından gerekli görülenin ötesinde veya buna ek bir muamele gerektirmediğini ve ek maddi haklar yaratmadığını belirtmektedir. Trans-Pasifik Ortaklığı (Trans-Pacific Partnership) antlaşması m.9.6 da AHM ile asgari standart arasında benzer bir eşleştirme yapmaktadır.¹⁷⁴

¹⁷² UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 28.

¹⁷³ The Lopez-Goyne Family Trust and Others v. Nikaragua, ICSID, Dava No. ARB/17/44, Karar, 1 Mart 2023, § 407.

¹⁷⁴ Trans-Pacific Partnership m. 9.6 "Asgari Muamele Standardı"

1. Taraflardan her biri, kapsam dahilindeki yatırımlara, adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik de dahil olmak üzere, uygulanabilir uluslararası teamül hukuku ilkelerine uygun muamele gösterecektir.

2. Daha fazla kesinlik için 1. paragraf, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardını, kapsam dahilindeki yatırımlara sağlanacak muamele standardı olarak belirler. "Adil ve hakkaniyete uygun muamele" ve "tam koruma ve güvenlik" kavramları, bu standardın gerektirdiğine ek veya ötesinde bir muamele gerektirmez ve ek maddi haklar yaratmaz. Paragraf 1'de yer alan yükümlülükler

(a) "adil ve hakkaniyete uygun muamele", dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılanma ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü içerir; ve

(b) "tam koruma ve güvenlik" her bir Tarafın uluslararası teamül hukukunun gerektirdiği düzeyde polis koruması sağlamasını gerektirir.

3. Bu Antlaşmanın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlal edildiğine dair bir tespit, bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez.

4. Daha fazla kesinlik için, bir Tarafın bir yatırımcının beklentileriyle tutarsız olabilecek bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda kapsanan yatırımda kayıp veya hasar meydana gelse bile, bu Maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez.

5. Daha fazla kesinlik için, bir Tarafça bir sübvansiyon veya hibenin verilmemiş, yenilenmemiş veya sürdürülmemiş olması veya değiştirilmiş veya azaltılmış olması, bunun sonucunda kapsam dahilindeki yatırımda kayıp veya zarar olsa bile, bu Maddenin ihlalini teşkil etmez."

AHM ile asgari standardı eşitlemek, ABD, Kanada ve diğer ülkelerin daha yeni Model BIT'lerinin taslak yaklaşımlarında görülmektedir. Bu tür hükümler düzenli olarak ev sahibi devletlerin, yabancı yatırımcılara veya yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele de dahil olmak üzere uluslararası teamül hukuka uygun muamele yapmasını öngörmektedir. Bu ifade kapsamında uluslararası teamül hukuk, yabancılara yönelik teamül hukuku asgari muamele standardı ile eşitlenmektedir.¹⁷⁵ *Elliott Associates L.P. v. Kore* davasında, ABD Model BIT ile aynı AHM maddesini içeren ABD-Kore FTA'sı kapsamında karara bağlanmıştır. Hakem heyeti, hükmün uygulanabilir standardın özerk bir adalet ve hakkaniyet standardından ziyade uluslararası teamül hukuku olduğunu açıkça ortaya koyduğunu belirtmiş¹⁷⁶ ve davacının eylem veya ihmalin yabancılara muameleyi düzenleyen uluslararası teamül hukukunun temel bir usul kuralının ihlalini teşkil ettiğini veya yabancılara muameleyi düzenleyen uluslararası teamül hukukunun maddi bir kuralına aykırı olduğunu göstermesi gerektiğini açıklamıştır.¹⁷⁷

AHM'yi uluslararası asgari standart ile ilişkilendiren en önemli örneklerden biri NAFTA kapsamındaki uygulamadır. NAFTA m. 1105 değerlendiren hakem heyetleri, AHM standardına ilişkin farklı tespitlerde bulunmuşlardır. Bazı hakem heyetleri, AHM standardının, uluslararası asgari standart standardına ek olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁸ NAFTA tarafları, FTC Yorum Notları aracılığıyla, AHM'nin uluslararası teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari standardına atıfta bulunduğunu vurgulamıştır. Aynı antlaşma kapsamındaki AHM hükmünün hakem heyetleri tarafından farklı yorumlanması üzerine 31 Temmuz 2001 tarihli NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin notlarında, "*Uluslararası Hukuka Uygun Asgari Muamele Standardı m. 1105(1), yabancılara yönelik*

¹⁷⁵ Kanada ile Yatırımların Teşviki ve Korunması Antlaşması'nın (2004) ('2004 Kanada Model BIT') m. 5: "*1. Her bir Taraf, kapsam dahilindeki yatırımlara, adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik de dahil olmak üzere, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardına uygun muamele gösterecektir. 2. Paragraf 1'de yer alan 'adil ve hakkaniyete uygun muamele' ve 'tam koruma ve güvenlik' kavramları, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardının gerektirdiğine ek veya bunun ötesinde bir muameleyi gerektirmez.*"

¹⁷⁶ *Elliott Associates L.P. v. Kore*, PCA Dava No. 2018-51, Karar, 20 Haziran 2023, § 568.

¹⁷⁷ *Elliott Associates L.P. v. Kore*, Karar, § 569.

¹⁷⁸ *Pope ve Talbot v. Kanada, UNCITRAL*, 2. Aşamanın Esaslarına ilişkin Karar, 10 Nisan 2001, § 110: "*Madde 1105'te yer alan hakkaniyet unsurlarının varlığına ilişkin bir diğer olası yorum ise, bunların uluslararası hukukun gerekliliklerine ek olduğu yönündedir. Yani, NAFTA kapsamındaki yatırımcılar uluslararası hukukun asgari gerekliliklerine ek olarak hakkaniyet unsurlarına da sahiptir*"

uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardını, diğer bir Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına sağlanacak asgari muamele standardı olarak öngörmektedir. “Adil ve hakkaniyete uygun muamele” ve “tam koruma ve güvenlik” kavramları, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardının gerektirdiğine ek veya bunun ötesinde bir muameleyi gerektirmez. NAFTA’nın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlal edildiğinin tespit edilmesi, m. 1105(1)’in ihlal edildiğini gösterme” ifadeleri yer almaktadır.

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu Notundaki ifadeler hem NAFTA üyesi devletlerin model yatırım antlaşmalarında hem de NAFTA üyesi olmayan ülkeleri de etkileyerek yatırım antlaşmalarında yer bulmuştur.¹⁷⁹ Bununla birlikte, FTC Notlarından sonra bile *Mondev v. ABD*, *ADF v. ABD*, ve *Loewen v. ABD* gibi bazı mahkemeler, uluslararası teamül hukuku kapsamında evrimsel uluslararası asgari standart olgusunu gündeme getirmiştir.¹⁸⁰ *Merrill v. Kanada* davasında, hakem heyeti, uluslararası asgari standart ve AHM’nin aynı seviyede yakınsaması fikrini yani artık birbirlerine çok benzer olduğunu ileri sürmüştür.¹⁸¹

Asgari standardın içeriği ise tartışmalıdır. Kanada ve ABD, uluslararası asgari standart-AHM hükmünün devletlere keyfi davranışlardan kaçınma konusunda genel bir yükümlülük getirdiği yönündeki iddiaları reddetmiştir. Taraflar, NAFTA’da ayrı bir ulusal muamele yükümlülüğünün varlığına dikkat çekmişlerdir. Uluslararası asgari standart-AHM kapsamında ayrımcılığa karşı sadece sınırlı bir koruma olduğunu veya alternatif olarak NAFTA’daki uluslararası asgari standart-AHM hükmü kapsamında ayrımcılığı yasaklayan tek başına veya bağımsız bir yükümlülüğün bulunmadığını belirtmişlerdir. NAFTA tarafları olan Kanada, ABD ve Meksika düzenleyici şeffaflığın da uluslararası asgari standart-AHM’nin bir parçası olmadığını düşünmektedir. Kanada ve ABD, uluslararası asgari standart-AHM’nin bağımsız bir standardı olarak iyi niyeti reddetmiştir. Her üç devlet de uluslararası asgari standart-AHM’nin “adalet,

¹⁷⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 25.

¹⁸⁰ *Mondev v. ABD*, ICSID Ek Tesis Davası No ARB(AF)/99/2, Karar, 11 Ekim 2002, §; *ADF v. Amerika Birleşik Devletleri*, ICSID Ek Tesis Davası No ARB(AF)/00/1, Karar, 9 Ocak 2003; *Loewen Group Inc. v. Amerika Birleşik Devletleri*, ICSID Dava No. ARB (AF)/98/3, Karar, 26 Haziran 2003.

¹⁸¹ *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Kanada*, UNCITRAL, Karar, 31 Mart 2010; Daha sonra, daha fazla vurgu için, ABD ve Kanada gibi NAFTA tarafları model BIT’lerine uluslararası asgari standardına uygun olarak AHM’yi eklemişlerdir. ABD Model BIT (2012) m. 5; Kanada Model BIT (2014), m. 6.

hakkaniyet ve makuliyet” hakkında genel bir tahkim soruşturmasına yol açtığı görüşünü reddetmiştir.¹⁸² Birkaç istisna karar dışında¹⁸³, NAFTA kapsamında uyumsuzluğa bakan hakemlerin özellikle şeffaflık ve meşru beklentileri asgari standardın bir parçası kabul etmeyip sadece bir faktör olarak değerlendirmiş¹⁸⁴ veya kabul etse dahi bu kavramların ihlali için çok yüksek eşikler belirleyip¹⁸⁵ kısıtlı bir yaklaşım sergilemiştir.

AHM’yi asgari standarda bağlayan davalarda sıklıkla NAFTA içtihadına atıf yapılmakta ve kararlar teyit edilmektedir. *Eco Oro Minerals v. Kolombiya* davasındaki hakem heyetinin, Kanada - Kolombiya FTA’sı (2008) doğrultusunda asgari standart muamelesi sağlanması gerektiren hükmünü yorumlarken izlediği yaklaşım dikkate değerdir. Hakemlerin çoğunluğu, şeffaflık, istikrar ve yatırımcının meşru beklentilerinin korunmasının AHM standardının tanımlanmasında merkezi bir rol oynadığına karar vermiş,¹⁸⁶ aynı zamanda, bir ihlalin tespit edilmesi için, NAFTA tarzı yüksek ağırlık eşğine atıfta bulunmuştur.¹⁸⁷ Karşı oy yazısında hakem Sands, meşru beklentiler kavramının AHM standardının tanınmış bir unsuru haline geldiğini, ancak asgari standart bağlamındaki rolünün henüz belirlenmediğini açıklamış¹⁸⁸ ve istikrar veya öngörülebilirlik sağlama yükümlülüğünün FTA’da veya asgari standarda ilişkin içtihatla hiçbir temeli olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁹ Hakem Sands, çoğunluğu sert şekilde eleştirerek, “İstikrar veya öngörülebilirlik sağlamadaki başarısızlığın asgari standardının ihlaline yol açabileceği önermesinin otoritesi nerededir? Çoğunluk hiçbirine atıfta bulunmamıştır. Ben de hiçbirinden haberdar değilim. Çoğunluk etkili

¹⁸² David Gaukrodger, “Addressing the Balance of Interests in Investment Treaties: The Limitation of Fair and Equitable Treatment Provisions to the Minimum Standard of Treatment under Customary International Law”, Paris: OECD, 24.02.2017, s. 7, doi:10.1787/0a62034b-en.

¹⁸³ William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada, UNCITRAL PCA Vaka No. 2009-04, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, 17 Mart 2015, § 401; Metalclad Corporation v. Meksika, ICSID No. ARB(AF)/97/1, Karar, 30 Ağustos 2000, § 99.

¹⁸⁴ Waste Management, Inc. v. Meksika (‘No 2’), ICSID Davası No. ARB(AF)/00/3, Karar, 30 Nisan 2004, § 98; Cargill, Inc. v. Meksika, ICSID Davası No. ARB(AF)/05/02, Karar, 18 Eylül 2009., § 296; Mesa Power Group, LLC v. Kanada, UNCITRAL PCA Davası No. 2012-17, Karar, 24 Mart 2016, § 502; Lone Pine Resources Inc. v. Kanada, ICSID Davası No. UNCT/15/2, Nihai Karar, 21 Kasım 2022 § 614.

¹⁸⁵ Glamis Gold Ltd v. Amerika Birleşik Devletleri, UNCITRAL, Karar, 8 Haziran 2009, § 627; International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika, UNCITRAL, Karar, 26 Ocak 2006, § 147.

¹⁸⁶ Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya, ICSID Dava No. ARB/16/41, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, 9 Eylül 2021, § 754.

¹⁸⁷ Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 755.

¹⁸⁸ Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya, ICSID Dava No. ARB/16/41, Profesör Philippe Sands’in Kısmi Muhalefeti, 9 Eylül 2021, § 12.

¹⁸⁹ Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya, Profesör Philippe Sands’in Kısmi Muhalefeti, § 19.

bir şekilde yargısal yasa yapma faaliyetinde bulunmuştur; teamül standardının belirlenmesi için, devlet uygulamasına veya içtihadına dair herhangi bir kanıtın tamamen yokluğunda, hiçbir devletin ifade etmediği yeni bir unsur icat etmiştir. FTA'yı hazırlayanların m. 805 ve asgari standart ile ilgili olarak bir davacının teamül kuralını kanıtlaması gerektiğini ve bunun da devlet uygulaması ve içtihadının kanıtlanması anlamına geldiğini açıkça belirtmiş olmalarına rağmen, Çoğunluk istikrar veya öngörülebilirlik olgularıyla ilgili olarak bu unsurlardan hiç bahsetmemektedir.”¹⁹⁰ Sonuç olarak, Hakem Sands: “Çoğunluğun analizi FTA'nın düz anlamını ve teamül hukukunun yerleşik ilkelerini baltalamaktadır. Yaklaşımının etkisi, çıtaı önemli ölçüde düşürmek ve aslında FTA'yı ve asgari standardın içeriğini ve etkisini yeniden yazmaktır. UAD'nin ELSI ve diğer bazı yatırım tahkimi kararlarında kullanılan dilin gösterdiği gibi, bir devletin asgari standardı ihlal ettiğine dair bir bulgu nadir ve olağanüstü olacaktır”¹⁹¹ tespitini yapmıştır.

AHM standardı için teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardına atıfta bulunan antlaşmalar, hakemlere uluslararası teamül hukukunun asgari muamele standardının içeriği olarak ilan ettiği hususların ötesine geçilmemesi gerektiği ifade etmektedir.¹⁹² AHM standardı için teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardına atıfta bulunan antlaşmalardaki asıl sorun uluslararası asgari standart hükmünün ne ifade ettiğinin belirsizliğidir. Uluslararası teamül hukukunun statüsü, Neer davasından bu yana uluslararası teamül hukuku ne ölçüde geliştiği ve AHM'nin uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturup oluşturmayacağı soruları sıklıkla tartışılmıştır. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur, bir görüş uluslararası asgari standardın donup kalmadığını zamanla değiştiğini iddia etmekte, diğer görüş ise uluslararası asgari standardı daha durağan bir ilkeler bütünü olarak tanımlamaktadır.

Uluslararası asgari standart ile niteliksiz AHM standardının yakınlaşmasına yol açabilecek bazı hususlar vardır. Bazı hakem heyetleri de AHM'nin uluslararası hukukun gerektirdiği ulusal asgari standarttan farklı olmadığını tespit etmiştir.¹⁹³ İlk

¹⁹⁰ *Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya*, Profesör Philippe Sands'in Kısmi Muhalefeti, § 22.

¹⁹¹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya*, Profesör Philippe Sands'in Kısmi Muhalefeti, § 36.

¹⁹² UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 28.

¹⁹³ *Occidental Exploration v. Ekvador*, Nihai Karar, § 189-190; *CMS v. Arjantin*, Karar, § 282-284; *AMTO v. Ukrayna*, SCC Dava No. 080/2005, Nihai Karar, 26 Mart 2008, § 74; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Karar, § 592; *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 611; *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, §

olarak, iki standardın bazı unsurları, adil yargılama gerekliliği veya adaletin reddi gibi, açıkça örtüşmektedir. İkinci olarak, yabancılara yönelik asgari muamele standardının zaman içinde sabit olmadığı ve içeriğinin geliştiği öne sürülerek AHM ile asgari standardın aynılaştığı öne sürülmüştür.¹⁹⁴

Temel soru, AHM'nin uluslararası teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari standart ile bağlantısının derecesidir. Bu sorunun cevabı uluslararası yatırım hukukunda çok önemlidir çünkü devletlerin sorumluluğunu belirleyecektir. Ekonomik İş birliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) 1967 Taslak Sözleşmesine ilişkin Yorumu, AHM ile asgari standardın örtüştüğüne ilişkin ilk yorumdur: “*Gerekli standart, uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturan asgari standarda fiilen uymaktadır.*”¹⁹⁵ Paparinskis de, “yatırım tahkiminden önceki II. Dünya Savaşı öncesi ve sonrası materyalleri ele alırsak, AHM'nin olağan anlamının, özellikle adaletin idaresi ile ilgili olarak, bir teamül asgari standardına atıf olduğu sonucuna varmak mümkün görünmektedir” tespitini yapmıştır.¹⁹⁶ Ancak, Kill'in de belirttiği gibi, OECD Yorumu, 1960'larda Örgütün gelişmiş üye ülkelerinin görüşlerini yansıtmakta ve o zamanki uluslararası teamül hukuku anlayışlarını somutlaştırmaktaydı.¹⁹⁷ OECD Yorumunu evrensel olarak bütün devletler tarafından kabul edilmiş bir yorum olarak almamak için mantıklı sebepler bulunmaktadır.

Kill'in argümanına benzer şekilde diğer bazı akademisyenler, batılı devletlerin, gelişmekte olan devletler tarafından uluslararası asgari standardın mevcut olmadığı iddiasıyla karşılaşmamak için¹⁹⁸ veya daha spesifik olarak uluslararası asgari standart kavramının kendisini çevreleyen belirsizlikler nedeniyle BIT'lerinde AHM'yi giderek daha fazla kullandıkları görüşünü ikna edici bir şekilde ortaya koymuşlardır.¹⁹⁹

332-337; *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, Karar, § 331-7; *Unión Fenosa v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/14/4, Karar, 31 Ağustos 2018, § 9.51.

¹⁹⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, ss. 8-9.

¹⁹⁵ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), *Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Sözleşme Taslağı* (1967), s. 15, 4(a).

¹⁹⁶ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, ss. 160-63.

¹⁹⁷ Theodore Kill, “Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations”, *Michigan Law Review*, C. 106, S. 5, 2008, s. 878.

¹⁹⁸ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 163.

¹⁹⁹ Todd Weiler, *The interpretation of international investment law: equality, discrimination, and minimum standards of treatment in historical context*, Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, ss. 239-40.

Muhtemelen, adil ve hakkaniyete uygun muamele, başlangıçta tam da asgari standardı çevreleyen zorluklardan kaçınmak için geleneksel bir norm olarak oluşturulmuştur.²⁰⁰

Asgari standarda ilişkin sorunlardan bir diğeri de teamül niteliğidir. Uluslararası asgari standart gelişmiş ülkeler arasında güçlü bir desteğe sahipken, özellikle Latin Amerika ülkeleri bu standardın uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline gelip gelmediği konusunda geleneksel olarak çekincelere sahiptir.²⁰¹

Newcombe ve Paradell'e göre, siyasi açıdan yüklü bir geçmişi olmayan ve görece tarafsız bir terim olan AHM'nin kullanımı, silahlı diplomasi ve emperyalizm mirası nedeniyle tarihsel olarak şüpheyile karşılanan uluslararası asgari standardına oranla daha tercih edilebilir olduğunu belirtmektedir.²⁰² Uluslararası asgari standart kavramının yerleşik bir kavram olduğunu söylemek zordur çünkü bu kavram sermaye ihraç eden ülkeler için yaygın ve tutarlı bir anlama sahip olsa da dünyanın geri kalanı için durum bu kadar net değildi.²⁰³ Uluslararası asgari standart adaletsiz bir geçmiş barındırmaktadır, oysa AHM yeni ve tarafsız bir kavram olması sebebiyle farklı özelliklere sahiptir.²⁰⁴

Birçok hakem heyeti, niteliksiz veya bağımsız bir AHM hükmünü, açıkça uluslararası hukuk veya teamül kapsamında asgari muamele standardı ile bağlantılı bir AHM hükmüne kıyasla, yatırımcılar için daha yüksek bir koruma sağlayan muamele standardı olarak yorumlamıştır.²⁰⁵ Teorik olarak, uluslararası hukuka yapılan bir atıf, hakemlerin takdir yetkisini, uluslararası teamül hukuku kapsamında asgari muamele standardına yapılan bir atıftan daha az kontrol eder. Çünkü uluslararası hukuk, uluslararası teamül hukuku kapsamında asgari muameleden önemli ölçüde daha

²⁰⁰ G Sacerdoti, 'Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection' (1997) s.341.

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20document%20CL%20-%20Exhibits/CL-0276.pdf (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

²⁰¹ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 104.

²⁰² Andrew Paul Newcombe, Lluís Paradell, **Law and practice of investment treaties: standards of treatment**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2009, s. 263.

²⁰³ *AWG Group Ltd. v. Arjantin Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Hakem Pedro Nikken'in Ayır Görüşü, § 14.

²⁰⁴ *AWG Group Ltd. v. Arjantin Cumhuriyeti*, Hakem Pedro Nikken'in Ayır Görüşü, § 15.

²⁰⁵ Marc Bungenberg, August Reinisch, **CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary**, First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2022, s. 259.

geniştir. Öte yandan, kararlar, hakemlerin ilgili kaynaklardan hukuki normlar türetme sürecine sıkı sıkıya bağlı kalmadıklarını göstermektedir.²⁰⁶

Ortak noktaları ve içerikleri olmasına rağmen, asgari muamele standardı, sorumluluk eşiği açısından, nitelsiz bir AHM yükümlülüğünden daha zorlu bir standart olarak anlaşılmakta ve yorumlanmaktadır. Kararlar incelendiğinde, bir davacının NAFTA kapsamında (asgari standarda atıfta bulunan AHM) bir AHM ihlali tespit etmesinin, asgari standarda atıfta bulunmayan bir AHM hükmüne göre daha zor olduğunu göstermektedir. AHM standardını uluslararası asgari standardına bağlayan NAFTA kapsamındaki davalarda, davacıların başarı oranı, AHM hükmünün çoğunlukla uluslararası asgari standart ile bağlantılı olmayan özerk bir standart olarak analiz edildiği diğer antlaşmalar kapsamındaki davalardan çok daha düşüktür.²⁰⁷

Son dönemdeki antlaşma uygulamaları, uluslararası asgari standart-AHM hükümlerinin giderek daha fazla kullanıldığını göstermektedir. Bu yaklaşım, hakemlerin AHM hükümlerini geniş yorumlanmasına bir tepkidir.²⁰⁸ 2015-2019 yıllarına ilişkin UNCTAD Dünya Yatırım Raporlarında, yatırım antlaşmalarındaki AHM hükmünün genel eğiliminin, AHM standardını uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari standart ile eşitleyen ve/veya bir devlet yükümlülükleri listesi ile açıklığa kavuşturan sınırlı bir AHM formülasyonu olduğu belirtilmiştir. Serbest Ticaret Antlaşmaları (FTA), uluslararası teamül hukukunu UAD Statüsü m. 38’de sayılan gerekliliklere uygun olarak tanımlamaya çalışmış, devlet uygulamasını ve opinio juris vurgulanmıştır.²⁰⁹ Sonuç olarak, AHM’yi uluslararası teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari standart ile sınırlayan antlaşma modeli tüm bölgelerde etki kazanmaktadır.

F. Ek Maddi İçeriğe Sahip Adil ve Hakkaniyetli Muamele

²⁰⁶ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 107.

²⁰⁷ Dumberry, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, s. 154.

²⁰⁸ Gaukrodger, “Addressing the Balance of Interests in Investment Treaties”, s. 5.

²⁰⁹ CAFTA-DR, (Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika-Birleşik Devletler Serbest Ticaret Antlaşması (5 Ağustos 2004; 2016 Trans-Pasifik Ortaklığı (TPP) Antlaşması, m. 9.6.; ASEAN antlaşmaları, (Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği’nin (ASEAN) Kore ile yaptığı antlaşmalar (2009), m. 5.

Niteliksiz bir AHM standardının eksikliklerini gidermek için her birinin artıları ve eksileri olan çeşitli seçenekler mevcuttur. Uluslararası teamül hukukuna atıfta bulunulması, devlet sorumluluğu için eşiği yükseltebilir ve devletlerin kamu politikalarını değişen hedefler ışığında uyarlama kabiliyetini korumaya yardımcı olabilir. Bununla birlikte, uluslararası asgari standart ve uluslararası teamül hukukunun kesin hatları hala belirsizliğini korumaktadır. Bu bağlamda bir seçenek, tarafların standarttan ne anladıklarını açıklığa kavuşturmalarıdır. Örneğin, standardın ihlalinin, kötü niyetle yapılmış bir eylem veya kasıtlı bir görev ihmali ya da her makul ve tarafsız kişinin yetersizliğini kolayca fark edebileceği uluslararası standartların çok altında bir yetersizlik gerektirdiğini belirtmeleri gibi ifadeler işlevsel olabilir. Bu ek açıklamalar, standardın ihlal edildiğini tespit etmek için yüksek bir eşik değerini teyit edecektir.²¹⁰

AHM hükümlerine maddi içerik eklemek, BIT'ler ve FTA'larda giderek yaygınlaşan bir durumdur. Bu tür hükümlerin amacı, AHM yükümlülüğünün içeriğini netleştirmek, devletler tarafından uygulanması ve hakemler tarafından yorumlanması açısından öngörülebilirlik sağlamaktır. Bu tür hükümler, aynı zamanda AHM standardının içeriğinin kapsamını sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Taraflar, antlaşmalara AHM yükümlülüğünün ihlalini içeren farklı durumların spesifik bir sıralamasını dahil ederek AHM hükmünün kapsamını sınırlandırmaktadır. Örneğin, AB tarafından izlenen yaklaşım, AHM sağlama yükümlülüğünün ihlalini neyin oluşturduğunu açıklığa kavuşturmak şeklindedir.²¹¹

Ek maddi içeriğe sahip AHM hükümlerine ilişkin üç tür yaklaşım göze çarpmaktadır; AHM'yi uluslararası teamül ile bağlı bulup ek getirenler, liste şeklinde AHM hükmünün içeriğini tanımlama girişimde bulunanlar ve AHM ile diğer standartlar arasında bağ kuranlar.

1. Uluslararası Asgari standart ile ek Adil ve Hakkaniyetli Muamele

²¹⁰ UNCTAD, Investment Policy Framework For Sustainable Development, s. 97-8.

²¹¹ Federico Ortino, 'Chapter 15: The Evolving Role of the European Union in International Investment Policy Reforms: Challenges, Achievements, and Future Directions', in Crina Baltag and Mark Feldman (eds), **Reforming Arbitration Reform: Emerging Voices, New Strategies and Evolving Values**, 2025 Crina Baltag & Mark Feldman; Kluwer Law International 2025, s. 215.

Şimdiye kadar yapılan antlaşmaların büyük bir kısmı, AHM'nin uluslararası teamül hukuku veya uluslararası hukuk kapsamında uluslararası asgari standart ile ilgili olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Bu şekilde, AHM'nin uluslararası teamül hukukunda tanınan adaletten mahrum bırakma yasağını içerdiğini veya gerektirdiğini belirtmişlerdir.²¹² Böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin önemli bir nedeni, özellikle NAFTA bağlamında, AHM standardını uluslararası teamül hukuku kapsamındaki uluslararası asgari standardın ötesine genişleten geçmiş hakem kararlarıdır.

Bu yaklaşım son dönemdeki bazı FTA'ların yanı sıra BIT'lerde de görülebilir. Singapur-Sri Lanka FTA'sı (2018), Avustralya-Peru FTA'sı (2018), Orta Amerika-Kore Cumhuriyeti FTA'sı (2018), CPTPP (2018), USMCA (2018), Avustralya-Endonezya CEPA'sı (2019), Ermenistan-Singapur Hizmet Ticareti ve Yatırım Antlaşması (2019), Çin-Mauritius FTA'sı (2019), RCEP (2020) ve Kore Cumhuriyeti-Endonezya CEPA'sı (2020) böyle bir maddeyi kabul etmiştir. Örneğin, CPTPP m. 9.6.2 (a)'da uluslararası teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari standardına atıfta bulunduktan sonra, AHM'nin *“dünyanın temel hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılanma ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargısal işlemlerde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü içerdiğini”* eklemektedir.²¹³

²¹² Kazakistan-Singapur BIT (2018) m. 3(2), bu antlaşma hazırlama uygulamasının iyi bir örneğidir: *“Taraflardan her biri, diğer taraf devletin yatırımcılarının yatırımlarına, uluslararası teamül hukukuna uygun olarak adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik sağlayacaktır. “Adil ve hakkaniyete uygun muamele” sağlama yükümlülüğü, cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü de içerir. “Adil ve hakkaniyete uygun muamele” ve “tam koruma ve güvenlik” kavramları, uluslararası teamül hukuku uyarınca gerekli olanlara ek olarak veya bunların ötesinde bir muamele gerektirmez ve ilave maddi haklar yaratmaz.”*; Tacikistan-Pakistan (2004) BIT m.3. görülebilir: *“adil ve hakkaniyete uygun muamele ifadesi, uluslararası teamül hukuku uyarınca cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğü anlamına gelir”*; Adaletin reddi birtakım yatırım antlaşmalarında AHM standartlarına ek olarak metinde *“Adil ve hakkaniyete uygun muamele, her bir üye devletin herhangi bir yasal veya idari işlemde adil yargılama ilkesine uygun olarak adaletten mahrum kalmamasını gerektirir”* şeklinde ifade edilmektedir. (ASEAN Kapsamlı Yatırım Antlaşması (2009) m. 11); Bölgesel düzeyde, EEU-Vietnam FTA (2015) da adaletin reddi hükmünü içeren bir AHM maddesi içermekte ve ek olarak en çok gözetilen ulus kaydı ve ulusal muamele standartlarına atıfta bulunmaktadır, m. 8.31 şu şekildedir: *“2.Bu Maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan “adil ve hakkaniyete uygun muamele”, özellikle bu Bölümün her bir Tarafının herhangi bir adli veya idari işlemde adaleti inkar etmemesini gerektirir. 4.Bu bölümün diğer Tarafının bir yatırımcısının önceki Tarafın ülkesindeki yatırımlarıyla ilgili olarak, bu Maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan “adil ve hakkaniyete uygun muamele” ve “tam koruma ve güvenlik”, önceki Tarafın kendi yatırımcılarına ve/veya herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarına kendi kanun ve düzenlemelerine uygun olarak tanıdığından daha elverişli bir muameleyi gerektirmez.”*

²¹³ Trans-Pasifik Ortaklığı için Kapsamlı ve Aşamalı Antlaşma (CPTPP: 8 Mart 2018 tarihinde imzalanmıştır), m. 9.6.2(a).

Avustralya-Endonezya CEPA, RCEP ve Kore Cumhuriyeti-Endonezya CEPA gibi bazı FTA'lar, AHM'nin her bir tarafın herhangi bir yasal veya idari işlemde adaleti inkar etmemesini gerektirdiğini öngören adaletin inkarına atıfta bulunmuştur.²¹⁴ 2020 Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) m. 10.5 AHM'yi yalnızca adaletin reddi ile sınırlamaktadır.²¹⁵

Öte yandan, FTA'ların bir kısmı, AHM'nin yatırımcılar tarafından meşru beklentiler unsurunun uygulanmasına ve ev sahibi devletteki "salt kanun değişikliğine" ilişkin sınırlamalar içermektedir. USMCA ve Avustralya-Endonezya gibi FTA'larda sadece yatırımcıların meşru beklentilerine ilişkin sınırlama bulunmaktadır. Örneğin, Avustralya-Endonezya CEPA m. 14.7 (4), *"Daha kesin olması açısından, bir Tarafın yatırımcının beklentileriyle uyuşmayan bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda kapsanan yatırımda kayıp veya zarar meydana gelse bile, bu Maddenin ihlalini teşkil etmez"*²¹⁶ şeklindedir.

CPTPP, ek olarak kanun değişikliği sınırlamasını da içermektedir. Örneğin, CPTPP m. 9.6(5) hükmü, *"Daha kesin olmak adına, bir sübvansiyon veya hibenin taraflardan biri tarafından verilmemiş, yenilenmemiş veya sürdürülmemiş ya da değiştirilmiş veya azaltılmış olması, bunun sonucunda kapsanan yatırımda bir kayıp veya zarar meydana gelmiş olsa dahi, bu maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez"*²¹⁷ şeklindedir.

²¹⁴ Avustralya-Endonezya Kapsamlı Ekonomik Ortaklık Antlaşması (4 Mart 2019 tarihinde imzalanmıştır), m. 14.7:2 (a); Bölgesel Kapsamlı Ekonomik Ortaklık (RCEP: 15 Kasım 2020'de imzalandı), m. 10.5: 2 (a); ve Kore Cumhuriyeti-Endonezya Kapsamlı Ekonomik Ortaklık Antlaşması (12 Aralık 2020'de imzalandı), m. 7.6: 2 (a).

²¹⁵ "1. Taraflardan her biri, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardına uygun olarak, kapsam dahilindeki yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenlik sağlayacaktır.

2. Daha fazla kesinlik için:

3. (a) adil ve hakkaniyete uygun muamele, her bir Tarafın herhangi bir yasal veya idari işlemde adaleti inkar etmemesini gerektirir;

(b) tam koruma ve güvenlik, her bir Tarafın kapsanan yatırımın fiziksel koruma ve güvenliğini sağlamak için makul olarak gerekli olabilecek önlemleri almasını gerektirir; ve

(c) adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenlik kavramları, kapsam dahilindeki yatırımlara uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardı uyarınca gerekli olanlara ek olarak veya bunların ötesinde bir muamele yapılmasını gerektirmez ve ilave maddi haklar yaratmaz.

Bu Antlaşmanın veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın başka bir hükmünün ihlal edildiğinin tespit edilmesi, bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez."

²¹⁶ Avustralya-Endonezya CEPA, m. 14.7:(4). Ayrıca bkz. Amerika Birleşik Devletleri-Meksika-Kanada Antlaşması (USMCA: 30 Kasım 2018 tarihinde imzalanmıştır), m. 14.6:(4).)

²¹⁷ CPTPP, m. 9.6:5. Ayrıca bkz. Avustralya-Peru Serbest Ticaret Antlaşması (12 Şubat 2018 tarihinde imzalanmıştır), m. 8.6: 5 ve Çin-Mauritius Serbest Ticaret Antlaşması (17 Ekim 2019 tarihinde imzalanmıştır)

BIT’ler bağlamında, Arjantin-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (2018), Ermenistan-Kore Cumhuriyeti BIT (2018), Myanmar-Singapur BIT (2019) Japonya-Fas BIT (2020) de AHM’nin “*cezai, hukuki veya idari yargılama davalarında adaleti inkar etmeme yükümlülüğünü içerdiğini*” vurgulayarak AHM’yi uluslararası teamül ile bağlı bulup ek detaylandırmalar getirmiştir.²¹⁸

Bazı BIT’ler, AHM ile teamül kapsamındaki asgari standart hükmüne ek olarak yatırımcıların meşru beklentileri ve ev sahibi devletteki salt kanun değişikliği ile ilgili sınırlamaları da içermektedir. Bu bağlamda, Arjantin-Japonya BIT (2018) ve Endonezya-Singapur BIT (2018) sadece yatırımcıların meşru beklentilerine ilişkin kısıtlamayı eklerken,²¹⁹ Avustralya-Macaristan BIT (2019) hem meşru beklentiler hem de ev sahibi devletteki salt kanun değişikliğinden bahsetmiştir.²²⁰

AHM kapsamında, uluslararası asgari standardının onaylanması ve adaletin inkârının yasaklanmasının tek bir uluslararası standart oluşturmadığı belirtilmelidir. Bunun nedeni, adaletin inkârının yasaklanmasının devletten devlete değişebilmesi, uluslararası asgari standardın ise bir taban, mutlak bir dip olması, bunun altındaki davranışların uluslararası toplum tarafından kabul edilmemesi ve dolayısıyla devletten devlete değişmemesidir. Bu yaklaşım, ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurularak AHM standardının yorumlanmasına esneklik getirebilmektedir.²²¹ Ancak, bu yaklaşım, uluslararası asgari standart ile ilgili tartışma ve belirsizliği canlı tutmaya devam etmektedir ve hakemler, daha önce NAFTA mahkemeleri örneğinde belirtildiği gibi, uluslararası asgari standardın evrim geçirdiğini belirterek AHM hükmünü geniş bir şekilde yorumlamak için yeni yollar bulabilirler.²²²

2. Kapalı Liste

²¹⁸ Arjantin-Birleşik Arap Emirlikleri BIT(2018), m. 5.2 (a); Ermenistan-Kore Cumhuriyeti BIT(2018), m. 2.3 (a); ve Myanmar-Singapur BIT(2019); ve Japonya-Fas BIT(2020), m. 4.3 (a).

²¹⁹ Arjantin-Japonya BIT(2018), m. 4(4); ve Endonezya-Singapur BIT(2018), m. 3.2 (c).

²²⁰ Avustralya-Macaristan BIT(2019), m. 4(4-5).

²²¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 34.

²²² Mujeeb, Rehna, “Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, s. 96.

Birtakım yeni antlaşmada, özellikle Avrupa antlaşma uygulaması bağlamında, AHM'nin uluslararası asgari standart, uluslararası teamül hukuku ve hatta uluslararası hukuk ile ilişkisinden uzak durmayı tercih etmiştir. Bunun yerine, AHM standardının unsurlarının belirli bir listesini benimsemeye odaklanmışlardır. Bu grup, kapalı liste yaklaşımı olarak adlandırılabilir. Burada, böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin iki nedeni vardır. Birincisi, özellikle BIT'ler bağlamında, meşru beklenti, istikrar ve şeffaflık gibi AHM'nin bazı tartışmalı unsurlarını herhangi bir sınırlama olmaksızın yorumlayan hakem heyeti kararlarına bir tepkidir. İkinci olarak, antlaşmaların müzakere tarafları, uluslararası asgari standart, uluslararası teamül hukuku ve uluslararası hukuk gibi muğlak terimlerden bahsetmemeyi tercih ederek, hakem heyetlerinin beklenmedik yorumlarının önüne geçmek istemektedir.

AHM standardı için spesifik yükümlülüklerden oluşan kapsamlı bir liste koymak belli zorluklar taşımaktadır. Böyle bir liste üzerinde antlaşmaya varmak zorlu bir çaba olsa da, kapsamlı olması hakemler tarafından beklenmedik ve geniş kapsamlı yorumların önlenmesine yardımcı olacaktır. Antlaşma, bu kapsamlı listenin taraflarca periyodik olarak gözden geçirilmesi için bir mekanizma oluşturabilir ve böylece listenin kapsamlı ve tahkim uygulamasındaki gelişmelerle uyumlu kalması sağlanabilir. Bu formasyon, AHM yükümlülüğünün içeriği hakkında daha kesin bir fikre sahip olup uygulama ve yorumlama noktasında daha öngörülebilir olmayı sağlamaktadır.²²³

AHM içeriğinin detaylandırılmasına ilişkin bazı örnekler; adli veya idari işlemlerde adaleti reddetmek, yatırımcılara açıkça keyfi bir şekilde davranmaktadır, yasal süreci açıkça ihlal etmektedir, sürekli, gerekçesiz zorlama veya taciz içeren açıkça kötü muamelede bulunmak, yatırımcıların yatırıma dayalı meşru beklentilerini ihlal eden temsiller veya tedbirler şeklinde sıralanabilir. AHM'nin bu veya benzer ilkeleri içerdiği akademik literatürde ve içtihat hukukunda yaygın olarak kabul edilmiş görünmektedir.²²⁴ Örneğin, *Rumeli Telekom v. Kazakistan* davasında, hakem heyeti, “Taraflar haklı olarak adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının diğerlerinin yanı sıra aşağıdaki somut ilkeleri de kapsadığı konusunda hemfikirdir: Devlet şeffaf

²²³ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 29.

²²⁴ Kenneth J. Vandeveld, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 21.11.2013, <https://papers.ssrn.com/abstract=2357642>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

bir şekilde hareket etmelidir; Devlet iyi niyetle hareket etmekle yükümlüdür; Devletin davranışı keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz, kendine özgü, ayrımcı veya adil yargılanmadan yoksun olamaz; Devlet usule uygunluğa ve yasal sürece saygı göstermelidir. İçtihat hukuku da standarda uymak için devletin yatırımcının makul ve meşru beklentilerine saygı göstermesi gerektiğini teyit etmektedir”²²⁵ tespitini yapmıştır. Ancak, AHM’nin bu ilkelerin her birini içerip içermemesi ve bu ilkeler kapsamında ne ölçüde koruma sağlanması gerektiği tartışmalıdır. Özellikle şeffaflık veya meşru beklentilerin korunması gibi başlıklar tartışmanın en yoğun olduğu kavramlardır. Kapsamlı bir AHM maddesinin yerleşik alt unsurları belirlemek, antlaşma müzakerelerinde zor bir görev teşkil edecek ve ilgili devletlerin müzakere gücüne bağlı olacaktır.²²⁶

Bir diğer önemli mesele, belirli ilkelerin kapsamlı bir listenin dışında bırakılması halinde, hakem heyetlerinin, bu unsurlardan yararlanmaya devam edip edemeyeceği sorusudur. Bu, ilgili ilkenin teamül hukukuna veya hakem heyetinin davanın çözümü ile ilgili olduğunu düşündüğü ve dolayısıyla AHM’nin yorumlanmasını etkileyebilecek başka bir uluslararası hukuk kaynağına dayanması nedeniyle mümkün olabilir. AHM’nin yorumlanmasında diğer uluslararası hukuk kaynaklarının dikkate alınması VAHS m. 31(3)(c) uyarınca mümkündür.²²⁷

Kapalı liste yaklaşımı hakemlerin yorumlama alanını sınırlıyor gözükse de, listede yer alan adil yargılanma, adaletin reddi, taciz veya açıkça keyfi muamele gibi terimlerin anlamı konusunda fazlasıyla yorum yapma imkânı mevcuttur. Bunların hepsi, AHM’nin kendisi gibi aynı yorumlama sorunlarına tabi olan çok genel terimlerdir.²²⁸

Bir diğer soru ise açık, belirgin veya aleni gibi sıfatların ek olarak kullanılmasının, hakem heyetlerinin oldukça yüksek bir inceleme standardı

²²⁵ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 609; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Karar, § 60; *Bayindir Insaat v. Pakistan*, Karar, § 178.

²²⁶ Roland Kläger, *Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development*, Steffen Hindelang vd. (ed.), **Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2016, s. 74.

²²⁷ Roland Kläger, *Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development*, s. 75.

²²⁸ a.yer.

uygulanması gerektiği anlamına gelip gelmediğidir.²²⁹ Bu ifadeler, hakem heyetinin, bir yatırım antlaşması hükmünün ihlal edildiğine kolaylıkla karar vermesini engelleyecek ve iddia eden tarafa daha ağır bir kanıt yükü getirecektir. Ancak, antlaşmada tam olarak neyin açık sayılacağı belirtilmemişse, açık gibi bir sıfatın ne anlama geldiği noktasında, hakem heyetine bir takdir yetkisi bırakılmış olacaktır.²³⁰

Kanada-AB CETA (2016), AB-Singapur Yatırım Koruma Antlaşması (2018) ve AB-Vietnam Yatırım Koruma Antlaşması (2019) AHM hükmü için kapsamlı bir liste benimsemiştir.²³¹ Bu tür hükümler, uluslararası asgari standart, uluslararası teamül hukuku veya uluslararası hukuk gibi kavramları hariç tutmuştur. Bunun yerine, belirli AHM unsurlarını sıralamıştır.

AHM ile uluslararası asgari standardı beraber kullanan yaklaşımındaki bazı antlaşmalara benzer şekilde CETA²³² da hem yatırımcının meşru beklentileri hem de

²²⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 110.

²³⁰ Roland Kläger, *Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development*, s. 75.

²³¹ Kanada-AB Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Antlaşması (CETA) (30 Ekim 2016 tarihinde imzalanmıştır), m. 8.10; AB-Singapur Yatırım Koruma Antlaşması (15 Ekim 2018 tarihinde imzalanmıştır), m. 2.4; ve AB-Vietnam Yatırım Koruma Antlaşması (6 Haziran 2019 tarihinde imzalanmıştır), m. 2.5.

²³² CETA m. 8.10 “1. Taraflardan her biri, kendi topraklarında diğer Tarafın kapsam dahilindeki yatırımlarına ve kapsam dahilindeki yatırımlarıyla ilgili olarak yatırımcılara, 2 ila 6. paragraflar uyarınca adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvence sağlayacaktır.

2. Bir Taraf, aşağıdaki hallerde 1. paragrafta atıfta bulunulan adil ve eşit muamele yükümlülüğünü ihlal eder:

(a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddi;

(b) adil yargılanma hakkının temelden ihlali de dahil olmak üzere, adil yargılanma hakkının temelden ihlali adli ve idari işlemlerde şeffaflık.

(c) Açıkça keyfilik;

(d) Cinsiyet gibi açıkça haksız gerekçelere dayalı hedefli ayrımcılık, ırk veya dini inanç;

(e) Zorlama, baskı ve taciz gibi yatırımcılara kötü muamele; veya (f) Adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün diğer unsurlarının ihlali Taraflarca bu Maddenin 3. paragrafına uygun olarak kabul edilen karar.

3. Taraflar, düzenli olarak veya bir Tarafın talebi üzerine, adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğünün içeriğini gözden geçireceklerdir. Madde 26.2.1(b) (İhtisas Komitesi) kapsamında kurulan Hizmetler ve Yatırım Komitesi bu konuda tavsiyeler geliştirebilir ve bunları karar için CETA Ortak Komitesine sunabilir.

4. Yukarıdaki adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünü uygularken, bir mahkeme bir Tarafın, kapsam dahilindeki bir yatırımı teşvik etmek için bir yatırımcıya, meşru bir beklenti yaratan ve yatırımcının kapsam dahilindeki yatırımı yapmaya veya sürdürmeye karar verirken dayandığı, ancak Tarafın daha sonra boşa çıkardığı belirli bir beyanda bulunup bulunmadığını dikkate alabilir.

5. Daha fazla kesinlik için, ‘tam koruma ve güvenlik’ Tarafın yatırımcıların ve kapsam dahilindeki yatırımların fiziksel güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini ifade eder.

6. Daha fazla kesinlik için, bu Antlaşmanın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlali bu Maddenin ihlalini oluşturmaz.

7. Daha fazla kesinlik için, bir tedbirin iç hukuku ihlal ediyor olması tek başına bu maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez. Tedbirin bu Maddeyi ihlal edip etmediğini tespit etmek için, Mahkeme, Taraflardan birinin 1. paragraftaki yükümlülüklerle aykırı hareket edip etmediğini değerlendirmelidir.”

ev sahibi devletin salt hukuk değişikliği konusunda sınırlamalar eklemiş, ancak daha fazla açıklık getirmiştir. Meşru beklentiler konusunda CETA modeli, AHM ile uluslararası asgari standardı beraber kullanımı ile karşılaştırıldığında, daha hafif ve net sınırlamaları ele almaktadır.²³³ AHM ile uluslararası asgari standardı beraber kullanılan bazı örneklerin aksine, CETA, AHM standardının meşru beklenti unsurunu tamamen dışlamamıştır. Salt kanun değişikliği konusunda ise CETA yine daha net ve dengeli sınırlamalar getirmektedir.²³⁴

AB tarafından Singapur²³⁵ ve Vietnam²³⁶ ile yapılan diğer iki FTA da benzer şekilde CETA formülasyonunu takip etmiş, ancak küçük bir değişiklik yapmış ve

²³³ CETA, m. 8.10 (4).

²³⁴ CETA, m. 8.10 (7).

²³⁵ AB-Singapur FTA (EUSFTA), m. 2.4. “1. Taraflardan her biri, diğer Tarafın kapsam dahilindeki yatırımlarına kendi topraklarında adil ve hakkaniyete uygun muamele ve 2 ila 6. paragraflar uyarınca tam koruma ve güvence sağlayacaktır.

2. Bir Taraf, aşağıdaki hallerde 1. paragrafta atıfta bulunulan adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünü ihlal eder

(a) cezai, hukuki ve idari işlemlerde adaletin reddi;

(b) adil yargılamanın temelden ihlali;

(c) açıkça keyfi davranış;

(d) taciz, zorlama, yetkinin kötüye kullanılması veya benzeri kötü niyetli davranışlar.

3. Bir Mahkeme, 2. paragrafta belirtilen adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini belirlerken, uygulanabilir olduğu hallerde, bir Tarafın bir yatırımcıya aşağıdaki hususlarda özel veya açık beyanda bulunup bulunmadığını dikkate alabilir

yatırıma neden olan, kapsam dahilindeki bir yatırımcının meşru beklentilerini yaratan ve kapsam dahilindeki yatırımcı tarafından makul bir şekilde güvenilen, ancak Tarafın daha sonra hayal kırıklığına uğrattığı.

4. Taraflar, Taraflardan birinin talebi veya Komite'nin tavsiyeleri üzerine, adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğünün içeriğini, m. 4.3'te (Değişiklikler) belirtilen değişiklik prosedürüne uygun olarak, özellikle de 2. paragrafta sayılanlar dışındaki muamelelerin de adil ve hakkaniyete uygun muamele ihlali teşkil edip etmeyeceğini gözden geçireceklerdir.

5. Daha fazla kesinlik için, “tam koruma ve güvenlik” yalnızca bir Tarafın kapsam dahilindeki yatırımcıların ve kapsam dahilindeki yatırımların fiziksel güvenliğine ilişkin yükümlülüğünü ifade eder.”

²³⁶ AB-Vietnam FTA m. 2.5. “1. Taraflardan her biri, diğer Tarafın yatırımcılarına ve kapsam dahilindeki yatırımlara 2 ila 7. paragraflar ve Ek 3 (Yatırımların Muamelesine İlişkin Mutabakat) uyarınca adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvence sağlayacaktır.

2. Bir Taraf, 1. paragrafta belirtilen adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünü, bir tedbirin veya tedbirler dizisinin aşağıdaki durumları oluşturması halinde ihlal eder

(a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddedilmesi;

(b) adli ve idari işlemlerde adil yargılamanın temelden ihlali;

(c) açık keyfilik;

(d) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelere dayalı hedefli ayrımcılık;

(e) zorlama, yetkinin kötüye kullanılması veya benzer kötü niyetli davranışlar gibi istismar edici muamele; veya

(f) 3. paragraf uyarınca Taraflarca kabul edilen adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün diğer unsurlarının ihlali.

3. Paragraf 2’de listelenmeyen muameleler; Tarafların m. 4’te (Değişiklikler) öngörülen usullere uygun olarak mutabık kalmaları halinde adil ve eşit muamele ihlali teşkil edebilir.

4. Bölüm 3 (Uyuşmazlıkların Çözümü) kapsamındaki bir uyuşmazlık çözüm organı, 1 ila 3. paragrafları uygularken, bir Tarafın diğer Tarafın bir yatırımcısına, kapsam dahilindeki bir yatırımı teşvik etmek amacıyla, meşru bir beklenti yaratan ve yatırımcının bu yatırımı yapmaya veya sürdürmeye

şeffaflığı eklememiştir.²³⁷ Bununla birlikte, CETA'dan farklı olarak, taciz, zorlama ve gücün kötüye kullanılması ve benzer kötü niyetli davranışlardan bahsetmişlerdir.²³⁸ Meşru beklentilerin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak, bu iki FTA daha da spesifik koşullar eklemiş ve hem devletlerin hem de yatırımcıların haklarını dengelemeye çalışmıştır. AB-Singapur FTA'sı sadece spesifik temsiller yerine spesifik veya açık temsiller kelimelerini kullanmıştır.²³⁹ Her iki FTA da yatırımcılara yönelik yazılı bir antlaşma veya sözleşmeye dayalı yazılı bir yükümlülükte belirli ve açıkça ifade edilmiş bir taahhüt olduğunda, söz konusu tarafın hükümet yetkisini kullanarak bu antlaşmayı ihlal edemeyeceğini veya söz konusu taahhüdü engelleyemeyeceğini veya zayıflatamayacağını belirtmiştir.²⁴⁰

BIT'lerde de bazı devletler son zamanlarda AHM hükmü için kapalı liste yaklaşımını benimsemiştir. Türkiye, henüz yürürlüğe girmemiş olsa da, 2018 yılında

karar verirken dayandığı, ancak daha sonra Tarafça boşa çıkarılan özel bir beyanda bulunup bulunmadığını dikkate alabilir.

5. Daha fazla kesinlik için, 1. paragrafta atıfta bulunulan "tam koruma ve güvenlik" terimi, bir Tarafın yatırımcıların ve kapsam dahilindeki yatırımların fiziksel güvenliğini korumak için makul olarak gerekli olabilecek şekilde hareket etme yükümlülüklerini ifade eder.

6. Bir Tarafın diğer Tarafın yatırımcılarıyla veya kapsam dahilindeki yatırımlarla aşağıdaki koşulların tümünü karşılayan yazılı bir antlaşma yapmış olması halinde, söz konusu Taraf hükümet yetkisini kullanarak bu antlaşmayı ihlal etmeyecektir. Bu koşullar şunlardır:

(a) yazılı antlaşmanın işbu Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra akdedilmiş ve yürürlüğe girmiş olması;

(b) yatırımcının, yazılı antlaşmanın kendisi dışında kapsanan yatırıma yapmaya veya sürdürmeye karar verirken yazılı antlaşmaya dayanması ve ihlalin söz konusu yatırıma fiili zarar vermesi;

(c) yazılı antlaşmanın söz konusu yatırımla ilgili olarak her iki taraf için de bağlayıcı olan bir hak ve yükümlülük değişimi yaratması; ve

(d) yazılı antlaşmanın, bu antlaşmanın tarafları arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin bir hüküm içermemesi.

7. Bu Antlaşmanın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlali, bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez."

²³⁷ AB-Singapur FTA, m. 2.4 (2); ve AB-Vietnam FTA, m. 2.5 (2).

²³⁸ AB-Singapur FTA, m. 2.4.2(d); ve AB-Vietnam FTA, m. 2.5.2(e).

²³⁹ AB-Singapur FTA, m. 2.4.3.

²⁴⁰ AB-Singapur FTA, m. 2.4 (6); ve AB-Vietnam FTA, m. 2.5 (6).

imzaladığı iki antlaşmada kapalı liste yaklaşımını benimsemiştir. Örnek olarak, Sırbistan-Türkiye BIT (2018)²⁴¹ ve Litvanya-Türkiye BIT (2018)²⁴².

Kapalı liste yaklaşımını tercih eden BIT'lerin çoğu İran İslam Cumhuriyeti-Slovakya BIT (2016), Belarus-Macaristan BIT (2019) ve Macaristan-Kırgızistan BIT (2020) gibi Avrupa ülkeleri ile diğer ülkeler arasında akdedilmiştir. Bununla birlikte, Ruanda-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (2017) ve İsrail-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (2020) de benzer şekilde bu yaklaşımı seçmiştir. Bu BIT'lerin bazılarında, örneğin CETA ve diğer FTA'lara kıyasla AHM unsurları listesinde birkaç önemli değişiklik gözlemlenmektedir. Örneğin, Macaristan'ın Belarus ve Kırgızistan ile imzaladığı BIT'lerde, adaletle etkin erişimin önündeki engellerin yanı sıra adil yargılanma ve

²⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sırbistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (30/01/2018'de imzalanmış, henüz yürürlüğe girmemiştir) (Sırbistan - Türkiye BIT (2018)): m. 3: "2. Her bir Akit Taraf devletin yatırımcılarının yatırımlarına, uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak her zaman adil ve eşit muamele ve diğer Akit Taraf devletin ülkesinde tam koruma ve güvenlik sağlanacaktır. Akit Taraflardan hiçbiri, bu tür yatırımların yönetimini, bakımını, kullanımını, işletilmesini, yararlanılmasını, genişletilmesini, satışını, tasfiyesini veya elden çıkarılmasını makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle hiçbir şekilde engellemeyecektir.

3. Bu Antlaşmanın amacı doğrultusunda, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin ihlali aşağıdaki anlamlara gelir:

- (a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddedilmesi; veya
- (b) adli ve idari işlemlerde adil yargılamanın temelden ihlali; veya
- (c) açık keyfilik; veya
- (d) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça yanlış temellere dayanan hedefli ayrımcılık; veya
- (e) yatırımcılara baskı, zorlama ve taciz gibi kötü muamele.

4. Daha fazla kesinlik için, "tam koruma ve güvenlik", Akit Tarafların yatırımcıların ve yatırımların fiziksel güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini ifade eder"

²⁴² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Litvanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma (28/08/2018'de imzalanmış, henüz yürürlüğe girmemiştir) (Litvanya - Türkiye BIT (2018)): m.5: "1. Yatırımcılar veya her bir Akit Taraf ve onların yatırımları her zaman adil ve eşit muamele görecektir ve diğer Akit Tarafın ülkesinde tam koruma ve güvenlikten yararlanacaktır. Akit Taraflardan hiçbiri keyfi veya ayrımcı tedbirlerle bu tür yatırımların yönetimini, bakımını, kullanımını, işletilmesini, yararlanılmasını, genişletilmesini, satışını, tasfiyesini veya elden çıkarılmasını hiçbir şekilde engellemeyecektir.

2. Birinci paragrafta atıfta bulunulan adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün ihlali, ancak bir tedbir veya tedbirler dizisinin aşağıdaki durumları oluşturması halinde tespit edilebilir

- (a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddedilmesi;
- (b) adli ve idari işlemlerde şeffaflığın temelden ihlali de dahil olmak üzere adil yargılamanın temelden ihlali;
- (c) açık keyfilik;
- (d) zorlama, baskı ve taciz gibi kötü muamele veya yatırımcılar; veya
- (e) uyruk temelinde hedefli ayrımcılık.

3. Daha fazla kesinlik için, "tam koruma ve güvenlik", Akit Tarafın yatırımcıların ve yatırımların fiziksel güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini ifade eder.

4. Bu Antlaşmanın veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın başka bir hükmünün ihlal edildiğine dair bir tespit, bu madde kapsamında adil ve hakkaniyete uygun muamele veya tam koruma ve güvenliğin ihlal edildiğini göstermez.

5. Her bir Akit Taraf, kendi ülkesinde, diğer Akit Tarafın yatırımcılarına ve onların yatırımlarına, benzer durumlarda, kendi yatırımcılarına veya onların yatırımlarına, kendi ülkesindeki yatırımların yönetimi, yürütülmesi, işletilmesi, bakımı, kullanımı, yararlanması ve satışı veya diğer tasarrufları ile ilgili olarak tanıdığından daha az elverişli olmayan bir muamele tanıyacaktır"

şeffaflığın temel ihlalleri de yer almaktadır.²⁴³ Belarus-Macaristan BIT (2019) ayrıca meşru bir amaç veya mantıklı bir açıklama olmaksızın sadece önyargı veya taraf tutma temelinde alınan tedbirlere atıfta bulunan açık keyfilik unsurunu da tanımlamıştır.²⁴⁴ İran İslam Cumhuriyeti-Slovakya BIT (2016), diğer antlaşmalardaki cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelerle hedeflenen ayrımcılığa kıyasla yalnızca uyrukluk temelinde hedeflenen ayrımcılığı öngörmüştür.²⁴⁵

Kapalı liste yaklaşımı Hindistan Model BIT'i için de geçerlidir, ancak bu modelde AHM veya uluslararası asgari standart terimleri kullanılmamakta, bunun yerine uluslararası teamül hukukunun ihlali ifadesine atıfta bulunmaktadır. Hindistan Model BIT (2016), m. 3.1, *“Hiçbir Taraf, diğer Tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımları, (i) herhangi bir adli veya idari işlemde adaletin reddedilmesi; veya (ii) adil yargılamanın temelden ihlali; veya (iii) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelerle hedefli ayrımcılık; veya (iv) zorlama, baskı ve taciz gibi açıkça kötü muamele (...) yoluyla uluslararası teamül hukukunun ihlalini teşkil eden tedbirlere tabi tutmayacaktır”* şeklindedir. Bu tür bir madde Belarus-Hindistan BIT'sinde (2018) de yer almaktadır.

Kanada Hükümeti, 2021 Model FIPA (12 Mayıs 2021) m. 8. asgari standarda vurgu yapmaktadır ve AHM ifadesi metinde geçmemektedir: *“1. Taraflardan her biri, kendi ülkesinde diğer Tarafın kapsama giren bir yatırımına ve kapsama giren yatırımlarıyla ilgili olarak bir yatırımcıya, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardına uygun muamele gösterecektir. Bir Taraf bu yükümlülüğü, ancak aşağıdaki hallerde ihlal eder: (a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddi; (b) adli ve idari işlemlerde adil yargılamanın temelden ihlali; (c) açık keyfilik; (d) cinsiyet, ırk veya dini inançlar gibi açıkça haksız gerekçelerle hedefli ayrımcılık; (e) yatırımcılara fiziksel zorlama, baskı ve taciz gibi kötü muamele; veya (f) tam koruma ve güvenlik sağlanmaması. 2. Bu Antlaşmanın veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın başka bir hükmünün ihlal edildiğinin tespit edilmesi, bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez. 3. Bir tedbirin iç hukuku ihlal ediyor olması bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez.”*

²⁴³ Belarus-Macaristan BIT (2019), m. 2.3 (b); Macaristan-Kırgızistan BIT(2020), m. 2.3 (b).

²⁴⁴ Belarus-Macaristan BIT (2019), m. 2.3 (c).

²⁴⁵ İran İslam Cumhuriyeti-Slovakya BIT (2016), m. 3.2 (d).

FIPA m. 8’de iki dipnot yer almaktadır. Bunlardan ilki açık keyfiliğin ne anlama geldiğini detaylandırmakta ve bir tedbirin meşru bir politika hedefiyle rasyonel bir şekilde bağlantılı olmadığının açık olduğu durumlarda, örneğin bir tedbirin akıl veya gerçek yerine önyargı içerdiği veya önyargıya dayandığı durumlarda, tedbirin açıkça keyfi olduğunu belirtmektedir. İkincisi FPS ile ilgilidir ve sadece fiziksel güvenliğe atıfta bulunduğunu açıklığa kavuşturmaktadır. Öte yandan, m.8(1)’deki listede meşru beklentilerin bulunmaması, Kanada’nın meşru beklentilerin ihlalini tek başına asgari standardın ihlali olarak kabul etmediğini doğrulamaktadır.

FIPA, AHM unsurlarını sıralayan önceki antlaşma maddeleriyle karşılaştırıldığında, iki önemli yeniliğe sahiptir. İlk olarak, AHM’nin yalnızca bir tedbirin sayılan unsurları oluşturması halinde ihlal edildiğine açıklık getirerek listeyi münhasır hale getirmekte ve böylece hakemlerin standardı genişletici bir şekilde yorumlamasını engellemektedir. İkinci olarak, keyfi ifadesini meşru bir politika hedefiyle rasyonel olarak bağlantılı olmayan şekilde tanımlayan bir dipnot eklemektedir. Bu daha dar tanım, Kanada’nın daha önceki davalarda davalı devlet olarak AHM’nin herhangi bir meşru politika amacından yoksun ve hukukun üstünlüğüne aykırı olmadıkça keyfi tedbirlere karşı koruma sağlamadığı yönündeki savunmasıyla örtüşmektedir.²⁴⁶

Litvanya-Türkiye (2018), Belarus-Macaristan (2019) ve Macaristan-Kırgızistan (2020) BIT’leri, ev sahibi devletler için düzenleme hakkı ve bunun bir yatırımcının beklentileri üzerindeki etkisinin yanı sıra tarafın bir sübvansiyonu belirli koşullarla vermeme, yenilememe veya sürdürmeme kararını gerekçelendirmeyi de içermektedir.²⁴⁷ Macaristan-Kırgızistan BIT yatırım ve düzenleyici tedbirler başlıklı

²⁴⁶ *Global Telecom Holding SAE v. Kanada*, ICSID Dava No. ARB/16/16, Kanada’nın Esas ve Tazminata İlişkin Karşı Dava Dilekçesi, 26 Şubat 2018, § 348-51.

²⁴⁷ Litvanya-Türkiye BIT (2018), m. 3 “1. *Akit Taraflar, kamu sağlığı, sosyal hizmetler, kamu eğitimi, güvenlik, çevre veya genel ahlakın korunması, sosyal veya tüketicinin korunması, mahremiyet ve veri koruma gibi meşru politika hedeflerine ulaşmak için kendi topraklarında düzenleme yapma haklarını teyit ederler.*

2. *Daha fazla kesinlik için, bir Akit Tarafın, kanun ve yönetmeliklerinde değişiklik yapmak da dahil olmak üzere, bir yatırımı olumsuz etkileyecek veya kar beklentileri de dahil olmak üzere bir yatırımcının beklentilerine müdahale edecek şekilde düzenleme yapması, bu Antlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez.*

3. *Daha fazla kesinlik için, bir Akit Tarafın bir sübvansiyon veya hibe vermeme, yenilememe veya sürdürmeme kararı:*

(a) *söz konusu sübvansiyon veya hibenin verilmesi, yenilenmesi veya sürdürülmesi için kanun veya sözleşme kapsamında herhangi bir özel taahhüdün bulunmaması halinde; veya*

m.3, tarafların kendi topraklarında düzenleme yapma hakkını kapsamlı bir şekilde ortaya koymaktadır.²⁴⁸

Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN) tarafından Hong Kong ve Hindistan ile akdedilen yatırım antlaşmaları, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin her bir tarafın herhangi bir yasal veya idari işlemde hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olarak adaletten mahrum kalmamasını gerektirdiğini belirtmekte, sonrasında ise adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik kavramlarının uluslararası teamül hukuku uyarınca gerekli olana ek veya ötesinde bir muamele gerektirmediğini ve ek maddi haklar yaratmadığını ifade etmektedir.²⁴⁹ Belçika-Lüksemburg ve Hollanda tarafından 2018’de kabul edilen yeni Model BIT’ler, AHM unsurlarının kapalı listesini içermektedir.²⁵⁰

Burada akla gelen bir diğer soru, AHM unsurları listesinin kapsamlı olup olmadığıdır. Örneğin, Kırgızistan-Macaristan BIT (2020), akit taraflardan birinin talebi üzerine, akit tarafların AHM sağlama yükümlülüğünün içeriğini gözden

(b) kararın, varsa, sübvansiyon veya hibenin verilmesi, yenilenmesi veya sürdürülmesine ilişkin hüküm veya koşullara uygun olarak verilmesi halinde, bu Antlaşma hükümlerinin ihlalini teşkil etmez.

4. Bu Antlaşmadaki hiçbir hüküm, bir Akit Tarafın, yetkili bir mahkeme, idari mahkeme veya başka bir yetkili makam tarafından böyle bir tedbirin alınmasına hükmedilmesi halinde, bir sübvansiyonun verilmesini durdurmasını veya geri ödenmesini talep etmesini veya bu Akit Tarafın yatırımcıya tazminat ödemesini gerektirmesini engelleyecek şekilde yorumlanamaz.”; Belarus-Macaristan BIT (2019), m. 3; Macaristan-Kırgızistan BIT (2020), m. 3.

²⁴⁸ Macaristan-Kırgızistan BIT(2020), m. 3. Yatırım ve düzenleyici tedbirler “1. Bu Antlaşma hükümleri, Akit Tarafların, kamu sağlığının ve çocuk bakımının, güvenliğin, çevrenin veya genel ahlakın korunması, kamu eğitimi ve halk eğitimi, sosyal veya tüketicinin korunması veya kültürel çeşitliliğin teşvik edilmesi ve korunması gibi meşru politika hedeflerine ulaşmak için gerekli tedbirler yoluyla kendi topraklarında düzenleme yapma hakkını etkilemez.

2. Bir Akit Tarafın, ulusal yasalarında yaptığı bir değişiklik de dahil olmak üzere, bir yatırımı olumsuz etkileyecek veya bir yatırımcının kar beklentilerine müdahale edecek şekilde düzenleme yapması, bu Antlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez.

3. Daha fazla kesinlik için, bir Akit Tarafın bir sübvansiyonu vermeme, yenilememe veya sürdürmeme kararı

a) söz konusu sübvansiyonun verilmesi, yenilenmesi veya sürdürülmesi için kanun veya sözleşme kapsamında herhangi bir özel taahhüdün bulunmaması halinde; veya

b) sübvansiyonun verilmesi, yenilenmesi veya sürdürülmesine bağlı hüküm veya koşullara uygun olarak, bu Antlaşma hükümlerinin ihlalini teşkil etmez.

Bu Antlaşmadaki hiçbir hüküm, bir Akit Tarafın, Akit Taraflar arasındaki uluslararası yükümlülüklerle uymak için gerekli olması veya yetkili bir mahkeme, idari mahkeme veya başka bir yetkili makam tarafından böyle bir tedbirin emredilmesi halinde, bir sübvansiyonun verilmesine son vermesini veya geri ödenmesini talep etmesini veya bu Akit Tarafın yatırımcıya bunun için tazminat ödemesini engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır.”

²⁴⁹ ASEAN-Hong Kong, Çin Özel İdari Bölgesi (‘SAR’) IA (2017) m. 5; ASEAN-Hindistan IA (2014) m. 7.

²⁵⁰ Belçika ve Lüksemburg Model BIT, m. 4; Hollanda Model BIT, m. 9.

geçirebileceği belirtilmektedir. Bu atıf, hakemlerin yorumlama yetkileri üzerinde bir kısıtlama olarak düşünülebilir.²⁵¹

Sonuç olarak, yukarıda AHM hükümlerinin taslak kategorilerinin minimalist bir taslaktan daha ayrıntılı formülasyonlara doğru gittiği görülebilir. Gözlemlenebilen eğilim, devletlerin giderek daha ayrıntılı ve kesin AHM hükümleri hazırlama eğiliminde olduğudur. İkinci olarak, daha ayrıntılı taslak formülasyonları, hakem heyetlerinin standardı yorumlamalarında daha az özgürlük anlamına gelmektedir. Bu evrimi, devletlerin niteliksiz AHM hükümleri tarafından oluşturulan AHM'nin geniş yorumlarına bir tepki olarak görmek mümkündür.²⁵²

Yatırım tahkimi kararlarında sıkça geçen devlet eylemlerine eşlik eden, yasal sürecin temel ihlali, açık keyfilik, hedeflenen ayrımcılık veya açıkça yanlış gerekçeler gibi niteleyiciler, mahkemenin AHM ihlali sonucuna ulaşabilmesi için, yatırımcıların kanıtlamakla yükümlü olduğu yüksek bir ihlal eşiğine işaret etmektedir.

Liste yaklaşımı tahkim içtihadının kodifikasyonu olarak kabul edilebilir çünkü AHM'nin unsurlarının açıkça yatırım tahkimi içtihatlarında gözlemlenebilir. Bu durum, AHM'ye yönelik liste yaklaşımının, antlaşma yapıcılar ile yatırım tahkimi hakem heyetleri arasındaki etkileşime bir örnektir.²⁵³

Her ne kadar AHM ile asgari standardı birlikte kullanan devletlerden giderek daha fazla destek almış gibi görünse de, liste yaklaşımı hem devletlerin hem de yatırımcıların çıkarlarına daha iyi şekilde hizmet edebilir. Çünkü liste yaklaşımı, AHM'nin unsurlarına ilişkin netliğin yanı sıra uluslararası asgari standart, uluslararası teamül hukuku ve uluslararası hukuk gibi belirsiz niteleyicilere atıfta bulunmaması sebebiyle daha öngörülebilirdir. Liste yaklaşımı, FTA'ların yanı sıra bazı BIT'lerde de etkisini göstermeye başlamıştır. Bununla birlikte, AHM standardının son

²⁵¹ Ioana Knoll-Tudor, 'Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases', s.254.

²⁵² a.g.e., s.255.

²⁵³ A. Reinisch, The Likely Content of Future EU Investment Agreements, Marc Bungenberg vd. (ed.), **International investment law**, First edition München, Germany : Oxford, United Kingdom : Baden-Baden, Germany: C.H. BECK ; Hart ; Nomos, 2015, s. 1894.

formülasyonlarının çoğunda, tüm kusurlarına rağmen AHM ile asgari standardı birleştiren taslak hala daha yaygındır.²⁵⁴

3. Diğer Standartlarla ile Bağlantılı

Bağlamsal farklılıklar nedeniyle, AHM ya diğer standartlardan ayrılmaktadır ya da bir maddede diğer ilkelerle birleştirilebilmektedir. Bazı yatırım antlaşmaları maddelerinde AHM standardı, ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı , tam koruma ve güvenlik ve keyfi ve ayrımcı muameleden kaçınma gibi diğer standartlar veya yatırım güvenceleri ile birleştirilmiştir. Örneğin, Danimarka-Makedonya BIT (2015) AHM ile ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı standartlarını birleştirmektedir.²⁵⁵ Bir başka formasyonda, Hong Kong SAR-Birleşik Arap Emirlikleri BIT'sinde (2019) AHM, makul olmayan ve ayrımcı muameleden kaçınmanın yanı sıra FPS ile yan yana getirilmiştir.²⁵⁶ FPS standardı ile ilgili olarak, AHM ve FPS standardının aynı maddede yer almasının, AHM standardının yorumlanması üzerinde bir etkisi olmadığı düşünülmektedir. en çok gözetilen ulus kaydı ve ulusal muamele hükümleri ile ilişkilendirildiğinde ise AHM maddesinin yorumu değişebilmektedir.²⁵⁷

AHM, ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı üç standardı bir arada içeren ve bunları birbirlerine karşı ölçerek aralarında bir ilişki kuran hükümler vardır. Örneğin, Kazakistan-Romanya BIT (2010) m. 3(2), *“Her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına kendi ülkesinde adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlayacaktır. Bu muamele, her bir Akit Tarafın kendi ülkesinde kendi yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara tanıdığı muameleden veya her bir Akit Tarafın kendi ülkesinde herhangi bir üçüncü devletin yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara tanıdığı muameleden, eğer bu sonuncusu daha elverişli ise, daha az*

²⁵⁴ Mujeeb, Rehna, “Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, s. 100.

²⁵⁵ Danimarka-Makedonya, Eski Yugoslav Cumhuriyeti BIT(2015), m. 3 (1). Ayrıca bkz. Bangladeş-İran BIT(2001), m. 4; ve İsviçre-Şili BIT(1999), m. 4(2); Benzer şekilde, Macaristan-Tacikistan BIT(2017) AHM örneklerinden birini FPS ile sergilemektedir. Macaristan-Tacikistan BIT(2017), m. 2(2). Ayrıca bkz. Japonya-Vietnam BIT(2003), m. 9(1); Kamboçya-Küba BIT(2001), m. 2(2).

²⁵⁶ Hong Kong ÖİB-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (2019), m. 3 (2). Çok taraflı örnek için bkz. örneğin, Yabancı Mülkiyetin Korunmasına ilişkin 1967 OECD Taslak Sözleşmesi m. 1.

²⁵⁷ Ioana Knoll-Tudor, ‘Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases’, s.250.

elverişli olmayacaktır” şeklindedir. Bu taslakta, AHM’nin ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı muameleleri tarafından sunulan en elverişli seviyeye eşdeğer veya daha yüksek olması gerektiği açıkça görülmektedir. Bu tür antlaşmalarda, en çok gözetilen ulus kaydı ve/veya ulusal muamele, AHM’nin asgari seviyesini belirtmek için kullanılırken, bir devletin bu sınırın ötesine geçebileceği ve yabancı yatırımcılarına daha iyi bir muamele sunabileceği anlaşılmaktadır.

AHM standardının diğer standartlarla ifade edildiği bu taslak kategorisi dikkatli bir şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü AHM standardı, diğer standartlara veya devletlerin ulusal tedbirlerine bağlı olmama özelliğine sahiptir.²⁵⁸

ulusal muamele ilkesi, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletin vatandaşlarıyla aynı muameleyi görmesini öngörmektedir. en çok gözetilen ulus kaydı maddesi, bir akit tarafın üçüncü bir ülkenin yatırımcılarına daha elverişli koşullarda muamele etmeyi kabul etmesi halinde, diğer akit tarafın yatırımcılarının da daha elverişli koşullardan yararlanacağı anlamına gelir. Çoğu BIT, genellikle uygulamayı sınırlayan çekincelerle birlikte bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmü içerir. En yaygın çekince, yalnızca mevcut bir gümrük birliği veya serbest ticaret birliğine üye bir devletin vatandaşı olan yatırımcılara sunulan daha elverişli muameledir.²⁵⁹

en çok gözetilen ulus kaydı/ulusal muamele standartlarının asgari bir koruma düzeyi olarak anıldığı ikili düzeyin aksine, bölgesel düzeyde en çok gözetilen ulus kaydı/ulusal muamele standartları, yerli yatırımcıların veya diğer yabancı yatırımcıların gördüğü muamelenin ötesinde koruma sağlayan her türlü AHM yorumunu etkin bir şekilde engelleyerek bir koruma tavanı haline gelmiştir.²⁶⁰

Keyfi, makul olmayan ve ayrımcı tedbirlerin yasaklanması AHM standardına ek olarak belirtilebilen durumlardandır. Makul olmayan, keyfi ve/veya ayrımcı tedbirlerin yasaklanması AHM standardı ile uyumludur, ancak AHM koruması yalnızca bunlarla

²⁵⁸ a.g.e., s.251.

²⁵⁹ a.g.e., s.250.

²⁶⁰ a.g.e., s.253.

sınırlı değildir, bunların ötesindedir.²⁶¹ Bunun bir sonucu olarak, bir devlet tedbirinin keyfi veya ayrımcı olmamasına rağmen yine de AHM standardını ihlal edebilir.²⁶²

Kläger, AHM'nin diğer yatırım koruma standartlarıyla birleştirilmesinin, farklı standartların kapsamının en azından bir dereceye kadar örtüştüğü izlenimini verebileceğini savunmaktadır.²⁶³ Antlaşmaların bu kombinasyonu, AHM standardının içeriği hakkında daha kesin olmak ve uygulanmasında ve müteakip yorumunda daha öngörülebilir olmak için kullandığı da belirtilmektedir.²⁶⁴ Ancak, AHM'yi ek maddi standartlarla birleştirmek, standardın özünde herhangi bir fark yaratmayacak, standart özerk olmaya devam edecektir. Kläger'in haklı olarak belirttiği gibi, bu yükümlülüklerin tek bir maddede birleştirilmesi veya farklı maddelerde öngörülmesi konusu, özden ziyade biçimsel bir sorundur.²⁶⁵

III. Bazı Çok Taraflı Antlaşmalar

Bu başlık altında, birkaç önemli antlaşmadaki AHM hükümleri ve bu hükümlerin hakem kararlarına etkileri incelenecektir. Aynı zamanda, Türkiye'nin son yıllarda imzaladığı yatırım antlaşmalarındaki AHM hükümlerinin özellikleri tartışılacaktır.

A. ECT

Enerji Şartı Antlaşması, 8 bölüm, 14 ek, antlaşmaya entegre edilmiş 5 konferans kararı ve antlaşmanın bir bütün olarak veya belirli hükümler açısından yorumlanmasıyla ilgili çeşitli metinlerden oluşan karmaşık bir yapıya sahiptir. İlk bakışta, ECT ve ortalama bir BIT çok farklı belgeler gibi görünmektedir. Enerji Şartı Antlaşması, Avrupa Birliği (AB) Üye Devletleri ve AB'nin kendisi de dahil olmak üzere, çoğunluğu Avrasya ülkelerinden oluşan 50'den fazla devlet tarafından imzalanan, enerji sektöründeki yabancı yatırımların korunmasına yönelik çok taraflı

²⁶¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 31.

²⁶² *LG&E v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/02/1, Sorumluluk Kararı, 3 Ekim 2006, § 162; *Sempra Energy v. Arjantin*, Karar, § 318-320; *Enron v. Arjantin*, Karar, § 281-283; *PSEG v. Türkiye*, ICSID Dava No. ARB/02/5, Karar, 19 Ocak 2007, § 262; *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 380-383.

²⁶³ Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, s. 17.

²⁶⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 29.

²⁶⁵ Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, s. 17.

bir antlaşmadır. Hem ticareti hem de yatırımı kapsar ve enerji sektörüyle sınırlıdır. Normal BIT ise özel olarak dahil edilenler dışında tüm ekonomik alanlar için geçerlidir. Ancak, daha yakından bakıldığında, yatırımların korunmasına ilişkin düzenlemelerin ECT'nin temelini oluşturduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü antlaşmanın temel amacı olan enerji alanında uzun vadeli iş birliği, genellikle yatırımlar olarak tanımlanan uzun vadeli ilişkiler olmadan ve yatırım ilişkilerine özgü büyük bir sermaye ve teknoloji transferi olmadan gerçekleşemezdi.

Adil ve hakkaniyetli muameleye ilişkin ECT m. 10(1), *“Her bir akit taraf, bu antlaşma hükümlerine uygun olarak, diğer akit tarafların Yatırımcılarının kendi bölgesinde yatırım yapmaları için istikrarlı, eşitlikçi, elverişli ve şeffaf koşullar yaratacak ve teşvik edecektir. Bu koşullar, diğer akit tarafların yatırımcılarının yatırımlarına her zaman adil ve eşit muamele gösterme taahhüdünü de içerecektir. Bu yatırımlar aynı zamanda en sürekli koruma ve güvenlikten yararlanacak ve hiçbir akit taraf bunların yönetimini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını veya elden çıkarılmasını makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle hiçbir şekilde engellemeyecektir. Bu yatırımlara hiçbir durumda, antlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az elverişli muamele yapılmayacaktır. Her bir akit taraf, diğer herhangi bir akit tarafın bir yatırımcısı veya yatırımcısının bir yatırımı ile girdiği her türlü yükümlülüğe riayet edecektir”* şeklindedir.

ECT'de kullanılan bu dil çoğu BIT'den farklıdır. ECT, her bir akit tarafın AHM'yi kabul etmesini talep etmemekte, antlaşma taraflarına AHM'yi kabul etme taahhüdünü içeren koşullar yaratma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla, devletlere bu tür koşulların oluşturulması için gerekli özeni gösterme standardı getirmekte, ancak bir hakem heyetinin adil olmadığını düşünebileceği herhangi bir önlem için kesin bir sorumluluk yüklememektedir. Sadece devletler harekete geçebilecekleri halde harekete geçmedikleri durumda doğrudan sorumluluk ortaya çıkmaktadır.

ECT kapsamında davalarda, kararların çoğunluğu, antlaşmadaki AHM hükmünün statüsü ve özerk bir AHM hükmü olarak kabul edilip edilmeyeceği veya uluslararası hukukla ya da teamüller uyarınca asgari standart ile bağlantılı olup

olmadığı sorusuna değinmemiştir.²⁶⁶ Sınırlı sayıda karar, AHM maddesinin asgari standart veya teamüle atıfta bulunduğu görüşünü desteklemiştir.²⁶⁷ ECT davaları kapsamında, hakemler, AHM hükmünü, şeffaflık ve meşru beklentileri içeren geniş tanımıyla kullanılmıştır.²⁶⁸

Madde 10(1)'in üçüncü cümlesi iki koruma standardı içermektedir. Tam koruma ve güvenlik standardının bir varyasyonunu ayrımcılık yasağı standardı ile birleştirmektedir. Çoğu BIT'nin aksine, ECT, tam koruma ve güvenlik terimini kullanmamaktadır, bunun yerine en sürekli koruma ve güvenlik ifadesini kullanmaktadır. Lafzi olarak bakıldığında, doktrinde, tam koruma ifadesinin, sürekli koruma ifadesinden daha yüksek bir koruma düzeyi sağladığını iddia edenler mevcuttur.²⁶⁹

ECT, yatırımcılar ve ECT akit tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için ad hoc hakem heyetlerinin yargı yetkisini belirleyen çok taraflı bir antlaşma olması bakımından BIT'lerden farklıdır. Yatırım antlaşması tahkiminde bağlayıcı bir içtihat olmamasına rağmen²⁷⁰, ECT'nin yorumlanmasında tutarlılığa duyulan ihtiyaç, kendine has özellikleri sebebiyle, farklı BIT'lerdeki benzer hükümlerin yorumlanmasına kıyasla daha fazladır. Bir hakem heyetinin, bir ECT Akit tarafına karşı açılan bir davaya ilişkin yorumu, aynı antlaşmanın diğer ECT akit taraflarına karşı yorumlanmasında etkili olmaktadır.²⁷¹

²⁶⁶ Dumberry, An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause, s. 85.

²⁶⁷ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier ve Michael Stein v. İtalya*, ICSID Davası No. ARB/14/3, Karar, 27 Aralık 2016, § 319.

²⁶⁸ Bu yaklaşım tarzının istisnası *Enrus Energy Holdings Corporation v. İspanya* davasında görülebilir. *Enrus Energy Holdings Corporation v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/16/4, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, 17 Mart 2021, § 317: “Bu görüşe göre, meşru beklentiler esasen dikkate alınabilir. Bu terimin kendisi ECT’de ya da BIT’lerde yer almamaktadır ve antlaşmalar hukukundaki pacta sunt servanda kuralına benzer şekilde meşru beklentilerin gözetilmesi gerektiğine dair bir kural da bulunmamaktadır. Daha ziyade, bunlar ECT Madde 10(1), birinci ve ikinci cümleler gibi antlaşma standartlarının yorumlanması ve uygulanmasında dikkate alınması gereken ilgili faktörlerdir.”

²⁶⁹ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 111.

²⁷⁰ *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Filipinler Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/02/6, Yetki İtirazlarına İlişkin Karar, 29 Ocak 2004, § 97; *Gas Natural SDG, SA v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/03/10, Yetki Kararı, 17 Haziran 2005, § 52; *Garanti Koza LLP v. Türkmenistan*, ICSID Dava No. ARB/11/20, Yetki Kararı, 3 Temmuz 2013, § 149.

²⁷¹ Danae Azaria, “The Renewable Energy Arbitrations Under the Energy Charter Treaty”, In: **Ruiz Fabri, H and Stoppioni, E, (Eds.) International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions. Bloomsbury Publishing: London, UK. (2022)**, ed. H. Ruiz Fabri, E. Stoppioni, London, UK: Bloomsbury Publishing, 2022, s. 169.

ECT kapsamında davaya bakan hakemlerin aynı hükümleri farklı şekilde yorumladıkları gözlemlenmektedir. *Charanne v. İspanya* davasında, hakem heyeti, düzenleyici çerçevenin değiştirilmesiyle yeni düzenleyici rejimin AHM'yi ihlal edip etmediğini değerlendirirken,²⁷² yatırımcının meşru beklentilerinin ev sahibi devletin makul olmayan, orantısız ve kamu menfaatine aykırı davranması nedeniyle engellenip engellenmediğini değerlendirmiştir.²⁷³ Buna karşın, *Eiser v. İspanya* davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerin tesis edilip edilmediğini belirlemekle ilgilenmemiştir. Hakem heyeti, ECT m.10(1) kapsamında AHM'teki istikrar gerekliliğinin geniş bir yorumunu benimsemiştir: "*AHM'ye uyma yükümlülüğü, yatırımcıların uzun vadeli yatırımlar yaparken güvendikleri yasal rejimin temel özelliklerinde temel istikrar sağlama yükümlülüğünü zorunlu olarak kapsamaktadır.*"²⁷⁴ ECT m. 10(1)'deki AHM kapsamında gerekli olan yasal istikrarın ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, mevzuat değişikliğinin yatırımcılar üzerindeki etkisine odaklanmıştır.

Hakem heyetlerinin metodolojisi farklı görünmektedir. *Eiser v. İspanya* davasındaki hakem heyeti, ECT'nin yorumlanmasına odaklanmakta ve antlaşma yorumuna ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarına açıkça dayanmaktadır. Ancak, *Charanne v. İspanya* davasındaki hakem heyeti, ECT m. 10(1)'deki AHM'nin içeriğini belirlerken antlaşma yorum kurallarına dayanmamakta, bunun yerine AHM'ye ilişkin 2012 tarihli UNCTAD çalışmasına ve ECT dışındaki ulusal içtihatlarla dayanmaktadır.

AHM'nin içeriğine ilişkin olarak, ECT kapsamındaki yenilenebilir enerji davalarında tartışılan mahkemelerin gerekçelerinin, AHM'nin uygulanmasını ECT akit tarafları ve yatırımcılar için daha öngörülebilir hale getirmek için tutarlı bir metodoloji getirdiği iddia edilemez. Bunun sadece ECT kapsamında değil, herhangi bir antlaşma kapsamındaki AHM'nin doğal karakteri olduğu ileri sürülebilir: "*onu bir tanıma bağlamak imkansızdır... sadece böylesine esnek bir kavram, yabancı yatırımın uluslararası hukuku bağlamında ortaya çıkan olgusal durumların çeşitliliğine uyartılabilir.*"²⁷⁵ Bununla birlikte, ECT kapsamındaki yenilenebilir enerji tahkimleri

²⁷² *Charanne Construction v. İspanya*, SCC Dava No. V 062/2012, Nihai Karar, 21 Ocak 2016, § 512.

²⁷³ *Charanne Construction v. İspanya*, Nihai Karar, § 514-5.

²⁷⁴ *Eiser Infrastructure Ltd. ve Energia Solar Luxembourg v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/13/36, Karar, 4 Mayıs 2017, § 382.

²⁷⁵ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 237.

bağlamında, sadece bir kararın gerekçesini antlaşma yorumuna ilişkin teamül kurallarına dayandırması ve bu kararın ECT m. 10(1)'deki AHM standardının meşru beklentiler yönünü özel olarak ele almaması, ancak analizini ECT m. 10(1)'deki AHM standardı kapsamında düzenleyici istikrar çerçevesinde el alması önemlidir.²⁷⁶

ECT, antlaşmanın modernizasyonunu amaçlayan bir reform sürecinden geçmektedir. ECT'yi modern yatırım antlaşmalarındaki trendlere uyarlama hedefinin yanı sıra, iklim değişikliğine ve Paris Antlaşması ile uyumlu hale getirmeye güçlü bir vurgu yapılmaktadır. ECT'nin geleceğine ilişkin artan endişelerin ortasında AB, Mayıs 2020'de iklim değişikliği ve iklimin korunmasını dikkate alarak ECT'nin modernizasyonu için kapsamlı bir teklif yayınlamıştır.²⁷⁷ Haziran 2022'de kabul edilen Enerji Şartı Antlaşması'nın Modernizasyonuna İlişkin Prensipten Antlaşması (AIP), büyük ölçüde AB teklifinin içeriğini yansıtmaktadır.²⁷⁸ Bununla birlikte, yeni taslak metnin onaylanması, AB Üye Devletleri arasındaki iç farklılıklar ışığında süresiz olarak ertelenmiştir.²⁷⁹

AB'nin yeni ECT'ye ilişkin fikri, yatırımcıların ECT kapsamındaki enerji uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğunda dayandıkları ECT m. 10(1)'de yer alan AHM'nin kapsamını netleştirmek ve sınırlandırmaktır. İklim dostu yatırım antlaşmaları kriterlerine uygun olarak, AHM'ye ilişkin değişiklik önerisinin, fosil yakıt yatırımcılarına karşı düzenleyici eylemde bulunmak için düzenleyici özerkliğin artırılmasını, ancak iklim dostu yatırımcılar ve yatırımları için yatırım koruma standardının güçlü kalmasını sağlaması gerekmektedir.²⁸⁰

AB tarafından akdedilen diğer yatırım antlaşmaları veya yatırım bölümleri içeren serbest ticaret antlaşmalarına (FTA) benzer şekilde, AB önerisi AHM'yi ihlal eden tedbirlerin kapalı bir listesini içermektedir. AB önerisi m. 10(1)(i), “(a) *cezai*,

²⁷⁶ Azaria, “The Renewable Energy Arbitrations Under the Energy Charter Treaty”, 2022, s. 172.

²⁷⁷ Avrupa Birliği, ‘Enerji Şartı Antlaşmasının Modernizasyonu için Metin Önerisi’ (Mayıs 2020) [https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/tradoc_158754%20\(1\)_0.pdf](https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/tradoc_158754%20(1)_0.pdf) (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²⁷⁸ Enerji Şartı Antlaşmasının Modernizasyonuna İlişkin Prensipten Antlaşması (24 Haziran 2022) (AIP) https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²⁷⁹ Alessandro Monti, Matteo Fermeglia, “The FET Standard between Treaty Reform and ISDS Practice: An Analysis of the Modernized ECT”, **Journal of International Arbitration**, C. 41, S. 2, 2024, s. 164.

²⁸⁰ Johannes Tropper, Kilian Wagner, “The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?”, 2022, s. 836, doi:10.1163/22119000-12340271.

hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddi; veya (b) temel bir ihlal de dahil olmak üzere, adil yargılamanın temelden ihlali; adli ve idari işlemlerde şeffaflık; veya (c) açıkça keyfilik; veya (d) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelerle hedefli ayrımcılık; veya (e) taciz, baskı veya zorlama gibi kötü muamele” şeklindedir.

AB tarafından önerilen listede, AHM davalarında önemli bir rol oynayan iç hukuk çerçevesinin istikrarı ve meşru beklentiler kavramının yer almaması dikkat çekicidir.²⁸¹ Meşru beklentiler, AB önerisinde bu istisnai listenin dışında yer almaya devam etmektedir; zira AB’nin önerisine göre bir mahkeme, bir yatırımcıyı yatırım yapmaya teşvik etmek için belirli bir beyanda bulunulup bulunulmadığını ve bunun daha sonra hayal kırıklığına uğrayan meşru beklentilere yol açıp açmadığını dikkate alabilir.²⁸² AB önerisinde, meşru beklentiler, AHM’nin tek başına bir unsuru olmayıp yalnızca tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, bir mahkemeyi yalnızca bir yatırımcının meşru beklentileri ihlal edildiği için AHM’nin ihlal edildiğini tespit edemeyecektir. Öte yandan, AB önerisinin, meşru beklentilerle bağlantılı olarak yalnızca özel temsile atıfta bulunması, mahkemelerin meşru beklentilerin düzenleyici işlemlerden kaynaklanabileceğini kabul etmesini engellemeye çalışmaktadır.²⁸³

AB’nin AHM’ye ilişkin önerisi, Türkiye ve Gürcistan tarafından açıkça destek almış ve taraf devletler arasında AHM’nin sınırlandırılması gerektiği yönünde ortak bir görüş oluşmuştur. Ancak, kapalı mı yoksa açık bir unsurlar listesinin mi uygun olacağı konusunda bazı anlaşmazlıklar bulunmaktaydı.²⁸⁴ AIP’deki AHM hükmü, büyük ölçüde AB tarafından önerilen listeye dayanan görünüşte kapalı bir unsurlar

²⁸¹ *Cavalum SGPS, SA v. İspanya Krallığı*, ICSID Dava No. ARB/15/34, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, 31 Ağustos 2020, § 404-05: “meşru beklentilerin korunması, ATA m. 10(1)’de yansıtılan yatırımcı-devlet AHM antlaşması standardının baskın veya en önemli bileşeni olarak kabul edilebilir ... Stabilité ve şeffaflık, ATA m. 10(1)’de devletin “istikrarlı ... ve şeffaf koşullar yaratması” için açık yükümlülüğe dahildir ve aynı zamanda AHM sağlama yükümlülüğünde de zımnen yer almaktadır ve istikrar da yatırımcının meşru beklentisinin bir parçasıdır”

²⁸² AB önerisi, m. 10(1)(ii).

²⁸³ Özel temsil şartı, önceki bazı ECT içtihatlarından ayrılmaktadır, bkz. örneğin *Electrabel SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/07/19, Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Hakkında Karar, 30 Kasım 2012, § 7.78; *Antaris Solar GmbH ve Dr Michael Göde v. Çek Cumhuriyeti*, PCA Dava No. 2014-01, Karar, 2 Mayıs 2018, § 360(5).

²⁸⁴ Enerji Şartı Sekreteryası, “Modernizasyon Grubunun Müzakere Görevinin Yerine Getirilmesinde Kaydedilen İlerlemeye İlişkin Raporu” (Euractiv, 25 Kasım 2020) 27–30, https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/12/ECT-report-on-progress-made_FS.pdf (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

listesi içermektedir.²⁸⁵ AB önerisinin aksine, AIP unsurlar listesine meşru beklentileri de dahil etmektedir.²⁸⁶

24 Haziran 2022 tarihinde, Enerji Şartı Konferansı'nın Ad Hoc toplantısı, modernizasyon müzakerelerinin sonucunu onaylamış ve ortaya çıkan metin üzerinde prensipte antlaşma sağlamıştır. Yeni AHM maddesinin hazırlanmasına ilişkin bilgiler, *“Hukuki belirliliği artırmak için, ECT kapsamında adil ve hakkaniyete uygun muameleyi öngören yeni madde, bu koruma standardının ihlali teşkil eden belirli önlemleri veya önlemler dizisini belirleyen bir liste sağlayacaktır. Bu tür önlemler veya önlemler dizisi arasında, yeni hüküm Yatırımcının meşru beklentilerinin engellenmesini belirtmekte ve Yatırımcının meşru beklentilerine yol açan koşulları ve meşru beklentilerin hangi koşullar altında değerlendirilebileceğini tanımlamaktadır”* şeklinde ifade edilmektedir ve uzlaşılan metin, *“(i) bariz mantıksızlık gibi keyfilik; (ii) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi haksız gerekçelerle hedefli ayrımcılık; (iii) adli ve idari işlemlerde şeffaflığın temelden ihlali de dahil olmak üzere adil yargılamanın temelden ihlali; (iv) cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletin reddedilmesi; (v) taciz, baskı veya zorlama gibi kötü muamele; veya (vi) Yatırımcının meşru beklentilerinin, bunların Yatırımının merkezinde yer aldığı ve Yatırımcının Yatırım yapmaya veya sürdürmeye karar verirken makul bir şekilde güvendiği Akit Tarafın açık ve belirli bir beyanı veya taahhüdünden kaynaklandığı durumlarda engellenmesi”*²⁸⁷ durumlarının adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir.

Maddedeki 2 numaralı dipnot meşru beklentilerin açık ve spesifik beyanlar veya taahhütler olmaksızın düzenleyici çerçevede herhangi bir değişiklik yapılmayacağı yönündeki beklentileri kapsamadığını açıklamakta²⁸⁸ ve 3 numaralı dipnot da böyle bir beyan veya taahhüdün olup olmadığının belirlenmesinin diğer faktörlerin yanı sıra kanun ve yönetmelikleri ve akit tarafın kamuoyunca bilinen ilgili politikalarını ve

²⁸⁵ AIP m. 10(2).

²⁸⁶ AIP m. 10(2)(vi): *“Yatırımcının meşru beklentilerinin, Yatırımının merkezinde yer aldığı ve Yatırımcının Yatırım yapmaya veya sürdürmeye karar verirken makul bir şekilde güvendiği Akit Tarafın açık ve belirli bir beyanı veya taahhüdünden kaynaklandığı durumlarda engellenmesi.”*

²⁸⁷ AIP m. 10(2).

²⁸⁸ AIP m. 10(2)(vi) 2.

bunların hedeflerini dikkate alan, duruma göre değişen, olguya dayalı bir inceleme gerektirdiğini belirtmektedir.²⁸⁹

AB teklifinde, AHM'nin kapsamına ilişkin açıklayıcı ve daha kısıtlayıcı bir dil kullanılması, öncelikle meşru beklentiler, istikrar ve öngörülebilirliğe ilişkin tutarsız içtihatlarla karşı koyma ve devletlerin düzenleyici özerkliğini artırma isteğinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, iklim dostu yatırımcılar, yatırımları için bu kısıtlamalara herhangi bir istisna getirilmediğinden, bu değişikliklerden eşit derecede etkilenmektedir.²⁹⁰ Teklif, iklim değişikliği ile ilgili yatırımcı yükümlülüklerini içermemekte, temiz enerji yatırımcıları için AHM korumasını fosil yakıt temelli yatırımcılarla aynı şekilde sınırlandırmakta ve böylece yenilenebilir yatırımlar için yatırım koruma düzeyini azaltmaktadır.²⁹¹

Genel olarak, ECT Modernizasyonunun AHM standardı kapsamında, maddi incelemeler noktasında, hakemlerin takdir marjlarında bir azalma belirlediği gözlemlenmektedir.²⁹² Modernize edilmiş ECT, AHM standardının ihlalini bariz mantıksızlık gibi keyfilik teşkil eden davranışlarla sınırlandırmaktadır. Sadece keyfilik şartı ile kıyaslandığında incelemenin bariz mantıksızlık ile sınırlı olduğunu ifade etmek, bir hakem heyetinin takdir yetkisinin önemli ölçüde kısıtlayacaktır.²⁹³ Ancak, reformdan geçirilmiş ECT m.10(2)'nin, ev sahibi devletlerin AHM kapsamındaki sorumluluk eşiğini, meşru beklentiler ve usuli denetim alt standartları bakımından yeniden ayarlama noktasında sınırlı kalmıştır. Bu nedenle, ECT modernizasyonunun, ev sahibi devletlerin iklim değişikliğiyle mücadele için aldıkları ulusal tedbirleri, AHM standardı üzerinden incelemesinin kapsamını kısıtlama hedefinin büyük ölçüde gerçekleştirilemediği öne sürülebilir.²⁹⁴

Enerji Şartı Konferansı, 3 Aralık 2024 tarihinde ECT'ye ilişkin değişiklikleri kabul etmiştir.²⁹⁵ ECT modernizasyon süreci AB ülkelerinin ECT'den çekilmesinin

²⁸⁹ AIP m. 10(2)(vi) 3.

²⁹⁰ Tropper, Wagner, "The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?", 2022, s. 839.

²⁹¹ a.g.e., s. 847.

²⁹² Monti, Fermeiglia, "The FET Standard between Treaty Reform and ISDS Practice", s. 175.

²⁹³ a.g.e., s. 176.

²⁹⁴ a.g.e., s. 177.

²⁹⁵ The Energy Charter Conference Adopts Decisions on the Modernisation of the Energy Charter Treaty, 3 Aralık 2024, <https://www.energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter->

sebeplerinden biri olmuştur. ECT modernizasyonun, ulaşılması istenen AB iklim hedefleri doğrultusunda neticelenmemesi de başlıca etkenlerdendir. Fransa, Almanya, Hollanda, Polonya ve İspanya ECT antlaşmasından çekilme planlarını duyurdular, İtalya ise zaten 2016’da ayrılmıştı.²⁹⁶ 4 Mart 2024 tarihinde ECT’den çekilmeye ilişkin AB Konsey kararı açıklanmıştır.²⁹⁷

ECT kapsamında verilen bazı kararlar, Avrupa Birliği hukuku ile uluslararası tahkim arasındaki gerilimi tetiklemiştir.²⁹⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Achmea kararında AB içi tahkim işlemlerinin Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğu bulgusu, AB içi yatırım antlaşmalarının sona erdirilmesine giden yolu açmıştır.²⁹⁹ Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği hukuk sisteminin AB içi yatırımcıları yeterli şekilde koruduğunu, dolayısıyla AB içi yatırım antlaşmalarının gereksiz olduğunu ileri sürmektedir.³⁰⁰ Her ne kadar komisyon böyle bir iddia bulunsun da, AHM özelinde, ayrımcılık ve meşru beklentiler noktasında çoğunlukla yatırım tahkimi hakem heyetleri AB hukukundan daha geniş bir koruma sağlamaktadır.³⁰¹ Aslında, AB’nin son yıllarda yatırım tahkimine olan kısıtlı bakış açısının temel sebebi, kendi sınırları içinde gerçekleşen her uyuşmazlığa kendileri tarafından karar verilmesi isteğidir. Bu sebeple, mevcut yatırım tahkimi sistemine olabildiğince sınırlı bir alan bırakma niyetindedirler. Özellikle AB içi uyuşmazlıkların tamamının AB kurumları tarafından karara bağlanmasını hedeflemektedirler.

B. NAFTA

[conference-adopts-decisions-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/](#) (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

²⁹⁶ LEAK: Exit from Energy Charter Treaty ‘unavoidable’, EU Commission says, 8 Şubat 2023, <https://www.euractiv.com/section/eet/news/exit-from-energy-charter-treaty-unavoidable-eu-commission-says/> (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

²⁹⁷ COUNCIL DECISION on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty, 4 Mart 2024, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6509-2024-INIT/en/pdf> (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

²⁹⁸ George A. Bermann, In the Cross-Fire of International Arbitration and EU Law, **2023 Les Cahiers de l’Arbitrage** 61, 2023.

²⁹⁹ ABAD, Dava C-284/16 *Slovakya Cumhuriyeti v Achmea* [2018], ECLI:EU:C:2018:158, § 56, 58.

³⁰⁰ European Commission, ‘Commission’s Communication on Protection of intra-EU Investment’ (Communication) COM (2018) 547 final.

³⁰¹ Markus Burgstaller, Auriane Negret, Investment protection standards: Can EU law fill the shoes of investment treaties?, **Arbitration International**, 2024, s 2, 3, 4.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması diğer adıyla NAFTA m. 1105, *“Taraflardan her biri, diğer Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukuka uygun muamele gösterecektir”* şeklindedir. Bu hükmün anlamını ele alan ilk mahkemelerden biri olan *S. D. Myers v. Kanada* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin eylemlerine karşı saygılı bir duruş sergilemiş ve oldukça yüksek bir sorumluluk eşiği belirlemiştir. 2000 yılında, bu hükmün yalnızca ağır şartlar halinde ihlal edilebileceğine karar vermiştir: *“[Ancak,] bir yatırımcıya uluslararası perspektiften kabul edilemez bir düzeye ulaşacak kadar haksız veya keyfi bir muamele yapıldığı gösterildiğinde. Bu tespit, uluslararası hukukun genellikle yerel makamların kendi sınırları içindeki meseleleri düzenleme hakkına tanıdığı yüksek hürmet ölçüsü ışığında yapılmalıdır. Bu tespit yapılırken, davaya uygulanabilecek her türlü özel uluslararası hukuk kuralı da dikkate alınmalıdır.”*³⁰²

Pope & Talbot v. Kanada davasında, hakem heyeti, AHM standardının yabancılara yönelik asgari muamele standardına “ek” olduğunu ve bu nedenle mahkemelerin bu standardın sınırlarının ötesine geçmekte özgür olduğunu ileri sürmüş ve böylece Kanada’nın standardın Neer davasında geliştirilen standarda uygun olarak korkunç, bir suistimal bulgusu gerektirdiği yönündeki argümanını reddetmiştir: *“Madde 1105’te yer alan hakkaniyet unsurlarının varlığına ilişkin bir diğer olası yorum ise, bunların uluslararası hukukun gerekliliklerine ek olduğu yönündedir. Yani, NAFTA kapsamındaki yatırımcılar uluslararası hukukun asgari gerekliliklerine ek olarak hakkaniyet unsurlarına da sahiptir. Madde 1105’in dilinin aksini düşündüğü doğrudur, zira adil unsurların uluslararası hukuka dahil olduğunu belirtmektedir. Ancak, bu yorum, tüm tarafların kabul ettiği üzere, 1105. maddenin dilinin ABD ve diğer sanayileşmiş ülkeler tarafından müzakere edilen iki taraflı ticari antlaşmaların hükümlerinden doğduğu gerçeğiyle gölgelenmektedir. Kanada’nın da işaret ettiği gibi, bu antlaşmalar devletlerin yabancı yatırımlara yönelik muamelelerine ilişkin genel yükümlülüklerinin “ana kaynağıdır””* tespitini yapmıştır.³⁰³

Pope & Talbot v. Kanada davasındaki hakem heyetinin, AHM standardının uluslararası asgari standarda ek olduğunu belirtmesi, NAFTA tarafları arasında

³⁰² *S.D. Myers, Inc. v. Kanada Hükümeti*, UNCITRAL (NAFTA) Kısmi Kararı, 13 Kasım 2000, § 263.

³⁰³ *Pope ve Talbot v. Kanada*, 2. Aşama Esaslarına İlişkin Karar, § 110.

tepkilere yol açmıştır. Bu kararının ardından, üç NAFTA ülkesinin temsilcilerinden oluşan NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu (FTC), 2001 yılında, NAFTA m. 1105'in uluslararası asgari standarda “ek” olan herhangi bir unsur içerdiği fikrini reddeden Yorum Notu yayınlamıştır. Bu Yorum Notu 2000 yılında verilen üç tartışmalı kararın (*Metalclad v. Meksika*, *S.D. Myers v. Kanada*, ve *Pope ve Talbot v. Kanada*) ardından NAFTA Taraflarının, NAFTA m.1105'e ilişkin yorumlara bir tepkidir.

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu, 31 Temmuz 2001 tarihli, 11. Bölüm hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin notlarda, “*Uluslararası Hukuka Uygun Asgari Muamele Standardı* “*Madde 1105(1), yabancılara yönelik uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardını, diğer bir Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına sağlanacak asgari muamele standardı olarak öngörmektedir. “Adil ve hakkaniyete uygun muamele” ve “tam koruma ve güvenlik” kavramları, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardının gerektirdiğine ek veya bunun ötesinde bir muameleyi gerektirmez. NAFTA’nın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlal edildiğinin tespit edilmesi, m. 1105(1)’in ihlal edildiğini göstermez”* tespitini yapmıştır. FTC, AHM standardı kısıtlayıcı bir şekilde yorumlayarak, yabancı yatırımcılara sağlanacak koruma düzeyini uluslararası asgari standart kapsamında mevcut olan koruma düzeyi ile açıkça sınırlandırılmıştır.

2001 tarihli FTC yorumundan sonra birçok devlet, AHM standardının anlamı ve kapsamına ilişkin olarak hakemler tarafından yapılan çeşitli ve bazen de çelişkili yorumlara tepki göstermeye başlamıştır. Örneğin ABD Model BIT m. 5(1), “*her bir Tarafın kapsam dahilindeki yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamele ve tam koruma ve güvenlik de dahil olmak üzere uluslararası teamül hukukuna uygun muamele sağlayacağını*” öngörmektedir. Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri, bazı NAFTA mahkemeleri tarafından uygulanan genişletici yorumu çürütmek ve FTC Notunda sağlanan açıklamayı dahil etmek için bu dili benimsemeye karar vermiştir. ABD Model BIT m. 5(2) ayrıca şunu belirtmektedir: “*Daha fazla kesinlik için, 1. paragraf uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardını, kapsam dahilindeki yatırımlara sağlanacak asgari muamele standardı olarak öngörmektedir. ‘Adil ve hakkaniyete uygun muamele’ ve ‘tam koruma ve güvenlik’ kavramları, bu standardın gerektirdiğine ek veya ötesinde bir muamele gerektirmez ve ek maddi haklar yaratmaz.*” Hem 2004 hem de 2012 ABD Model BIT’lerinin

uluslararası teamül hukukunun gerçekte ne anlama geldiğini de açıkça eklemesi dikkat çekicidir: “Devletlerin yasal yükümlülük duygusuyla izledikleri genel ve tutarlı bir uygulama.”³⁰⁴

NAFTA kapsamında bugüne kadarki tahkim uygulamalarının bir sonucu olarak, yabancılara yönelik asgari muamele standardının içeriği ve adil ve hakkaniyete uygun muamele ile ilişkisi konusunda üç farklı yaklaşım tespit edilebilir. İlk yaklaşım, uluslararası asgari standart, inceleme düzeyi (sorumluluk için gerekli olan yüksek eşik) açısından Neer davası tarafından belirlenen muamele standardına eşit tutmaktadır, ancak bu standart günümüzde neyin şok edici veya kabul edilemez olarak görülebileceği açısından gelişmiştir. Asgari standart, adaletin büyük ölçüde reddedilmesi, açık bir keyfilik, bariz adaletsizlik, yasal sürecin tamamen yokluğu, açık bir ayrımcılık veya açık bir neden eksikliği gerektirecek şekilde belirlenmiştir.³⁰⁵ İkinci yaklaşımda, uluslararası asgari standart, Neer standardının ötesine geçmektedir çünkü Neer standardı dar ve belirli bir grup durumu ele almak üzere formüle edilmiştir. Sorumluluk eşiği ilk yaklaşımdaki kadar yüksek değildir. *Mondev v. ABD* ve *ADF v. ABD* davalarında, mahkemeler NAFTA’nın AHM standardının Neer standardını içerdiğine, ancak zaman içinde Neer’de atıfta bulunulan korkunç, suiistimal türlerinin ötesine geçerek geliştiğini belirtmiştir.³⁰⁶ Bu yaklaşımı izleyen *Waste Management v. Meksika* davasındaki hakem heyeti, keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz veya kendine özgü veya ayrımcı ve davacıyı kesitsel veya ırksal önyargılara maruz bırakan ya da idari bir süreçte tamamen şeffaflık ve samimiyet eksikliği içeren davranışlara atıfta bulunmuştur.³⁰⁷ Üçüncü yaklaşımda, modern haliyle uluslararası asgari standardın, tam anlamıyla yorumlandığında (düşük sorumluluk eşiği) adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğünden farklı olmadığı öne sürülmüştür. Bu nedenle, NAFTA m. 1105’in adalet, hakkaniyet ve makuliyet duygusunu ihlal edebilecek tüm bu tür eylem ve davranışlara karşı koruma sağladığı söylenmektedir.³⁰⁸

Görüldüğü üzere, NAFTA kapsamında incelenen uyuşmazlıklar sonucu verilen kararlarda tutarlılık olduğunu söylemek zordur. FTC yorumu dahi bu tutarsızlığa engel olmamış, yorumdan sonra verilen kararlarda farklı yaklaşımlar devam etmiştir.

³⁰⁴ ABD Model BIT Ek A’ya atıfta bulunan m. 5. dipnotu.

³⁰⁵ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 627.

³⁰⁶ *Mondev v. ABD*, Karar, § 114-5; *ADF v. ABD*, Karar, § 181-3.

³⁰⁷ *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98.

³⁰⁸ *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 210.

NAFTA, 1 Temmuz 2020’de USMCA ile değiştirilmiştir. NAFTA yerine geçmiş olan USMCA, adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik de dâhil olmak üzere uluslararası teamül hukukuna uygun muamele vaat etmektedir. Madde metni, “*Madde 14.6: Asgari Muamele Standardı (Bu Madde Ek 14-A (Uluslararası Teamül Hukuku) uyarınca yorumlanacaktır)*”

1. Taraflardan her biri, kapsam dahilindeki yatırımlara, adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik de dahil olmak üzere uluslararası teamül hukukuna uygun muamele gösterecektir.

2. Daha fazla kesinlik için, 1. paragraf uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardını, kapsam dahilindeki yatırımlara sağlanacak muamele standardı olarak öngörmektedir. “Adil ve hakkaniyete uygun muamele” ve ‘tam koruma ve güvenlik’ kavramları, bu standardın gerektirdiğine ek veya ötesinde bir muamele gerektirmez ve ek maddi haklar yaratmaz. Paragraf 1’de yer alan yükümlülükler

(a) “adil ve hakkaniyete uygun muamele”, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılanma ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü içerir; ve

(b) “tam koruma ve güvenlik” her bir Tarafın uluslararası teamül hukukunun gerektirdiği düzeyde polis koruması sağlamasını gerektirir.

3. Bu Antlaşmanın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlal edildiğine dair bir tespit, bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez.

4. Daha fazla kesinlik için, bir Tarafın yatırımcının beklentileriyle tutarsız olabilecek bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda kapsanan yatırımda kayıp veya zarar meydana gelse bile, bu Maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez” şeklindedir.

NAFTA uygulaması USMCA’ya da taşınmıştır. Görüldüğü üzere, USMCA’da asgari muamele standardı çok daha detaylı bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

C. CETA

AB-Kanada Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Antlaşmasının yapım sürecinde, müzakerenin başlangıcından itibaren AB, AB üye devletlerin BIT’lerinde tipik olarak

bulunan minimalist bir niteliksiz veya tek başına AHM hükmünün dahil edilmesini tercih etmiştir. Aksine, son 25 yılda birçok NAFTA tahkim davasında davalı taraf olan Kanada, standardı özel olarak uluslararası asgari standart kapsamında mevcut olan standartla açıkça ilişkilendirecek daha ayrıntılı bir AHM hükmü kabul etmek istemiştir. Aslında Kanada, hükmün uluslararası asgari standart başlığını taşımasını önermiştir. Avrupa Komisyonu'nun 2012 tarihli bir belgesi, o dönemde Kanada'nın pozisyonunun, AHM standardının kendisinin sağladığı yatırım koruma düzeyini önemli ölçüde azaltabileceği için, AB için bir sorun olduğunu ortaya koymaktadır.³⁰⁹ 2012 tarihli AB belgesi, tarafların pozisyonları arasındaki olası bir uzlaşma çözümünün, AHM standardının uygulanması için kriterlerin açıklanması ve böylece her iki tarafın da rahat olduğu genel kabul görmüş bir içtihat sonucunun kodifiye edilmesi olacağını belirtmektedir.

Sonuç olarak, madde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Madde 8.10 Yatırımcılara ve kapsam dahilindeki yatırımlara yönelik muamele*

1. Taraflardan her biri, kendi topraklarında diğer Tarafın kapsam dahilindeki yatırımlarına ve kapsam dahilindeki yatırımlarıyla ilgili olarak yatırımcılara, 2 ila 6. paragraflar uyarınca adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvence sağlayacaktır.

2. Bir Taraf, aşağıdaki hallerde 1. paragrafta atıfta bulunulan adil ve eşit muamele yükümlülüğünü ihlal eder:

(a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddi;

(b) adil yargılanma hakkının temelden ihlali de dahil olmak üzere, adil yargılanma hakkının temelden ihlali adli ve idari işlemlerde şeffaflık.

(c) Açıkça keyfilik;

(d) Cinsiyet gibi açıkça haksız gerekçelere dayalı hedefli ayrımcılık, ırk veya dini inanç;

(e) Zorlama, baskı ve taciz gibi yatırımcılara kötü muamele; veya

(f) Adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün diğer unsurlarının ihlali Taraflarca bu Maddenin 3. paragrafına uygun olarak kabul edilen karar.

3. Taraflar, düzenli olarak veya bir Tarafın talebi üzerine, adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğünün içeriğini gözden geçireceklerdir. Madde

³⁰⁹ European Commission, EU Canada Comprehensive Trade Agreement – Landing Zones, 6 November 2012, DS 1744/12, s. 9.

26.2.1(b) (İhtisas Komitesi) kapsamında kurulan Hizmetler ve Yatırım Komitesi bu konuda tavsiyeler geliştirebilir ve bunları karar için CETA Ortak Komitesine sunabilir.

4. Yukarıdaki adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünü uygularken, bir mahkeme bir Tarafın, kapsam dahilindeki bir yatırımı teşvik etmek için bir yatırımcıya, meşru bir beklenti yaratan ve yatırımcının kapsam dahilindeki yatırımı yapmaya veya sürdürmeye karar verirken dayandığı, ancak Tarafın daha sonra boşa çıkardığı belirli bir beyanda bulunup bulunmadığını dikkate alabilir.

5. Daha fazla kesinlik için, ‘tam koruma ve güvenlik’ Tarafın yatırımcıların ve kapsam dahilindeki yatırımların fiziksel güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini ifade eder.

6. Daha fazla kesinlik için, bu Antlaşmanın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlali bu Maddenin ihlalini oluşturmaz.

7. Daha fazla kesinlik için, bir tedbirin iç hukuku ihlal ediyor olması tek başına bu maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez. Tedbirin bu Maddeyi ihlal edip etmediğini tespit etmek için, Mahkeme, Taraflardan birinin 1. paragraftaki yükümlülüklerle aykırı hareket edip etmediğini değerlendirmelidir.”

CETA m. 8.10’un en dikkat çekici özelliklerinden biri, taraflardan biri Kanada olmasına rağmen asgari standart veya teamül terimlerine atıfta bulunulmamasıdır. Her ne kadar bu ifadeler geçmese de maddede yer alan yükümlülükler listesi, genel olarak asgari standart kavramı içerisinde yer aldığı düşünülen yükümlülüklerle aynıdır.³¹⁰ Hatta bir yazar m. 8.10’u başka bir isimle anılan bir uluslararası asgari standart maddesi olarak adlandırmıştır.³¹¹

CETA m. 8.10 uyarınca, CETA Tarafları, yatırımcıların kapsam dahilindeki yatırımlarına iki tür maddi koruma sağlama yükümlülüğüne sahiptir: AHM standardı ve tam koruma ve güvenlik. AHM hükmü ne tek başına bir AHM hükmüdür ne de standardın açıkça teamül altında mevcut olanla bağlantılı olduğu bir hükümdür. Tarafların neyi AHM standardı olarak gördüklerini özel olarak tanımlayan kapalı bir listedir. Kanada daha önce böyle bir AHM maddesini kabul etmemiştir. Bu durum, AB için de geçerlidir. Öte yandan, Kanada, bu kapalı liste modelini kendi müteakip yatırım antlaşmalarında benimsememiştir.

³¹⁰ Dumbery, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, s. 44.

³¹¹ E. B. Barrera, “The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA”, 2017, s. 10.

CETA m. 8.10, devletlerin, AHM standardının kapsamını daraltmak ve mahkemeler tarafından yorumlanmasını sınırlandırmak amacıyla içeriğinin spesifiklik derecesini artırma isteğinin doğal bir sonucu gibi görünmektedir. Bu hüküm, bu tür bir eğilimin en kapsamlı ve ayrıntılı örneklerinden biridir.³¹²

CETA m. 8.10'un en belirgin yönlerinden biri, içeriğinin çok büyük ölçüde NAFTA mahkemelerinin son 25 yılda NAFTA m. 1105'i nasıl yorumladığına dayanmasıdır. NAFTA içtihadından iki ana sonuç çıkmaktadır. *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. v. ABD* kararında belirtildiği gibi: “Mahkeme, geçmiş NAFTA mahkemelerinin genellikle NAFTA m. 1105'teki asgari standardı sınırlı sayıda tanımlanmış unsurdan (adaletin reddi, tam koruma ve güvenliğin sağlanmaması) oluştuğu şeklinde yorumladığını hatırlatır. Bu uluslararası mahkemeler, bu asgari standardı “adalet” veya “hukukun üstünlüğü” gibi daha geniş ve soyut kavramlarla bir tutan anlayışları reddetmişlerdir... Adil yargılanmanın bu unsuruna ilişkin farklı yaklaşımlarına rağmen, Profesör Dumberry ünlü eserinde, tüm bu geçmiş NAFTA mahkemelerinin “ev sahibi devletin 1105. madde kapsamındaki AHM standardında yer alan unsurlardan herhangi birini ihlal ettiği sonucuna varmak için yüksek bir ciddiyet ve ağırlık eşliğinin gerekli olduğunu vurguladığı” sonucuna varmaktadır. Mahkeme bu bilimsel sonuca katılmaktadır. Davacıların davasını desteklememektedir.”³¹³

NAFTA mahkemeleri, NAFTA m. 1105. kapsamındaki AHM standardının yatırımcılara sağlanması gereken korumanın yalnızca sınırlı sayıda spesifik unsurunu içerdiğini kabul etmişlerdir. Bu nedenle, NAFTA mahkemeleri, AHM standardının bir dizi unsur içerdiği şeklindeki yaklaşımı benimsemiştir.³¹⁴ Bunun en iyi örneği, o zamandan beri birçok mahkeme tarafından onaylanan *Waste Management v. Meksika*

³¹² Patrick Dumberry, Art 8.10, Marc Bungenberg, August Reinisch, **CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary**, First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2022, s. 261.

³¹³ *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. v. ABD*, ICSID Dava No. ARB(AF)/12/1, Karar, 25 Ağustos 2014, bölüm IX, § 9.41, 9.47.

³¹⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 627; *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 296; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, ICSID No. ARB(AF)/07/4, Sorumluluk ve Tazminat İlkelerine İlişkin Karar, 22 Mayıs 2012, § 152; *Eli Lilly ve Company v. Kanada*, UNCITRAL Dava No. UNCT/14/2, Nihai Karar, 16 Mart 2017, § 222; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 442; *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, UNCITRAL PCA Vaka No. 2012-17, Karar, 24 Mart 2016, § 502.; Ancak, bkz. *Windstream Energy Llc v. Kanada*, UNCITRAL, Karar, 27 Eylül 2016, § 347 ve devamı bu yaklaşımı takip etmiyor.

kararından alınan aşağıdaki alıntıdır: “Birlikte ele alındığında, *S.D. Myers, Mondev, ADF ve Loewen davaları birlikte ele alındığında, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin asgari standardının, devlete atfedilebilen ve davacıya zarar veren davranışların keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz veya kendine özgü olması, ayrımcı olması ve davacıyı kesitsel veya ırksal önyargılara maruz bırakması veya adli işlemlerde doğal adaletin açıkça ihlal edilmesi veya idari bir süreçte şeffaflık ve samimiyetin tamamen eksik olması gibi adli adaba aykırı bir sonuca yol açan bir eksiklik içermesi halinde ihlal edildiğini göstermektedir. Bu standardın uygulanmasında, muamelenin ev sahibi devlet tarafından yapılan ve davacı tarafından makul bir şekilde güvenilen beyanlara aykırı olması önemlidir. Bu standardın bir dereceye kadar esnek bir standart olduğu ve her davanın koşullarına göre uyarlanması gerektiği açıktır.*”³¹⁵

Bilcon v. Kanada kararı³¹⁶ hariç olmak üzere NAFTA mahkemeleri, ev sahibi devletin CETA m. 8.10(2)’de yer alan unsurlardan herhangi birini ihlal ettiği sonucuna varmak için sürekli olarak yüksek bir ciddiyet ve ağırlık eşliğinin kanıtlanmasını gerektirmiştir.³¹⁷ *Glamis Gold v. ABD* ve *Cargill v. Meksika* davalarındaki hakem heyetleri tarafından da belirtildiği üzere, NAFTA mahkemelerinin açık, kaba, belirgin, bariz ve tam gibi niteleyicileri tutarlı bir şekilde kullanmaları göz önüne alındığında, bu kadar yüksek bir eşğin varlığı açıktır.³¹⁸

Adaleti inkar etmeme ve adil sürece saygı gösterme yükümlülüğü olduğu NAFTA kararlarında bazen bu iki kavramı birlikte incelemiş olsa da,³¹⁹ CETA m. 8.10 bunları AHM’nin ayrı unsurları olarak listelemektedir. CETA m. 8.10’da yer alan ve bu tür bir ihlalin gerçekleştirilebileceği yargılama türlerini (cezai, hukuki ve idari) belirten ek dil, ABD Model BIT’de yer alan AHM hükmünden ve AB ile Meksika

³¹⁵ *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98.

³¹⁶ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 440-444.

³¹⁷ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 627; *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 504, 512; *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 285, 296; *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 115; *ADF v. ABD*, Karar, § 190; *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, § 194; *Eli Lilly ve Company v. Kanada*, Nihai Karar, § 222-223; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. v. ABD*, Karar, bölüm IX, § 9.47-9.

³¹⁸ *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 616; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 616. Ayrıca bakınız: *Eli Lilly ve Company v. Kanada*, Nihai Karar, § 222-223; CETA m. 8.10, “temel” usul ihlali ve “açık” keyfilik terimlerini kullanarak NAFTA içtihat hukuku yaklaşımını benimsemiştir. (‘fundamental’ ve ‘manifest’).

³¹⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, §186; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. v. ABD*, Karar, bölüm IX, § 9.41.

arasında imzalanan diğer antlaşmalardan esinlenilmiştir. CETA m. 8.10(2)(b)’nin, adli ve idari işlemlerde adil yargılamanın esaslı ihlaline atıfta bulunan aynı yüksek eşiği içermesi dikkat çekicidir. Aynı niteleyici vurgu, AB’nin daha sonra Meksika, Singapur ve Vietnam ile imzaladığı antlaşmalarda da yer almıştır.

CETA m. 8.10(2)(b)’nin ilginç bir özelliği, adil yargılanma yükümlülüğünü ihlal eden bir durum olarak şeffaflığın temelden ihlaline atıfta bulunmasıdır. Şeffaflık kavramını inceleyen nerdeyse tüm NAFTA mahkemeleri, bunun AHM standardının tek başına bir unsuru olmadığı ve m. 1105 kapsamında ev sahibi devletlere herhangi bir yükümlülük getirmediği sonucuna varmıştır.³²⁰ CETA m. 8.10.2(b), şeffaflık kavramını adil yargılanma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini değerlendirmekle ilgili olarak değerlendiren *Waste Management v. Meksika* davasındaki hakem heyetini onaylamış görünmektedir.³²¹

CETA m. 8.10(2)(c)’nin açık keyfiliğe atıfta bulunarak NAFTA mahkemeleri yaklaşımı izlemesi şaşırtıcı değildir. Ayrıca CETA m. 8.10(7) bir tedbirin iç hukuku ihlal etmesinin tek başına AHM standardının ihlalini oluşturmayacağını öngörmektedir.

CETA m. 8.10(2)(d), soy, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelerle hedeflenen ayrımcılığa atıfta bulunarak NAFTA yaklaşımı onaylamıştır. Hedefli ifadesi *Cargill v. Meksika* ve *Glamis Gold v. ABD* kararlarından yer almaktadır.³²²

CETA m. 8.10(2)(e)’de zorlama, baskı ve taciz gibi yatırımcılara yönelik kötü muamele yer almaktadır. Tarafların neden bu tür bir muameleyi keyfilik, ayrımcılık ve hatta adil yargılamanın temel ihlali gibi diğer genel kavramlar altına dahil etmek yerine

³²⁰ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 561; *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 294. Bununla birlikte, bkz. *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 231, “*Metalclad*’ın yargısal incelemesinin haklı olarak sonuçlandırdığı gibi, şeffaflık gerekliliğinin şu anda teamül hukuku standardının bir parçası olduğu kanıtlanmamış olabilir; ancak yine de bu aşamaya yaklaşılmaktadır.”; *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98; UNCTAD, FET, s. 90 şeffaflık, tutarlılık, kanunilik ve düzenleyici çerçevenin istikrarının’ teamülün bir parçası olmadığı sonucuna varmıştır; Bunun tek istinası *Metalclad v. Meksika* kararıdır: *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 70, 76, 88, 99.

³²¹ *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98.

³²² *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 300, 550; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 828 ve ‘açıkça haksız’ ifadesi de muhtemelen *Glamis Gold, Ltd. v. ABD* dayandırılmış olsa da, *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 542, 1087, 559, 1128, ayrımcılıkla ilgili iddiaları keyfilik bağlamında incelemiş olsa da, AHM standardının diğer unsurlarının yanı sıra ‘bariz ayrımcılık’ terimlerine yaklaşık 11 kez atıfta bulunmuştur (§ 22, 24, 616, 627, 762, 765, 776, 779, 788, 824, 828).

AHM standardının özel bir unsuru olarak eklemeye karar verdikleri tam olarak açık değildir.³²³ Aslında bu kısım, listede doğrudan NAFTA içtihadından ödünç alınmamış gibi görünen tek unsurdur. Kaynağı geçmişte bu terimleri kullanan diğer kararlardır.³²⁴

CETA m. 8.10.2(f), bir tarafın bu maddenin 3. paragrafı uyarınca taraflarca kabul edilen adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün diğer unsurlarını ihlal etmesi halinde AHM standardını ihlal ettiğini öngörmektedir.

CETA m. 8.10 listesi daha sonra değişikliklere tabi tutulabilir. CETA m. 8.10.3 uyarınca, taraflar düzenli olarak veya bir tarafın talebi üzerine AHM yükümlülüğünün içeriğini gözden geçirecektir. Ayrıca, Hizmetler ve Yatırım Komitesi, AHM yükümlülüğünün içeriğini düzenli olarak veya bir tarafın talebi üzerine gözden geçirecek ve bu konuda tavsiyeler geliştirerek karar için CETA Ortak Komitesine sunabilecektir. Dolayısıyla Kanada ve AB, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin bu hükmü geniş bir şekilde yorumlaması halinde AHM standardının içeriğini gözden geçirme veya gerekirse AHM standardının kapsamını genişletme veya daraltma imkânını elinde tutmuştur.

NAFTA içtihat hukukunun, sonunda CETA m. 8.10(4)'te de yer bulan bir diğer dikkate değer özelliği, NAFTA mahkemelerinin meşru beklentiler kavramını, uygulama alanını önemli ölçüde daraltmak amacıyla dar bir şekilde nitelendirmiş olmalarıdır. Yalnızca *Glamis Gold v. ABD*³²⁵ ve *Bilcon v. Kanada*³²⁶ kararları, meşru beklentiler kavramının m.1105 kapsamındaki AHM standardının bağımsız bir unsurunu teşkil ettiği görüşünü desteklemektedir. Bu, NAFTA dışındaki birçok mahkeme arasında öne çıkan yaklaşımdır. Ancak, NAFTA mahkemeleri genellikle *Mobil Investments v. Kanada* mahkemesinin³²⁷ mantığını takip etmişlerdir; buna göre

³²³ Patrick Dumbery, Art 8.10, Marc Bungenberg, August Reinisch, CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary, First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2022, s. 271.

³²⁴ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. ve S.C. Multipack S.R.L. v. Romanya [I], Nihai Karar, § 519; *Waguih Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v. Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/15, Karar, 1 Haziran 2009, § 450.

³²⁵ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 627; *Eli Lilly ve Company v. Kanada*, Nihai Karar, § 381: *Glamis Gold, Ltd. v. ABD* kararının bu noktadaki gerekçesini onaylamış, ancak bu konuda pozisyon almamaya karar vermiştir.

³²⁶ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 444-5, 448-9, 455, 470, 589. Bununla birlikte, McRae'nin Muhalefet şerhine bakınız, § 5, 33, 39.

³²⁷ *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98; *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 296 (burada hakem heyeti m. 1105 kapsamındaki AHM standardının unsurları arasında meşru beklentiler kavramını saymamaktadır); *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 502.

ev sahibi devletin bir yatırımcının meşru beklentilerine saygı göstermemesi, yalnızca standardın diğer yerleşik unsurlarının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken dikkate alınması gereken bir faktördür.³²⁸ CETA, meşru beklentiler konusunda, NAFTA mahkemelerinin çoğunluğu tarafından tercih edilen dar yaklaşımı açıkça benimsemiştir.

CETA m. 8.10(4) meşru beklentiler için, *Thunderbird v. Meksika* davasındaki hakem heyeti tarafından benimsenen dört unsurlu tanımı onaylamışlardır: “(1) ev sahibi devlet tarafından davranış veya beyanlarda bulunulmuş olmalıdır; (2) davacı yatırımını yapmak için bu davranış veya beyanlara güvenmiş olmalıdır; (3) davacının bu beyanlara olan güveni ‘makul’ olmalıdır; ve (4) ev sahibi devlet daha sonra bu beyanları inkar ederek yatırımcıya zarar vermelidir.”³²⁹

CETA m. 8.10(4) kısıtlayıcı ve niteleyici dili içermekte ve bir yatırımcıyı teşvik etmek için yapılan spesifik beyanlara atıfta bulunmaktadır. Ancak, bu hükümde eksik olan şey,³³⁰ ve hatta *Bilcon v. Kanada* davasındaki hakem heyeti tarafından da belirtilen,³³¹ davacının bu tür bir temsile güvenmesinin sadece yatırımcının öznel bakış açısından makul değil, nesnel olarak da makul olması gerektiği yönündeki temel gerekliliktir.

NAFTA mahkemeleri, meşru beklentilerin sadece yatırımcının yatırımını yaptığı tarihte ev sahibi devletin yabancı yatırımlara ilişkin mevcut iç mevzuatına dayandırılmayacağına belirtmiştir.³³² NAFTA içtihadının ayırt edici özelliği, CETA m. 8.9(2)’de açık bir şekilde bir tarafın, kanunlarında değişiklik yapmak da dahil olmak üzere, bir yatırımı olumsuz etkileyecek veya kar beklentileri de dahil olmak üzere bir yatırımcının beklentilerine müdahale edecek şekilde düzenleme yapması, bu bölüm kapsamındaki bir yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez şeklinde yansıtılmıştır.

³²⁸ *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 152.

³²⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, § 147.

³³⁰ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, § 147 (“makul ve haklı beklentilere” atıfta bulunarak); *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 621-2; *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 152.

³³¹ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 445, 455.

³³² *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § § 620, 766; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 153, 620; *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 619.

NAFTA yerine geçen USMCA meşru beklentileri açıkça AHM maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin dışında bırakmıştır.³³³

CETA m. 8.10 Tarafları yatırımcılara AHM standardının yanı sıra tam koruma ve güvenlik sağlamakla yükümlü kılmaktadır. CETA m. 8.10(5), bu yükümlülüğün sadece yatırımcıların fiziksel korunması ve güvenliği ile ilgili olduğunu eklemektedir. Amaç açıkça yatırımcılara istikrarlı bir yatırım ortamı sağlamak gibi hukuki korumayı hariç tutmaktır.³³⁴ Bu hüküm, çeşitli mahkemeler tarafından ortaya konmuş olan bu önemli ayrımı kodifiye etmektedir.

CETA m. 8.10.6, CETA'nın başka bir hükmünün ihlalinin veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlalinin AHM veya tam koruma ve güvenlik standartlarının ihlalini oluşturmayacağını açıklığa kavuşturmaktadır. Bu hüküm sadece bir mahkemenin, devletin davranışını CETA'da AHM ve tam koruma ve güvenlik kapsamında belirlenen koruma standartlarına göre değerlendirmesi gerektiğini teyit etmektedir. Buna göre, bir tedbir CETA'nın başka bir hükmüne veya başka bir uluslararası antlaşmaya uygun olmayabilir, ancak yine de AHM veya tam koruma ve güvenlik standardının ihlal edildiğine karar vermek için CETA tarafından belirlenen eşikleri karşılamayabilir.

CETA m. 8.10.7 bir devlet tarafından kabul edilen bir tedbirin kendi iç hukukuna aykırı olmasının tek başına onu AHM veya tam koruma ve güvenlik standardına aykırı hale getirmeyeceğini açıklığa kavuşturmaktadır. Tedbir, CETA'da belirtilen AHM ve Tam Koruma ve Güvenlik standartlarının ihlali anlamına gelmelidir. Ev sahibi devlet tarafından yapılan söz konusu davranış, iç hukuka göre yasal veya yasadışı olsun, AHM veya Tam Koruma ve Güvenlik kapsamındaki yükümlülüklerin ihlali anlamına gelebilecektir. CETA kapsamında uyuşmazlığa bakan mahkeme, ev sahibi devlet tarafından alınan tedbirlerin iç hukuka göre yasal olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olmayacaktır.³³⁵

³³³ USMCA, m. 14.6(4).

³³⁴ *Azurix v. Arjantin*, Nihai Karar, § 408.

³³⁵ CETA m. 8.31.2: “Mahkeme, işbu Antlaşmanın ihlalini teşkil ettiği iddia edilen bir tedbirin Taraflardan birinin iç hukukuna göre yasallığını belirleme yetkisine sahip olmayacaktır. Daha fazla kesinlik için, bir tedbirin bu Antlaşma ile tutarlılığını belirlerken, Mahkeme, uygun olduğu şekilde, bir Tarafın iç hukukunu bir gerçek meselesi olarak değerlendirebilir. Bunu yaparken, Mahkeme, söz konusu Tarafın mahkemeleri veya makamları tarafından iç hukuka verilen hakim yorumu takip edecek ve

Doktrinde bu maddenin, mahkemelerin AHM'yi geniş bir şekilde tanımlama takdirini sınırlamak için en uygun dili içerdiğini öne sürülmüştür.³³⁶ Teorik olarak, bir mahkemenin CETA m. 8.10'da belirtilen sıralamada yer alan belirli unsurlardan herhangi birine geniş bir yorum getirmesinin hala mümkün olduğu iddia edilebilir. Böyle bir ihtimalin olasılığı, CETA m. 8.10'da niteleyicilerin kullanılmasıyla (açık keyfilik, temel adil yargılanma ihlali) azalmaktadır. Günün sonunda, böyle bir sonucu daha az olası kılan şey, m. 8.10 CETA'da benimsenen yeni kısıtlayıcı dilden ziyade, daimi bir İlk Derece Mahkemesi ve bir Temyiz Mahkemesinin kurulmasıdır.³³⁷ Bu, her davada aynı hakemlerin karar vermesini sağlayacak ve böylece AHM standardına ilişkin daha tutarlı ve uyumlu bir içtihadı olanak tanıyacaktır. Ayrıca, CETA, AHM standardının içeriğinin CETA m. 8.31.3 uyarınca düzenli olarak gözden geçirilmesi imkanını getirmektedir: *“Yatırımları etkileyebilecek yorum meselelerine ilişkin ciddi endişelerin ortaya çıkması halinde, Hizmetler ve Yatırım Komitesi, m. 8.44.3(a) uyarınca, CETA Ortak Komitesi'ne bu Antlaşma'nın yorumlarının kabul edilmesini tavsiye edebilir. CETA Ortak Komitesi tarafından kabul edilen bir yorum, bu Bölüm kapsamında kurulan bir Mahkeme üzerinde bağlayıcı olacaktır. CETA Ortak Komitesi, bir yorumun belirli bir tarihten itibaren bağlayıcı etkiye sahip olacağına karar verebilir.”* Bu hüküm, tarafların kesin ve iyi tanımlanmış bir yatırım koruma standardını dahil etme çabalarının bir başka örneğini teşkil etmektedir. Taraflar, Ortak Yorumlayıcı Deklarasyonlarında, CETA'nın mahkemeler tarafından yanlış yorumlanmasını önlemek ve düzeltmek için böyle bir mekanizmayı kullanmayı taahhüt ettiklerini eklemiştir.³³⁸

Kanada ve AB tarafından CETA'da benimsenen yaklaşım, devletlerin, antlaşmalarındaki AHM hükmünü dar bir şekilde tanımlamalarının ve hakemlere sınırlı bir takdir marjı bırakmalarının tartışmasız en canlı göstergesidir.³³⁹ CETA'daki yaklaşım, AB tarafından imzalanan birçok antlaşmada takip edilmiştir.

Mahkeme tarafından iç hukuka verilen herhangi bir anlam, söz konusu Tarafın mahkemeleri veya makamları üzerinde bağlayıcı olmayacaktır.”

³³⁶ Patrick Dumberry, Art 8.10, Marc Bungenberg, August Reinisch, CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary, First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2022, s. 275.

³³⁷ CETA m. 8.27, 8.28.

³³⁸ Joint Interpretative Declaration on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, § 3.

³³⁹ Patrick Dumberry, Art 8.10, Marc Bungenberg, August Reinisch, CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary, First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2022, s. 276.

D. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırım Antlaşmalarındaki AHM Hükümleri

Türkiye'nin yatırım antlaşmalarında AHM ile ilgili yaklaşımı konusunda zaman içinde değişen bir yaklaşımı olduğu açıktır. Türkiye, AHM standardına antlaşma maddelerinde yer vermeyip sadece önsözde atıf yaptığı birçok yatırım antlaşması imzalamıştır. Ancak, son yıllarda Türkiye'nin daha detaylı AHM hükümlerine yer veren yatırım antlaşmaları imzaladığı gözlemlenmektedir. Türkiye-Bolivarcı Venezuela Cumhuriyet BIT (2023), her bir akit tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara, diğer akit tarafın ülkesinde adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukukun asgari muamele standartlarına uygun olarak her zaman muamele edileceğini belirtmiş ve AHM ihlali teşkil eden herhangi bir liste sunmamıştır.

Türkiye-Birleşik Arap Cumhuriyeti BIT (2023), her bir akit tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, diğer akit tarafın ülkesinde adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası teamül hukukunun asgari muamele standartlarına uygun olarak her zaman muamele edileceğini belirtip AHM ihlali teşkil eden örnekleri, “(a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddedilmesi; (b) adil yargılama sürecinin temelden ihlali; (c) açık keyfilik; (d) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelerle hedefli ayrımcılık; veya (e) zorlama, baskı ve taciz gibi yatırımcılara kötü muamele” şeklinde listelemiştir.

Türkiye-Sırbistan BIT (2022) her bir akit taraf devletin yatırımcılarının yatırımlarına, uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele ve diğer akit taraf devletin ülkesinde tam koruma ve güvenlik sağlayacağını belirtip AHM ihlali teşkil eden örnekleri, “(a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin yerine getirilmemesi; veya (b) adli ve idari işlemlerde adil yargılamanın temelden ihlali; veya (c) açık keyfilik; veya (d) cinsiyet, ırk veya din gibi açıkça yanlış temellere dayanan hedefli ayrımcılık inanç; veya (e) yatırımcılara baskı, zorlama ve taciz gibi kötü muamelede bulunulması” şeklinde listelemiştir.

Türkiye-Uruguay BIT (2022) her bir akit tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, diğer akit Tarafın ülkesinde adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası teamül hukuku asgari muamele standartlarına uygun muamele gösterileceğini belirtip, AHM'nin dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılanma ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü içerdiğini eklemiştir. Ayrıca, bir akit tarafın yatırımcının beklentileriyle uyuşmayan bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda yatırımda kayıp veya zarar meydana gelse dahi, bu maddenin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır.

Türkiye-Kongo Demokratik Cumhuriyeti BIT (2021), Türkiye-Burkina Faso BIT (2019), Türkiye-Kamboçya BIT (2018) ve Türkiye-Filistin BIT (2018) ise uluslararası hukukun asgari muamele standartlarına uygun olarak AHM standardına tabii tutulur ifadesi yer almaktadır. Ancak, şu ana kadar bahsedilen bu yatırım antlaşmaları henüz yürürlüğe girmemiştir.

Türkiye-Zambiya BIT (2018), her bir akit tarafın yatırımcılarının yatırımları, diğer akit tarafın ülkesinde her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenlik de dâhil olmak üzere, uluslararası hukukun asgari muamele standartlarına uygun bir muameleye tabi tutulacağı ifade edilerek asgari standarda vurgu yapılmıştır. Maddede herhangi bir liste sunulmamış ve detaylandırma yapılmamıştır.

Sonuç olarak, Türkiye, yatırım antlaşmalarında AHM hükmüne yer vermeyen veya sadece önsözde AHM standardına atıf yapan antlaşma pratiğinden uzaklaşarak, AHM standardını asgari standartla eş tutan ve bunu da liste ile detaylandıran bir yaklaşıma doğru geçiş yapmıştır.

IV. Daha Geniş Koruma Sağlayan Adil ve Hakkaniyetli Muamele Hükümü Tartışması

Daha iyi veya daha elverişli bir AHM hükmünün, tam olarak neyi ifade ettiğini belirlemek zor bir durumdur. Yukarda anlatıldığı üzere, AHM'ye ilişkin çeşitli formülasyonlar bulunmaktadır. Hakem heyetleri, AHM hükümlerinin kapsamına

ilişkin olarak hükümlerin kaleme alınış biçimlerine bağlı olarak farklı yorumlarda bulunmuşlardır. AHM hükümlerindeki yazım farklılıklarının, farklı içeriklerin yanı sıra farklı eşikler anlamına gelecek şekilde yorumlandığı da unutulmamalıdır. Bu nedenle, birçok hakem heyeti, niteliksiz veya tek başına bir AHM hükmünü uluslararası teamül hukukundan ayrılmış olarak yorumlamış ve bundan dolayı düşük bir sorumluluk eşiği ile sonuçlanabilecek ve devletin düzenleyici eyleminin ihlal edilmesi riskini beraberinde getiren adil ve hakkaniyete uygun terimlerinin düz anlamına odaklanmıştır.³⁴⁰ Bu durum, doktrinde birçok yazar tarafından kabul edilmiştir.³⁴¹ Ancak, bunun tersini savunanlar, standardın ortaya çıktığı bağlamlardaki farklılıkların, standardı yorumlayan mahkemeler açısından çok az fark yarattığını öne sürmüşlerdir.³⁴²

Yatırım tahkimi kararları arasında farklılıklar olsa da tek başına veya sınırlandırılmamış bir AHM hükmünün yabancı bir yatırımcıya en azından teoride uluslararası hukuk veya teamüllere göre asgari muamele standardı ile bağlantılı bir AHM hükmünden daha iyi yasal koruma sağladığını aşıkardır.³⁴³ Hakemlerin büyük bir çoğunluğu, niteliksiz bir AHM hükmünü özerk bir karaktere sahip olarak yorumlamış ve bu nedenle hükmün uluslararası asgari standarttan daha yüksek bir muamele standardı düzeyi sağladığı sonucuna ulaşmışlardır.³⁴⁴ Hakemlerin bağımsız AHM hükümlerini incelediği davalarda davacıların genel başarı oranı, standardın açıkça asgari standart ile bağlantılı olduğu AHM hükümlerini inceleyen davalara kıyasla çok daha yüksektir.³⁴⁵ Başka bir deyişle, niteliksiz bir AHM hükmünün ev sahibi devlete dayattığı muamele standardının seviyesi, teamül altında mevcut olandan daha kapsamlı olacaktır ve yabancı yatırımcılara daha fazla hak verilecektir.³⁴⁶ Ancak, bu yorum uluslararası teamül hukukunun sözde hızlı evriminin bir sonucu olarak uluslararası asgari standart kapsamında var olan yasal güvencelerin seviyesinin

³⁴⁰ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 22.

³⁴¹ Hussein Haeri, “A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law: The Gillis Wetter Prize”, *Arbitration International*, C. 27, S. 1, 2011, s. 42, doi:10.1093/arbitration/27.1.27; Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, s. 85.

³⁴² Vandevelde, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, s. 47.

³⁴³ Dumbery, “Shopping for a Better Deal”, 2017, s. 2.

³⁴⁴ *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan*, PCA Dava No. 2016-07, Karar, 21 Aralık 2020, § 1702.

³⁴⁵ Dumbery, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, s. 90.

³⁴⁶ Dumbery, “Shopping for a Better Deal”, 2017, s. 6.

niteliksiz bir AHM hükmü kapsamında sunulanlarla aynı olduğunun söylendiği yakınsama teorisini destekleyen yazarlar tarafından kabul edilmemektedir.³⁴⁷

A. Geniş Koruma Sağlayan Adil ve Hakkaniyet Muamele Hükmünün, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı Aracılığıyla Uygulanması

Son yıllarda, BIT'ler ve FTA'larda, AHM'nin teamül kapsamında uluslararası asgari standardına bir atıf olduğunu açıkça belirtmeye başlamıştır. Başka bir deyişle, devletler giderek daha kısıtlayıcı bir kapsama sahip AHM hükümleri içeren antlaşmalar kabul etmektedir.³⁴⁸ Devletlerin BIT'lerinde giderek daha kısıtlayıcı AHM hükümleri benimsemeleri nedeniyle "daha iyi" AHM hükümlerinin ithal edilmesi sorunu önem kazanmaktadır. Geniş kapsamlı bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kullanılması yoluyla, bir yatırımcının en son BIT'lerde giderek daha fazla bulunan kısıtlayıcı AHM hükümlerinden basitçe kaçınması sağlanabilmektedir.³⁴⁹ Bir yatırımcının daha eski bir BIT'de yer alan daha iyi bir özerk ve niteliksiz AHM hükmünden yararlanmasına, elbette temel antlaşmadaki en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün böyle bir ithalata izin verecek kadar geniş olması koşuluyla mümkündür.

Yatırım tahkimi kararlarında da bu durum tartışılmıştır. *MTD v. Şili* davası, Malezyalı bir yatırımcının Santiago şehri yakınlarında tarımsal kullanıma ayrılmış bir bölgede bir şehir inşa etme planıyla ilgiliydi. Temel mesele yatırımcının sözleşmesi için gerekli olan imar kanunlarında değişiklik yapılması gerekliliği ile ilgiliydi. Davacılar, Şili ve Malezya arasındaki 1992 tarihli BIT'de (temel antlaşma) yer alan en çok gözetilen ulus kaydı maddesi aracılığıyla, Şili-Danimarka BIT'si (1993) ve Şili-Hırvatistan BIT'sinin (1994) "bir Akit Taraf kendi topraklarında bir yatırımı kabul ettiğinde, kendi yasa ve yönetmeliklerine uygun olarak gerekli izinleri verecektir" şeklindeki hükümlerine başvurmuşlardır.³⁵⁰ Bu BIT'ler, yetkililerin onay ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini takiben gerekli izinleri vermesini gerektirmektedir. Bu nedenle davacılar, bu antlaşmalarda yer alan hükümlerin Şili-Malezya BIT'sinde mevcut olandan daha iyi bir AHM koruması

³⁴⁷ Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, s. 288.

³⁴⁸ Dumbery, "Shopping for a better deal", 2017, s. 10.

³⁴⁹ a.g.e., s. 11.

³⁵⁰ *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v. Şili*, ICSID Dava No. ARB/01/7, Karar, 25 Mayıs 2004, § 197.

sağladığını ileri sürmüşlerdir çünkü 1992 tarihli Şili ve Malezya yatırım antlaşmasındaki AHM maddesi izin konusunda sessiz kalmıştır. Hakem heyeti, “104. *Mahkeme, BIT kapsamında, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının, BIT’nin yatırımları koruma ve yatırımlar için elverişli koşullar yaratma amacını gerçekleştirmeye en elverişli şekilde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, Danimarka BIT m. 3(1) ve Hırvatistan BIT m. 3(3) ve (4)’te yer alanların BIT’nin korumalarının bir parçası olarak dahil edilmesinin bu amaçla uyumlu olduğu görüşündedir*”³⁵¹ sonucuna ulaşarak bu iki maddenin Şili-Malezya BIT’inde bulunandan daha iyi bir AHM koruması sağladığını belirtmiştir. Hakem heyeti bunu yaparken, en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün geniş kapsamlı şekilde olmasını gerektiğini de belirtmiştir.³⁵² Aynı zamanda ilgili temel BIT kapsamındaki AHM maddesi, en çok gözetilen ulus kaydı muamelesi ile bağlantılıdır. Şili Malezya BIT (1992) m. 3(1): “*Akit Taraflardan birinin yatırımcıları tarafından diğer Akit Tarafın ülkesinde yapılan yatırımlar, adil ve hakkaniyete uygun ve herhangi bir üçüncü devletin yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara tanınandan daha az elverişli olmayan bir muameleye tabi tutulacaktır*” şeklindedir. Böyle bir madde kapsamında, bir yatırımcının temel antlaşma kapsamında hak kazandığı AHM koruma standardı, davalı devletin diğer devletlerle imzaladığı diğer antlaşmalar kapsamında mevcut olan AHM korumasına atıfta bulunularak açıkça belirlenmektedir.³⁵³

Bir diğer dava, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan* davasıdır. Bu dava, bir Rus vatandaşı ve iki Rus şirketi tarafından Moğolistan’a karşı, bir AHM maddesi ve aşağıdaki gibi bir en çok gözetilen ulus kaydı maddesi içeren Moğolistan-Rusya BIT kapsamında yapılan bir taleple ilgilidir. Davacılar ABD-Moğolistan BIT ve Danimarka-Moğolistan BIT’inde yer alan AHM’ye ilişkin daha geniş hükümlerin uygulanmasını talep etmiştir.³⁵⁴ Hakem heyeti, temel antlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün ABD-Moğolistan BIT’si ve Danimarka-Moğolistan BIT’inde yer alan

³⁵¹ *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v. Şili*, Karar, § 104.

³⁵² *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v. Şili*, Karar, § 204.

³⁵³ *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v. Şili*, ICSID Dava No. ARB/01/7, İptal Kararı, 21 Mart 2007, § 64: “*Madde 3(1)’deki en çok kayırlan ülke hükmü, yalnızca adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı kapsamına girdiği düşünülebilen üçüncü devlet yatırımlarına daha elverişli muamele seviyelerini çekmekle sınırlı değildir. m. 3(1) üçüncü devlet yatırımlarına sağlanan her türlü daha elverişli muameleyi çeker ve bunu koşulsuz olarak yapar.*”

³⁵⁴ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan*, UNCITRAL, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kararlar, 28 Nisan 2011, § 242

daha geniş hükümlerin bu antlaşmaya entegre edilmesine izin verdiğini belirtmiştir.³⁵⁵ Hakem heyeti, temel antlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kapsamını açıklamış ve bu kapsamda maddi hakların genişletilmesinin AHM ile sınırlı olduğunu belirtmiş, “*Antlaşma, m. 3(2)’de yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmüne verilecek yorum konusunda oldukça açıktır: bu hükmün izin verdiği maddi hakların genişletilmesi yalnızca adil ve hakkaniyete uygun muamele ile ilgili m. 3(1) ile ilgilidir. Moğolistan ile başka bir devlet arasında adil ve hakkaniyete uygun muameleye ilişkin daha cömert bir hüküm öngören başka bir BIT varsa, Antlaşma kapsamındaki bir yatırımcının buna başvurma hakkı vardır*” sonucuna ulaşmıştır.³⁵⁶ Hakem heyeti, bir BIT’de, AHM tanımının temel antlaşmadakinden daha geniş terimlerle yazılan bir hükmün, temel antlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kapsamına gireceği belirtip, sonuç olarak Danimarka-Moğolistan BIT’deki AHM’ye atıfta bulunmuştur.³⁵⁷

Bayindir v. Pakistan davası, giriş bölümünde AHM standardına atıfta bulunulmasına rağmen, antlaşmanın ana metninde bir AHM standardı içermeyen Pakistan-Türkiye BIT’i ile ilgilidir. Hakem heyeti, ilk olarak, giriş bölümünde AHM’ye yapılan atfın bir AHM yükümlülüğü getirdiği şeklinde yorumlanamayacağını kabul etmiştir.³⁵⁸ Asıl soru, yatırımcının Pakistan-Türkiye BIT’inde yer alan en çok gözetilen ulus kaydı maddesi aracılığıyla, Pakistan’ın akdettiği diğer BIT’lerde yer alan AHM yükümlülüğüne dayanma hakkına sahip olup olmadığıydı.³⁵⁹ Hakem heyeti, Pakistan’ın Türk vatandaşlarının yatırımlarına adil ve hakkaniyetli davranmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır.³⁶⁰ Hakem heyeti, 2009 tarihli nihai kararında, en çok gözetilen ulus kaydı hükmü yoluyla AHM yükümlülüğünün ithal edilmesi konusunu daha da detaylandırmıştır. Pakistan, böyle bir ithalata, başka bir BIT’den AHM hükmünün ithal edilmesinin, ancak antlaşmanın imzalanması sırasında akit tarafların niyeti tarafından hariç tutulmadığı takdirde mümkün olduğu ve bu durumda Türkiye ve Pakistan’ın kasıtlı olarak antlaşmaya bir AHM hükmü

³⁵⁵ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kararlar, § 254.

³⁵⁶ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kararlar, § 570.

³⁵⁷ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kararlar, § 571.

³⁵⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, ICSID No ARB/03/29, Yetki Kararı, 14 Kasım 2005, § 229.

³⁵⁹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Yetki Kararı, § 230.

³⁶⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Yetki Kararı, § 232.

eklememeye karar verdikleri ölçüde niyetin açıkça AHM standardını hariç tutmak olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir.³⁶¹ Hakem heyeti, giriş bölümünde AHM'ye atıfta bulunulmasına rağmen yatırım antlaşmasının maddeleri içinde bir AHM hükmünün bulunmamasının, Türkiye ve Pakistan'ın antlaşmaya bir AHM yükümlülüğü ekleme niyetinin olmadığını düşündürebileceğini belirtmiştir.³⁶² Ancak, hakem heyeti, “*Madde II(2)’de [en çok gözetilen ulus kaydı hükmü] kullanılan kelimelerin olağan anlamının, m. II(4)’te öngörülen sınırlamalarla birlikte, Antlaşma taraflarının üçüncü ülkelerin yatırımcılarına tanınan daha elverişli bir maddi muamele standardının ithal edilmesini dışlama niyetinde olmadıklarını gösterdiği*” sonucuna varmıştır.³⁶³ Sonuç olarak, Pakistan-İsviçre BIT m. 4 mevcut davada uygulanabilir AHM standardı olarak kullanılması gerektiği sonucuna varmıştır.³⁶⁴

Bir NAFTA mahkemesi olan *Pope & Talbot v. Kanada* davasında, hakem heyeti, 2001 yılında verdiği kararda, tartışmalı bir şekilde, m. 1105 uyarınca, NAFTA ülkelerinden yatırımcıların asgari standarda ek hakkaniyet unsurları olarak adlandırılan korumaya hak kazandıklarına karar vermiştir.³⁶⁵ Hakem heyeti tarafından öne sürülen nedenlerden biri, NAFTA Taraflarının m. 1105 ile birbirlerinin yatırımcılarına ve yatırımlarına, NAFTA Üyeleri arasında geçerli olan kadar yakın bir ilişkiyi paylaşmadıkları, diğer ülkelerin yabancı yatırımcılarına BIT’lerde fiilen tanınandan daha sınırlı bir koruma sağlamayı amaçlamış olmalarının temelde mümkün olmamasıydı.³⁶⁶ Hakem heyeti, NAFTA Taraflarının diğer NAFTA ülkelerinden potansiyel yatırımcılara ve yatırımlara, kabul edilemez derecede adil olmayan davranışlar dışında herhangi bir şeye karşı korunmaya başvuramayacakları ihtimalini sunmak isteyeceklerinin şüpheli olduğu görüşündedir.³⁶⁷ Hakem heyeti m. 1105. yorumlamasına ilişkin aşağıdaki pratik sebepten bahsetmiştir: “*Belirtildiği üzere, bu hükmün aksi görüşü, NAFTA yatırımcılarına, ev sahibi devlet yatırımcılarına ve yatırımlarına ve bir NAFTA tarafı ile BIT imzalamış olan ülkelere gelenlere tanınandan daha sınırlı bir kanunlara, düzenlemelere ve idareye itiraz hakkı sağlayacaktır. Bu durum, her NAFTA yatırımcısına ve yatırımına ulusal ve en çok*

³⁶¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 150.

³⁶² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 153.

³⁶³ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 157.

³⁶⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 167.

³⁶⁵ *Pope ve Talbot v. Kanada*, 2. Aşamanın Esaslarına İlişkin Karar, § 110.

³⁶⁶ *Pope ve Talbot v. Kanada*, 2. Aşamanın Esaslarına İlişkin Karar, § 115.

³⁶⁷ *Pope ve Talbot v. Kanada*, 2. Aşamanın Esaslarına İlişkin Karar, § 116.

*kayrılan ulus muamelesi hakkı tanıyan 1102 ve 1103. Maddelere kesinlikle aykırı olacaktır. Kanada'nın 1105. maddeye ekleyeceği "kabul edilemez" davranış eşiği tarafından engellenmeyen adalet unsurlarına erişimi reddedilecek olan NAFTA yatırımcıları ve yatırımları, rahatlamak için 1102. ve 1103. maddelere başvuracaklardır."*³⁶⁸

Pope & Talbot v. Kanada davasında, hakem heyeti, m. 1105'nin asgari standardı öngördüğü şeklinde yorumlayacak olursa, ABD'li bir yatırımcının, Kanada'nın diğer devletlerle imzaladığı BIT'lerden herhangi birinde bulunan daha iyi bir AHM hükmünden (yatırımcıların asgari standart korumasına ek olarak adalet unsurları aldığı bir hüküm) yararlanmak için m. 1103'e başvurabileceğini düşünmüştür. Ancak, hakem heyeti, davacının m. 1103 kapsamındaki talebini geri çekmiş olması gibi basit bir nedenden ötürü, kendi gerekçesini davanın gerçeklerine uygulamak zorunda kalmamıştır. Hakem heyeti, 2002 yılında verdiği müteakip kararında, m. 1103'ün, m. 1105 kapsamındaki AHM standardı üzerindeki etkisini daha fazla tartışmamış, sadece daha önceki kararında aldığı pozisyonu tekrarlamıştır: *"Kısaca, Mahkeme, 1105. Maddenin aksini ima eden diline rağmen, NAFTA yatırımcılarına adil ve hakkaniyete uygun muamele gerekliliğinin, uluslararası hukukun gerektirdiği muameleye tabi tutulma gerekliliğinden bağımsız olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu yorumun üç nedenden dolayı zorunlu olduğuna inanmıştır... Bu antlaşmalara [yani NAFTA Taraflarının diğer devletlerle imzaladığı BIT'lere] taraf olan ülkelerin yatırımcıları, uluslararası hukukun doğasında olabilecek herhangi bir sınırlamaya bakılmaksızın adil ve hakkaniyete uygun muamele hakkına sahip olduklarından, NAFTA yatırımcıları da 1103. Maddenin en çok kayrılan ulus hükümleri kapsamında aynı hakları talep edebilirler. Sonuç olarak, Mahkeme bu hakların m. 1105 uyarınca reddedilmesinin, ancak m. 1103 uyarınca yeniden canlandırılmasının bir anlamı olmayacağı sonucuna varmıştır."*³⁶⁹

Pope & Talbot v. Kanada kararı, NAFTA kapsamında ilk kez bir mahkemenin diğer antlaşmalarda daha iyi bir AHM koruması elde etmek için en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin kullanılmasını en azından prensip olarak onaylaması bakımından önemlidir. Ancak, şimdiye kadar hiçbir NAFTA mahkemesi, bir yatırımcının ev sahibi

³⁶⁸ *Pope ve Talbot v. Kanada*, 2. Aşamanın Esaslarına İlişkin Karar, § 117.

³⁶⁹ *Pope and Talbot Inc. v. Kanada*, UNCITRAL, Tazminata İlişkin Karar, 31 Mayıs 2002, § 9.

devletler tarafından girilen diğer antlaşmalarda bulunan daha iyi AHM muamelesinden faydalanmak için m. 1103'ü kullanmasına izin vermemiştir.³⁷⁰ Hakemler, davacılar tarafından diğer BIT'lerde böyle daha iyi bir muamelenin varlığına ikna olmamıştır, bunun da temel nedeni asgari standart ile AHM'yi eşitleyen NAFTA m. 1105 hükmüdür.

Sonuç olarak, hakem kararları temel antlaşmadan daha iyi bir AHM hükmü ithalin, eğer en çok gözetilen ulus kaydı hükmü buna izin verir mahiyette ise, onayladığı gözlemlenmektedir. Uyuşmazlıklarda AHM ithali için bakılması gereken önemli kriterler temel yatırım antlaşmasındaki AHM ve en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin tanımlanma şekilleri ve özellikleridir.³⁷¹ NAFTA kapsamında *Pope Talbot v. Kanada* davasında, hakem heyeti, böyle bir ithali prensipte onayladığını belirtmiştir. en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla AHM ithaline izin verilmeyen NAFTA mahkemelerinin çoğunluğu, NAFTA m. 1105 ve davacılar tarafından atıfta bulunulan BIT'lerde yer alan AHM hükümleri uyarınca muamele düzeyinin aynı olması nedeniyle bu ithalatın gerçekleşmeyeceğine karar vermiştir.³⁷²

B. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı Hükümünün Uygulanmasına İlişkin Sorunlar

En çok gözetilen ulus kaydı hükmünün, AHM standardı bağlamında somut olarak uygulanmasının, hangi AHM'nin daha iyi ya da elverişli olduğu noktasında, AHM'nin farklı formasyonları arasındaki herhangi bir potansiyel farkın muhtemelen tartışmalı olacağı da unutulmamalıdır.³⁷³ en çok gözetilen ulus kaydı hükümleri genel olarak daha elverişli maddi kuralları ve özellikle maddi kuralların daha elverişli kısımlarını içermek için uygulanabilir olsa da içtihat hukuku tarafından geliştirilen kriterlere kolayca uygulanabilir görünmemektedir. Elverişlilik kriteri, ancak konu daha fazla ve daha az elverişlilik kıstasında karşılaştırılabiliriyorsa uygulanabilir.³⁷⁴

³⁷⁰ William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 730; ADF v. ABD, Karar, § 194-8; Chemtura Corporation (eski adıyla Crompton Corporation) v. Kanada Hükümeti, PCA Dava No. 2008-01, Karar, 2 Ağustos 2010, § 234-6.

³⁷¹ Patrick Dumbery, "The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 32, S. 1, 2017, s. 127, doi:10.1093/icsidreview/siw012.

³⁷² Patrick Dumbery, 'The Importation of 'Better' Fair and Equitable Treatment Standard Protection Through MFN Clauses: An analysis of NAFTA Article 1103', 2016, Transnational Dispute Management, s. 13-4.

³⁷³ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 261.

³⁷⁴ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 134.

AHM hükümlerinin şekil kriterleri hem devletten daha fazla şeffaflık talep edebilir hem de makul yatırımcıya daha fazla özen yükümlülüğü yükleyebilir, usul güvenceleri adalete erişim için etkili bir rejimin kurulmasını gerektirebilir ve bu durumlar tüm davranışların dengelenmesi için net ayrımlar yapmayı daha da zorlaştırır.³⁷⁵ Kriterlerin varlığının, içeriğinin ve aralarındaki ilişkinin tartışmalı olmasının, bunların daha fazla ve daha az elverişli olma açısından anlamlı bir şekilde karşılaştırılmasını ve dolayısıyla en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerine dahil edilmesini engellediği iddia edilebilir. Sonuç olarak, AHM'ye ilişkin daha ayrıntılı kuralların elverişlilik ölçeğinde ele alınması mümkün olmakla birlikte, bu argümanın içtihat yoluyla gerçek olaylara uygulanmasında birtakım zorluklar bulunmaktadır.³⁷⁶

Antlaşma uygulamaları, antlaşmalarına bir AHM yükümlülüğü veya buna ilişkin bir atıf eklemeyen ülkelerin, bu koruma standardına maruz kalmamak için bunu kasıtlı olarak yaptıklarını göstermektedir. Buna göre, en çok gözetilen ulus kaydı hükmü aracılığıyla başka bir yatırım antlaşmasından bir AHM hükmünün getirilmesi dikkatli bir şekilde yapılmalı ve tarafların açık niyeti dikkate alınmalıdır.³⁷⁷ Eğer bir devlet yeni veya yeniden müzakere edilen bir yatırım antlaşmasında yeni bir AHM dili kullanırsa veya mevcut bir yatırım antlaşmasını tadil ederse, yatırım tahkimi davalarındaki bir davacı yeni yatırım antlaşmasının en çok gözetilen ulus kaydı maddesine başvurarak daha önceki bir antlaşmadan daha elverişli bir AHM hükmünü, örneğin nitelsiz bir AHM yükümlülüğünü ithal edebilir. Bu sonuçtan kaçınmak için, devletler, yeni antlaşmadaki en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün ifadesini buna göre uyarlamak isteyebilir, yani daha önceki antlaşmalardan ve hatta arzu edilirse sonraki yatırım antlaşmalarından maddi korumaların ithal edilmesi olasılığını dışlayabilir.³⁷⁸

Önemli bir itiraz ise devletlerin BIT'lerinden kasıtlı olarak bir AHM hükmünü çıkarmış oldukları varsayılması sebebiyle niyetlerinin de en çok gözetilen ulus kaydı hükmü aracılığıyla bertaraf edilmemesi gerektiğidir. Ancak, bu durumda dahi BIT'lerinden kasıtlı olarak bir AHM hükmünü çıkarmış oldukları varsayılan tarafların, bu koruma standardının ithal edilmesini önlemek için en çok gözetilen ulus kaydı

³⁷⁵ *GAMI Investments v. Meksika*, UNCITRAL, Nihai Karar, 15 Kasım 2004, 13 ICSID Rep 147, § 97.

³⁷⁶ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 135.

³⁷⁷ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, s. 102.

³⁷⁸ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, s. 107-9.

hükümünü de neden buna uygun olarak kaleme almamış olmadıkları sorusu ortaya çıkacaktır. Doğal olarak, tarafların AHM korumasının hariç tutulmasına ilişkin farazi niyetlerine bakılmaksızın, kısıtlama içermeyen geniş bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmüne tam etki verilmesi daha kabul edilebilirdir.³⁷⁹ Devletler, AHM koruma standardını temel antlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kapsamı dışında bırakma yönündeki açık niyetlerinin olduğuna dair sağlam ve ikna edici kanıtlar ortaya koymadığı sürece farazi bir niyet değerlendirmesi yapılmamalıdır.³⁸⁰

BIT’lerin tarafları AHM ithaline izin vermemek için en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün uygulama alanını sınırlamakta serbesttirler.³⁸¹ Devletler, en çok gözetilen ulus muamelesi hükmünün istenmeyen uluslararası yükümlülüklerle yol açabileceğinin farkında olması sebebiyle antlaşmalarında yer vermemek dahil olmak üzere seçeneklere sahiptir.³⁸² Dolayısıyla, eğer niyetleri dar bir AHM hükmü kabul etmekse, diğer antlaşmalardan daha cömert AHM hükümlerinin ithal edilmesini açıkça önlemek için en çok gözetilen ulus kaydı hükmünü buna göre hazırlamalıdır. Bazı devletler bunu yapmıştır. Kanada Model BIT’i (2004), yatırımcıların Kanada tarafından akdedilmiş veya imzalanmış diğer mevcut BIT’ler kapsamında daha iyi muamele görmek için en çok gözetilen ulus kaydı maddesine başvurmalarını açıkça engellemektedir.³⁸³ AB-Kanada CETA’da daha dar bir en çok gözetilen ulus kaydı maddesi bulunmaktadır, bu hüküm uyarınca bir yatırımcı, CETA’da yer alan en çok gözetilen ulus kaydı maddesini, diğer antlaşmalarda (hem geçmişte hem de gelecekte) bulunan daha iyi bir AHM maddesinin avantajını talep etmek için kullanamaz.³⁸⁴ Bir başka örnekte, Hindistan Model BIT (2015) taslağı AHM standardına hiç atıfta bulunmamakta, bunun yerine genellikle teamül kapsamında uluslararası asgari standardının bir parçası olarak kabul edilen bir dizi unsura karşı koruma sağlamak ve bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmü içermemektedir.

³⁷⁹ Dumbery, “The Importation of the FET Standard through MFN Clauses”, s. 129.

³⁸⁰ Dumbery, “The Importation of the FET Standard through MFN Clauses”, s. 130.

³⁸¹ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 107 ve devamı taslak seçenekler.

³⁸² Pia Acconci, “Most-Favoured-Nation Treatment”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, Oxford University Press, 2008, s. 404, doi:10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0010.

³⁸³ Ek III’ün “En Çok Kayrılan Ülke Muamelesinden İstisnalar” başlıklı m. 1: “*Madde 4 [en çok gözetilen ulus kaydı hükmü], işbu Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce imzalanmış veya yürürlükte olan tüm ikili veya çok taraflı uluslararası antlaşmalar kapsamında sağlanan muameleye uygulanmayacaktır.*”

³⁸⁴ CETA m. 8.7.

Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda BIT'i bir AHM hükmü içermemektedir, ancak yine de bu antlaşmaların girişinde AHM standardına atıfta bulunmaktadır. Öte yandan Türkiye BIT'leri, AHM korumasına uygulanmalarını hariç tutmayan geniş kapsamlı en çok gözetilen ulus kaydı hükümleri içermektedir. Bu sebeple, en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla AHM yükümlülüğü ithali doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Türkiye, AHM standardına imzaladığı antlaşmalarında birçok kez yer vermemesine rağmen, en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla ithaline sınırlama getirmemesi antlaşma yapma pratiği açısından eleştiriye açıktır.

Sonuç olarak, en çok gözetilen ulus kaydı hükmüne dayanılarak sağlanacak AHM koruması için, en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün bu tür bir ithalata izin verecek şekilde olması gerekmektedir. İçtihat hukukunda bu duruma izin verildiği, hakem heyetlerinin, en çok gözetilen ulus kaydı hükümleri yoluyla AHM korumasının ithal edilmesini kabul ettiği gözükmemektedir.³⁸⁵ Aynı zamanda, sadece AHM hükmü bulunmaması durumunda değil, daha iyi bir AHM hükmü koruması için de en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kullanılabileceği kabul edilmektedir. Daha iyi AHM hükümlerinin ithal edilmesi sorununun bugünlerde özellikle önemli olmasının nedeni, devletlerin giderek artan bir şekilde kısıtlayıcı bir kapsama sahip AHM hükümleri içeren antlaşmaları kabul etmeleridir. Bu sebeple, yeni antlaşmadaki en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün böyle bir ithalata izin verecek kadar geniş olması koşuluyla, bir yatırımcının eski bir BIT'de yer alan daha iyi bir bağımsız AHM hükmünden yararlanmasına izin verilmesi gerekmektedir.³⁸⁶ Yatırım tahkimi hakem heyetleri, bir en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün kullanılması yoluyla bir yatırımcının ev sahibi devlet tarafından akdedilen başka bir antlaşmada yer alan daha iyi maddi haklar elde edebileceğini çok eskiden beri kabul etmektedir.³⁸⁷

³⁸⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A S v. Pakistan*, Karar, §148 ve devamı; *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar; *ATA Construction, Industrial and Trading Co v. Ürdün*, ICSID Dava No. ARB/08/2, Karar, 18 Mayıs 2010; *LESI SpA and ASTALDI SpA v. Cezayir*, ICSID Dava No. ARB/05/3, Karar, 12 Kasım 2008; Daha kısıtlayıcı bir yaklaşım *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan*, ICSID Dava No. ARB/10/24, Karar, 8 Mart 2016, § 326.

³⁸⁶ Patrick Dumberry, "Shopping for a Better Deal: The Use Of MFN Clauses To Get 'Better' Fair and Equitable Treatment Protection", *Arbitration International*, C. 33, S. 1, 2017, s. 2, doi:10.1093/arbint/aiw036.

³⁸⁷ *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*, ICSID Dava No. ARB/ 87/3, Nihai Karar, 27 Haziran 1990, § 43.

İKİNCİ BÖLÜM: ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE STANDARDININ ÖZELLİKLERİ

Adil ve hakkaniyetli muamele, en çok dava konusu olan maddi koruma standartlarından biridir. 2000’li yılların başından itibaren yatırımcılar, yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında AHM hükümlerine aktif olarak başvurmaya başlamıştır. Klager, *“Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin neredeyse boş bir ifadeden birkaç yıl içinde bu kadar potansiyel genişliğe sahip bir yükümlülüğe dönüşmesinin hem büyüleyici hem de şaşırtıcı olduğunu”*³⁸⁸ belirtmiştir.

AHM hükmüne başvurmanın popülerliği, yatırım antlaşması paydaşlarının karşılaştığı zorlukları artırmakta ve kalkınma ile egemenlikle ilgili bir dizi kilit konunun tartışmasını yoğunlaştırmaktadır. AHM ile ilgili temel sorunlar; AHM standardının hakem heyetleri tarafından geniş yorumlanması, ne tür eylemlerin bu standardı ihlal edeceğine dair öngörülebilirliğin olmaması, AHM standardı kapsamında sorumluluk eşliğinin belirsizliği ve incelenmekte olan idari veya hükûmet kararından etkilenen özel ve kamusal çıkarlar arasında yetersiz bir denge kurulması potansiyelidir.³⁸⁹

AHM’nin niteliğine ilişkin tespitlere Reisman’ın ikili ayırımına atıf yaparak başlanabilir. İlk olarak, iki tür kural vardır. Kuralların bir türü, nihai kural uygulayıcısına takdir yetkisinin en sınırlı kullanımını aktaran ve bunları uygulamakla görevli olanlara açık bir ölçütle uyumu doğrulamaktan başka bir şey yapma yetkisi vermeyen doğrulama kurallarıdır. Kuralları uygulamakla görevli kişinin başvurabileceği olgusal ve normatif evren, hiçbir hakkaniyet, eşitlik, adalet, asgari düzen, verimlilik ve hatta sağduyu gibi genel değerlendirici kavramları içermeyen birkaç açık değişkenle sınırlıdır.³⁹⁰ Buna karşın, değerlendirme kuralları olarak adlandırabileceğimiz kurallar ise belli bir genellik düzeyinde ifade edilen bir hedef belirlerler. Hem değerlendirme hem de doğrulama kuralları yargı içerir, ancak bu yargı kapsam ve metodoloji açısından çok farklıdır. Değerlendirme kuralları metinsel

³⁸⁸ Roland Klager, “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, **Journal of World Investment & Trade**, C. 11, S. 3, 2010, s. 443.

³⁸⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, ss. 10-11.

³⁹⁰ W. Michael Reisman, “Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 30, S. 3, 2015, s. 617, doi:10.1093/icsidreview/siv034.

metodolojilerin yanı sıra potansiyel olarak geniş kapsamlı bağlamsal metodolojileri de ithal eder.³⁹¹

Bir değerlendirme kuralının doğasında yeniden değerlendirme potansiyelini muhafaza etmek vardır. Uluslararası yatırım hukuku gibi emsallere bağlılıktan yoksun olan bir sistemde, değerlendirme kurallarının uygulanması, özellikle de değişkenleri popüler ahlaki veya etik anlayışlara atıfta bulunanlar, değişime özellikle yatkındır.³⁹² Değerlendirme kuralları, her uygulama örneği onları farklı bağlamlarda yeniden somutlaştırdığından, AHM ve uluslararası asgari standart gibi kurallar sosyal, ekonomik, teknolojik, ahlaki ve etik değişkenler değiştikçe evrim geçirmekten kaçınamaz.³⁹³

Hem uluslararası asgari standart hem de AHM bir devletin bir yabancıya karşı gerçekleştirdiği aynı türden eylemlerle ilgili olabilecek değerlendirme kurallarıdır. Bununla birlikte, aralarında farklar bulunmaktadır. Uluslararası teamül hukuku asgari standardı tüm yabancılar için geçerliyken, AHM yalnızca belirli bir yabancı kategorisi için geçerlidir. AHM koruması antlaşma temellidir ve bu korumayı sağlayan ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmasından birine taraf olan bir devletin vatandaşı olan yatırımcıları yararlanabilir.³⁹⁴

Uluslararası teamül hukukunun bir parçası ve özellikle de bir değerlendirme kuralı olarak uluslararası asgari standardının, devlet uygulaması ve içtihadı değiştikçe değişip gelişebilen bir kavram olduğu öne sürülmektedir.³⁹⁵ Hollin Dickerson, asgari standarda ilişkin olarak, *“Uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi olarak, uluslararası asgari standardın içeriği zaman içinde gelişmeye ve değişmeye devam edecektir... Standardın içeriği, yabancı yatırım alanında bir hukukun üstünlüğünü tesis etmeyi taahhüt eden ICSID de dahil olmak üzere, uyuşmazlık çözüm süreci yoluyla oluşturulmaya devam edecektir”*³⁹⁶ değerlendirmesini yapmıştır. Bu sebeple, NAFTA FTC yorumundaki temel sorun, AHM’nin yerine uluslararası asgari standardını koyma

³⁹¹ Reisman, “Canute Confronts the Tide”, s. 617.

³⁹² Reisman, “Canute Confronts the Tide”, s. 618.

³⁹³ Reisman, “Canute Confronts the Tide”, s. 618.

³⁹⁴ Reisman, “Canute Confronts the Tide”, s. 624.

³⁹⁵ Reisman, “Canute Confronts the Tide”, s. 625.

³⁹⁶ Hollin Dickerson, Minimum Standards, ‘Customary International Law’ in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP 2012) § 23.2

çabasının, bir değerlendirme kuralını diğer bir değerlendirme kuralıyla değiştirmiş olmasıdır.³⁹⁷ Reisman'ın önermesinden, yani AHM'nin bir değerlendirme kuralı/genel ilke olarak doğasının, unsurlarının tanımlanmasına yönelik her türlü girişimin eksik olacağı yorumunu çıkarmaktadır.³⁹⁸

Reisman'ın görüşleri eleştiriye açıktır. Önermelerine gelince, doğrulama kuralları ile değerlendirme kuralları arasındaki ayrımın, hukuk teorisinde kök salmış olan kurallar ile ilkeler arasındaki ayrımı ifade etmektedir.³⁹⁹ Reisman'ın önermesinin sonucu, yani AHM'nin bir değerlendirme kuralı/genel ilke olarak doğasının, unsurlarının tanımlanmasına yönelik her türlü çabayı anlamsız kılacağı fikri pek kabul edilebilir değildir. Hiç şüphesiz AHM, devlet uygulamaları değişikçe değişebilen, evrim geçiren bir kavramdır, ancak bu durum, standardın içeriğinin kavranmasını tamamen engellemeyecektir.⁴⁰⁰

AHM'nin modern uluslararası yatırım hukukunda merkezi bir yer edinmesini sağlayan üç unsur bulunmaktadır: muğlaklık, esneklik ve her yerde bulunma. AHM hükümleri, uluslararası yatırım antlaşmalarında neredeyse her yerde bulunur hale gelmiştir ve hakem heyetleri tarafından düzenli olarak uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmektedir. AHM, ev sahibi devletlerin egemenlik yetkilerini kullanmalarını engelleyerek ulusal mahkemeleri, idari organları ve hatta yasa koyucuları sınırlandırmaktadırlar. Yatırım tahkimi içtihatlarında AHM hükmüne verilen kapsam fazlasıyla geniştir. AHM standardı, uluslararası hukuk sisteminin daha geniş bağlamında, bu sistemin anayasallığı fikri aracılığıyla kendine uygun bir yer bulmakta ve bu da uluslararası yatırım hukukunda bir adalet söylemi olarak AHM aracılığıyla geliştirilmektedir.⁴⁰¹ AHM standardı, hakemlere hükûmetin gayrimeşru davranışlarını engelleme imkanı verirken, aynı zamanda AHM kapsamındaki çeşitli taleplerin, dünyadaki hiçbir devletin hiçbir zaman garanti edemeyeceği bir iyi yönetim ideali dayatma riski de yadsınamaz.⁴⁰²

³⁹⁷ Reisman, "Canute Confronts the Tide", s. 626.

³⁹⁸ Reisman, "Canute Confronts the Tide", ss. 633-4.

³⁹⁹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 21.

⁴⁰⁰ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 22.

⁴⁰¹ Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, ss. 310-16.

⁴⁰² M. Jacob, S. W. B. Schill, **Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method**, Baden-BadenNomos, 2015, ss. 761-62.

Bu başlık altında, AHM standardının mutlak bir standart olma özelliği ve kümülatif etki ile de AHM ihlali olabileceği değerlendirilecektir. Aynı zamanda, standardın muğlak ve esnek niteliklere sahip olmasının sonuçları incelenecektir. Son olarak, standardın teamül niteliğine haiz olup olmadığı tartışılacaktır.

I. Mutlaklık

AHM, uluslararası hukuk tarafından yönetilen ve ev sahibi devletten veya üçüncü taraf vatandaşlarından gelen yatırımlara uygulanan muameleden bağımsız şarta bağlı olmayan mutlak bir standarttır.⁴⁰³ Bundan dolayı, ev sahibi devletler AHM ihlali kapsamındaki bir iddiaya, muamelenin kendi vatandaşlarının veya ekonomilerinde faaliyet gösteren diğer yabancı yatırımcıların maruz kaldığından farklı olmadığını söyleyerek karşı koyamaz, yani yalnızca ayrımcılık yapmadığını belirterek sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁰⁴ Yatırım antlaşmalarında nadiren adil ve hakkaniyete uygun muamele iç hukuka bağlı kılınmaktadır.⁴⁰⁵

AHM iç hukuka bağlı olmayan mutlak bir standart olduğu birçok yatırım tahkimi kararında tekrarlanmıştır.⁴⁰⁶ *Garanti Koza v. Türkmenistan* davasında, hakem heyeti, “Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının işlevinin ne olduğu konusunda antlaşmaya varmak, içeriği konusunda antlaşmaya varmaktan daha kolaydır. Diğer uyruklardan yatırımcılara sağlanan muamele ile karşılaştırma yapılmasını gerektiren ulusal muamele ve en çok kayırlan ulus koruması kavramlarının aksine, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı sabit bir referans noktası sağlayan mutlak bir standarttır. İlgili yatırımcı için adalet ve hakkaniyetten kaynaklanan en azından asgari düzeyde bir koruma sağlanmasına yardımcı olur” tespiti yapılmıştır.⁴⁰⁷ AHM standardın, referans noktası uluslararası hukuk olan ve iç hukuka bağlı olmayan mutlak bir standarttır.⁴⁰⁸

⁴⁰³ August Reinisch, Christoph Schreuer (ed.), “Fair and Equitable Treatment”, **International Protection of Investments: The Substantive Standards**, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 346, doi:10.1017/9781139004978.004.

⁴⁰⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 6.

⁴⁰⁵ Karayip Topluluğu (CARICOM) ve Küba Cumhuriyeti Arasında Karşılıklı Teşvik ve Koruma Antlaşması (1997) (‘CARICOM-Küba BIT’) m. IV.)

⁴⁰⁶ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. ve A.S. Baltoil v. Estonya Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/99/2, Karar, 25 Haziran 2001, § 367; *ADF v. ABD*, Karar, § 178; *CME v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 611.

⁴⁰⁷ *Garanti Koza v. Türkmenistan*, ICSID Dava No. ARB/11/20, Karar, 19 Aralık 2016, § 380.

⁴⁰⁸ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 337.

Standardın şarta bağlı olmayan yapısı, yabancı yatırımcılara sağlanacak koruma seviyesinin ev sahibi devletin koşullarına bağlı olarak değişip değişmediği konusunda belirleyici değildir. Bu esas olarak standardın kapsamına bağlıdır. Eğer AHM uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardına eş tutuluyorsa, ev sahibi devletin koşullarından esasen bağımsız olmalıdır. Standart daha geniş ve daha talepkâr bir şekilde yorumlanırsa bunun tersi de doğru olabilir. Öte yandan, ilgili standardın spesifik yönüne de bağlı olabilir. Örneğin, idari işlemlerdeki hız ev sahibi devletin mali kapasitesine bağlı olabilirken, yargının bağımsızlığı ise kapasiteden bağımsızdır.⁴⁰⁹ Benzer şekilde, *Pawlowski v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, yatırımcının beklentilerinin meşruiyeti veya makul olup olmadığının ev sahibi devletteki siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴¹⁰

Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, yabancı yatırımların korunması alanında kullanılan şarta bağlı olmayan veya mutlak standartlardan biridir. Koşullu olmayan bir standart, belirli bir durumdaki bir kişiye diğer kişilere uygulanan standartlara atıfta bulunmaksızın uygulanan bir standarttır. Buna karşılık, ulusal muamele standardı ve en çok kayırlan ülke standardı gibi şarta bağlı standartlar bağımsız olarak belirlenmez.⁴¹¹

II. Kümülatif Etki

Ev sahibi devletin olumsuz eyleminin tek bir olayla gerçekleşmesi gerekmez, birden fazla eylemle gerçekleşebilir ve zamana yayılmış olabilir. Bileşik eylemler olgusu devlet sorumluluğu hukukunda iyi bilinmektedir ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) Devlet Sorumluluğuna ilişkin Maddelerinde m. 15 bileşik bir eylemden oluşan ihlal şeklinde ifade bulmuştur: *"1. Bir devlet tarafından bir dizi eylem veya ihmâl yoluyla uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edilmesi, diğer eylem veya ihmallerle birlikte ele alındığında haksız fiili oluşturmaya yeterli olan eylem veya ihmâlin gerçekleşmesi halinde haksız fiil olarak tanımlanır. 2. Böyle bir durumda,*

⁴⁰⁹ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 205.

⁴¹⁰ Pawlowski AG ve Projekt Sever sro v. Çek Cumhuriyeti [2021] § 290.

⁴¹¹ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 105.

ihlal, serinin ilk eylem veya ihmalden başlayarak tüm döneme yayılır ve bu eylem veya ihmaller tekrarlandığı ve uluslararası yükümlülüğe uygun olmadığı sürece devam eder.”

Yatırımcı haklarının aşamalı olarak ihlali sadece kamulaştırma ile sınırlı olmayıp, AHM bağlamında da sıklıkla tartışılmaktadır. Devletin davranışının AHM standardına uygunluğunu incelerken, hakemler sadece münferit olaylara değil, tedbirlerin genel kümülatif etkisine baktığı örnekler de mevcuttur.⁴¹²

El Paso v. Arjantin davasında, hakem heyeti, kamulaştırma hukuku ile AHM talepleri arasında bir paralellik tespit etmiştir. Gizli kamulaştırmada (creeping expropriation) olduğu gibi, AHM standardının gizli ihlalinin de olabileceğini belirtmiştir: “*Dolayısıyla, AHM standardının gizlice ihlali, zamana yayılan ve ayrı ayrı ele alındıklarında söz konusu standardı ihlal etmeyecek olan, ancak birlikte ele alındıklarında böyle bir sonuca yol açan tedbirlerin art arda gelmesini veya birikmesini içeren bir süreç olarak tanımlanabilir.*”⁴¹³ *Walter Bau A.G v. Tayland* hakem heyeti aynı sonuca varmıştır: “*Davalının, AHM ihlallerinin değil, yalnızca ‘gizli kamulaştırmanın’ bir dizi eylemle tanımlanabileceği yönündeki argümanı doğru değildir. Mahkeme, bir AHM yükümlülüğünün ihlalinin bir dizi kümülatif eylem ve ihmalden oluşmaması için hiçbir neden görmemektedir. Bunlardan biri tek başına yeterli olmayabilir, ancak birlikte ele alındıklarında AHM yükümlülüklerinin ihlali oluşturabilirler.*”⁴¹⁴ Benzer şekilde, *RosInvest v. Rusya* davasında, hakem heyeti, olaylara bir bütün olarak bakılması gerektiğini belirtmiştir: “*Davalının IPPA’yı ihlal edip etmediğine ilişkin bir değerlendirme, ancak münferit tedbirler veya hususlar yerine davranışın bir bütün olarak incelenmesi halinde etkili bir şekilde yapılabilir.*”⁴¹⁵

⁴¹² *Swisslion v. Makedonya*, ICSID Dava No. ARB/09/16 Karar, 6 Temmuz 2012, § 275-277, 291; *Flemingo DutyFree v. Polonya*, UNCITRAL, Karar, 12 Ağustos 2016, § 536; *Gavrilović v. Hırvatistan*, ICSID Dava No. ARB/12/39, Karar, 26 Temmuz 2018, § 1134; *NextEra v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/11 Yetki, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, 12 Mart 2019, § 598.

⁴¹³ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 518

⁴¹⁴ *Walter Bau v. Tayland*, UNCITRAL, Karar, 1 Temmuz 2009, § 12.43; *OAO Tatneft v. Ukrayna*, PCA Dava No. 2008-8 Esas Hakkında Karar, 29 Temmuz 2014, § 413; *Stati v. Kazakistan*, SCC Dava No. V 116/2010 Karar, 19 Aralık 2013, § 1095; *Flemingo DutyFree v. Polonya*, Karar, § 536.

⁴¹⁵ *RosInvest v. Rusya*, SCC Dava No. V079/2005 Nihai Karar, 12 Eylül 2010, § 599, 621; IPPA, Birleşik Krallık Hükümeti ile SSCB Hükümeti arasında 1989 tarihli Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Antlaşmasıdır.

Kümülatif etki ile AHM ihlali kabul edilmektedir, ancak olaylar arasında doğrudan bir bağ bulunmalıdır. *Rompetrol v. Romanya* davasında, hakem heyeti, AHM ihlaline yol açan münferit eylemlerin bir model veya amaç ile bağlantılı olması gerektiğini tespit ederek, “Yatırım yapılan devletin birbirini izleyen itiraz konusu eylemlerinin kümülatif etkisi, tek tek eylemler kendi başlarına ele alındığında Antlaşma ihlali eşiğini aşmasa bile, birlikte adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmaması anlamına gelebilir. Ancak, bu durum, yalnızca söz konusu eylemlerin, aralarında temel bir model veya amaç bağlantısı olduğunu ortaya koyması halinde geçerli olacaktır; yalnızca birbirinden kopuk zararların dağınık bir şekilde bir araya getirilmesi yeterli olmayacaktır”⁴¹⁶ sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak, AHM ihlali birden çok eylemin sonucu olarak ortaya çıkabilir. Her bir eylem kendi başına ihlal olarak değerlendirilebilecek düzeye ulaşmamış olsa da aralarında doğrudan bağlantı olan ve birbirini etkileyen eylemlerin toplamı AHM ihlali oluşturabilir.

III. Muğlaklık

Salacuse, AHM standardını “*fütursuzca belirsiz, sinir bozucu derecede genel ve tehlikeli bir biçimde esnek*” olarak tanımlamıştır.⁴¹⁷ İki veya çok taraflı yatırım antlaşmaları sadece sınırlı sayıda maddi mutlak standart ortaya koymaktadır. AHM standardı ise içlerinde en geniş olanıdır ve diğer kurallara göre çok daha geniş bir faaliyet yelpazesini kapsamaya yatkındır. AHM, yabancı yatırımcılar ve yatırımları için uluslararası yasal korumanın temel standartlarından birini oluşturmaktadır. AHM hükümleri, binlerce uluslararası yatırım antlaşmasının çoğunda belirgin bir şekilde yer almaktadır ve antlaşmada bulunmadığı durumlarda bile en çok gözetilen ulus kaydı hükmü yoluyla uygulanabilmektedir.⁴¹⁸

⁴¹⁶ *Rompetrol v. Romanya*, Karar, § 271; Ayrıca bkz. § 278. Ayrıca bakınız *Stati v. Kazakistan*, Karar, § 1095; *Gold Reserve v. Venezuela*, Karar, § 566. Buna karşın, *Blusun v. İtalya*, ICSID Dava No. ARB/14/3, 27 Aralık 2016, Karar, § 362.

⁴¹⁷ Jeswald W. Salacuse, **The law of investment treaties**, Third edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2021, s. 294.

⁴¹⁸ *Rumeli Telekom AS ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AS v. Kazakistan*, Karar, § 575; *Hesham T M Al Warraq v. Endonezya*, UNCITRAL, Nihai Karar, 15 Aralık 2014, § 555.

Davacıları temsil eden yatırım avukatları doğal olarak davalarını ve argümanlarını AHM standardı kapsamına girecek şekilde uyarlamaya çalışmaktadır.⁴¹⁹ Belirsiz ve muğlak bir ifade olan adil ve hakkaniyet terimleri, yatırım antlaşmalarında yeterince tanımlanmamıştır.⁴²⁰ AHM standardı, yatırım tahkimi sisteminin ne kadar kaotik ve öngörülemez olabileceğinin bir kanıtıdır.⁴²¹ Standart içerdiği değerlere rağmen, doğasında bulunan ve uygulanmasının ev sahibi devleti maruz bırakabileceği öznellik açısından eleştiriye açıktır. Mevcut yatırım tahkimi sistemi ne kural koyma ne de kural yorumlamada yeknesaklığı veya tutarlılığı teşvik etmek üzere tasarlanmıştır.⁴²² Ancak, AHM standardının muğlaklığının, tutarsız kararları ortaya çıkarması sonucu olarak yatırım tahkimi sisteminin meşruiyetini sorgulatabilmektedir.

AHM için adaletin somutlaşmış halini temsil ettiğini söylemekten ziyade bir adalet beklentisini simgelediğini ve bunun tam olarak sağlanıp sağlanmadığının ise şüpheli olduğu söylenebilir.⁴²³ Standardın kabulü, evrensel olarak kabul edilmiş bir adalet duygusuna ve aynı zamanda yabancı uyrukluların ve şirketlerin korunmasını düzenleyen klasik teamül hukuku kurallarına dayanan adalet kavramının temel ahlaki ve yasal dayanaklarıyla doğrudan bağlantılıdır.⁴²⁴

Yatırım tahkimi hakem heyetleri AHM standardının içeriğine ilişkin farklı tespitler yapmıştır. En kapsamlı AHM tanımı *Tecmed v. Meksika* davasında ortaya konmuştur. Dava, tehlikeli atıkların depolanması için verilen ruhsatın geri alınmasıyla ilgilidir. Hakem heyeti, AHM kavramını, metnini olağan anlamına, uluslararası hukuka ve iyi niyet ilkesine göre dikkate alarak bağımsız bir şekilde yorumlaması gerektiğine karar vermiştir: “*Hakem Heyeti, Antlaşmanın bu hükmünün, uluslararası hukuk tarafından belirlenen iyi niyet ilkesi ışığında, Akit Tarafların uluslararası yatırımlara, yabancı yatırımcının yatırım yapmak için dikkate aldığı temel beklentileri etkilemeyen bir muamele sağlamasını gerektirdiğini düşünmektedir. Yabancı yatırımcı, ev sahibi*

⁴¹⁹ Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, *Santa Clara Journal of International Law*, C. 12, S. 1, 2014, s. 10.

⁴²⁰ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 175.

⁴²¹ Florian Grisel, “Fair and Equitable Treatment: Ordering Chaos through Precedent?”, *The Legitimacy of Investment Arbitration: Empirical Perspectives*, ed. Daniel Behn, Malcolm Langford, Ole Kristian Fauchald, Studies on International Courts and Tribunals, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, s. 256, doi:10.1017/9781108946636.011.

⁴²² Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, *Santa Clara Journal of International Law*, C. 12, S. 1, 2014, s. 15.

⁴²³ Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, s. 256.

⁴²⁴ Dolzer, “Fair and Equitable Treatment”, s. 12.

devletin yabancı yatırımcı ile ilişkilerinde tutarlı, belirsizlikten uzak ve tamamen şeffaf bir şekilde hareket etmesini bekler; böylece yatırımlarını yönetecek her türlü kural ve düzenlemenin yanı sıra ilgili politikaların ve idari uygulamaların veya direktiflerin amaçlarını önceden bilebilir, yatırımını planlayabilir ve bu düzenlemelere uyabilir. Yabancı yatırımcı ayrıca ev sahibi devletin tutarlı davranmasını, yani yatırımcının taahhütlerini üstlenmek ve ticari ve iş faaliyetlerini planlamak ve başlatmak için güvendiği, devlet tarafından önceden verilmiş kararları veya izinleri keyfî olarak iptal etmemesini bekler. Yatırımcı ayrıca devletten, yatırımcının eylemlerini veya yatırımını düzenleyen yasal araçları, genellikle bu araçlara atfedilen işleve uygun olarak kullanmasını ve gerekli tazminat ödenmeksizin yatırımcıyı yatırımından mahrum etmemesini bekler.”⁴²⁵ Tecmed v. Meksika kararı, 2003 gibi erken bir tarihte olup, AHM’yi çok geniş bir kapsamda değerlendirmesiyle birlikte birçok eksikliğe sahip olsa da çok önemli bir karar olma niteliğine sahiptir.

MTD v. Şili davasında, hakem heyeti, AHM’nin iyi niyet, adil yargılanma, ayrımcılık yapmama ve orantılılık gibi temel standartları kapsadığı yönündeki hukuki görüşüne katılmıştır ve tanımı, “*adil ve hakkaniyete uygun muamele, yabancı yatırımların teşvik edilmesine yardımcı olacak şekilde eşit ve adil bir şekilde muamele olarak anlaşılmalıdır. Bu terimler, devletin pasif bir davranış sergilemesi veya yatırımcılara karşı önyargılı davranışlardan kaçınması için reçeteler yerine, proaktif bir ifade - ‘teşvik etmek’, ‘yaratmak’, ‘teşvik etmek’- olarak çerçevelenmiştir*” şeklinde yapmıştır.⁴²⁶

MTD v. Şili İptal davasındaki ad hoc Komite, kararı onamış, ancak *Tecmed v. Meksika* davasındaki AHM standardına ilişkin tanıma dayanılmasını eleştirmiştir: “*Tecmed Mahkemesinin, ev sahibi devletin yükümlülüklerinin (kamulaştırma için tazminat yükümlülüğü gibi) kaynağı olarak yabancı yatırımcının beklentilerine açıkça güvenmesi sorgulanabilir. Ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara karşı yükümlülükleri, yatırımcıların sahip olabileceği veya sahip olduğunu iddia edebileceği herhangi bir beklenti setinden değil, ilgili yatırım antlaşmasının hükümlerinden kaynaklanmaktadır.*”⁴²⁷

⁴²⁵ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154

⁴²⁶ *MTD v. Şili*, Karar, § 113.

⁴²⁷ *MTD v. Şili*, İptal Kararı, § 67.

AHM standardının tanımlanmasının zorluğu yatırım tahkimi kararlarında da sıklıkla dile getirilmektedir. *AWG v. Arjantin* davası sorumluluk hakkında kararda hakem heyeti, “O halde, Davacılar tarafından üstlenilen yatırımlara ilişkin olarak ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ ne anlama gelmektedir? Filozoflar ve akademisyenler adalet konusuna ciltler ayırmışlardır. Çalışmaları soyut kavramı ve sonuçlarını anlamada yardımcı olsa da, her hakem heyetinin cevaplaması gereken temel ve pratik bir soruya cevap vermemektedir: Bir hakem heyeti, belirli bir bağlamda belirli bir yabancı yatırımcının yatırımlarına uygulanan özel muamelenin “adil ve hakkaniyete uygun” olup olmadığını hangi kriter, standart veya teste göre belirleyecektir? Bazı hakemlerin yaptığı gibi, “adil ve hakkaniyete uygun” ifadesinin “adil”, “eşitlikçi”, “önyargısız” veya “meşru” anlamına geldiğini söylemek, açıkçası bir totoloji ifade etmektir. Bu tür formülasyonlar, mevcut davalarda olduğu gibi karmaşık, somut yatırım durumlarına kolayca uygulanabilecek şekilde hukuki açıdan işlevsel değildir”⁴²⁸ tespiti yapılarak standardın zorluklarına vurgu yapmıştır.

PSEG v. Türkiye davasında, hakem heyeti, AHM kuralının niteliğini ve rolünü, “Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, uluslararası hukuk tarafından geleneksel olarak sağlanan diğer standartların her bir davanın koşullarında tamamen uygun olmayabileceği gerçeğinin bir sonucu olarak yatırım tahkiminde önem kazanmıştır. Bu durum, özellikle uyuşmazlığın olgularının doğrudan kamulaştırma iddiasını açıkça desteklemediği, ancak yatırımcının haklarının ihlal edilmesi durumunda telafi sağlamak için farklı bir standart altında değerlendirilmesi gereken olayların olduğu durumlarda geçerlidir... Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin rolü davadan davaya değiştiğinden, bazen arzu edildiği kadar kesin değildir. Yine de, uluslararası hukuk standartlarının daha geleneksel ihlallerinin yokluğunda adaletin yerine getirilmesine izin verdiği açıktır. Bu rol şu sonuçlara yol açmıştır Adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramı, çoğu zaman diğer standartlarla yakından ilişkili olsa da, onlardan ayrı ve farklı olarak kendi başına bir konum kazanmakta ve böylece yatırıma sağlanan korumanın tam olarak güvence altına alınmasını sağlamaktadır”⁴²⁹ şeklinde tanımlamıştır.

⁴²⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., ve Vivendi Universal S.A. v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 221.

⁴²⁹ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 238-9.

Swisslion v. Makedonya davasında, hakem heyeti, çevredeki koşulların etkisine vurgu yaparak, “[AHM] standardının temelde yabancı yatırımcıya haksız muamele yapılmamasını, çevredeki tüm koşulların dikkate alınmasını sağladığı ve yabancı yatırımcılara adaleti garanti etmenin bir aracı olduğu yönünde bazı mahkemeler tarafından ifade edilen görüşe” katılmıştır.⁴³⁰

Saluka v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, AHM’nin ihlal edildiğine karar vermiş ve AHM standardının gerekliliklerini tutarlılık, şeffaflık ve makul olma şeklinde tanımlamıştır: “Menfaatleri Antlaşma kapsamında korunan bir yabancı yatırımcı, [ev sahibi devletin] açıkça tutarsız, şeffaf olmayan, makul olmayan (yani rasyonel bir politikayla ilgisi olmayan) veya suç teşkil eden (yani haksız ayrımlara dayanan) bir şekilde hareket etmeyeceğini bekleme hakkına sahiptir.”⁴³¹

Waste Management v. Meksika kararında AHM, “Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin asgari standardı, devlete atfedilebilen ve davacıya zarar veren bir davranışla ihlal edilir; bu davranış keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz veya kendine özgü ise, ayrımcı ise ve davacıyı kesitsel veya ırksal önyargılara maruz bırakıyorsa veya adli işlemlerde doğal adaletin açık bir şekilde yerine getirilmemesi veya idari bir süreçte şeffaflık ve samimiyetten tamamen yoksun olunması durumunda olduğu gibi, adli mülkiyeti ihlal eden bir sonuca yol açan adil bir sürecin eksikliğini içeriyorsa. Bu standardın uygulanmasında, muamelenin ev sahibi devlet tarafından yapılan ve davacı tarafından makul bir şekilde güvenilen beyanlara aykırı olması önemlidir” şeklinde tanımlamıştır.⁴³²

Glencore v. Kolombiya davasında, hakem heyeti, AHM standardının ihlali anlamına gelen aşağıdaki faktörleri sıralamıştır: “AHM’nin gerektirdiği uygunluk eşiği, davanın ilgili tüm koşulları ışığında mahkeme tarafından belirlenmelidir. Bu amaçla, mahkeme şunları yapmalıdır aşağıdaki faktörler de dahil olmak üzere ilgili tüm unsurları dikkatle analiz etmeli ve göz önünde bulundurmalıdır: Ev sahibi devletin yatırımcıya karşı taciz, zorlama, yetkisini kötüye kullanma veya diğer kötü niyetli davranışlarda bulunup bulunmadığı; Devletin yatırım yapılmadan önce yatırımcıya belirli beyanlarda bulunup bulunmadığı ve daha sonra bu beyanlara aykırı davranıp

⁴³⁰ *Swisslion v. Makedonya*, Karar, § 273.

⁴³¹ *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 309.

⁴³² *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98.

davranmadığı; Devletin söz konusu tedbirleri kabul ederken adil yargılanma, tutarlılık ve şeffaflık ilkelerine riayet edip etmediği; Devletin, yatırımcının meşru beklentilerini ihlal edecek şekilde istikrarlı ve öngörülebilir bir yasal çerçeve sunmakta başarısız olup olmadığı."⁴³³

Görüldüğü üzere, yatırım tahkimi içtihatları incelendiğinde, AHM hükümlerinin tam olarak neyi içerdiğine dair genel kabul görmüş, kapsamlı bir tanım bulunmamaktadır.⁴³⁴ AHM'nin bir standart olarak sabit ve net bir içeriğe sahip olamayacağı öne sürülebilir. AHM bir yandan maddenin lafzı veya antlaşmaların eklerinde bulunan çeşitli istisnalar gibi objektif faktörlere, diğer yandan da standardın davanın özel koşullarına uygulanması gibi sübjektif faktörlere bağlı olan değişken bir içeriğe sahip gözükmektedir.⁴³⁵

AHM standardı, ev sahibi devletin eylemleri veya ihmalleri ile ihlal edilebilir.⁴³⁶ Bu çerçevede, hakemler, AHM standardının ex aequo et bono kararları davet etmediğini ve AHM standardından kaynaklanan iddiaları normatif kriterlere göre karara bağlamaları gerektiğini açıklamışlardır.⁴³⁷ *ADF v. ABD* davasında, hakem heyeti, AHM'ye uyma gerekliliğinin bir mahkemenin kendine özgü bir standart benimsemesine izin vermediğini, ancak "*Devlet uygulamasına ve adli veya tahkim ihtihadına veya diğer uluslararası teamül hukuku veya genel hukuk kaynaklarına dayanılarak disipline edilmesi gerektiğini*" belirtmiştir.⁴³⁸

AHM standardının muğlaklığı ve genelliği, yatırımcıların, ev sahibi devletlerin ve uluslararası tahkim mahkemelerinin deneyimleri ışığında gelişmesine izin verecek bir esnekliğe sahiptir. Ancak, standardı yorumlayanlar, yorumlama sürecinde öznellik, önyargı ve disiplinsizlik tehlikesiyle de karşı karşıyadır.⁴³⁹

⁴³³ *Glencore v. Kolombiya*, ICSID Dava No. ARB/16/6, Karar, 27 Ağustos 2019, § 1310.

⁴³⁴ *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 297.

⁴³⁵ Ioana Knoll-Tudor, 'Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases', s. 255.

⁴³⁶ *Pawlowski v. Çek Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/17/11, Karar, 1 Kasım 2021, § 284: Geçerli antlaşmanın ihlal etmeme hükmünün ve AHM hükmünün sırasıyla negatif ve pozitif bir yükümlülük getirdiğini belirtmektedir.

⁴³⁷ *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 284.

⁴³⁸ *ADF v. ABD*, Karar, § 184. Ayrıca bakınız *Mondev v. ABD*, Karar, § 119; *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 282-284; *Enron v. Arjantin*, Karar, § 256-257; *MCI v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/03/6, Karar, 31 Temmuz 2007, § 370; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 108-9; *Micula v. Romanya I*, Karar, § 507.

⁴³⁹ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 302.

Sonuç olarak, AHM ne kadar muğlak olursa olsun, hukuki uygulama tarafından belirlenmeye elverişlidir ve aslında davanın hukuk temelinde karara bağlanmasını sağlayacak yeterli hukuki içeriğe sahiptir.⁴⁴⁰ AHM sadece diğer antlaşma standartlarına nüfuz etmekle ve onlarla kısmen örtüşmekle kalmaz, aynı zamanda daha spesifik hükümlerin gerekliliklerini karşılamayan, ancak yine de hakkaniyet, adalet veya iyi niyet ilkelerine aykırı görünen durumlarda boşluk doldurucu olarak bağımsız bir rol oynayabilmektedir.⁴⁴¹

IV. Esneklik

Joseph Raz tarafından savunulduğu üzere, esneklik kendi başına hukukun üstünlüğüne aykırı değildir, üstelik hem kaçınılmazdır hem de makul bir şekilde kullanıldığında faydalıdır.⁴⁴² Yerel yargı denetimi sistemlerinde olduğu gibi, münferit davaların özelliklerini karşılamak için yeterli takdir yetkisinin olması gerekliliği savunulabilir, ancak yatırım tahkiminde yerel hukuklar gibi denetleme mekanizmalarına sahip olmadığı gerçeği de göz ardı edilmemelidir.

Hali hazırda yatırım antlaşmaların çoğunda ifade edildiği şekliyle, AHM standardının muğlaklığı, yorumlanmasındaki tutarlılık eksikliğinin ana nedenidir. Bazıları bunu, standardın sınırsız çeşitlilikteki durumları kapsaması için arzu edilen bir esneklik olarak değerlendirebilir, ancak bir antlaşma yorumcusunun esnekliği, başka bir antlaşma yorumcusunun kaostur.⁴⁴³

Genişliği ve esnekliği nedeniyle, yabancı yatırımcıların şikayetleri, AHM standardı ihlallerine diğer yatırım koruma standartlarından daha fazla atıfta bulunmaktadır. AHM'nin boşluk doldurucu bir hüküm olarak yorumlanması, yatırımcıların menfaatlerine hâlel getiren hemen her ev sahibi devlet tedbirinin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine izin vererek yatırımcıların menfaatlerine kayıtsız

⁴⁴⁰ *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 284.

⁴⁴¹ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 238.

⁴⁴² Joseph Raz, **The authority of law: essays on law and morality**, 2nd ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2009, s. 222.

⁴⁴³ Meg Kinnear, The continuing development of the fair and equitable treatment standard. In: Andrea Bjorklund A et al., eds. *Investment Treaty Law: Current Issues III*. British Institute of International and Comparative Law:207–238. London., s. 237.a

şartsız öncelik verilmesi olarak algılanmamalıdır. Hakkaniyete uygun teriminin değişken doğası, ilke olarak hem ev sahibi devletlerin egemenliğini hem de yabancı için maddi adaleti kapsamayı amaçlamaktadır.⁴⁴⁴

AHM'nin bir yatırım antlaşmasının diğer tüm bölümlerinin yerine geçmesi veya onların yerini alması amaçlanmadığı açıktır. Bu nedenle, hem maddeye anlamlı bir etki kazandıran hem de aynı zamanda diğer standart ve kavramların bağımsız varlığına saygı gösteren dengeli bir anlayış geliştirilmelidir.⁴⁴⁵ Bundan dolayı, bazı durumlarda belirli bir davranış aynı anda birden fazla yatırım antlaşması hükmünün ihlali anlamına gelse bile⁴⁴⁶ antlaşma hükümlerinin mümkün olduğunca her bir hükme pratik bir etki kazandıracak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Adil ve hakkaniyetli kelimeleri kendi başlarına bir şekilde öznel ve bu nedenle kesinlikten yoksundur. Özellikle yatırım tahkimi uyuşmazlıklarındaki ilgili tarafların farklı takdir yetenekleri ile farklı kültürel ve hukuki geçmişlere sahip bireyler veya uluslar olduğu unutulmamalıdır.⁴⁴⁷ Muğlaklığın olumlu yanları da vardır. Muğlaklığın bir sonucu olarak esneklik yatırım süreçleri için önemlidir. Yatırım antlaşmaları ve sözleşmeleri neredeyse değişmez bir şekilde uygulanacakları projelerden önce hazırlanır ve genellikle, bu antlaşmaların ve sözleşmelerin tarafları, devlet ile belirli yatırımcılar arasındaki gelecekteki ilişkiyi etkileyebilecek olası olayların çeşitliliğini tahmin edemezler. İşte bu noktada esneklik, muğlaklık önemlidir.⁴⁴⁸ Ancak, adil ve hakkaniyete uygun terimleri, yorumcuya eldeki davanın özelliklerini hesaba katmak için önemli ölçüde esneklik sağlarken, herhangi bir önemli anlamdan yoksun olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır.

Doktrin standardın doğasında var olan muğlaklık konusunda hemfikiridir.⁴⁴⁹ Bu durum, aynı zamanda esnekliğe de katkı sağlamaktadır. AHM'nin tanımındaki kesinlik eksikliği bir eksiklikten ziyade bir avantaj olabilir çünkü fiili uygulamada, yatırımcının

⁴⁴⁴ Weiler, *The interpretation of international investment law*, s. 200.

⁴⁴⁵ Rudolf Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, C. 39, S. 1, 2005, s. 91.

⁴⁴⁶ *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/99/6, Karar, 12 Nisan 2002, § 143.

⁴⁴⁷ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 103.

⁴⁴⁸ a.yer.

⁴⁴⁹ Rumana Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Springer Singapore, 2018, s. 14.

hukuki konumuna ilişkin olası bütün ihlal türlerini soyut olarak öngörmek imkansızdır.⁴⁵⁰ AHM ilkesi, bu tür davranışların esnek bir standart temelinde bağımsız ve objektif üçüncü taraflarca belirlenmesine olanak tanımaktadır.⁴⁵¹ Ancak, AHM hükmünün geniş yorumlanması, standardın uygulanmasında öngörülebilirlik eksikliğine yol açabilir. Bu da ekonomik, sosyal, çevresel ve diğer kalkınma amaçlarına yönelik meşru devlet müdahalesinin engellenmesine yol açabilir.⁴⁵²

Yatırım tahkimi hakemleri, normatif boşlukları doldurdukları ve yatırım antlaşmalarını değişen koşullara ve uluslararası yatırım hukukundaki gelişmelere uyarladıkları için çoğu zaman bir hukuk yaratma rolü üstlendiklerine kabul ederek hareket etmektedirler.⁴⁵³ AHM standardı normatif boşluk durumları arasında önemli bir yer tutmaktadır. Bu durum, hakemlerin takdir yetkisini ve yatırım tahkimi kararlarının sonraki uyuşmazlıklara etkisini gündeme getirmektedir.

A. Hakemlerin Takdir Yetkisi

1990'lu yıllara kadar AHM hükümlerinin hem anlamı hem de normatif içeriği uluslararası uyuşmazlık çözümünde pek test edilmemişti. Ne AHM hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin görünür bir emsal vardı ne de ulusal veya uluslararası diğer hukuk kaynakları açık bir rehberlik sağlamaktaydı. Antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar da AHM'nin anlamının daraltılmasında konusunda çözüm sunmamaktaydı. Normatif muğlaklık veya belirsizlik durumunda, AHM'nin normatif içeriğini somutlaştırma ve daha da geliştirme görevini üstlenenler hakem heyetleri olmuştur.⁴⁵⁴ Hakem heyetleri, AHM'nin normatif içeriğini bu şekilde somutlaştırırken, aslında önemli kanun yapıcılar olarak hareket etmişlerdir çünkü yatırım antlaşmalarına taraf olan devletlerden ziyade, AHM hükümlerinin bugünkü anlamını şekillendirmiş

⁴⁵⁰ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 187.

⁴⁵¹ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 145.

⁴⁵² UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 2.

⁴⁵³ Charalampos Tagaroulas, **International Investment Law and the Law of the European Union: How Regionalism and Interregionalism Have Shaped the Relationship in the Post-Lisbon Era**, International Arbitration Law Library, Volume 71, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2024, s. 227.

⁴⁵⁴ S. W. Schill, **Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment: Empowering and Controlling Arbitrators as Law-Makers**, OxfordHart, 2022, s. 362.

ve somutlaştırmışlardır. AHM bu anlamda hakem heyetlerini güçlendirmiş ve onlara önemli ölçüde kanun yapma yetkisi tarzı bir görev vermiş gibi görünmektedir.⁴⁵⁵

Yatırım antlaşmaları kapsamında yargısal rolün kapsamı ile özünün yüksek bir genellik düzeyinde ifade edildiği ve bunun hakemlere önemli ölçüde takdir yetkisi tanıdığı açıktır.⁴⁵⁶ Antlaşmaların çoğunun sermaye ihraç eden devletlerin tarihsel konumunu ve dolayısıyla yatırımcının korunmasını desteklese de yine de takdir yetkisine yer vardır.⁴⁵⁷ Muğlaklık nedeniyle yatırım tahkimi hakem heyetleri standardın içeriğinin geliştirilmesinde büyük ölçüde kilit aktör olmuştur çünkü AHM'nin uygulanması gereken çeşitli durumları belirleyenler hakemlerdir. AHM standardının muğlaklığını, hakemlere gerekli ilkeleri ifade etmeleri için temel sağlamak amacıyla kasıtlı bir eylem olarak tanımlayan bir OECD raporu da bulunmaktadır.⁴⁵⁸

AHM belirli norm türlerini temsil eden ve çeşitli unsurları içeren bir standarttır ve bunların hakeme bırakılan geniş bir manevra alanı ile çeşitli koşullara uyum sağlamasına olanak tanıyan çok esnek bir karaktere sahiptir.⁴⁵⁹ Buna göre, standardın istikrarlı veya sabit bir içeriğe sahip olmadığı belirtilip, hukukun değişen sosyal ve ekonomik koşullara sürekli olarak uyarlanmasına izin verdiğini ve hakemlerin yaratıcı bir role sahip olarak takdir yetkilerini toplumun belirli bir zamandaki ortalama değer ve davranışlarını dikkate alarak kullandıkları öne sürülmektedir.⁴⁶⁰ AHM standardının her davanın kendine özgü gerçeklerine, standardın evrimsel doğasına ve hakemlerin bir ülkenin genel durumuna ilişkin değerlendirmelerine bağlı olduğu bir gerçektir.⁴⁶¹ Bu bağlamda, AHM gibi muğlak ve soyut bir kavram, hakemlerin yatırım anlaşmazlıklarını çevreleyen ev sahibi devletlerin koşullarını dikkate alma konusunda takdir yetkisiyle birlikte somut hale gelmektedir.⁴⁶²

⁴⁵⁵ a.g.e., s. 360.

⁴⁵⁶ Gus Van Harten, **Investment treaty arbitration and public law**, Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2007, s. 122.

⁴⁵⁷ a.g.e., s. 132.

⁴⁵⁸ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", s. 2.

⁴⁵⁹ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 115.

⁴⁶⁰ a.g.e., s. 121.

⁴⁶¹ a.g.e., s. 129-33.

⁴⁶² a.g.e., s. 132.

Hakemlerden verdikleri kararın temellendirmesini detaylı şekilde yapılması beklense de muhakemenin hangi faktörlere ağırlık vereceği konusunda belirsizlikler mevcuttur.⁴⁶³ Hakem heyetlerinin AHM'nin normatif içeriğini nasıl geliştirdiği ve geliştirmeye devam ettiğinin meşruiyeti tartışmalıdır. Hakem heyetlerinin, AHM'ye dayanarak yenilik yaparken, kendilerine yargı yetkisi veren devletlerin rızasına dayanmayan yarı-yasama işlevlerini yerine getirdikleri ileri sürülmüştür.⁴⁶⁴ Hakem heyetleri bir zamanlar tahkime kapalı olduğu düşünülen hassas politika alanlarında bile AHM'nin dinamik inşası yoluyla kamu menfaatlerini rutin olarak dikkate alarak dengelemektedir ve bu durum hakemler ve devletler arasında yoğunlaşan bir yetki savaşı doğurmaktadır.⁴⁶⁵

Temel endişeler özellikle iki konuyla ilgilidir: birincisi, hakem içtihadının yatırımcılar lehine önyargılı olduğu ve devletlere kamu menfaatlerini takip etmeleri için yeterince alan bırakmadığı; ikincisi, hakem heyetlerinin AHM hükümlerini yorumlama biçiminin nasıl yerleştirileceği ve potansiyel olarak nasıl sınırlandırılacağına belirsiz olması.⁴⁶⁶ Devletlerin öne çıkan tepkilerinden biri, yatırım antlaşmalarında AHM standardını açıkça teamül kapsamında asgari standarda bağlamaktır. Ancak, hakem heyetleri de AHM yorumlarını yönlendirmek, yerleştirmek ve meşrulaştırmak için hem ulusal hem de uluslararası diğer hukuk kaynaklarına giderek kendilerine daha fazla takdir alanı bulmaya çalışmaktadır.

Hakem heyetlerinin, ev sahibi devletlerin düzenleme yetkilerini kısıtlayarak yalnızca yatırım ve yatırımcıyı korumaya odaklı hareket etmesi, ev sahibi devletin ulusal egemenliğin, uluslararası mahkemelerin kontrolüne bıraktığı izlenimini yaratabilir.⁴⁶⁷ Hart'ın, hukukun anlamının şüpheli olduğu durumlarda, yargıçların hukuk dışı çıkarları ve ahlaki değerleri ağırlıklandırmak ve dengelemek suretiyle bir seçim yapma takdirine sahip oldukları yönündeki ifadesi, bu tür endişelere bir cevap

⁴⁶³ George A. Bermann, **Twilight Issues in International Arbitration: Latent Choice of Law Challenges**, International Arbitration Law Library, Volume 64, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2023, s. 73-4.

⁴⁶⁴ M. Sornarajah, **Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 253.

⁴⁶⁵ Alec Stone Sweet, Florian Grisel, **The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017, s. 171.

⁴⁶⁶ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 362.

⁴⁶⁷ Peter Muchlinski, "Caveat Investor"? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard", **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 55, S. 3, 2006, s. 533.

niteliğindedir.⁴⁶⁸ Hukuki pozitivistizmin savunucuları, hâkimlerin veya hakemlerin özgür ve yaratıcı faaliyetlerinin karmaşık davalara karar vermesi gerektiğini öne sürmektedir.⁴⁶⁹ Buna karşın, AHM gibi bir normun muğlaklığının, karar vericiye belirli bir hareket alanı sağlayarak Hart'ın tanımladığı gibi bir belirsizlik penumbrası ortaya çıkarmaktadır.⁴⁷⁰

Muğlaklık elbette bir yorumlama gereksinimi beraberinde getirmektedir. Uluslararası hukukta antlaşmaları yorumlamak için çeşitli yaklaşımlar öne sürülmüştür. Bunlar arasında metinsel yaklaşım, kısıtlayıcı yaklaşım, teleolojik yaklaşım ve etkililik ilkesi yer almaktadır.⁴⁷¹ Kısıtlayıcı yaklaşım, devlet egemenliğinin sınırlandırılması anlamına gelen hükümlerin yorumlanmasında kullanılsa da genel bir yorum ilkesi olarak sınırlı bir etkisi olmuştur.⁴⁷² Teleolojik yaklaşıma göre, bir antlaşma metnindeki belirsizlik, antlaşmanın amacına ve hedefine etki eden yorum tercih edilerek çözümlenmelidir. Ancak, bu yaklaşım tarafların öngörmediği bir şekilde amaçların yargısal olarak uygulanmasını içerebilmesi sebebiyle tuzaklara sahiptir.⁴⁷³ Etkililik ilkesi ile ilgili olarak, UAD Balıkçılık Yargı Yetkisi (İspanya v. Kanada) davasında antlaşmaların yorumlanmasında önemli bir yeri olduğu belirtilmiştir.⁴⁷⁴ Ancak, Uluslararası Hukuk Komisyonu, metnin olağan anlamına uygun olarak iyi niyetle yorumlama doktrininde yeterince yansıtıldığını düşünerek etkililik ilkesini benimsememiştir.⁴⁷⁵

AIHM'nin AIHS bağlamındaki yorum metodu ise sözleşmenin güncel koşullar ışığında yorumlanması gerektiğidir. AIHS'nin yaşayan bir belge niteliğine vurgu yapılarak, uygulanmasında etkili ve evrimsel bir yaklaşımı tercih eden daha esnek bir yorum metodu benimsenmiştir.⁴⁷⁶

Yukarıda bahsedilen yaklaşımların esnek bir rehber olarak hareket etmekten ziyade net bir anlam seçimini zorlayabilecek katı araçlar haline gelmemesi

⁴⁶⁸ H. L. A. Hart vd., **The concept of law**, 3rd ed Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 200.

⁴⁶⁹ Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, s. 120.

⁴⁷⁰ Hart vd., *The concept of law*, s. 123. "Belirli durumları genel kurallara altına sokmakla meşgul olduğumuzda, hiçbir şey bu kesinlik çekirdeği ve şüphe penumbrası ikiliğini ortadan kaldıramaz."

⁴⁷¹ James Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, s. 365.

⁴⁷² a.yer.

⁴⁷³ a.g.e, s. 366.

⁴⁷⁴ Balıkçılık Yargı Yetkisi (İspanya v. Kanada), UAD, Karar, 4 Aralık 1998, § 52.

⁴⁷⁵ ILC, Yearbook of The International Law Commission, 1966/II, s. 219.

⁴⁷⁶ Tyrer v. Birleşik Krallık, AIHM Başvuru No: 5856/72, 25 Nisan 1978, § 31.

gerekmektedir.⁴⁷⁷ UHK tek bir yaklaşımı odak noktası yaparak pozisyon almaktan kaçınmış ve bunun yerine antlaşmaların yorumlanması için genel kurallar oluşturan az sayıdaki genel ilkeyi ifade ederek sınırlamıştır. Bu ilkeler, VAHS m. 31 ve 32 olarak karşımıza çıkmaktadır.

Metinsel yaklaşım VAHS’de yer almaktadır ve buna göre, tarafların metinde ifade edilen niyetlerinin ortak niyetleri için en iyi rehber olduğunu vurgulamaktadır. Antlaşma hükümleri yorumlanırken bulundukları bağlam esas alınarak metindeki ifadeler anlam verilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı’nın içtihadı da aynı şekilde metinsel yaklaşımı desteklemektedir.⁴⁷⁸ Uluslararası Adalet Divanı, Viyana Sözleşmesi’nin 31, 32 ve 33. maddelerinin uluslararası teamül niteliğinde olduğunu belirtmektedir ve bunun doğal sonucu olarak VAHS’ye taraf olmayanlar açısından da geçerlidir.⁴⁷⁹ UAD, Deniz Kıyısı Sınırına İlişkin davada (Peru v. Şili) VAHS m. 31 ve m. 32’nin teamül niteliği vurgulayıp aynı zamanda bu kuralların VAHS’den önceki antlaşmalarında yorumlanmasında da uygulandığını belirtmektedir.⁴⁸⁰ Yorumlama noktasında tarafların niyetleri, antlaşmanın amacı ve metin büyük önem taşımaktadır.

Yorumlama noktasında VAHS m.31(3) belli bir yere kadar yardımcı olacaktır: *“Bağlamla birlikte aşağıdakiler de dikkate alınacaktır: (a) taraflar arasında antlaşmanın yorumlanması veya hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak sonradan varılan herhangi bir antlaşma; (b) antlaşmanın uygulanmasında tarafların antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin antlaşmasını ortaya koyan sonraki herhangi bir uygulama; (c) taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli olan ilgili tüm uluslararası hukuk kuralları.”* Sistemik entegrasyon da denilen diğer uluslararası hukuk kurallarının değerlendirilmesi gereği bir yere kadar yardımcı olacaktır. AHM standardının

⁴⁷⁷ James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, s. 367.

⁴⁷⁸ *LaGrand (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri)*, UAD, Karar, 27 Haziran 2001, § 102.

⁴⁷⁹ *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması* (Hırvatistan V. Sırbistan), UAD, Karar, 3 Şubat 2015, § 138.

⁴⁸⁰ *Deniz Kıyısı Sınırına İlişkin Dava (Peru v. Şili)*, UAD, Karar, 24 Ocak 2014, § 57: *“Mahkeme’nin, 1952 Santiago Deklarasyonu’nun şartlarını, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. ve 32. Maddelerinde yansıtıldığı üzere, antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin uluslararası teamül hukukuna uygun olarak analiz etmesi gerekmektedir (bkz. Petrol Platformları (İran İslam Cumhuriyeti v. Amerika Birleşik Devletleri), Ön İtirazlar, Karar, I.C.J. Raporları 1996 (II), s. 812, § 23; Toprak Anlaşmazlığı (Libya Arap Cemahiriyesi v. Çad), Karar, I.C.J. Raporları 1994, s. 21-22, para. 41). Mahkeme bu kuralları Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nden önceki antlaşmaların yorumlanmasında da uygulamıştır (Seyrüsefer ve İlgili Haklara İlişkin Uyuşmazlık (Kosta Rika v. Nikaragua), Karar, I.C.J. Raporları 2009, s. 237, § 47; Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan üzerindeki Egemenlik (Endonezya v. Malezya), Karar, I.C.J. Raporları 2002, s. 645-646, § 37-38; Kasikili/Sedudu Adası (Botsvana v. Namibya), Karar, I.C.J. Raporları 1999 (II), s. 1059, § 18.*

muğlaklığıyla beraber ICSID antlaşmasının ve münferit yatırım antlaşmaları metninden çok şey okumaya çalışan hakemler kendilerini VAHS m.31(3)'e aykırı bir yoruma da götürebilir.⁴⁸¹

VAHS m. 31(3)(c) sadece yorumlayıcı materyallerin kabul edilebilirliğini belirlemektedir. VAHS m. 31(3)'ün giriş bölümü, kabul edilebilir yorumlayıcı materyallerin yorumlama sürecindeki rolünü ve ağırlığını bağlamla birlikte değerlendirerek açıklamaktadır. Bir terimin olağan anlamı soyut olarak değil, antlaşma ve ilgili teamül hukuku bağlamında, antlaşmanın amacı ve hedefi ışığında belirlenmelidir.⁴⁸² Öte yandan, VAHS m. 31'in uygulanması muğlak veya anlaşılmaz veya açıkça saçma veya mantıksız bir anlamla sonuçlanmadığından, ek yorumlama araçlarına başvurmak için bir neden yoktur.⁴⁸³ AHM için sonuçta, geniş kapsam ve muğlak içerik her zaman maddenin tanımlayıcı özellikleri olmuştur, esneklik beraberinde belirsizlik ve öznellikte getirmektedir. Yorumlama sonucunun muğlaklığı, yorumlama sürecinde bir hata olduğunu ya da yorumlama kurallarının yetersizliğinden öte kuralın kendisinin muğlak içeriğinin doğru bir yansıması da olabilir.⁴⁸⁴ Bu sebeple, VAHS m. 31 ve m. 32 AHM'nin yorumlanmasında ne denli bir yardım sağladığı tartışmalıdır.⁴⁸⁵

Yatırım tahkimi kararlarının meşruiyet açısından başarısını belirleyecek olan kriter, karardaki gerekçenin niteliği ve kalitesidir. Beklenmesi gereken, bir kararın gerekçeli olması gerekliliğiyle beraber gerekçenin ikna ediciliğidir. Hem ev sahibi devlet hem de yatırımcılar dahil olmak üzere geniş bir yelpazedeki ilgili tarafların yeterince ayrıntılı ve ikna edici bir gerekçeyle verilen bir kararda meşru bir menfaati vardır.⁴⁸⁶ Bir mahkemenin adaleti yerine getirme gücü yargıçların söylemlerinin ikna

⁴⁸¹ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 61.

⁴⁸² Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 156.

⁴⁸³ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/14/5, Karar, 3 Haziran 2021, § 343.

⁴⁸⁴ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 113.

⁴⁸⁵ Anthea Roberts, "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", *American Journal of International Law*, C. 107, S. 1, 2013, s. 51, doi:10.5305/amerjintlaw.107.1.0045; Klager, "Fair and Equitable Treatment", s. 438.

⁴⁸⁶ Velimir Zivkovic, "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law", *The Journal of World Investment & Trade*, C. 20, S. 4, 2019, s. 525, doi:10.1163/22119000-12340141.

ediciliğine bağlıdır ve bu söylemler yargıçların kendi değer tercihlerini değil toplumun değer tercihlerini yansıtmaları halinde daha ikna edici olacaktır.⁴⁸⁷

AHM, hakemleri adaleti yerine getirmeye davet eder, ancak böylece kararlarının meşruiyetiyle ilgili gerilimi de açığa çıkarıma potansiyeline sahiptir.⁴⁸⁸ Bu gerilim bir adalet söylemi içerisinde yönetilmelidir. Standardın yorumlanması değişim ile istikrar arasındaki gerilim ve hukukun siyasi veya ekonomik zorunlulukları ne ölçüde yansıtmaları gerektiği ile ilgili olacaktır.⁴⁸⁹ Bu da yatırım tahkiminin doğası gereği birçok kişi ve devleti etkilemesi sebebiyle dikkatli bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu doğrultuda, aşağıda birtakım önemli yatırım tahkimi kararı incelenecektir.

1. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardına İlişkin Önemli Yatırım Tahkimi Kararları

Bu başlık altında AHM hükmüne yön veren temel kararlardan bazılarının içeriği ve hakem heyetlerinin farklı yaklaşımlarda bulunmasının temel nedenleri incelenecektir. Yakın tarihli *Infinito Gold v. Kosta Rika* kararı ise hakemlerin konumlarını güçlendirme girişimi bağlamında dikkat çekicidir.

i. Tecmed v. Meksika

Yatırım antlaşması tahkiminin ilk yıllarında hakem heyetlerinin ne kadar az kısıtlandığını ve AHM'nin normatif içeriğini şekillendirmede yetkilerini nasıl kullandıklarını gösteren davalardan biri *Tecmed v. Meksika* kararıdır. *Tecmed v. Meksika* davasındaki hakem heyetinin AHM'ye ilişkin geniş yaklaşımı, "*Hakem Heyeti, uluslararası hukuk tarafından belirlenen iyi niyet ilkesi ışığında, Antlaşmadaki [AHM maddesinin] Akit Tarafların ülkeler arası yatırımlara, yabancı yatırımcının yatırım yapmak için dikkate aldığı temel beklentileri etkilemeyen bir muamele sağlamasını gerektirdiğini düşünmektedir. Yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin yabancı yatırımcı ile ilişkilerinde tutarlı, belirsizlikten uzak ve tamamen şeffaf bir şekilde hareket etmesini bekler; böylece yatırımlarını yönetecek her türlü kural ve*

⁴⁸⁷ Thomas M. Franck, *Fairness in international law and institutions*, Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, s. 34.

⁴⁸⁸ Kläger, "*Fair and Equitable Treatment*" in *International Investment Law*, s. 144.

⁴⁸⁹ Franck, *Fairness in international law and institutions*, s. 441.

düzenlemenin yanı sıra ilgili politikaların ve idari uygulamaların veya direktiflerin amaçlarını önceden bilebilir, yatırımını planlayabilir ve bu düzenlemelere uyabilir. Bu kriterlere uygun her türlü devlet eylemi, yalnızca çıkarılan kılavuzlar, direktifler veya gereklilikler veya bunlar kapsamında onaylanan kararlarla değil, aynı zamanda bu düzenlemelerin altında yatan hedeflerle de ilgili olmalıdır. Yabancı yatırımcı ayrıca ev sahibi devletin tutarlı davranmasını, yani yatırımcının taahhütlerini üstlenmek ve ticari ve iş faaliyetlerini planlamak ve başlatmak için güvendiği devlet tarafından önceden verilmiş kararları veya izinleri keyfi olarak iptal etmemesini bekler. Yatırımcı ayrıca devletten, yatırımcının eylemlerini veya yatırımını düzenleyen yasal araçları, genellikle bu araçlara atfedilen işleve uygun olarak kullanmasını ve gerekli tazminat ödenmeksizin yatırımcıyı yatırımından mahrum etmemesini bekler. Aslında, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya veya yatırımlarına ilişkin olarak bu tür davranış kalıplarına uymaması, yatırımcının ev sahibi devlet tarafından sağlanan muamele ve korumayı ölçme ve ev sahibi devletin eylemlerinin adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine uygun olup olmadığını belirleme kabiliyetini etkiler. Bu nedenle, ev sahibi devletin bu tür davranış kalıplarına uyması, yukarıda bahsedilen ilkeyle, bu ilkenin fiilen uygulanma şansı ve devlet eyleminin keyfi olarak nitelendirilme olasılığının dışlanmasıyla yakından ilgilidir; yani, ‘... herhangi bir makul ve tarafsız kişi tarafından’ fark edilebilecek yetersizlikler sunması veya belirli düzenlemeleri ihlal etmese de, ‘... (bu) hukuka uygunluk duygusunu sarsması veya en azından şaşırtması’ nedeniyle hukuka aykırı olması”⁴⁹⁰ şeklindedir ve birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir.

Tecmed v. Meksika kararındaki kilit önerme, hakem heyetinin AHM ile yabancı yatırımcının beklentilerinin korunması arasında kurduğu bağlantıdır. Hakem heyeti, meşru beklentileri AHM’nin sadece bir unsuru değil, normatif içeriğinin özü olarak konumlandırmıştır. Hakem heyetine göre, tutarlı ve şeffaf karar alma, keyfi davranışların olmaması, iç hukuka uygunluk vb. unsurlar, antlaşma yorumu veya uygulanabilir yatırım antlaşmasından başka bir hukuk belirleme süreci yoluyla türetilmediği için değil, yabancı yatırımcıların beklediği şeyler olduğu için, AHM’nin unsurları haline gelmektedir.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154.

⁴⁹¹ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 364.

Tecmed v. Meksika davasındaki hakem heyetinin, NAFTA m. 1105(1)'in normatif içeriğinin nasıl belirleneceğine ilişkin tartışmaları detaylı şekilde yapmaması doğal olarak eleştiriye açıktır. Aslında, hakem heyetinin AHM'nin iyi niyetle ve yatırım antlaşmasının amacı ve hedefiyle bağlantısı olduğuna ilişkin argümanları, egemenlik dostu bir yorumunu haklı çıkarmak için de kolayca kullanılabilirdi. Hakem heyeti, kendi pozisyonu için kabul edilen hukuk belirleme yöntemleriyle sonuca ulaşmak yerine, AHM'nin normatif içeriğini kanun yapma yetkisiyle ilan etmiştir. *Tecmed v. Meksika* davasındaki AHM anlayışı, şeffaflık ve meşru beklentilerin korunması gerekliliği antlaşma metninde veya uluslararası hukukta meşru bir destek de bulamaması sebebiyle⁴⁹² hakem heyeti tarafından normatif içeriğin bir icadı olarak nitelenip eleştirilmiştir.⁴⁹³ Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Pasifik Okyanusu'na Erişim Müzakere Yükümlülüğü (Bolivya / Şili) davasında teyit ettiği üzere, meşru beklentilerin korunması için genel uluslararası hukukta herhangi bir dayanak bulunmamaktadır.⁴⁹⁴

Tecmed v. Meksika davasındaki AHM yorumu, sonraki tahkim yargılamalarında yatırımcılar tarafından yaygın olarak kullanılmış ve hakem heyetleri tarafından onaylanarak alıntılanmıştır.⁴⁹⁵ Aynı zamanda *Tecmed v. Meksika* kararı, AHM'nin içeriğini şekillendirirken yabancı yatırımcıların beklentilerini tek taraflı olarak dikkate aldığı için eleştirilmiş,⁴⁹⁶ *Tecmed v. Meksika* kararında ifade edilen standardın, standart

⁴⁹² *AWG Group v. Arjantin*, UNCITRAL, Ayrı Görüş Pedro Nikken, 30 Temmuz 2010, § 25.

⁴⁹³ Christopher Campbell, "House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law", **Journal of International Arbitration**, C. 30, S. 4, 2013, s. 379, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2013024.pdf>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁴⁹⁴ *Pasifik Okyanusu'na Erişim Müzakeresi Yükümlülüğü (Bolivya v. Şili)* (Karar, 1 Ekim 2018) ICJ Rep 2018, 507, 559, § 162; "Mahkeme, adil ve hakkaniyete uygun muamele öngören antlaşma hükümlerini uygulayan yabancı bir yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarında meşru beklentilere atıfta bulunulabileceğini belirtmektedir. Bu tür atıflardan, genel uluslararası hukukta meşru beklenti olarak kabul edilebilecek şeylere dayanarak bir yükümlülük doğuracak bir ilkenin var olduğu sonucu çıkmaz. Bolivya'nın meşru beklentilere dayanan argümanı bu nedenle sürdürülemez."

⁴⁹⁵ *MTD v. Şili*, Karar, § 113; *Occidental Exploration v. Ekvador*, Nihai Karar, § 185; *Eureko BV v. Polonya Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Kısmi Karar, 19 Ağustos 2005, § 231-5; *Siemens AG v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/02/8, Karar, 6 Şubat 2007, § 298-9; *Suez ve AWG v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 222-6; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 348; *Electrabel v. Macaristan*, Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Hakkında Karar, § 7.75; *Franck Charles Arif v. Moldova Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/11/23, Karar, 8 Nisan 2013, § 538; *Gold Reserve Inc v. Bolivarçı Venezuela Cumhuriyeti*, Karar, § 570-576; *Foresight Luxembourg Solar 1 Sàrl et al v. İspanya*, SCC Dava No. 2015/150, Nihai Karar, 14 Kasım 2018, § 352.

⁴⁹⁶ *MTD v. Şili*, İptal Kararı, § 67.

olmaktan öte dünyada hiçbir devletin hiçbir zaman garanti edemeyeceği bir iyi yönetim programı gibi görüldüğü belirtilmiştir.⁴⁹⁷

Tecmed v. Meksika kararı eleştirilmesine rağmen, ilan ettiği alt unsurların birçoğu (tutarlı ve şeffaf karar alma ihtiyacı, keyfiliğin olmaması, iç hukuku uygulama yükümlülüğü ve bir yatırımcının belirli ev sahibi devlet temsillerine zarar verici şekilde güvenmesinin korunması dahil olmak üzere), devlet çıkarlarının da dikkate alınması koşuluyla, hukukun üstünlüğünün idari eylemden talep ettiği gereklilikler olarak haklı gösterilebilir.⁴⁹⁸

ii. Waste Management II v. Meksika

Waste Management II v. Meksika davasındaki hakem heyeti, tarafların NAFTA m. 1105(1)'in normatif içeriğinin nasıl belirleneceğine ilişkin argümanlarını oldukça detaylı bir şekilde ele almıştır.⁴⁹⁹ Hakem heyeti, yalnızca hükmün metnini ve NAFTA m. 1105(1) kapsamındaki AHM'nin uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardına eşdeğer olduğunu açıklayan NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu tarafından yapılan yorumunu hatırlatmakla kalmamış, aynı zamanda daha önceki NAFTA mahkemelerinin AHM standardını nasıl yorumladığını detaylandırarak, “Birlikte ele alındığında, *S.D. Myers, Mondev, ADF ve Loewen davaları*, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin asgari standardının, devlete atfedilebilecek ve davacıya zarar verebilecek davranışların keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz veya kendine özgü olması halinde ihlal edildiğini göstermektedir, ayrımcı olması ve davacıyı kesitsel veya ırksal önyargılara maruz bırakması veya adli işlemlerde doğal adaletin açıkça ihlal edilmesi veya idari bir süreçte şeffaflık ve dürüstlükten tamamen yoksun olunması durumlarında olduğu gibi, yargı adabına aykırı bir sonuca yol açan adil bir sürecin eksikliğini içermesi”⁵⁰⁰ sonucuna ulaşmıştır.

⁴⁹⁷ Zachary Douglas, “Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex”, *Arbitration International*, C. 22, S. 1, 2006, s. 28, doi:10.1093/arbitration/22.1.27.

⁴⁹⁸ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 366.

⁴⁹⁹ *Waste Management, Inc v. Meksika (Waste Management II)*, ICSID Dava No. ARB(AF)/00/3, Karar, 30 Nisan 2004, § 89-99.

⁵⁰⁰ *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 98.

Hakem heyetinin temel yaklaşımı, söz konusu AHM maddesine somut bir anlam kazandırmak için antlaşma yorumlama yöntemlerini uygulamak yerine esas olarak tahkim içtihadına dayanmak olmuştur. Bu şekilde geliştirilen standardı davanın gerçeklerine uygulayan hakem heyeti, yatırımcının karşılaştığı zorlukların çoğunu orijinal iş planının zayıflıklarına bağladığı için sonuçta AHM ihlali bulmamıştır.⁵⁰¹ Hakem heyeti ayrıca davada öncelikli olarak söz konusu olanın imtiyaz sözleşmesindeki akdi yükümlülüklerin ihlali olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Ancak, bu tür ihlaller kendi başlarına uluslararası teamül hukuku kapsamındaki uluslararası asgari standardın ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁵⁰² İhlal için daha fazlasının, örneğin tamamen keyfi veya büyük ölçüde haksız bir davranış gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰³ Hakem heyeti, borcun ısrarla ödenmemesinin, işlemin açıkça ve haksız bir şekilde reddedilmesi anlamına gelmediği ve alacaklıya sorunu çözmek için bir çözüm yolu açık olduğu sürece tamamen keyfi olmadığına karar vermiştir.⁵⁰⁴

Waste Management II v. Meksika davasındaki hakem heyeti, AHM'nin daha sınırlı bir normatif içeriğini açıklamış ve hangi uyuşmazlıkların bir yatırım antlaşması mahkemesi yerine yerel mahkemeler tarafından çözülmesi gerektiğine dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Sonuçta, hakem heyetinin görüşüne göre, AHM'nin ihlaline ilişkin iddialar, kamu sözleşmeleri için basit bir alacak tahsil mekanizması olarak işlev görmemelidir.⁵⁰⁵

Waste Management II v. Meksika davasındaki karar, ev sahibi devletin davranışlarına daha fazla saygı göstermesine rağmen, hakem heyetinin önceki tahkim kararlarını UAD Statüsü m. 38(1)(d) kapsamında hukuk kurallarının belirlenmesinde ikincil araçlar statüsünden çıkararak, yatırım antlaşmalarının içeriğinin anlaşılması için temel referans noktaları haline getirmesi eleştiriye açıktır. Her ne kadar hakem heyetleri, yatırım tahkimi içtihadının bağlayıcı olmadığını sık sık vurgulasalar da, AHM gibi antlaşma kurallarının belirlenmesinde yatırım tahkimi içtihadının otoritesinin, ayrılmak için güçlü nedenler olmadıkça, takip edildiği

⁵⁰¹ *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 113.

⁵⁰² *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 114.

⁵⁰³ *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 115.

⁵⁰⁴ *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 115.

⁵⁰⁵ *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 116.

gözlemlenmektedir.⁵⁰⁶ Her ne kadar yatırım tahkimi kararları, de jure olarak bireysel davanın ötesinde bağlayıcı olmasa da, de facto olarak yatırım antlaşmalarının nasıl yorumlanacağını ve yatırım uyuşmazlıklarının nasıl karara bağlanacağını belirlemektedir.⁵⁰⁷

Tecmed v. Meksika kararındaki yaklaşımı esas olarak yatırımcıların lehine görülürken, *Waste Management II v. Meksika* kararındaki yaklaşım devletleri koruyor gibi görünmektedir. *Tecmed v. Meksika* davasındaki üç hakem de, Horacio A Grigera Noan⁵⁰⁸ (Başkan), José Carlos Fernandez Rozas ve Carlos Bernal Vereza, ticari tahkim ve uluslararası özel hukuk dünyasından gelmektedir. *Waste Management II v. Meksika* davasındaki başkan hakem James Crawford ise önde gelen bir uluslararası kamu hukuku uygulayıcısıdır.⁵⁰⁹ Bu bilgiler ışığında Roberts'in şu tespiti akla gelmektedir: “Başka bir düzeyde, diğer hukuk alanlarıyla yapılan karşılaştırmalar, yatırım muamelesi sistemine farklı kavramsal çerçevelerle gelen farklı epistemik avukat topluluklarının bir araya gelmesinden kaynaklanmaktadır. Yatırım muamelesi uzmanları genellikle ticari tahkim veya uluslararası kamu hukuku gibi ilgili bir hukuk alanında bir geçmişe veya ikili uzmanlığa sahiptir. Kuşkusuz, yatırım antlaşması alanına belirli bir arka plandan gelen herkes aynı yaklaşımı paylaşmayacaktır. Tüm aktörler de tek bir geçmişten gelmeyecektir; birçok katılımcı makul bir şekilde iki veya daha fazla ilgili alanda uzman olduğunu iddia edebilir. Bununla birlikte, bu tür genellemelerin içerdiği basitleştirme ve basmakalıplaştırma sorunlarını kabul ederek, hakemler, akademisyenler ve (bir dereceye kadar) savunucular tarafından başvuru analojiler ve paradigmların geçmişlerinden, eğitimlerinden ve ilgi alanlarından etkilenmesi muhtemel görünmektedir.”⁵¹⁰

iii. Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti

⁵⁰⁶ *Saipem SpA v. Bangladeş Halk Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/07, Yargı Yetkisi ve Geçici Tedbirler Kararı, 21 Mart 2007, § 67; *Daimler Financial Services AG v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/1, Karar, 22 Ağustos 2012, § 52; *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, UNCITRAL, Karar, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, 26 Ocak 2006, § 16: “İyi ve sağlam bir şekilde oluşturulmuş içtihadattan sapma, kapsamlı bir şekilde gerekçelendirilmiş bir gerekçe gerektirir.”

⁵⁰⁷ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 368.

⁵⁰⁸ Horacio Grigera Naon, 1996 yılından 2001 yılına kadar ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi Genel Sekreterliği görevini yürütmüştür.

⁵⁰⁹ James Crawford, Uluslararası Adalet Divanı'nda yargıç olarak görev yapmıştır.

⁵¹⁰ Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law*, C. 107, S. 1, 2013, s. 54, doi:10.5305/amerjintelaw.107.1.0045.

Erken dönem tahkim içtihadına ilişkin önemli bir eleştiri, AHM'nin normatif içeriğinin şekillendirilmesinde ev sahibi devlet menfaatlerinin yeterince dikkate alınmamasıydı. Ancak, *Tecmed v. Meksika* kararından sonra hakemler, AHM'nin içeriğinin şekillendirilmesinde ev sahibi devlet menfaatlerinin önemini vurgulamaya başlamışlardır. *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti* davasındaki yaklaşımı *Tecmed v. Meksika* davasındaki yaklaşımdan önemli ölçüde farklılaşmıştır.

Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti davasındaki hakem heyeti, meşru beklentiler kavramının AHM'nin bir parçasını oluşturduğu ve hatta bu standardın baskın unsuru olduğu konusunda daha önceki içtihatlarla hemfikirdi.⁵¹¹ Ancak, hakem heyeti, yatırımcının hangi beklentilerinin korunabileceğini detaylandırmıştır. AHM'nin içeriğinin yatırımcının sübjektif motivasyonlarına ve düşüncelerine bağlı kılınamayıp bunun yerine, bir yatırımcının beklentilerinin korunabilmesi için, koşullar ışığında meşruiyet ve makuliyet seviyesine yükselmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵¹²

Hakem heyeti, AHM'nin yatırımcının meşru beklentileri ile ev sahibi devletin menfaatleri arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir: *“Hiçbir yatırımcı, yatırımın yapıldığı tarihte geçerli olan koşulların tamamen değişmeden kalmasını makul bir şekilde bekleyemez. Yabancı yatırımcının beklentilerinin boşa çıkarılmasının haklı ve makul olup olmadığını belirlemek için, ev sahibi devletin daha sonra iç meseleleri kamu yararına düzenleme meşru hakkı da dikkate alınmalıdır... Bu nedenle, Çek Cumhuriyeti tarafından m. 3.1'in ihlal edildiğinin tespiti, bir yandan Davacının meşru ve makul beklentilerinin, diğer yandan Davalının meşru düzenleyici menfaatlerinin tartılmasını gerektirmektedir... Antlaşma ile korunan yabancı bir yatırımcı, her halükarda, Çek Cumhuriyeti'nin, yatırımcıların yatırımlarını etkilediği ölçüde, kamu politikaları tarafından makul bir şekilde gerekçelendirilebilen ve bu tür davranışların tutarlılık, şeffaflık, eşitlik ve ayrımcılık yapmama gerekliliklerini açıkça ihlal etmeyen davranışlarla politikalarını iyi niyetle uygulamasını bekleyebilir. Özellikle, yabancı bir yatırımcıya yönelik herhangi bir farklı muamele makul olmayan ayrımlara ve taleplere dayanmamalı ve yabancı sermayeli yatırım yerine diğer yatırımların tercih edilmesinden kaynaklanmayan rasyonel politikalarla makul bir ilişki içinde olduğu gösterilerek gerekçelendirilmelidir.”*⁵¹³

⁵¹¹ *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 301.

⁵¹² *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 304.

⁵¹³ *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 305-6-7.

Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti davasındaki hakem heyeti, yabancı yatırımcının pozisyonuna tek taraflı bakmak yerine, yatırımcı ve devlet çıkarları arasındaki ilişkiye önem vermiştir. Bu doğrultuda sadece bir yatırımcının menfaatine orantısız bir şekilde müdahale edilmesi halinde AHM'nin ihlal edilebileceğine karar verilebilirdi. Meşru beklentilere ilişkin bu yaklaşım o zamandan beri yatırım antlaşması tahkimlerinde ihtilafli taraflarca benimsenmiştir.⁵¹⁴ Hakem heyeti, AHM'nin somutlaştırılmasında tahkim içtihadının önemini teyit ederken, içtihadın eleştirel bir şekilde değerlendirilmesi ve AHM hükümlerinin yorumlanması da dâhil olmak üzere yatırımcı ve ev sahibi devlet menfaatlerinin dengelenmesi için çaba gösterilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

iv. Glamis Gold v. ABD

AHM'nin geniş yorumlanması ile başlayan süreçte devletler hakem heyetlerinin yorumlama yetkisine karşı ihtiyatlı davranmaya başlamıştır. Sonuç olarak, hakemlerin kanun yapma faaliyetlerini kontrol etmek amacıyla AHM'yi diğer hukuk kaynaklarıyla ilişkilendirmeye yönelik çeşitli girişimler dahi ortaya çıkmıştır.

Glamis Gold v. ABD kararının merkezinde, AHM'nin uluslararası teamül hukukuna ne ölçüde dahil edilebileceği ve hakem heyetlerinin kanun yapma faaliyetinin ne ölçüde uluslararası teamül hukuku ile sınırlandırılabilirliği meselesi yer almaktadır. Hakem heyeti, yatırımcının NAFTA m. 1105(1) kapsamındaki talebini reddetmiştir.⁵¹⁵ Başlangıçta, hakem heyeti, bu hükmün NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun Yorum Notu uyarınca uluslararası teamül hukuku asgari standardına atıfta bulunacak şekilde yorumlanması gerektiği konusunda hemfikir olmuştur.⁵¹⁶ Bununla birlikte, uluslararası teamül hukuku asgari standardının içeriğinin belirlenmesi tartışmalıydı: davacı, hakem heyetinin AHM'ye ilişkin tahkim içtihadını

⁵¹⁴ *Blusun SA v. İtalya*, Karar, § 163, 184; *Casinos Austria International GmbH ve Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/14/32, Yetki Kararı, 28 Haziran 2018, § 242; AHM'nin içeriğini uygun bir şekilde yansıttığı için bir dizi yatırım tahkimi hakem heyeti tarafından onaylanmıştır: *BG Group Plc v. Arjantin Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 298; *Philip Morris Brands Sàrl ve diğerleri v. Uruguay*, ICSID Dava No. ARB/10/7, Karar, 8 Temmuz 2016, § 320-4, 399; *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. Polonya Cumhuriyeti*, Karar, § 551; *Foresight Luxembourg Solar 1 v. İspanya*, Nihai Karar, § 352.

⁵¹⁵ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, UNCITRAL, Karar, 8 Haziran 2009, § 537-830.

⁵¹⁶ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 599.

takip etmesi gerektiğini savunurken; davalı, bunun yerine, hakem heyetleri uluslararası teamül hukuku yaratamayacağından, devletlerin genel ve tutarlı bir uygulamasının ve opinio juris'in gösterilmesi gerektiğinde ısrar etmiştir.⁵¹⁷

Hakem heyeti, esasen davalının tarafını tutarak, NAFTA m. 1105(1) kapsamındaki görevinin bir antlaşma yorumu değil, uluslararası teamül hukukunun içeriğini belirlemek olduğunu tespit etmiştir. Hakem heyeti, 1926 Neer davasından bu yana asgari standardın evrim geçirdiğini tespit etmiş ve devlet uygulamasının ve opinio jurisin gösterilmesi yoluyla böyle bir evrimi ortaya koymanın davacıya düştüğünü belirtmiştir.⁵¹⁸ Aynı zamanda, tahkim içtihadının teamül yaratamayacağı veya kanıtlamayacağı, ancak AHM'nin özerk bir yorumundan ziyade teamülün incelenmesini içermesi koşuluyla sadece içeriğini gösterebileceği belirtilmiştir.⁵¹⁹

Hakem heyeti, önceki NAFTA kararları gibi ilgili olduğunu düşündüğü tahkim emsallerini inceleyerek,⁵²⁰ davacının uluslararası asgari standartta bir evrim olduğunu kanıtlamadığı sonucuna varmıştır.⁵²¹ Hakem heyeti, bunun “*NAFTA m. 1105(1)'de öngörülen korumaları 1926'daki kabul edilemezlik anlayışında etkin bir şekilde dondurduğunu*” belirtmiştir.⁵²² Hakem heyeti, “*Uluslararası bir topluluk olarak, daha önce bizi rahatsız etmeyen devlet eylemleri karşısında şok olmamızın...tamamen mümkün olduğunu*” kabul etmekle birlikte,⁵²³ AHM'nin teamül hukukuna bağlandığında neyi gerektirdiğinin içeriğini aşağıdaki şekilde sınırlandırmıştır: “*NAFTA'nın 1105. Maddesinde belirtildiği üzere, uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardının ihlali, kabul edilen uluslararası standartların altına düşmek ve 1105. Maddenin ihlalinin teşkil etmek için yeterince kabul edilemez ve şok edici bir eylem gerektirir - büyük bir adalet reddi, açık bir keyfilik, bariz bir adaletsizlik, yasal sürecin tamamen yokluğu, açık bir ayrımcılık veya açık bir sebep eksikliği.*”⁵²⁴

⁵¹⁷ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 542-52.

⁵¹⁸ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 600-3.

⁵¹⁹ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 605-11.

⁵²⁰ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 614; *Mondev v. ABD*, Karar, § 116, 127; *SD Myers, Inc v. Kanada*, Kısmi Karar, § 263; *International Thunderbird Gaming v. Meksika*, Karar, § 194.

⁵²¹ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 612-27.

⁵²² *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 604.

⁵²³ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 616.

⁵²⁴ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 627.

Hakem heyeti, bu standardı uygularken, hiçbir tedbirin uluslararası teamül hukukunu ihlal etmediğine karar vermiştir. Hakem heyeti, yeni mevzuatın kabul edilme süreci ile ilgili bir sorun görmek için bir neden görmemiştir çünkü davacı, özel güvenceler olmadan, düzenleyici çerçevenin değişmeden kalacağına dair meşru beklentilere sahip olamayacaktır.⁵²⁵ Hakem heyetine göre Kaliforniya'nın mevzuatı da özünde keyfi değildi ve tedbirler meşru bir hükümet amacı ile rasyonel olarak ilişkiliydi.⁵²⁶

Glamis Gold v. ABD davasında, NAFTA m. 1105(1) kapsamında yatırımcının, ev sahibi devletin düzenleyici özerkliğine saygı göstermesini sağlarken, aynı zamanda yatırımcıları ise yalnızca makul olmayan ve orantısız tedbirlere karşı korumaktadır.

v. Infinito Gold v. Kosta Rika

Infinito Gold v. Kosta Rika davasında, hakem heyeti, Kosta Rika'nın AHM standardını ihlal ettiğini tespit etmiş, ancak bu tespite rağmen yatırımcıya tazminat ödenmemesine hükmetmiştir. Kanadalı bir madencilik şirketi olan Infinito Gold, Kosta Rika'daki Crucitas bölgesinde altın yatakları aramak için bir arama iznine sahipti. Infinito Gold, 2001'de altın madenciliği için bir işletme imtiyazı aldı, ancak Kosta Rika'daki ilgili idari makam tarafından Çevresel Etki Değerlendirmesinin (ÇED) onaylanmasına tabi tutuldu. 2002 yılında, siyasi liderlikteki bir değişikliğin ardından, Kosta Rika'da açık ocak altın madenciliği için bir moratoryum başlatıldı. Ancak, bu moratoryum geriye dönük olarak işlemediği için kazanılmış hakları etkilememektedir. Ancak, Infinito Gold'a verilen işletme imtiyazı Kosta Rika'daki Yüksek Mahkeme tarafından anayasal gerekçelerle, özellikle de imtiyazın onaylı bir ÇED olmadan verilemeyeceği gerekçesiyle iptal edildi. Bu davalar devam ederken, Infinito Gold'un ÇED onayı önce reddedildi, ancak çeşitli itirazlar ve iptallerin ardından nihayetinde onaylandı. Kosta Rika'daki yönetiminde bir başka değişikliğin ardından, açık ocak madenciliği üzerindeki moratoryum kaldırıldı ve 2008'de Infinito Gold'a yeni bir işletme imtiyazı verildi. Bu yeni imtiyaz yine bir idari mahkeme tarafından iptal edildi ve bunu 2011 yılında yasama organı tarafından yürürlüğe konan açık ocak madenciliğinin tamamen yasaklanması izledi. Infinito Gold böylece yeni bir imtiyaz

⁵²⁵ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 800-2, 809-15.

⁵²⁶ *Glamis Gold, Ltd v. ABD*, Karar, § 803-6, 816-18.

için başvuramadı ve Crucitas bölgesindeki faaliyetlerini durdurmak zorunda kaldı. Infinito Gold'a verilen iki işletme imtiyazı yasal olarak uygun değildi ve sonuç olarak Industrias Infinito 2002 Moratoryumuna yakalandı.⁵²⁷

İlgili yatırım antlaşması metni AHM standardını uluslararası hukuk ilkelerine bağlamıştır ve Kosta Rika, antlaşma imzalandığında tarafların bunu teamül asgari standardına atıfta bulunmak olarak anladıklarını ileri sürmüştür. Bu antlaşmanın karşı tarafı olan Kanada, Kosta Rika'nın AHM hükmü kapsamındaki yükümlülüklerine ilişkin anlayışının asgari bir muamele standardı sağlamak olduğunu savunarak yargılamalarda görüş bildirmiştir.⁵²⁸ Antlaşmanın taraflarının bu ortak anlayışına rağmen, hakem heyetinin çoğunluğu AHM maddesinin asgari muamele standardı ile bağdaştırılamayacağı sonucuna varmıştır.⁵²⁹ Hakem heyeti, Kanada ve Kosta Rika'nın aynı fikirde olan tutumlarının, taraflar arasında antlaşma hükümlerinin yorumlanması konusunda bir antlaşma teşkil etmediğini çünkü birinin teklifi ve diğerinin kabulü unsurunu eksik bırakıldığını belirtmiştir.⁵³⁰

Antlaşmanın her iki tarafının da maddeyi yorumlamasını bir kenara bırakan hakem heyetini çoğunluğu, daha sonra, uluslararası hukuk ilkeleri terimini geleneksel uluslararası hukuk normuyla eşitlemeye yönelik hiçbir gerekçenin bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁵³¹ Hakem heyeti, Infinito Gold'un ifadeleri ve Kosta Rika yetkililerinin tek taraflı ifadelerinin yatırım antlaşması imzalanmasından sonra olduğu

⁵²⁷ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 545.

⁵²⁸ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 322.

⁵²⁹ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 331-2-4-5.

⁵³⁰ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 338-9; “Mahkemenin görüşüne göre, Kosta Rika ve Kanada'nın bu tahkimdeki eşzamanlı tutumları, VCLT'nin 31(3) Maddesi anlamında bir antlaşma anlamına gelmemektedir. Roberts'in açıkladığı üzere, antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin antlaşmaların “bağlayıcı veya antlaşma şeklinde olması gerekmez, ancak tarafların anlayışlarının yorum için üzerinde anlaşılmış bir temel oluşturmasını amaçladıklarını göstermesi gerekir.” *Oppenheim's International Law* da bir antlaşmanın taraflarının “başka bir şekilde ve antlaşmanın imzalanmasından önce, antlaşma sırasında veya sonrasında, bir terimin yorumlanması konusunda ya gayri resmi olarak (ve antlaşmayı buna göre uygulayarak) ya da yorumlayıcı bir deklarasyon veya protokol veya tamamlayıcı bir antlaşma gibi daha resmi bir usulle anlaşabileceklerini” belirtmektedir. Yine de, Akit Tarafların belirli bir yorum üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Bu, Akit Tarafların, BIT m. II(2)(a)'nın uluslararası teamül hukuku kapsamında MST'yi yansıttığına dair ortak niyetlerini kanıtlayan ortak bir rıza beyanı veya en azından bir teklif ve kabul gerektirir... Burada böyle bir rıza bulunmamaktadır. Kosta Rika ve Kanada tarafından bu tahkimde sunulan görüşler, bu uyumsuzluk bağlamında kendi çıkarlarını ilerletmek için öne sürülen hukuki argümanları yansıtmaktadır. Her ne kadar örtüşüyor olsalar da, BIT'nin yorumlanması konusunda az önce açıklandığı gibi bir antlaşmayı yansıtmamaktadırlar. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin beyanlarından bir “antlaşma” çıkarabilseydi bile, quod non, bu antlaşma bu tahkimin başlamasından sonra olurdu ve Mahkeme, davacıardan birinin lehine, diğerinin aleyhine, ikincisinin adil yargılanma haklarını ihlal etme riskine maruz kalmadan bunu dikkate alamazdı.”

⁵³¹ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 296.

ve akit devletlerin niyetini ortaya koymadığı için tamamlayıcı yorumlama aracı olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmiştir.⁵³²

Hakem heyeti, her iki devletin adil ve hakkaniyetli teriminden ne anladıklarını göstermek için sundukları tüm kanıtları göz ardı etmiş, sunulan kanıtların VAHS m.31 kapsamında tamamlayıcı yorum araçları olarak nitelendirilemeyeceğini ve adil ve hakkaniyetli teriminin anlamı konusunda belirsizlik olmaması sebebiyle tamamlayıcı araçlara atıfta bulunulmasının gerekli olmadığını beyan etmiştir.⁵³³ Ayrıca hakem heyeti, Kanada'nın ve Kosta Rika'nın daha önceki yargılamalarda AHM'ye ilişkin yorumlarının ise dava duruşunu (litigation posture) yansıttığını ve VAHS m.31 uyarınca antlaşma yorumlama aracı olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmiştir.⁵³⁴

AHM maddesinde uluslararası hukuk ilkelerine yapılan atıf, uluslararası hukukun diğer genel ilkelerine atıfta bulunulduğu şeklinde yorumlanabilir. Hakem heyeti, bu genel ilkelerin içeriğinin en iyi şekilde yatırım tahkimlerindeki önceki kararlardan çıkarılabileceğine hükmetmiştir.⁵³⁵ Bu kaynaklar zaman içinde AHM maddesini daha yüksek bir koruma standardı olarak oluşturduğundan, hakem heyeti bu tür bir yapının Kosta Rika-Kanada BIT'i için en uygun yapı olacağına karar vermiştir. Kosta Rika tarafından aday gösterilen Hakem Brigitte Stern, AHM hükmü tarafından kodlanan standardın teamül hukuku kapsamında asgari standart olduğuna karar veren ayrı bir görüş yazmıştır.⁵³⁶ Stern'in analizi uluslararası hukuk ilkeleri

⁵³² *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 300.

⁵³³ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 343; “*Davalı'nın, BIT m. II(2)(a)'nın NAFTA 1105 ile aynı şekilde yorumlanması gerektiğini ve BIT m. II(2)(a)'nın MST'ye atıfta bulunmasının Akit Tarafların niyeti olduğunu öne süren çeşitli kaynaklara işaret ettiği doğrudur. Mahkeme bu kaynaklara ağırlık veremez çünkü bunlar VCLT'nin 31. Maddesindeki genel kural uyarınca yorum aracı olarak nitelendirilemez ve 31. Maddenin uygulanması “muğlak veya belirsiz” veya “açıkça saçma veya mantıksız” bir anlamla sonuçlanmadığı için tamamlayıcı yorum araçlarına başvurmak için bir neden yoktur. Mahkeme, “31. maddenin uygulanmasından çıkan anlamı teyit etmek” için tamamlayıcı araçlar kullanma eğiliminde olsaydı bile, Kosta Rika'nın başvurduğu kaynaklar, “antlaşmanın hazırlık çalışmaları ve sonuçlanma koşullarıyla” ilgili olmadıkları için bu tür araçlar oluşturmazdı.”*

⁵³⁴ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 344; “*Davalı, Kanada gibi Kosta Rika'nın da “yatırım koruma antlaşmaları kapsamındaki adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün özerk bir standart oluşturmadığını tutarlı bir şekilde kabul ettiğini” iddia etmektedir. Destek olarak, Davalı tahkim yargılamalarındaki savunmalarına işaret etmektedir. Bu kaynaklar Kanada'nın ve Kosta Rika'nın dava duruşunu yansıtmaktadır ve VCLT'nin 31. Maddesi uyarınca antlaşma yorumlama aracı olarak nitelendirilemez. Daha açık bir ifadeyle, bu davaların hiçbirisi Antlaşma'ya dayanmamaktadır ve dolayısıyla bu ifadeler VCLT m. 31(3)(b) anlamında “antlaşmanın uygulanmasına ilişkin bir uygulama” oluşturmaz.”*

⁵³⁵ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 332-3.

⁵³⁶ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, ICSID Dava No. ARB/14/5, Yargı Yetkisi ve Esasa İlişkin Ayrı Görüş, 26 May 2021, § 81.

terimlerinin anlamsal yapısına dayanmaktadır, Kosta Rika ve Kanada'nın yorumları analizini etkilememiştir.⁵³⁷

Kanada ve Kosta Rika tarafından sunulan AHM hükmü yorumu, devletler arasında uluslararası yatırım hukuku rejimine karşı artan tepki bağlamında ve devletlerin AHM yükümlülüklerinin geniş yorumlanmasını dizginleme çabalarının bir parçası olarak yorumlanabilir. Hakem heyetinin bu yorumu bir kenara bırakarak AHM için özerk koruma standardını yeniden öne sürmesi, yalnızca yatırımcı dostu bir duruş olarak değil aynı zamanda hakemlerin konumunu güçlendirme girişimi olarak değerlendirilebilir.⁵³⁸ Hakemlerin AHM'yi uluslararası teamül hukukuna bağlama girişimlerine verdikleri tepkiler, devletlerin mahkemelerin yorumlama yetkisi ve kanun yapma gücü için daha sıkı kontrol mekanizmaları getirmesine direnme örnekleri olarak da görülebilir.⁵³⁹ Hakemlerin bu muhakeme anlayışının altında, uluslararası yatırım hukuku, geçerliliği son kertede egemen rızaya yani devlet rızasına dayanmaya devam eden uluslararası kamu hukuku niteliğinden sıyrılırken, dünya ekonomisi için uluslararası bir anayasa hukuku rejimi yaratma gayesi olarak ortaya çıkmaktadır.⁵⁴⁰ Doğal olarak bu girişim fazlasıyla eleştiriye açıktır.

2. Hakemlerin Takdir Yetkisi Sınırlandırma Girişimi Olarak Ortak Yorumlayıcı İlkeler

Devletler, hakem heyetlerinin yorumlarını güvenmediği durumda, karar verme yetkilerini hakem heyetlerine devretmeyi yeniden düşünerek önceliklerini geri kazanmaya çalışabilirler. Sonuçta, yorumlama yetkisinin hakem heyetlerine devredilmesi, kalıcı ve genel olmaktan ziyade, şarta bağlı ve kapsamı sınırlıdır. Karar verme yetkisini geri almanın bir yolu yatırım tahkimi sisteminden çıkmaktır. Ancak, bunun yerine, devletler, yatırım antlaşmaları üzerinde kanun yapma ve yorumlama yetkisini yeniden ele geçirebilirler.⁵⁴¹ Bu noktada, işlevsel bir yöntem olan bağlayıcı ortak yorumlar dikkat çekmektedir. Hakemlerin kendi iradeleriyle kendilerini

⁵³⁷ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Yargı Yetkisi ve Esasa İlişkin Ayrı Görüş, § 75–98.

⁵³⁸ Das, “Fine Balance: Empire, Neoliberalism, and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, s. 683.

⁵³⁹ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 376.

⁵⁴⁰ Das, “Fine Balance: Empire, Neoliberalism, and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, s. 684.

⁵⁴¹ Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 344.

sınırlamaları ve antlaşmanın yeniden tasarlanması gibi yaklaşımlara kıyasla, bağlayıcı ortak yorumların, taraf devletlerin antlaşmalarının yorumunu sadece antlaşmanın oluşumu veya resmi değişiklik zamanlarında değil, her zaman kolektif olarak kontrol etmelerinin bir yoludur.⁵⁴²

Ortak yorumlar yoluyla, mahkemeler ve devletler arasında yorumlama yetkisinin paylaşılması, devletlerin yorumlama dağınıklığını dizginlemesi için denenmiş, ancak hala nadiren kullanılan bir yoldur. Ortak yorumlar, VAHS m.31(3) uyarınca antlaşma yorumcularının dikkate alması gereken müteakip antlaşmalardan ayırt edilmelidir. Ortak yorumlar, yatırımcıları devletlerin toplu olarak bağlayıcı ortak yorumlar benimseyebilecekleri konusunda uyararak, taraf devletlerin devam eden yorumlama yetkisini korurken, yabancı yatırımcılar tarafından en uygun karar alma ve risk fiyatlandırmasını sağlamaktadır.⁵⁴³

Antlaşmanın imzalanmasından sonra bir hükmün yorumlanmasına ilişkin varılan bir antlaşma, tarafların antlaşmanın yorumlanması amacıyla antlaşmada okunması gereken özgün bir yorumunu temsil ettiği kabul edilmektedir.⁵⁴⁴ Bruno Simma bu tür müteakip antlaşmaları ve uygulamaları savunmuş ve *“eğer müteakip bir uygulama veya müteakip bir antlaşma varsa bunun etrafından dolaşmanın hiçbir yolu yoktur. Bu böyledir çünkü antlaşmanın taraflarının niyeti her zaman geçerli olacaktır”*⁵⁴⁵ sonucuna ulaşmıştır.

Bağlayıcı ortak yorumlar getirme devletlerin yatırım antlaşmaları imzalayarak yatırımcılara verdikleri inandırıcı taahhüdü geri çekmesi olarak da görülebilir. Bu sebeple, yatırımcılara karşı güvenilir taahhütlerini sürdürmek isteyen devletler için uygun yollardan biri, bağlayıcı ortak yorumlar ile yatırım antlaşması yükümlülüklerini değiştirmek yerine sadece netleştirmek olmalıdır.⁵⁴⁶ Ortak yorumlar, taraf devletlerin ortak niyetini yanlış yorumlayan mahkemelere yanıt verilmesini sağlayarak devletlere antlaşma yorumunda öncelikli bir yer kazandırır. Ayrıca, antlaşmanın karşı taraflarının,

⁵⁴² Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 317.

⁵⁴³ a.g.e., s. 345.

⁵⁴⁴ Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 221, § 14.

⁵⁴⁵ Bruno Simma, “Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice”, **Treaties and Subsequent Practice**, ed. Georg Nolte, Oxford University Press, 2013, s. 46, doi:10.1093/law/9780199679195.003.0113.

⁵⁴⁶ Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 317.

diğer antlaşmalardaki benzer hükümlerin istenmeyen yorumlarını önlemek için kabul etmelerini kolaylaştırmaktadır.⁵⁴⁷

FTC'ye 2001 yılında bağlayıcı yorum notunu yayınlama yetkisi veren NAFTA m. 1131(2), tarafların bağlayıcı yorumlar yayınlama ve antlaşma yorumlama kurallarına ek bir kısıtlama yetkisine sahip olduğuna dair gerekli bildirim yapmanın standart bir örneğidir.⁵⁴⁸ NAFTA'nın kendisi FTC'nin ortak yorumlarını bağlayıcı hale getirmiştir. *Methanex v. ABD* davasındaki hakem heyetinin açıkladığı gibi: “*Madde 1131(2)'nin amacı şüpheye yer bırakmayacak kadar açıktır... Hatta varsayalım ki FTC yorumunun Methanex'in atıfta bulunduğu geniş kapsamlı bir maddi değişiklik olduğu bir antlaşmada geniş kapsamlı değişikliklerin tüm taraflar arasında bir tür antlaşma yerine yalnızca resmi değişikliklerle gerçekleştirilmesi gerektiği yönündeki argümanı için hiçbir otorite yoktur.*”⁵⁴⁹ FTC Yorum Notunun bir yorumdan ziyade bir değişiklik olup olmadığı konusundaki tartışmaları önlemek isteyen hakem heyeti, uluslararası hukuka göre antlaşmaların yeniden onaylama gerektirmeden antlaşma yoluyla değiştirilebileceğini belirtmiştir.⁵⁵⁰

Bununla birlikte, *Pope & Talbot v. Kanada* davasındaki hakem heyeti, FTC Yorum Notu'nu antlaşma değişikliği gerekliliklerine uygun olmayan hukuka aykırı bir antlaşma değişikliği olarak değerlendirmiş ve AHM'nin uluslararası asgari standardına eklenen bağımsız bir hak olduğu fikrine bağlı kalarak m. 1105 ile uluslararası asgari standart arasındaki eşdeğerliği reddetmiştir.⁵⁵¹ *Merrill & Ring v. Kanada* davasındaki hakem heyeti de benzer şekilde Yorumlayıcı Notu, “*katı bir yorumdan ziyade antlaşmanın değiştirilmesine daha yakın*” olarak anlama eğilimindeydi.⁵⁵² Bu çekincelere rağmen, FTC'nin Yorumlayıcı Notunun bağlayıcı olarak diğer birçok NAFTA mahkemesi tarafından yaygın bir şekilde kabul edilmesi, ortak yorumların potansiyelini göstermektedir.

Konuyla ilgili bir diğer ayrım ise ortak yorumların ex ante (gereklilik gereği, genel anlamda) mi yoksa ex post (belirli bir uyuşmazlık ışığında) mu

⁵⁴⁷ a.g.e., s. 346.

⁵⁴⁸ a.g.e., s. 348.

⁵⁴⁹ *Methanex Corporation v. ABD*, UNCITRAL, Karar, 3 Ağustos 2005, bölüm. IV- D, § 20.

⁵⁵⁰ *Methanex Corporation v. ABD*, Karar, bölüm IV-C, §21.

⁵⁵¹ *Pope ve Talbot v. Kanada*, 2. Aşamanın Esaslarına İlişkin Karar, § 108-18.

⁵⁵² *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 192.

oluşturulduğudur. FTC'nin Yorumlayıcı Notunun genel terimlerle yapılan ex ante ortak yorum olmasına rağmen, devletler devam eden bir uyuşmazlık metinsel bir belirsizliği içerdiğinde mahkemelere ortak niyetlerini bildirmek için sonraki antlaşmalara da güvenebilirler. Kuşkusuz, ortak yorumların devam eden bir uyuşmazlık uyarınca oluşturulmadıkları zaman daha meşru kabul edilmeleri muhtemeldir.⁵⁵³ Ortak yorumların buna karşı doğal bir kontrolü vardır, bu kontrol ortak bir yorumun yapıldığı kabul edilmeden önce her iki taraf devletin de ortak bir niyet ortaya koyması gerekmesi şeklindedir. *Aguas del Tunari v. Bolivya* davası açıklayıcı bir örnek sunmaktadır. Bu uyuşmazlıkta, hem Hollanda hem de Bolivya hükümetleri bağımsız olarak iki ülke arasındaki yatırım antlaşmasının uyuşmazlığa uygulanmayacağı görüşünü ifade etmişlerdir. Hakem heyeti yine de birkaç açıklamanın aynı anda yapılmasının onları ortak bir açıklama veya müteakip bir antlaşma haline getirmeyeceği itirazında bulunmuş ve bu ifadelerin bir antlaşma olarak kabul edilmesine yönelik bir niyetin bulunmadığını sonucuna varmıştır.⁵⁵⁴ Benzer bir yaklaşım, yukarda incelenen *Infinito Gold v. Kosta Rika* davasındaki hakem heyeti tarafında da yapılmıştır.⁵⁵⁵

En az bir taraf devletin, devam eden bir uyuşmazlıkta kendi vatandaşlarına zarar verebilecek ortak bir yorumu imzalaması gerektiği gerçeği, ex post ortak yorumların meşrulaştırılmasına yardımcı olmalıdır. Örneğin, *CME v. Çek Cumhuriyeti* davasındaki kısmi karardan memnun olmayan Hollanda ve Çek hükümetleri istişarelerde bulunmuş ve Çek-Hollanda BIT'sinin yorumlanmasına ilişkin müteakip antlaşmalarını kaydederek üzerinde mutabık kalınan tutanakları yayınlamışlardır. İlgili yatırım antlaşması, antlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin herhangi bir konuda iki taraflı istişarelerde bulunma seçeneğini sağlamıştır.⁵⁵⁶ Hakem heyeti, nihai kararında, müzakerelerde üzerinde mutabık kalınan tutanaklara dayanmıştır.⁵⁵⁷

Yatırım antlaşmalarında bağlayıcı ortak yorumlara ilişkin hükümler artmaktadır. ABD yatırım antlaşması pratiğinde sıklıkla vurgulanmaktadır: “*Tarafların, her biri bu*

⁵⁵³ Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 349.

⁵⁵⁴ *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivya Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/02/3, Davalının Yargı Yetkisine İtirazları Hakkında Karar, 21 Ekim 2005, § 251.

⁵⁵⁵ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 300.

⁵⁵⁶ Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Antlaşma, Hollanda-Çek, 29 Nisan 1991, m. 9.

⁵⁵⁷ *CME Czech Republic B.V. v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Nihai Karar, 14 Mart 2003, § 87-93.

*Maddenin amaçları doğrultusunda atadığı temsilcisi aracılığıyla hareket ederek, bu Antlaşmanın bir hükmünü yorumladıklarını beyan eden ortak bir kararı bir mahkeme üzerinde bağlayıcı olacaktır ve bir mahkeme tarafından verilen herhangi bir karar veya hüküm bu ortak kararlar tutarlı olmalıdır.”*⁵⁵⁸ Diğer devletler de giderek artan bir şekilde bağlayıcı ortak yorumlara açıkça izin veren yeni nesil yatırım antlaşmaları imzalamaktadır.⁵⁵⁹ Avrupa Birliği ve Kanada, bir düzenleme hakkı hükmü, giriş bölümünde kapsamlı bir meşru kamu politikası hedefleri listesi ve “*adil ve hakkaniyetli muamele sağlama yükümlülüğünün içeriğini düzenli olarak gözden geçirme, niyetlerini yansıttığından emin olma... ve amaçladıklarından daha geniş bir şekilde yorumlanmayacağından emin olma*” taahhüdünü içeren CETA’ya ilişkin bir Ortak Yorumlama Aracı yayınlamıştır.⁵⁶⁰

Sonuç olarak, en önemli nokta kimin yorumladığıdır, neyin yorumlandığı değil. Devletlerin tedirgin olduğu konu, yorumlama yetkisinin bağımsız bir yargı organına devredilmesidir. Burada önemli olan yorumlanan şey değil, kimin yorumladığıdır.⁵⁶¹ Ortak yorumlar, hakemleri, devletlerin yatırım antlaşmasında ne demek istedikleri konusunda kafa karışıklığından uzak tutacaktır. Sonuçta devletler basitçe ne ifade etmek istediklerini söyleyebilir ve söylemelidirler.⁵⁶²

Yatırım tahkimi içtihadı ile antlaşma normları arasındaki uyumsuzluk, devletlerin yatırım antlaşmalarını yeniden düzenlemek ve yatırım tahkimi hakem heyetleri üzerindeki kontrolü güçlendirmek için giderek artan çabalarının ana sebebidir.⁵⁶³ Bir diğer takdir yetkisi kısıtlama formülü ise yatırım antlaşmasında AHM’yi daha net şekilde tanımlamaktır. Günümüzde giderek artan yatırım antlaşması dilindeki AHM hükmünün spesifikasyonu, hakemlerin takdir yetkisini kısıtlamanın açık bir göstergesidir. CETA m. 8.10. AHM dilinin, daha önceki yatırım

⁵⁵⁸ ABD-Uruguay BIT, 4 Kasım 2011, m. 30(3); 2008 ABD-Ruanda BIT m. 30(3); 2004 ABD Model BIT, m. 30(3); CAFTA-DR, m. 10.22, 19.1.

⁵⁵⁹ Kanada ve Çek Cumhuriyeti BIT, m. X(6), 6 Mayıs 2009; ASEAN-Avustralya-Yeni Zelanda Serbest Ticaret Antlaşması, ASEAN (27 Şubat 2009), m. 27(2), 27(3); Amerika Birleşik Devletleri ve Kore Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Antlaşması, (30 Haziran 2007), m. 11.22(3).

⁵⁶⁰ Kanada ile Avrupa Birliği ve Üye Devletleri arasındaki Kapsamlı Ekonomi ve Ticaret Antlaşmasına ilişkin Ortak Yorumlayıcı Deklarasyon, 23 Ekim 2016.

⁵⁶¹ Zachary Douglas, “Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex”, **Arbitration International**, C. 22, S. 1, 2006, s. 38, doi:10.1093/arbitration/22.1.27.

⁵⁶² Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 353.

⁵⁶³ Chen Yu, “International adjudication as interactional law-making: the incorporation of fair and equitable treatment elements in investment treaties”, **Journal of International Economic Law**, C. 27, S. 2, 2024, s. 277, doi:10.1093/jiel/jgae022.

antlaşmalarının çoğunda bulunan niteliksiz standartlara kıyasla ne kadar ayrıntılı olduğu açıktır. Antlaşma dili ne kadar spesifik olursa, hakemlerin AHM'nin ne anlama geldiğini söylemek için o kadar az hareket alanı olacaktır. Bu eğilimin ilgili örnekleri daha önceki bölümde incelenen, Amerika Birleşik Devletleri-Meksika-Kanada Antlaşması (USMCA) m.14.6. ve Trans-Pasifik Ortaklığı (TPP) m. 9.6. bulunabilir. Kodifikasyon ve yorumlama arasındaki geri bildirim döngüsü aslında emsale ulaşma ihtiyacını azaltabilir.⁵⁶⁴ Bu metinsel özgüllük, devletlerin başlangıçta hakem heyetlerine devrettiği takdir yetkisini dizginlediğinin bir işaretidir.

AHM'nin yatırım tahkimi uygulamasındaki değişimi asgari düzeyde ve oldukça yavaştır. Yeni antlaşmalar ilk aşırılıklara tepki göstermekte ve sınırlamalar getirmektedir, ancak halen yürürlükte olan eski antlaşmalar evrenine kıyasla sayıları azdır. Dahası, AHM'ye sınırlamalar getiren yeni antlaşmalar bile hala geniş yorumlara izin vermektedir. Yeni antlaşmalardaki AHM hükümleri daha sınırlı olabilir, ancak yine de hakemler iyi niyet, kazanılmış haklar, tutarlılık, estoppel veya orantılılık gibi belirsiz doktrinleri geniş şekilde yorumlayarak yatırım ve yatırımcıyı korumayı önceliklendirebilir.⁵⁶⁵

B. Kararların Etkisi

Kararların kanun yapma etkisinin olmadığı görüşü, UAD Statüsü hazırlanırken benimsenmiştir. UAD Statüsü m.38(1) antlaşma ve teamüllerin içeriğinin büyük ölçüde veya hatta münhasıran yargı kararlarının merceğinden belirlendiği durumlara uyum sağlamak için yeterince esnekler. UAD Statüsü m.59, "*Divan'ın kararının, taraflar arasında ve söz konusu davaya ilişkin olanlar dışında bağlayıcılığı yoktur*" şeklindedir. Öte yandan, Statü'nün 38. maddesinin 1(d) paragrafı, Divan'ın hukukun üstünlüğünün tespiti için ikincil araçlar olarak yargı kararlarını uygulayabileceğini kabul etmektedir. Bu kararlar UAD'nin kendi kararlarını da kapsamaktadır, bu argüman Yargıç Red'in Anglo-Iranian Oil Co. kararına eklediği muhalefet şerhiyle açıkça desteklenmektedir. Red'in ifadesiyle, yargı kararları ifadesi kesinlikle UAD'nin

⁵⁶⁴ Grisel, "Fair and Equitable Treatment", s. 276.

⁵⁶⁵ Josef Ostřanský, "Fair and Equitable Treatment", **Rethinking Investment Law**, ed. David Schneiderman, Gus Van Harten, Oxford University Press, 2023, s. 152, doi:10.1093/oso/9780192871084.003.0007.

içtihadını, yani mahkemenin kararlarına dayanarak uyguladığı ilkeleri de kapsamaktadır.⁵⁶⁶

UAD Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınırı kararı bu açıdan oldukça açıklayıcıdır: “*Madde 59 uyarınca, Mahkeme kararlarının 59 uyarınca, Mahkeme kararlarının sadece belirli bir davanın taraflarını ve bu davayla ilgili olarak bağladığı doğrudur. Nijerya’nın Mahkeme tarafından önceki davalarda verilen kararlara bağlı tutulması söz konusu olamaz. Asıl soru, bu davada uyulmaması için bir neden olup olmadığıdır.*”⁵⁶⁷ Benzer şekilde, 2015 tarihli UAD Hırvatistan ve Sırbistan kararında, “*Bosna Hersek-Sırbistan ve Karadağ davasına ilişkin 26 Şubat 2007 tarihli kararında, mevcut davadakine benzer bazı konuları ele aldığını hatırlatır. Mahkeme, buradaki hukuki muhakemesi için gerekli olduğu ölçüde o kararı dikkate alacaktır. Ancak, bu durum, gerektiğinde, mevcut davada Tarafların argümanları ışığında bu içtihadı detaylandırmasına engel teşkil etmeyecektir*”⁵⁶⁸ tespiti yer almaktadır.

Diğer uluslararası mahkemelerde de benzer yaklaşımlar gözlemlenebilir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün m. 21 ikinci paragrafı mahkemenin önceki kararlarında yorumlanan hukuk ilke ve kurallarını uygulayabileceğini kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Sözleşmesi m. 46, AIHM kararlarının taraflar için bağlayıcı olduğunu öngörmekle birlikte, resmi olarak herhangi bir emsal ilkesi tanımamaktadır. Ancak, uygulamada mahkeme, kendi kararlarını her zaman Sözleşme’nin yorumlanması konusunda nihai merci olarak görmüştür. Cossey davasında şu gözlemde bulunulmuştur: “*Mahkeme’nin önceki kararlarıyla bağlı olmadığı doğrudur [...] Ancak, genellikle kendi içtihatlarını takip eder ve uygular; böyle bir yol, hukuki belirlilik ve Sözleşme içtihadının düzenli gelişimi açısından yararlıdır. Yine de bu durum, Mahkeme’nin, bunu yapmak için makul sebepler olduğuna ikna olması halinde, daha önceki bir karardan ayrılmasını engellemez. Örneğin, Sözleşme’nin yorumlanmasının toplumsal değişimleri yansıtmasını ve günümüz koşullarına uygun olmasını sağlamak için böyle bir sapma*

⁵⁶⁶ *Anglo-Iranian Oil Co. (Birleşik Krallık v. İran)*, Yargı Yetkisi, 22 Temmuz 1952 tarihli karar, s. 93.

⁵⁶⁷ UAD, *Kamerun ve Nijerya Arasındaki Kara ve Deniz Sınırı (Kamerun v. Nijerya)* (Ön İtirazlar), 11 Haziran 1998 tarihli karar.

⁵⁶⁸ UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme’nin Uygulanması (Hırvatistan/Sırbistan)*, 3 Şubat 2015 tarihli karar.

*gerekli olabilir.*⁵⁶⁹ Benzer şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı uygulamasında, bunu yapmamak için güçlü nedenler olmadığı sürece, önceki içtihadını takip etmesi gerektiği genel bir kabuldür.⁵⁷⁰

Kural olarak, uluslararası hukuku devletler yaratır, uluslararası mahkemeler ise sadece yorumlar ve uygular. Ancak, uygulamada, uluslararası mahkemeler uluslararası hukukun gelişiminde kritik bir rol oynar çünkü hukuku yorumlama ve yaratma arasındaki ayrım bir açıdan kurgudur. Mahkemelerin geniş hükümleri yorumlaması, boşlukları doldurması ve belirsizlikleri açıklığa kavuşturması gerekir. Bu yargı yorumlarına daha sonra devletler, diğer mahkemeler ve akademisyenler tarafından uluslararası hukukun içeriğinin kanıtı olarak rutin bir şekilde başvurulur.⁵⁷¹

Uluslararası tahkimde emsallere bağlılığın hukukun üstünlüğünün öngörülebilirliği ve tutarlılığına hizmet etmek için gerekli hale geldiğini savunulmaktadır.⁵⁷² Yatırım tahkimi sisteminde bağlayıcı emsal zorunluluğu bulunmamaktadır. Bağlayıcı bir içtihadın olmadığı, farklı ve bağımsız ad hoc mahkemelerin muğlak bir şekilde ifade edilen standardı farklı olaylara ve farklı antlaşmalar kapsamında uyguladığı bir sistemde, AHM standardının ve spesifik unsurlarının anlaşılmasında fikir birliği ve tutarlılık beklemek zordur.⁵⁷³

AHM hükümlerinin dili açık dokulu ve muğlaktır, bu da yorumcuları boşlukları kendi tanımlarıyla doldurmaya zorlamaktadır. Amorf dil aynı zamanda hakemleri kendi yaklaşımları için rehberlik ve gerekçeler bulma konusunda istekli kılar ki bu da önceki içtihatlarla güvenmekle sağlanabilir.⁵⁷⁴ Yine de yatırım tahkimi hakem heyetleri, belli bir ölçüde, teamül hukuku sistemlerini yöneten resmi emsallere bağlılık normu olmaksızın bir içtihat sistemi kurmaktadır.⁵⁷⁵

⁵⁶⁹ *Cossey v. Birleşik Krallık*, AİHM Başvuru No: 10843/84, Karar, 27 Eylül 1990, § 35.

⁵⁷⁰ *Merck ve diğerleri v. Primecrown Ltd ve diğerleri*, 5 Aralık 1996 tarihli karar.

⁵⁷¹ Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States", *American Journal of International Law*, C. 104, S. 2, 2010, s. 188.

⁵⁷² Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture", *Arbitration International*, C. 23, S. 3, 2007, s. 378, doi:10.1093/arbitration/23.3.357.

⁵⁷³ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 12.

⁵⁷⁴ Grisel, "Fair and Equitable Treatment", s. 258.

⁵⁷⁵ a.g.e., s. 257.

AHM standardın içeriğinin geliştirilmesinin büyük ölçüde yatırım tahkimi hakem heyetlerinin tarafından yapıldığı aşikardır. *Enron v. Arjantin*⁵⁷⁶ ve *Sempra v. Arjantin*⁵⁷⁷ hakem heyetleri tarafından işaret edildiği üzere, AHM standardının parçalı ve kademeli gelişimini göstermekte ve birçok yönden yatırım tahkiminde hakem yapımı hukukun ortaya çıkışını örneklemektedir. Ancak, AHM hükmünün içeriğinin belirlenmesine ilişkin doğrusal bir ilerleme yoktur.

Hakem heyetleri benzer olay veya konularda tutarsız kararlar verdiğinde, meşruiyetlerini korumanın tek yolu, önceki mahkemelerden farklı karar vermelerinin nedenlerini gerekçelendirmek veya benzer türden konuları ele alan önceki mahkemelerden farklı sonuçlara varılmasını gerektiren belirli bir uyuşmazlığın koşullarını açıklamaktır..⁵⁷⁸ AHM, keşfedilmeyi bekleyen içsel bir anlam veya adalet içerdiğinden, belirli bir kararı haklı çıkarmak için öne sürülen argümanları ve ilgili arka plan politikalarını açıkça göstermek daha da önemlidir. Bu argümanların dengelenmesi tamamen rasyonel veya objektif değilse, hakemlerin siyasi bir arayış içerisinde olduğu eleştirisiyle karşılaşması doğal olacaktır.⁵⁷⁹

ICSID kapsamında emsallere bağlılık zorunluluğu bulunmamasına rağmen, uluslararası hakemlik mahkemelerinin, özellikle de ICSID sistemi içinde kurulanların, genellikle diğer tahkim organları tarafından oluşturulan emsal kararları dikkate alacağının makul bir varsayım olduğu kararlarına atıfta bulunmaktadır.⁵⁸⁰ Yatırım tahkimi içtihadının ortak bir hukuki görüşe katkısının kabul edildiğini belirten kararlar mevcuttur. *SGS v. Filipinler* davasındaki yetki kararı buna bir örnektir: “*ICSID Konvansiyonu, yalnızca, bu Konvansiyon kapsamında verilen kararların ‘ taraflar için bağlayıcı’ olduğunu öngörmektedir (Madde 53(1)); bu hüküm, kararların sonraki davalarda emsal teşkil etmesinden ziyade res judicata etkisine yönelik olarak değerlendirilebilir. Mahkemenin görüşüne göre, ICSID sistemi kapsamında oluşturulan farklı mahkemelerin genel olarak birbirleriyle tutarlı hareket etmeye çalışmaları gerekse de, sonuçta her bir mahkemenin yetkisini, her bir BIT ve her bir*

⁵⁷⁶ *Enron Creditors Recovery Corporation ve Ponderosa Assets, L.P. v. Arjantin*, Karar, 22 § 257.

⁵⁷⁷ *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 297.

⁵⁷⁸ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 175.

⁵⁷⁹ Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, ss. 255-56.

⁵⁸⁰ *El Paso Energy International Co. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/03/15, Yetki Kararı, 27 Nisan 2006, § 39.

davalı devlet için tanım gereği farklı olacak olan uygulanabilir hukuka uygun olarak kullanması gerekir. Dahası, uluslararası hukukta, eğer emsal ile tek bir kararın bağlayıcı etkisine ilişkin bir kural kastediliyorsa, emsal doktrini yoktur. Uluslararası mahkemeler arasında bir hiyerarşi yoktur ve olsaydı bile, ilk mahkemenin daha sonraki tüm mahkemeler için sorunları çözmesine izin vermek için iyi bir neden yoktur. SGS/Pakistan mahkemesi tarafından ve ayrıca mevcut kararda tartışılan zor hukuki sorunları çözmek için öncelikle BIT ve ICSID Konvansiyonu kapsamında öngörülen kontrol mekanizmaları ve daha uzun vadede ortak bir hukuki görüş ya da içtihadın (jurisprudence constante) geliştirilmesi gerekmektedir.”⁵⁸¹

AES v. Arjantin davasındaki yetki kararında da benzer bir vurgu yapılmıştır: “Daha genel bir bakış açısıyla, ICSID Sözleşmesi kapsamında öngörülen kontrol mekanizmalarının kurumsal boyutunun, uzun vadede, pek çok davada tartışılan bazı zor hukuki meseleleri çözmek için ortak bir hukuki görüşün veya sabit içtihadın geliştirilmesine katkıda bulunabilecek bir faktör olabileceği inkar edilemez çünkü bu meseleler aynı temel özellikleri paylaşmaktadır.”⁵⁸²

International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika davasında, Thomas Wälde tarafından ayrık görüşünde, “Münferit hakem kararları kendi başlarına henüz bağlayıcı bir emsal teşkil etmese de, bir ilke geliştiren tutarlı bir muhakeme çizgisine ve belirli antlaşma yükümlülüklerinin belirli bir yorumuna saygı gösterilmelidir; otoriter bir içtihat gelişirse, uluslararası teamül hukuku niteliği kazanacak ve buna saygı gösterilmelidir. İyi ve sağlam bir şekilde yerleşmiş bir içtihattan sapma, kapsamlı bir şekilde gerekçelendirilmiş bir gerekçe gerektirir. Bu yaklaşım, ortak ve birleştirici bir temyiz merciine tabi olmayan bazı yatırım tahkim kararlarını karakterize eden geniş farklılıkların önlenmesine yardımcı olacaktır. Aksi takdirde, küresel ekonomide iyi yönetişimin geliştirilmesinde en önemli yeni araçlardan biri olarak kurulan uluslararası yatırım tahkimi sisteminin sağlığına gölge düşürme riski bulunmaktadır”⁵⁸³ sonucuna varmıştır.

⁵⁸¹ *SGS v. Filipinler*, Yetki Kararı, § 97:

⁵⁸² *AES v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/02/17, Yetki Kararı, 17 Haziran 2005, § 33:

⁵⁸³ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü,

AWG v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, önceki kararların önemini vurgulamıştır: “*Temel adalet mülahazaları, mevcut davayı öncekilerden ayırmak için güçlü bir neden olmadıkça, mahkemelerin ‘benzer davalar aynı şekilde karara bağlanmalıdır’ şeklindeki temel yargı ilkesi tarafından yönlendirilmesine yol açacaktır... Dolayısıyla, aksi yönde ikna edici nedenler olmadıkça, bir mahkeme her zaman bir dizi tutarlı davada ortaya konan ağır çözümleri dikkate almalıdır.*”⁵⁸⁴ Başka bir deyişle, tutarlı bir karar silsilesinin varlığı halinde de hakimin yapması gereken şey, bu silsileyi takip etmekten ziyade, sadece dikkate almaktır. Hakem heyeti, AHM gibi muğlak ve esnek bir standardı yorumlarken, “*çok çeşitli olgusal durumlarda ve yatırım ilişkilerinde ‘adil ve hakkaniyetli’ kelimelerini yorumlamak için gayretli, bilgili ve bazen de acı verici bir şekilde mücadele eden önceki mahkemelerin kararlarından yararlandığını*” gözlemlemiştir. “*Uluslararası yatırım hukukunun bilinen bir amacı, yatırımlar için öngörülebilir, istikrarlı bir yasal çerçeve oluşturmaktır; bu da hakem heyetlerinin benzer konulardaki önceki kararları dikkate almasını haklı çıkaran bir faktördür*”⁵⁸⁵ sonucuna varmıştır.

Washington Sözleşmesi’nin 52. Maddesi uyarınca⁵⁸⁶ kurulan bir iptal komitesinin yargı yetkisini kullanmaya çağrıldığı durumlarda da emsal kararları dikkate alınması vurgulanmaktadır. Elbette, bu komitelerin kararları, yapılarına bağlı olarak belirli bir yetkiye sahip olmakla birlikte, belirli bir kararın doğruluğunu değil meşruiyetini değerlendirmek gibi sınırlı bir role hizmet etmektedir. ICSID Sözleşmesi, hakem heyetleri üzerinde hiyerarşik bir temyiz kontrolü sistemi oluşturma fikrine yabancıdır. Bu doğrultuda, MCI v. Ekvador iptal komitesi aşağıdaki pozisyonu almıştır: “*İptal mekanizması, uluslararası yatırım hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında tutarlılık sağlamak üzere tasarlanmamıştır. İçtihatlarda tutarlılığı sağlama ve tutarlı bir hukuk bütünü oluşturma sorumluluğu öncelikle yatırım tahkimi hakem heyetlerine aittir. Ortak bir hukuki görüşün gelişmesi ve ‘sabit bir içtihadın’ aşamalı olarak ortaya çıkması onlara bu görevlerinde yardımcı olur.*”⁵⁸⁷ Buna

⁵⁸⁴ Suez et al. and AWG Group v. Arjantin, Sorumluluk Kararı, § 189.

⁵⁸⁵ Suez et al. and AWG Group v. Arjantin, Sorumluluk Kararı, § 189.

⁵⁸⁶ 1. Taraflardan herhangi biri, aşağıdaki gerekçelerden biri veya birkaçına dayanarak Genel Sekreter’e yazılı olarak başvurmak suretiyle hakem kararının iptalini talep edebilir: (a) mahkemenin uygun şekilde oluşturulmadığı; (b) mahkemenin yetkilerini açıkça aştığı; (c) mahkemenin bir üyesinin yolsuzluk yaptığı; (d) temel bir usul kuralından ciddi bir sapma olduğu veya (e) kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmediği’.

⁵⁸⁷ MCI Power Group L.C. ve New Turbine Inc. v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/03/6, İptal Kararı, 19 Ekim 2009, § 24.

rağmen, aynı komite aşağıdaki hususları uygun bulmuştur “*önceki kararların dikkate alınmasını çünkü bu kararların gerekçelerinin ve sonuçlarının bu iptal davalarında ortaya çıkan benzer sorunların çözümünde komiteye yol gösterebileceğini ve ICSID iptal mekanizmasının tutarlılığının ve hukuki kesinliğinin sağlanmasına yardımcı olabileceğini, böylece ICSID uyuşmazlık çözüm sistemine güvenin ve hükümetler ve yatırımcılar için öngörülebilirliğin sağlanmasına katkıda bulunabileceğini belirtmiştir.*”⁵⁸⁸

MTD v. Şili iptal komitesi kararında, hakem heyeti, mahkemelerin önceki yorumları nasıl ele alması gerektiğine dair bir tür yorumda bulunup, bunların sadece mahkemenin kendi gerekçesini tamamlayabileceğini, ancak onun yerini alamayacağını belirtmiştir.⁵⁸⁹ Böyle bir norm, hakemleri çeşitli emsallerin esası üzerinde düşünmeye ve önceki yorumları benimsemelerini veya reddetmelerini gerekçelendirmeye zorlamalıdır. Öte yandan, iptal komitesi, *MTD v. Şili* kararındaki AHM yorumunun mantığını överek emsal statüsünü yükseltmiştir.⁵⁹⁰

Benzer bir argüman *Enron v. Arjantin*,⁵⁹¹ *Impregilo v. Arjantin*⁵⁹² ve *Kılıç v. Türkmenistan*⁵⁹³ kararları ve doktrinde bulunabilir. Bu çıkarımlar, en azından yatay düzeyde (yani iptal komiteleri arasındaki ilişkide), önceki bir komitenin kararının dikkatli bir değerlendirme gerektirdiği, ancak bunu yapmak için sağlam nedenler olduğunda göz ardı edilebileceği fikrini desteklemektedir.

Doktrinde bazı yazarlar, hakem heyetlerinin AHM’nin içeriğini ele alırken önceki kararlara dayanmasını hoş karşılamamaktadır. Onlara göre, bu tür bir yaklaşım, “*hukuk normlarının içeriğinin devletler arasındaki antlaşmaların kanıtlarından*

⁵⁸⁸ *MCI Power Group L.C. ve New Turbine Inc. v. Ekvador*, İptal Kararı, § 25.

⁵⁸⁹ *MTD v. Şili*, İptal Kararı, § 70.

⁵⁹⁰ *MTD v. Şili*, İptal Kararı, § 68-71.

⁵⁹¹ *Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets L.P. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/3, Arjantin Cumhuriyeti’nin İptal Başvurusu Kararı, 30 Temmuz 2010, § 66: “*Ad hoc komitenin karar verme yetkisine giren konularla ilgili olarak, komitenin görüşüne göre, ad hoc komitenin diğer iptal kararları da dahil olmak üzere ilgili önceki ICSID kararlarını ve kararlarını ve diğer ilgili ikna edici makamları dikkate alması beklenmektedir.*”

⁵⁹² *Impregilo S.P.A. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/07/17, Ad Hoc komitesinin 24 Ocak 2014 tarihli İptal Başvurusu Kararı, § 2: ‘Komite [...] diğer iptal komitelerinin gerekçelerini ve bulgularını dikkate alabilir.’

⁵⁹³ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan*, ICSID Dava No. ARB/10/1, İptal Kararı, 14 Temmuz 2015, § 49: ‘Mevcut komite önceki komitelerle aynı kriterleri kullanmak zorunda olmamakla birlikte, kendi kararları için önceki komiteler tarafından ilgili konularda kullanılan gerekçeleri dikkate alacak ve dikkate alacaktır’)

gösterilmesini gerektiren uluslararası hukuk oluşturma çerçevesiyle” uyumsuz olacaktır.⁵⁹⁴ Bu görüş doğrultusunda, hakemin yetkisi çözmeye çağrıldığı davalarla sınırlıdır ve bağlayıcı bir emsal sistemi sadece kaosu artıracaktır.⁵⁹⁵

Emsal sistemine güven önündeki engellerden ilki, tüm ICSID mahkemelerinin yalnızca belirli bir davaya ilişkin olarak kurulmuş olup ilke olarak birbirleriyle tutarlı hareket etmeleri gerekmemesidir. Öte yandan, tahkim kararlarının önemli bir kısmı gizlidir ve yalnızca tarafların rızasıyla kamuya açıklanabilir. Tahkim içtihadının, çoğunlukla diğer mahkeme kararlarına ve akademik görüşlere atıfta bulunularak inşa edilip, devletlerin veya özel olarak antlaşma taraflarının görüş ve uygulamalarının çok az dikkate alması istenmeyen bir durumdur.⁵⁹⁶

Bazı hakemler, emsallere daha temkinli yaklaşmıştır. Örneğin *Burlington v. Ekvador* davasında, hakem heyeti, “*her davayı kendi esasına göre, görünürdeki herhangi bir içtihadı eğilimden bağımsız olarak karara bağlamayı kendi görevi*” olarak görmüştür.⁵⁹⁷ *Glamis Gold v. ABD* davasında, hakem heyeti, tahkimde emsalin varlığını reddetmiş, ancak önceki kararlarda mevcut olan ana eğilimlerden ayrılma nedenlerini bildirme görevi olduğuna işaret etmiştir.⁵⁹⁸ Bu yaklaşım, tahkim içtihadının gücünü reddetmenin ilginç paradoksunu ortaya koymaktadır. Eğer hiçbir mahkeme bir diğeriyle bağlı olmadığı için içtihadın hiçbir ağırlığı yoksa, hakemler neden en başta önceki yargılamalardaki yorumlara katılıp katılmadığını belirtme ihtiyacı hissederler? İnkârın kendisi daha ziyade önceki yorumların etkisini doğrulamaktadır.⁵⁹⁹

ECT kapsamındaki nerdeyse tüm yenilenebilir enerji tahkim kararları birbirlerine ve ECT kapsamının dışındaki diğer tahkim kararlarına atıfta bulunmaktadır. Bu diyalog veya farkındalık, farklı antlaşmalarda daha genel olarak

⁵⁹⁴ Alexander Orakhelashvili, “The Normative Basis of ‘Fair and Equitable Treatment’: General International Law on Foreign Investment?”, *Archiv des Völkerrechts*, C. 46, S. 1, 2008, s. 104.

⁵⁹⁵ W. Michael Reisman, “‘Case Specific Mandates’ versus ‘Systemic Implications’: How Should Investment Tribunals Decide?: The Freshfields Arbitration Lecture”, *Arbitration International*, C. 29, S. 2, 2013, s. 151, doi:10.1093/arbitration/29.2.131.

⁵⁹⁶ Anthea Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 12.01.2010, s. 179, doi:10.2139/ssrn.1514410.

⁵⁹⁷ *Burlington Resources Inc. v. Ekvador Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/08/5, Sorumluluk Kararı, 14 Aralık 2012, § 187.

⁵⁹⁸ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 8.

⁵⁹⁹ Grisel, “Fair and Equitable Treatment”, s. 271.

AHM standardının yorumlanmasına ilişkin bir miktar hukuki tutarlılık sunabilir. Ancak, ECT kapsamındaki yenilenebilir enerji davalarında hakemler, antlaşma yorumuna dayalı bir metodolojiyi açıkça benimsemeyerek, AHM'nin hakemlerin ECT'nin normatif arka planına bağlı kalmadan karar vermelerine olanak tanıyan bir araç olduğu yönündeki eleştirinin üstesinden gelememektedir.⁶⁰⁰

Sadece yatırım tahkimi ile ilgili olarak değil, genel olarak hukuk sistemlerinde emsal doktrini ile ilgili olarak da sıklıkla dile getirilen iki gerekçe vardır. Bunlardan ilki karar alma süreçlerinde etkinliği kolaylaştırması, ikincisi ise hukuki belirliliği teşvik etmesidir.⁶⁰¹ Emsallere uymak genellikle tercih edilen yoldur çünkü hukuki ilkelerin eşitlikçi, öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde gelişmesini teşvik eder, yargı kararlarına güveni artırır ve yargı sürecinin bütünlüğüne katkıda bulunur.⁶⁰² Yatırım tahkiminde emsal kararların işleyiş şekli, hakemin önceki kararları dikkate almak zorunda olduğu, ancak bunu yapmak için sağlam nedenler olduğunda bunları göz ardı edebileceği anlamına gelen dikkate alma yaklaşımını yansıtmaktadır.⁶⁰³ Dikkate alma yaklaşımı yatırım tahkimine nüfuz etmiştir. Uluslararası yatırım tahkiminde katı bir emsallere bağlılık kuralı uygulanmasa da hakem heyetlerinin bir yatırım uyuşmazlığını karara bağlarken ilgili içtihat hukukuna dayanma olasılığı yüksektir.⁶⁰⁴

Sonuç olarak, bir yatırım anlaşmazlığında AHM standardın yorumlanması ve uygulanması için antlaşma metninin analizi gereklidir, ancak bu tek başına yeterli değildir. AHM standardının daha iyi anlaşılması için diğer davalardaki hakem kararlarının da dikkate alınması gerekmektedir.⁶⁰⁵ Hakem heyetleri, sadece kendi kararlarını onlardan ayırmak amacıyla bile olsa, önceki kararlara atıfta bulunarak, tahkim kararlarının uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkıda bulunma statüsünü güçlendirmektedir.⁶⁰⁶

⁶⁰⁰ Danae Azaria, “The Renewable Energy Arbitrations Under the Energy Charter Treaty”, In: **Ruiz Fabri, H and Stoppioni, E, (Eds.) International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions. Bloomsbury Publishing: London, UK. (2022)**, ed. H. Ruiz Fabri, E. Stoppioni, London, UK: Bloomsbury Publishing, 2022, s. 170, <https://www.bloomsbury.com/uk/international-investment-law-9781509929047/>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁶⁰¹ Zachary Douglas, “Can a Doctrine of Precedent Be Justified in Investment Treaty Arbitration?”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 25, S. 1, 2010, s. 106, doi:10.1093/icsidreview/25.1.104.

⁶⁰² Palombino, Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles, s. 146.

⁶⁰³ a.g.e., s. 157.

⁶⁰⁴ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 60.

⁶⁰⁵ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 304.

⁶⁰⁶ Reisman, “Canute Confronts the Tide”, s. 622.

Emsal odaklılık avantaj ve endişeleri beraberinde getirir: gelecekteki yorumlara rehberlik eder ve böylece tutarlılığa katkıda bulunur, ancak aynı zamanda yeniden yorumlama ve değişimi de kısıtlar.⁶⁰⁷ Tahkim içtihadı her ne kadar yapıcı bir rehberlik sunabilse de hukuk yaratamayacağı unutulmamalıdır. Campbell, yatırım antlaşması metninin geniş yorumlanması sonucu yeni ilkeler ortaya çıkaran anlayışı, sallanan bir masanın üzerine iskambil kâğıtlarından bir ev inşa etmeye benzetmektedir, bu yapı sağlam bir temeli, yasal bir dayanağı olmadığı için zayıflar; yeni seviyeler eklemek de hiçbir şekilde yapıyı sabit hale getirmeyecektir.⁶⁰⁸

V. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Teamül Niteliği

Uluslararası yatırım hukuku bir kamu hukuku disiplini çünkü bir devletin özel yatırımcılara karşı yetkilerini kullanmasına sınırlamalar getirmektedir. Uluslararası yatırım hukuku, kaynakları bakımından uluslararası hukuktur, yönetimin davranışlarını sınırlama bakımından işlevsel olarak idare hukuku veya anayasa hukuku ile karşılaştırılabilir ve uyuşmazlıkların çözüm şekli ve uygulaması bakımından uluslararası ticari tahkim ile bağlantılıdır.⁶⁰⁹

Yatırım hukukunun uluslararası kamu hukukunun bir parçasıdır,⁶¹⁰ bundan dolayı uluslararası yatırım hukukunun kaynaklarına ilişkin soruşturma genel uluslararası hukukun tanınmış kaynaklarına dayanmalıdır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38(1)(b) uyarınca uyuşmazlık çözümünde hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül kuralların kullanılacağı belirtilmektedir.

Teamül birçok nedenden dolayı önemlidir. Yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının birçoğunda uygulanacak hukukun uluslararası hukuk olmasından dolayı hakem heyetlerinin ilgili uluslararası teamül hukuku kurallarını dikkate alması

⁶⁰⁷ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 370.

⁶⁰⁸ Campbell, "House of Cards", s. 379.

⁶⁰⁹ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 378.

⁶¹⁰ Tarcisio Gazzini, Eric de Brabandere (ed.), **International investment law: the sources of rights and obligations**, Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Pub, 2012, s. 320.

gerekmektedir.⁶¹¹ Teamül, herhangi bir yatırım antlaşması yokluğunda uygulanabilir yasal koruma rejimidir ve aynı zamanda bir antlaşma, bir sözleşme veya ulusal mevzuatın belirli bir konuda sessiz kaldığı durumlarda boşluk doldurucu bir rol oynamaktadır.⁶¹²

Uluslararası hukukta bir kuralın hem antlaşmada hem de teamül hukukunda yer almasının birtakım sonuçları bulunmaktadır. İki uluslararası hukuk kaynağına ait iki norm içerik olarak aynı görünse ve söz konusu devletler hem antlaşma hukuku hem de uluslararası teamül hukuku düzeyinde bu kurallarla bağlı olsa bile, bu normların uygulanabilirlikleri, yorumlama ve uygulama yöntemleri farklılık gösterebilirler.⁶¹³ Bundan dolayı, uluslararası teamül hukukunun, uluslararası antlaşma hukukundan ayrı olarak var olmaya ve uygulanmaya devam edeceği açıktır.⁶¹⁴

Teamül, herhangi bir yatırım antlaşması akdetmemiş olanlar da dahil olmak üzere tüm devletler için geçerlidir.⁶¹⁵ Her ne kadar sayısı binlerce olan ikili veya çok taraflı yatırım antlaşması imzalanmış olsa da yine de her yabancı yatırımcının, her ev sahibi devlette bir yatırım antlaşması korumasına sahip olduğunu söylenemez. Bu sebeple, uluslararası teamüller olası uyuşmazlıkların çözümü noktasında fazlasıyla önemlidir. Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen yatırım antlaşmasında AHM hükmü olması durumunda, AHM standardının teamül niteliğinin olup olmaması sınırlı pratik bir öneme sahip olacaktır⁶¹⁶ çünkü yatırımcı AHM korumasına zaten sahip olacaktır. AHM standardının teamül niteliği asıl olarak yatırım antlaşmasında AHM hükmü bulunmaması durumunda önem kazanacaktır. AHM standardının teamül niteliği kabul edilecek olursa yabancı yatırımcının devleti ile ev sahibi devlet arasında bir yatırım antlaşması bulunmaması veya aralarında AHM hükmü bulunmayan bir antlaşma olması durumunda dahi yatırımcı AHM standardı korumasına sahip olacaktır.

⁶¹¹ Patrick Dumberry, **The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 372.

⁶¹² Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 166.

⁶¹³ *Nikaragua ve Çevresindeki Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. ABD)* Esaslar, Karar, ICJ Rep 1986, § 178.

⁶¹⁴ *Nikaragua ve Çevresindeki Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. ABD)* Esaslar, Karar, ICJ Rep 1986, § 179.

⁶¹⁵ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 158.

⁶¹⁶ a.yer.

Bu başlık altında AHM'nin teamül niteliği için gerekli olan şartlar detaylandırılacak ve yatırım tahkimi içtihadı incelenecektir.

A. Antlaşma Kuralının Teamüle Dönüşmesi

AHM standardının bir uluslararası teamül normu olup olmadığı konusunda zıt görüşler mevcuttur. AHM standardının teamül normu haline geldiğini belirten Tudor'a göre bu teamül esasen çok sayıda devlet tarafından imzalanan ve çoğunluğu bir AHM maddesi içeren antlaşmalardan türetilen bir devlet uygulamasına dayanarak hızlı bir şekilde oluşmuştur.⁶¹⁷

Bir antlaşma kuralının teamül normu haline gelebileceği kabul edilmektedir. VAHS m. 38'de, *"34 ila 37. maddelerdeki hiçbir hüküm, bir antlaşmada öngörülen bir kuralın, bu şekilde tanınan bir uluslararası hukuk teamül kuralı olarak üçüncü bir devlet için bağlayıcı olmasını engellemez"* ifadesiyle bu durum yer almaktadır. Bir antlaşma kuralının teamül kuralı haline dönüşebilmesi için belli bir sürecin içinden geçmesi gerekmektedir. Antlaşmaya taraf olmayan devletlerin uygulamalarında tekrarlanan ve zamanla uluslararası teamül hukuku kuralları haline gelen belirli antlaşma hükümlerinin varlığı mevcuttur. Birleşmiş Milletler Şartı m. 2(4) ve m. 51 bunun temel örneklerindendir. Burada olan durum, antlaşmaya taraf olanların, taraf olmayanlarla veya taraf olmayanların, taraflarla veya kendi aralarındaki ilişkilerinde, antlaşmanın öngördüğü veya izin verdiği doğrultuda fakat aslında antlaşmadan bağımsız olan bir uygulamayı benimsemesidir. Ancak, antlaşma veya antlaşmalar bir teamül kuralının maddi kaynağı olabilir, resmi kaynağı olamaz.⁶¹⁸ Antlaşmalar yeni bir teamül kuralının nihai gelişiminin başlangıç noktası olarak kabul edilebilirken, teamülün gelişiminin resmi kaynağı ise devletlerin daha sonraki fiili uygulamalarından oluşmaktadır.⁶¹⁹

⁶¹⁷ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 85.

⁶¹⁸ International Law Association, 'Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law' (2000) Final Report of the Committee on the Formation of Customary Law, Conference Report London, 46.

⁶¹⁹ *Kıta Sahaneliği (Libya Arap Cemahiriyesi v. Malta)*, Karar, ICJ Rep 1985, 13, 29-30.

Antlaşmalarda yer alan hükümlerin teamül kuralına dönüşmesi uluslararası hukukta uzun zamandır kabul edilmektedir, ancak böyle bir dönüşümün gerçekleşebilmesi için gerekli olan katı koşullar sebebiyle bu durumun uygulamada nadir olduğu da gözden kaçmamalıdır. Çok taraflı veya iki taraflı antlaşmalarda kabul edilen yükümlülüklerin hangi noktada bu antlaşmalara taraf olmayan devletler için bağlayıcı bir uluslararası teamül hukuku kuralına dönüşebileceğini tespit etmek kolay değildir.⁶²⁰ İkili bir antlaşmada yer alan antlaşmaya dayalı bir hükmün teamül kuralına dönüşebilmesi için bu hükmün temelde norm yaratıcı bir karaktere sahip olması gerekmektedir.⁶²¹ İşte bu noktada AHM standardının niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bazı görüşler AHM standardının teamül kuralı olarak gelişmesine potansiyeli olduğunu belirtirken,⁶²² diğer taraf ise AHM ilkesinin normatif içeriği ve kapsamına ilişkin netlik eksikliği ile karakterize edilmesi ve kolayca uygulanabilecek kesin bir içeriğe sahip olmaması sebebiyle bunun aksini savunmaktadır.⁶²³

Geleneksel görüşe göre bir teamülün varlığını kabul etmek gerekli olan şartlar en temelde devlet uygulaması ve opinio juris varlığıdır.⁶²⁴ Antlaşmaya dayalı bir kural yeni bir teamül kuralına dönüştürmek için yerine getirilmesi gereken iki katı koşul bunlardır. İlk olarak, önemli sayıda devletin aynı hükmü veya benzer şekilde kaleme alınmış hükümleri içeren çok sayıda yatırım antlaşması imzaladığının gösterilmesi gerekir. UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davalarında, *“Kısa bir sürenin geçmiş olması, başlangıçta tamamen geleneksel bir kurala dayanan yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşmasına mutlaka ya da kendi başına bir engel teşkil etmese de, söz konusu süre içinde, kısa da olsa, menfaatleri özel olarak etkilenen devletler de dahil olmak üzere, devlet uygulamasının, başvurulmuş hüküm anlamında çok kapsamlı ve neredeyse yeknesak olması; ve dahası, bir hukuk kuralının ya da yasal yükümlülüğün söz konusu olduğunun genel olarak kabul edildiğini gösterecek şekilde*

⁶²⁰ *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 111.

⁶²¹ *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka/Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda)* [1969] ICJ Rep 44, § 72.

⁶²² Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 154.

⁶²³ Tarcisio Gazzini, “The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 01.10.2007, s. 698, <https://papers.ssrn.com/abstract=1763362>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁶²⁴ Dumberry, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, s. 38.; *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka/Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda)* [1969] ICJ Rep 44, § 77.

gerçekleşmiş olması vazgeçilmez bir gerekliliktir”⁶²⁵ tespitini yaparak yeknesak, tutarlı ve temsil edici olması gerektiği sonucuna varmıştır. İkinci olarak, devletlerin, bu yatırım antlaşmalarına taraf olmayanlar da dahil olmak üzere, antlaşma dışında da kendi uygulamalarında bu hükümlerde öngörülen davranış türünü benimsediklerinin gösterilmesi yani devletlerin antlaşma çerçevesi dışında da tutarlı bir uygulamasının varlığı gerekmektedir.⁶²⁶ Devlet uygulaması ve opinio juris, her biri bir diğeri olmadan teamül oluşumu için eksiktir. Devlet uygulaması olmadan olan opinio juris veya opinio juris olmadan olan devlet uygulaması yeterli değildir. Opinio juris, devlet uygulamasının normalden normatife geçişinin temelini ifade eder.⁶²⁷ Birçok yatırım tahkimi hakem heyeti de teamül oluşumu için birçok devlet tarafından mutabakata varılan şekilde uygulanması ile uygulamanın geçerli hukuk tarafından gerekli veya onunla tutarlı olduğu dair inanış bir başka deyişle opinio jurisin gerekli olduğunu belirtmektedir.⁶²⁸

1. Temsil edici, Genel-Yaygın ve Yeknesak-Tutarlı

Bir uygulamanın yeterince yaygın ve kapsamlı olup olmadığı koşullara bağlıdır, bu durum soyut olarak bir sayı veya miktar ifade ederek belirlenemez. Ne kadar sayıda devletin yatırım antlaşmalarında AHM hükmüne veriyor olması gerektiğiyle ilgili bir tespitten öte asıl önemli olan, bu uygulamayı aktif olarak yürüten devletlerin temsiliyet derecesidir.⁶²⁹ AHM hükümleri yatırım antlaşmalarında yaygındır, AHM hükmü bulunmayan yatırım antlaşması nadirdir.⁶³⁰ ECT, NAFTA, CETA ve birçok gelişmiş veya gelişmekte olan devletin model yatırım antlaşmalarında

⁶²⁵ *Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka/Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda)* [1969] ICJ Rep 44, § 74.

⁶²⁶ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 168.

⁶²⁷ Yoram Dinstein, *The Interaction between Customary International Law and Treaties*, Leiden, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 2007, s. 294.

⁶²⁸ *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, Karar, § 622; *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 602; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc ABD*, Karar, § 9.25; *Daimler Financial Services AG v. Arjantin*, Karar, § 268.

⁶²⁹ International Law Association, “Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law” (Final Report of the Committee on the Formation of Customary International Law), 69. Uluslararası Hukuk Derneği Londra Konferansında sunulmuştur, Londra, 29 Temmuz 2000, s. 736.

⁶³⁰ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 169.

AHM hükümleri bulunmaktadır, bu sebeple temsiliyet açısından yeterli olduğu gözükmemektedir.⁶³¹

Genel ve yaygın olma noktasında, birtakım antlaşmalarda AHM standardı adil ve hakkaniyete uygun veya hakkaniyete uygun ve makul gibi farklı şekillerde ifade edilse de aynı anlama geldiği kabul edilmektedir.⁶³² Özellikle gelişmekte olan devletlerle yapılan yatırım antlaşmalarındaki bazı istisnalar haricinde AHM standardının yatırım antlaşmalarında genel ve yaygın olduğu gözlemlenmektedir.⁶³³ AHM standardının yatırım antlaşmalarının neredeyse hepsinde bulunduğu aşikardır. AHM standardının teamül düzeyine eriştiğini belirten yazarların da bu görüşünü temellendirirken en çok vurgu yaptığı noktalardan biri bu yaygınlıktır. Ancak, neredeyse her yatırım antlaşması metninde bulunmasının AHM standardının teamül niteliğinin aksini de ispatladığı öne sürülebilir.⁶³⁴ Yatırım antlaşmalarında her seferinde AHM standardını tekrarlanıyor oluşu aslında teamül niteliği olmaması sebebiyledir çünkü eğer teamül niteliğinde kabul edilirse zaten antlaşma metninde olmasa dahi yine de standardın uygulanması gerekecektir. Yine de sonuç olarak AHM yatırım antlaşmalarında genel, yaygın ve temsil edicidir.

Teamül niteliği taşıması için gerekli özellikler arasında yeknesak ve tutarlılık da bulunmaktadır. İşte bu özellikler üzerinde tartışmaların yoğun olduğu kısımlardan biridir. Devletlerin uygulamalarının yeknesak ve tutarlı olması gerekliliği UAD kararlarında da vurgulanmaktadır.⁶³⁵ International Law Association bu durumu: *“Devlet uygulamalarının bir teamül hukuku kuralı oluşturabilmesi için hem içsel hem de kolektif olarak neredeyse yeknesak olması gerekir. “İç” yeknesaklık, davranışı değerlendirilen her bir devletin söz konusu uygulamayı gerçekleştirdiği hemen hemen tüm durumlarda aynı şekilde davranmış olması gerektiği anlamına gelir. “Kolektif” yeknesaklık ise, farklı devletlerin, bazıları bir şey yaparken bazıları başka bir şey*

⁶³¹ NAFTA m. 1105, ECT m. 10, Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) m. 159(1)a), ASEAN Treaty for the Promotion and Protection of Investments m. IV.

⁶³² Dumberry, The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105, s. 58.

⁶³³ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 171.

⁶³⁴ Weiler, *The interpretation of international investment law*, s. 236.

⁶³⁵ *Nikaragua ve Çevresindeki Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. ABD)* Esaslar, Karar, ICJ Rep 1986, § 127.

yaparak, önemli ölçüde farklı davranışlarda bulunmamış olması gerektiği anlamına gelir”⁶³⁶ şeklinde özetlemiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu 68. oturum çalışmalarına ilişkin raporuna göre yeknesaklık gerekli olan tam bir uygulama birliği değil, değişmeyen bir anlam çekirdeğidir. Taslak sonuç 8, “1. İlgili uygulama genel olmalı, yani yeterince yaygın ve temsil edici olmalı ve aynı zamanda tutarlı olmalıdır. 2. Uygulamanın genel olması koşuluyla, belirli bir süreye gerek yoktur” şeklindedir. Aynı yaklaşım UAD tarafından da benimsenmiştir. UAD Nikaragua v. ABD kararında, “Devletlerin uygulamalarında söz konusu kuralların mükemmel bir şekilde uygulanması, yani devletlerin tam bir tutarlılıkla güç kullanmaktan veya birbirlerinin iç işlerine müdahale etmekten kaçınmaları beklenemez. Mahkeme, bir kuralın teamül olarak kabul edilebilmesi için, ilgili uygulamanın bu kuralla mutlak bir uyum içinde olması gerektiğini düşünmemektedir. Mahkeme, teamül kurallarının varlığını ortaya çıkarmak için, devletlerin davranışlarının genel olarak bu kurallarla tutarlı olmasını ve devletlerin belirli bir kuralla tutarsız davranışlarının yeni bir kuralın tanındığının göstergesi olarak değil, genellikle bu kuralın ihlali olarak değerlendirilmesini yeterli görmektedir. Eğer bir devlet tanınan bir kurala ilk bakışta uygun olmayan bir şekilde hareket eder, ancak davranışını kuralın kendi içinde yer alan istisnalara veya gerekçelere başvurarak savunursa, devletin davranışı bu temelde gerçekten haklı olsun ya da olmasın, bu tutumun önemi kuralı zayıflatmak yerine doğrulamaktır”⁶³⁷ sonucuna ulaşarak devletler arasında mükemmel ve tam bir kolektif tutarlılık ve yeknesaklık gerekli olmadığını ve böyle bir kabul durumunda bir teamül kuralının ortaya çıkması neredeyse imkansızlaşacağını tespit etmiştir.

Tutarlılık mutlak bir tekdüzelik değildir, ancak her bir eylemi çevreleyen spesifik koşullar doğal olarak farklılık gösterse de, onlar için ortak olan değişmeyen bir anlam özünün gerekli olduğu belirtilmektedir.⁶³⁸ Teamül oluşumu için gerekli olan

⁶³⁶ International Law Association, “Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law” (Final Report of the Committee on the Formation of Customary International Law), 69. Uluslararası Hukuk Derneği Londra Konferansında sunulmuştur, Londra, 29 Temmuz 2000, s.732.

⁶³⁷ *Nicaragua ve Çevresindeki Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nicaragua v. ABD)* Esaslar, Karar, ICJ Rep 1986, § 186.

⁶³⁸ Uluslararası Hukuk Komisyonu, ‘Second Report on Identification of Customary International Law’, Michael Wood, Special Rapporteur, Sixty-sixth Session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014, UN Doc A/CN.4/672. Sayfa 187, § 55.

tutarlılık, tartışmasız bir benzerlik değil kolektif niteliklidir.⁶³⁹ Yoğun düzeyde belirsizlik, çelişki ve dalgalanma ise doğal olarak tutarsızlık getirecektir.

Uluslararası teamül hukukunun oluşumunun tüm devletlerin dahil edilmesini ya da devlet davranışlarında tam bir yeknesaklığı gerektirmediği de unutulmamalıdır. UAD, Nikaragua v. ABD davasında, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı davasında ortaya koyduğu daha katı standardı geri çekmiştir. Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı davasında, uluslararası teamül hukukunun oluşumu ile ilgili olarak, uygulamanın hem kapsamlı hem de neredeyse tek tip olması gerektiğini belirtmişti.⁶⁴⁰ Sonuç olarak, bugün belirli bir uluslararası hukuk kuralı evrensel kabulden daha azına sahip olabilir, ancak yine de uluslararası hukukun bir parçasını oluşturabilir.⁶⁴¹

Yeknesaklık ile ilgili bu tespitler hem bazı tahkim kararlarında hem de hukuk doktrinde bulunabilir. Yatırım tahkimi içtihadında, *Mondev v. ABD* kararının bir pasajı çok önemlidir. Hakem heyetinin görüşüne göre, yabancı yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasını neredeyse yeknesak bir şekilde öngören çok sayıda ikili ve bölgesel yatırım antlaşması, devletlerin yabancı yatırımlara bu tür bir muamele yapma yükümlülüğünü tekrar tekrar üstlendikleri oldukça yaygın bir temeli ortaya koymaktadır.⁶⁴² *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Kanada* davasında benzer bir tespit yapılmıştır: “Yabancılar iş, ticaret ve yatırım ile ilgili olarak adil ve eşit muamele edilmesi gerekliliği... bugün uluslararası teamül hukukuna *opinio juris* olarak yansıdığını gösterecek kadar yaygın ve tutarlı bir uygulamanın parçası haline gelmiştir.”⁶⁴³

Doktrinde de AHM’nin teamül niteliğini savunan yazarlar, uygulamadaki yeknesaklığın esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır: “Farklılıklar temel olarak AHM’nin uluslararası hukuk ilkeleri ve diğer standartlarla olan ilişkisi ile ilgilidir. Bu ilişki yeknesak ve her zaman uyumlu bir şekilde açıklığa

⁶³⁹ Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, İstanbul: BETA Yayınları, 2013, s. 83.

⁶⁴⁰ *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka/ Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda)*, 1969, ICJ Rep 44, § 79; *Nikaragua’da ve Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Paramilitar Faaliyetlere İlişkin Dava (Nikaragua v. ABD)*, Karar, 1986, ICJ Rep 14, 181. § 186; *Nikaragua v. ABD* davasında UAD, “bir kuralın teamül haline gelmesi için, ilgili uygulamanın kuralla mutlak bir uyum içinde olması gerektiğini düşünmemektedir” diyerek bu görüşünü revize etmiştir.

⁶⁴¹ Crawford, Brownlie, *Brownlie’s principles of public international law*, s. 26.

⁶⁴² *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 117.

⁶⁴³ *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Kanada*, NAFTA (UNCITRAL), 31 Mart 2010, Karar, § 210.

kavuşturulamaz ve kavuşturulmamalıdır ve dolayısıyla teamülün oluşmasına engel olamaz çünkü bir standardın doğası gereği yeknesak ve spesifik değil, geniş ve olguya özgü analize açık olması gerekir. Asıl önemli olan bugün mevcut olan çok sayıda BIT'in yatırımlar ve/veya yatırımcılar için AHM öngördüğü ölçüde yeknesak bir uygulama olup olmadığıdır. Durum bu olduğuna göre, çeşitli kategorilerde AHM hükümleri mevcut olmasına rağmen, teamülün ilk unsuru yerine getirilmiş olmaktadır.”⁶⁴⁴

AHM’yi uluslararası hukukta olan standartlara bağlayan ve uluslararası hukuka atıfta bulunmayıp niteliksiz ifade edilen AHM hükümleri arasında farklar bulunmaktadır. AHM standardının yatırım antlaşması metinlerinde farklı ifade ediliş şekli hakem heyetlerinin sorumluluk eşiği belirlenmesinde de önem arz etmektedir. Örneğin NAFTA mahkemeleri, m. 1105 kapsamındaki standardın uluslararası asgari standart kapsamında mevcut olan koruma seviyesine atıfta bulunması nedeniyle AHM’ye ilişkin daha dar bir yorumla yaklaşmıştır. Şeffaflık ve meşru beklentiler kavramları NAFTA mahkemelerinin büyük çoğunluğu tarafından yalnızca AHM standardının diğer yerleşik unsurlarının ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken dikkate alınması gereken faktörler olarak değerlendirilmektedir. NAFTA mahkemelerinin büyük çoğunluğu, AHM standardı ihlali için yüksek bir ciddiyet ve ağırlık eşiğinin gerekli olduğunu da vurgulamıştır.⁶⁴⁵ Niteliksiz AHM’ye ilişkin yorumlar ise hakem heyetlerine görece daha yüksek bir takdir marjı vermiştir. AHM ile ilgili sınırlama yapmayan, içeriğini açıklamayan veya başka bir hükme atıf yapmadan AHM’yi tanımlayan antlaşmalar söz konusu olduğunda hakem heyetlerinin takdir yetkisine daha geniş bir alan bırakılmaktadır.

Yatırım antlaşmalarının AHM’ye yeknesak bir şekilde atıfta bulunmadığı açıktır, ancak mevcut farklılıkların AHM standardının içeriğiyle değil, uygulanmasının çeşitli düzeyleriyle ve antlaşmanın diğer hükümleriyle olan ilişkisiyle ilgili olup farklılıkların standardın içeriğinden öte yatırımcılara uygulanacak muamelenin düzeyiyle ilgilidir.⁶⁴⁶ AHM hükümlerinin farklılıkların sadece metinsel farklılıklar olup AHM standardının özüne dokunmadığını ve teamülün oluşmasına engel

⁶⁴⁴ Diehl, *The core standard of international investment protection*, ss. 135-36.

⁶⁴⁵ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 174.

⁶⁴⁶ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 77.

olmadığını öne süren görüşler de bulunmaktadır.⁶⁴⁷ Bu görüşler AHM'nin, yoğun ve tutarlı bir devlet uygulamasının sonucu olarak, eninde sonunda uluslararası teamül hukuku külliyatına geçerek yeni ve özerk bir kurala yol açtığını önermektedir.⁶⁴⁸

Sonuç olarak, AHM hükümlerinin yatırım antlaşmalarında yeknesak olmadığı açıktır, ancak doktrinde bu yeknesak eksikliğinin teamül oluşumunu engelleyecek düzeyde olup olmadığı sorusu verilen cevaplar farklılaşmıştır. AHM hükmünün ifade antlaşmada ifade ediliş şekli, hakem heyetlerinin takdir marjlarına etkide bulunmaktadır. Hakem heyetlerinin önlerinde uyuşmazlıkta esas alacakları yatırım antlaşması metninde AHM hükmünün ifade ediliş şeklinin farklılıkları devlet eyleminin AHM ihlali olup olmadığı konusunda gözle görülür şekilde farklılaştırması sebebiyle AHM hükmünün yeknesak olmadığı görüşü daha kabul edilebilir gözükmektedir.

2. *Opinio juris*

Bir teamül hukuku kuralının varlığı için devletlerin uygulamalarının yeknesak, tutarlı ve temsili olması gerekmektedir. Aynı zamanda, devletlerin bağlı bulunduğu resmi bir antlaşma yükümlülüğü olmasa dahi uluslararası hukuk kapsamında yabancı yatırımcılara AHM koruması sağlama yükümlülükleri olduğuna inandıkları gösterilmelidir yani bir başka deyişle opinio juris gereklidir.⁶⁴⁹ Opinio juris, bir teamülün var olup olmadığına ilişkin karar verilirken esas alınmaktadır.⁶⁵⁰ Opinio juris varlığı için antlaşmanın kendisinden ayrı olarak, hükümlerdeki kuralların zorunlu olarak kabul edildiği gösterilmelidir.

⁶⁴⁷ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 135.

⁶⁴⁸ Semptra Energy International v. Arjantin, Karar, § 296: “Mahkeme, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin çok açık ve kesin olmayan bir standart olduğunu savunmakta Davalı’yı haklı bulmaktadır. Çünkü uluslararası hukukun kendisi de yabancı vatandaşlara, tüccarlara ve yatırımcılara yapılacak muamele konusunda çok açık ve kesin değildir. Bu durum, ilgili standartların yüzyıllar boyunca kademeli olarak evrimleşmesinden kaynaklanmaktadır. Uluslararası teamül hukuku, dostluk, ticaret ve seyrüsefer antlaşmaları ve son zamanlarda iki taraflı yatırım antlaşmaları bu gelişime katkıda bulunmuştur.”

⁶⁴⁹ Uluslararası Hukuk Komisyonu, ‘Second Report on Identification of Customary International Law’, Michael Wood, Special Rapporteur, Sixty-sixth Session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014, UN Doc A/CN.4/672. Sayfa 190, § 62; *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka/ Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda)*, 1969, ICJ Rep 44, s. 44, § 76.

⁶⁵⁰ Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, s. 109.

Uluslararası Hukuk Komisyonu 68. oturum çalışmalarına ilişkin raporu taslak sonuç 2’de şu ifadeler yer almaktadır: “*Bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını ve içeriğini belirlemek için, hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın (opinio juris) olup olmadığını tespit etmek gerekir.*”⁶⁵¹ Taslak sonuç 3’te ayrıca aşağıdaki hususlar belirtilmektedir: “*1. Genel bir uygulama olup olmadığını ve uygulamanın kanun olarak kabul edilip edilmediğini (opinio juris) tespit etmek amacıyla deliller değerlendirilirken, genel bağlam, kuralın niteliği ve söz konusu delilin içinde bulunduğu özel koşullar göz önünde bulundurulmalıdır. Her bir unsur ayrı ayrı tespit edilmelidir. Bu, her bir unsur için kanıtların değerlendirilmesini gerektirir.*”⁶⁵²

Uluslararası hukukun tipik bir özelliği doğrultusunda, devlet egemenliğinin gönüllü olarak sınırlandırılması varsayılmaz; dolayısıyla, yatırım antlaşmalarının kendi başına opinio jurisin bir tezahürü olacağı fikrini zımnen reddederken⁶⁵³, bazı yazarlar opinio jurisin AHM özelinde mevcut olduğunu öne sürmektedir.⁶⁵⁴ Bir dizi nedenden ötürü, bu tür bir yaklaşım ikna edici değildir. İlk olarak, devletlerin yatırım antlaşmaları akdetme sıklığı, bu tür hükümlerin tam da teamülün gerektirdiğinden farklı bir standart belirledikleri için kabul edildiği varsayılabilirliğinden, bu konuda teamül ilkelerinin olmadığını zımnen ortaya koyacaktır.⁶⁵⁵ İkinci olarak, sadece opinio juris varlığı yoluyla antlaşma uygulamasından bir teamül kuralı çıkarılabilir; bu, devlet uygulamasında⁶⁵⁶ ve 2016 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu raporunda yaygın olarak desteklenmektedir. Taslak Sonuç 11 aşağıdaki gibidir: “*1. Bir antlaşmada öngörülen bir kural, antlaşma kuralının: (a) antlaşmanın yapıldığı tarihte mevcut olan*

⁶⁵¹ Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-Eighth Sess., Supp. No 10, 74, at 76, UN Doc. A/71/10 (2016), s. 76.

⁶⁵² Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-Eighth Sess., Supp. No 10, 74, at 76, UN Doc. A/71/10 (2016), s. 76.

⁶⁵³ *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 110-111.: “[NAFTA Tarafları] çok sayıda iki taraflı yatırım antlaşmasının taraflarının, bu antlaşmalara yabancı yatırımlara ‘adil ve hakkaniyetli’ muamele gibi hükümler dahil ettiklerinde yasal bir yükümlülük duygusuyla hareket edip etmediklerini sorgular görünmektedir [...] Bu soru tamamen meşrudur. Uluslararası uygulamada, çok taraflı veya iki taraflı antlaşmalarda kabul edilen yükümlülüklerin hangi noktada bu antlaşmalara taraf olmayan devletler için bağlayıcı bir uluslararası teamül hukuku kuralının içeriğini şart koşmaya başladığını tespit etmek genellikle zordur. Ancak, ABD’nin kendisi, NAFTA’da (ve diğer BIT’lerde) adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenlik hükümlerini kabul ederken, uluslararası teamül hukuku ilkelerini dahil etme niyetinde olduğunu iddia ederek bu soruya bir cevap vermektedir.”

⁶⁵⁴ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 145.

⁶⁵⁵ *Cargill v. Meksika*, Karar, § 276.

⁶⁵⁶ *Camuzzi International S.A. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/03/2, Yetki İtirazlarına İlişkin Karar, 11 Mayıs 2005, § 144: “Uluslararası hukukta, devletlerin iradelerinin antlaşmalar yoluyla ifade edilmesinin, aynı zamanda bir teamül kuralının doğması için gerekli olan uygulama ve görüşün (opinio juris) ifadesi olmasının önünde hiçbir engel yoktur.”

bir uluslararası teamül hukuku kuralını kodifiye ettiği; (b) antlaşmanın yapılmasından önce ortaya çıkmaya başlayan bir uluslararası teamül hukuku kuralının kristalleşmesine yol açtığı; veya (c) kanun olarak kabul edilen genel bir uygulamaya (opinion juris) yol açtığı ve böylece yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturduğu tespit edilirse, bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıtabilir. Bir kuralın çok sayıda antlaşmada düzenlenmiş olması, antlaşma kuralının bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıttığını gösterebilir, ancak bu zorunlu değildir.”⁶⁵⁷ Buna göre, böyle bir görüşün bir bütün olarak uluslararası toplumun genel ve tanımlanmamış bir menfaatinden, kendi başına bir görüş karinesi oluşturmeyen bol miktarda antlaşma uygulamasının varlığından kaynaklandığı kabul edilemez. UAD tarafından da bu tespit birden çok sefer yapılmıştır. Diallo davasında açıkça belirtildiği üzere: “Yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik antlaşmalar ve Washington Sözleşmesi gibi çeşitli antlaşmaların yatırımların korunmasını düzenleyen özel yasal rejimler oluşturmuş olması veya bu konudaki hükümlerin devletler ile yabancı yatırımcılar arasında doğrudan akdedilen sözleşmelere yaygın olarak dahil edilmiş olması, diplomatik korumanın teamül kurallarında bir değişiklik olduğunu göstermek için yeterli değildir; aynı şekilde bunun aksini de gösterebilir.”⁶⁵⁸

İki taraflı antlaşmalarda ortak hükümlerin tekrarlanması, bu hükümlerin teamül hukukunu ifade ettiği sonucunu yaratmadığını veya desteklemediğini çünkü böyle bir teamül iddiasını sürdürmek için, antlaşmanın kendisinden ayrı olarak, hükümlerdeki kuralların zorunlu olarak kabul edildiğini göstermek gerekmektedir.⁶⁵⁹ AHM standardının yatırım antlaşmalarına eklenmesi devletlerin yaygın bir uygulamasıdır. Ancak, böyle bir uygulamanın yasal bir yükümlülük duygusuyla (opinio juris) desteklendiğini kanıtlamak zordur. AHM hükümleri özelinde antlaşma metninde, taslak çalışmalarında veya başka herhangi bir yerde devletlerin, uluslararası hukuk uyarınca yabancı yatırımcılara sağlamaları gereken koruma türünün bu

⁶⁵⁷ Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-Eighth Sess., Supp. No 10, 74, at 76, UN Doc. A/71/10 (2016). s. 78.

⁶⁵⁸ *Gine v. Kongo* (Ön İtirazlar), 24 Mayıs 2007 tarihli karar, § 90. Aynı şekilde, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davaları* (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka / Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda), 1969, ICJ Rep 44, § 76: “İlgili devletlerin yarısından fazlası, ister tek taraflı ister birlikte hareket etsinler, Cenevre Sözleşmesi’ne taraftırlar ya da kısa bir süre sonra taraf olmuşlardır ve bu nedenle muhtemelen ilgili oldukları ölçüde, Sözleşme’nin uygulanmasında fiilen ya da potansiyel olarak hareket etmektedirler. Onların eylemlerinden, bir teamül hukuku kuralının varlığına dair meşru bir çıkarım yapılamaz.”

⁶⁵⁹ Oscar Schachter, “Compensation for Expropriation”, *American Journal of International Law*, C. 78, S. 1, 1984, s. 126, doi:10.2307/2202344.

olduğuna dair bir inanç duygusuyla antlaşmaya AHM hükümlerini dahil ettiklerini gösteren hiçbir gösterge bulunmamaktadır.⁶⁶⁰ En nihayetinde devletler yatırım antlaşmalarını yükümlülük duygusuyla değil, kendi çıkarlarını korumak için imzalarlar.⁶⁶¹

Teamül oluşumu için bir diğer önemli şart ise devletlerin antlaşma dışı davranışlarıdır. Uluslararası hukukta antlaşmaların üçüncü tarafları bağlamadığı veya onlara fayda sağlamadığı genel kuralı bulunmaktadır. Devletler antlaşmaya taraf olmasa da ilgili hükümle uyumlu bir davranış sergilemesi gerekliliği teamül oluşumu için gereklidir.⁶⁶² Devletlerin antlaşmalar dışındaki kendi uygulamasında AHM korumasını yeknesak ve tutarlı şekilde sağlaması gerekir. Yatırım antlaşmalarına taraf olmayan devletlerin uyruğundaki yabancı yatırımcılara AHM sağlanması AHM'nin teamül niteliği kazanabilmesi için önemli bir gerekliliktir. AHM'nin teamül niteliği için devletlerin yatırım antlaşmaları dışında da AHM yükümlülüğüne uyma gerekliliği hissettiklerinin gösterilmesi gerekmektedir. Buna ilişkin tespit, devletlerin iç mevzuatları veya devletlerin şirketler ve bireylerle yaptığı sözleşmelerde AHM hükmüne yer verip vermediğine bakılarak yapılabilir.⁶⁶³

İlk olarak devletler ile şirketler ve bireyler arasında yapılan sözleşmeler incelenecektir. Devletler ile şirketler ve bireyler arasında yapılan sözleşmelerde de AHM hükmü olduğuna dair bir kanıt yoktur. Enerji Şartı Antlaşması Sekretaryası, sınır ötesi boru hatları ve sınır ötesi elektrik projeleri gibi konularda birtakım model antlaşma örnekleri bulunmaktadır ve bunların hiçbiri bir AHM hükmü içermemektedir.⁶⁶⁴ Aynı durum, Uluslararası Barolar Birliği Maden Hukuku Komitesi'nin 2011 tarihli "*Model Maden Geliştirme Antlaşması (MMDA) Versiyon 1.0*" için de geçerlidir.⁶⁶⁵ Son olarak bir sözleşmede AHM hükmünün varlığından

⁶⁶⁰ Dumberry, "Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status", s. 75.

⁶⁶¹ a.g.e., s. 76.

⁶⁶² International Law Association, "Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law" (Final Report of the Committee on the Formation of Customary International Law), 69. Uluslararası Hukuk Derneği Londra Konferansında sunulmuştur, Londra, 29 Temmuz 2000, s.757.

⁶⁶³ Patrick Dumberry, "The Practice of States as Evidence of Custom: An Analysis of Fair and Equitable Treatment Standard Clauses in States' Foreign Investment Laws", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 01.05.2016, s. 69, <https://papers.ssrn.com/abstract=2811191>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁶⁶⁴ <https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/model-agreements/> (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁶⁶⁵ <https://www.mmdaproject.org/> (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

bahseden bir tahkim kararına ve bir davacının bir devlet sözleşmesi kapsamında ev sahibi devlet tarafından uyulması gereken böyle bir AHM yükümlülüğünün varlığını iddia ettiği bir davaya da rastlanılmamaktadır.⁶⁶⁶ Devletler ile şirketler ve bireyler arasında yapılan sözleşmelerde, en azından halka açık olup ulaşılabilir olanlarda, AHM hükmü gözükmemektedir. Sonuç olarak, devletlerin yatırım antlaşmaları dışında da AHM standardı sağladığına ilişkin bir sonuç çıkmamaktadır.

Opinio juris varlığının ispatı olarak sayılabilecek bir diğer nokta ulusal mevzuattır.⁶⁶⁷ Ev sahibi devletler AHM standardı korumasını iç mevzuatlarında yer vererek sağlayabilir. Bu noktada ilk bakılacak mevzuat yabancı yatırımlara ilişkin mevzuattır. Bir ülkenin doğrudan yabancı yatırım kanunu normalde yabancı yatırım projelerinin üstlenilmesi ve işletilmesi için temel yasal çerçeveyi oluşturur ve bir ülkenin yabancı yatırıma yönelik hükümet politikasının en yetkili, eksiksiz ve ayrıntılı beyanıdır.⁶⁶⁸ Doktrinde yapılan araştırmalar, ev sahibi devletlerin büyük çoğunluğunun, yatırım kanunlarında yabancı yatırımcılara ilişkin AHM standardı koruması içermediğini ortaya koymaktadır. Dumberry, 165 yatırım kanunundan yalnızca 10 tanesinin AHM hükmüne ilişkin açık atıf yapıldığına tespit etmiştir.⁶⁶⁹ Örnek olarak 30 Nisan 1998 tarihli Özbekistan Yabancı Yatırımlar Kanunu m. 9 *“yabancı yatırımcılara ve yabancı yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam ve sürekli koruma ve güvenlik garanti edilecektir. Bu muamele Özbekistan Cumhuriyeti’nin uluslararası antlaşmalarında öngörülenden daha az elverişli olamaz”* ve 20 Mayıs 2011 tarihli Angola Özel Yatırımlar Temel Kanunu No 20/11, m. 5 *“Anayasa ve ülkenin hukuki, siyasi ve ekonomik düzenini şekillendiren ilkeler uyarınca, Angola Devleti, sermayenin kaynağına bakılmaksızın, anonim şirketlere ve işletmelere ve bunların varlıklarına, keyfi olarak ayrımcı olmayan, adil ve hakkaniyetli bir muamele yapılmasını, bunların korunmasını, güvenliğini, kaynaklara ve mahkemelere erişimini garanti altına alır, yönetimlerini, bakımlarını ve faaliyetlerini engellemez.”* gösterilebilir. Görüldüğü gibi örnekler sınırlıdır.

⁶⁶⁶ Dumberry, “The Practice of States as Evidence of Custom”, s. 79.

⁶⁶⁷ Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, s. 153.

⁶⁶⁸ Jeswald W. Salacuse, **The three laws of international investment: national, contractual, and international frameworks for foreign capital**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, s. 91.

⁶⁶⁹ Dumberry, “The Practice of States as Evidence of Custom”, s. 72.

Yatırım kanunları bakmamız gereken tek yer değildir. Bazı devletlerde yabancı yatırımlara ilişkin özel bir ulusal yasa mevcut değildir. Ancak, bu durum yatırımcıların bu ülkelerde yatırım yaptıklarında hiçbir yasal korumaya sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Öte yandan mevcut yabancı yatırım kanunlarının büyük bir kısmı yatırımların maddi olarak korunmasına ilişkin herhangi bir özel hüküm içermemektedir. AHM hükmünün sınırlı sayıdaki devletin yatırım mevzuatında bulunduğu açıktır. Türkiye'nin Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda da AHM standardı hükmü bulunmamaktadır.

Yapılan bu inceleme, ev sahibi devletlerin yatırım mevzuatına ilişkin olması sebebiyle sonuç çıkarırken dikkatli olunmalıdır. Çünkü söz konusu koruma bir devletin anayasası kapsamında mevcut olabilir veya devletlerin adalet ve hakkaniyetin kendi hukuk sistemlerinin dokusu içinde iç içe geçmiş olduğu ve dolayısıyla açık bir ifadeye ihtiyaç duyulmadığı öne sürülebilir, bu sebeple yalnızca yatırım mevzuatına bakmak yeterli değildir.⁶⁷⁰ Ev sahibi devletlerin anayasa ve kanunlarında bulunan adalete ilişkin hükümlerin de AHM kapsamında değerlendirilebileceğine öne süren görüşler mevcuttur.⁶⁷¹

Devletlerin iç hukukuna bakılacak bir diğer nokta hukukun üstünlüğüne olan vurgulardır. İşte bu noktada hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak AHM'yi tanımlayan yazarların görüşleri önemlidir. AHM standardının hukukun üstünlüğünün somutlaşmış hali olduğu iddia edenler bulunmaktadır.⁶⁷² AHM standardında yer alan dinlenilme hakkı, dosyalara erişim hakkı ve bir karar alırken bu tür kanıtları dikkate alma yükümlülüğü ve idarenin kararlara gerekçe gösterme yükümlülüğü gibi yükümlülüklerin gerçekten de çoğu gelişmiş ve gelişmekte olan devletin iç hukukunda bulunmaktadır.⁶⁷³ AHM'yi hukukun üstünlüğüne eşitleyecek olsak dahi bu tespit sadece hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu devletlerin iç hukuk düzenlerinde AHM standardının var olduğunu gösterecektir.⁶⁷⁴ Ancak, tüm devletlerin hukukun üstünlüğünü ilkesi doğrultusunda hareket etmediği de bir gerçektir.

⁶⁷⁰ Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 160.

⁶⁷¹ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 104.

⁶⁷² Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 330.

⁶⁷³ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, ss. 69-70.

⁶⁷⁴ Dumberry, “The Practice of States as Evidence of Custom”, s. 80.

Sonuç olarak, uluslararası asgari standart ve kamulaştırmaya ilişkin teamül olduğuna inancın opinio juris gerekliliği vurgulanırken, AHM özelinde bu tarz bir sonuç bulunmamaktadır. Yatırım antlaşmaları sıkça uluslararası asgari standardının uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu belirtir.⁶⁷⁵ NAFTA bağlamında AHM hükmünün uluslararası asgari standarda atıf olduğu kabulünde uluslararası asgari standart hükmünün teamül olması sebebiyle bir parçası olan AHM'nin de teamül niteliğine sahip olduğu öne sürülebilir. Ancak, AHM'nin bağlamı ve tanımlanma şekli yalnızca NAFTA'daki ile sınırlı değildir. Dolayısıyla böyle bir önerme de kabul görmemelidir.

B. Yatırım Tahkimi Kararlarında AHM Standardının Teamül Niteliği

Yatırım tahkimi kararları uluslararası hukukun asli kaynaklarından biri değildir. Ancak, her ne kadar bu kuralların oluşturulmasında resmi bir role sahip olmasalar da hakemlerin teamül oluşumu için gerekli bulunan şartlar olan devlet uygulaması ve opinio jurisin detaylı bir şekilde tartıştığı kararların hem sonraki hakem kararlarına hem de devletlerin uygulamalarına etkisi olabileceği öne sürülebilir. En nihayetinde teamülün oluşturulmasında rolleri olmasa da bunların varlığının ortaya çıkarılması, gelişiminde ve evriminde rol oynama potansiyelleri bulunmaktadır.⁶⁷⁶ Uluslararası mahkemelerin ve hakem heyetlerinin önceki kararlarına tekrar tekrar başvurulması, opinio jurisin varlığını teyit etmeye hizmet eder. Bu nedenle James Crawford, *“Uluslararası Adalet Divanı'nın sıklıkla genel bir uygulamadan, bilimsel fikir birliğinden ya da kendisinin veya diğer mahkemelerin önceki kararlarından opinio jurisin varlığını çıkaracağını”* ifade etmektedir.⁶⁷⁷

1. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Teamül Niteliğini Kabul Eden Kararlar

⁶⁷⁵ Birleşik Krallık-Meksika BIT (2006), m. 3; Kanada-Çek Cumhuriyeti BIT (2009), m. 3; Çin-Meksika BIT (2008), m. 5.

⁶⁷⁶ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 165.

⁶⁷⁷ Crawford, Brownlie, *Brownlie's principles of public international law*, s. 24.

AHM standardının kendi başına bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline geldiği görüşünü benimseyen sınırlı sayıda yatırım tahkimi hakem heyeti bulunmaktadır. *Pope & Talbot Inc v. Kanada* davasında yaklaşım buna bir örnektir. *Pope & Talbot Inc v. Kanada* davasında, tazminata ilişkin kararda hakem heyeti: “Kanada’nın bugün için uygun uluslararası teamül hukuku standardına ilişkin görüşleri belki de sadece 70 civarında iki taraflı yatırım antlaşmasının müzakere edildiğine dair hatalı inancı ile şekillenmiştir, ancak Kanada tarafından da kabul edilen gerçek sayı 1800’ü aşmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası hukukta teamülün içeriğini belirlemeye yönelik olağan kurallar uygulandığında, devletlerin uygulamalarının artık bu antlaşmalarla temsil edildiği sonucuna varılmalıdır”⁶⁷⁸ tespitini yapmıştır. Hakem heyetinin opinio juris ile ilgili hiçbir temellendirme yapmadan bu sonuca varması doğal olarak eleştiriye açıktır.⁶⁷⁹

Merrill & Ring Forestry LP v. Kanada davasında, hakem heyeti, AHM standardının bir teamül normu haline geldiğini belirtmektedir. Hakem heyeti, AHM standardının uluslararası teamül hukukunun bir parçası olabilmesi yeterince yaygın ve tutarlı uygulamanın olmasından dolayı opinio juris varlığının mevcut olduğu sonucuna varmıştır: “Yabancılar iş, ticaret ve yatırım ile ilgili olarak adil ve eşit muamele edilmesi gerekliliği, bu değişen gerçekliğin bir sonucudur ve bu nedenle, bugün uluslararası teamül hukukuna opinio juris olarak yansıdığını gösterecek şekilde yeterince yaygın ve tutarlı uygulamanın bir parçası haline gelmiştir. Nihayetinde, standarda verilen isim gerçekten önemli değildir. Önemli olan, standardın adalet, hakkaniyet ve makuliyet duygusunu ihlal edebilecek tüm bu tür eylem veya davranışlara karşı koruma sağlamasıdır. Elbette, adalet, hakkaniyet ve makuliyet kavramları kesin olarak tanımlanamaz: her bir vakanın gerçeklerine uygulanmaları gerekir. Aslında, adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramı, tanımlanması zor olmakla birlikte yine de haksız, adaletsiz veya makul olmayan olarak değerlendirilebilecek bir tür uygunsuz davranışın dikkate alınmasını mümkün kılmak için ortaya çıkmıştır.”⁶⁸⁰ Hakem heyeti, asgari muamele standardının gelişimi çerçevesinde, AHM standardının teamül hukukunun bir parçası haline geldiğine ikna olduğunu vurgulamıştır.⁶⁸¹

⁶⁷⁸ *Pope & Talbot Inc v. Kanada*, Tazminata İlişkin Karar, § 62.

⁶⁷⁹ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 160.

⁶⁸⁰ *Merrill & Ring Forestry LP v. Kanada*, Karar, § 210.

⁶⁸¹ *Merrill & Ring Forestry LP v. Kanada*, Karar, § 211.

AHM standardının kendi başına bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline geldiği görüşünü benimseyen bir diğer örnek *Mondev International Ltd v. ABD* davasındaki hakem heyetidir. Hakem heyeti, AHM standardının bir teamül normu haline geldiğini açıkça belirtmiş olmasa da özellikle o dönemki mevcut iki bin yatırım antlaşmasında yeksenak bir şekilde bulunan AHM standardının mevcut uluslararası hukukta yabancı yatırımlara yönelik muameleyi düzenleyen kuralların içeriğini mutlaka etkilemiş olacağını belirtmiştir.⁶⁸² Hakem heyeti: “*Her üç NAFTA Tarafı da duruşma sonrası görüşlerinde, Mahkemenin Pope & Talbot davasındaki, çağdaş uluslararası hukukun içeriğinin yüzlerce iki taraflı yatırım antlaşmasının uyumlu hükümlerini yansıttığını tespit eden kararlarına itiraz etmiştir. Özellikle, bu üç devletin Pope & Talbot Mahkemesinin bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşturulması için gerekli bir unsuru, yani opinio juris’i dikkate almadaki başarısızlığı olarak gördüklerine dikkat çekilmiştir. Bu devletler, çok sayıda iki taraflı yatırım antlaşmasının taraflarının, bu antlaşmalara yabancı yatırımlara “adil ve hakkaniyetli” muamele gibi hükümler koyarken yasal bir yükümlülük duygusuyla hareket edip etmediklerini sorgular görünmektedir*”⁶⁸³ tespitinde bulunmuştur. Hakem heyeti, aynı zamanda yatırım antlaşmalarında AHM ile tam koruma ve güvenlik sağlayan uluslararası teamül hukukunun içeriğine ilişkin soruya cevap verilmemesinin asıl sorun olduğunu belirtmiştir.⁶⁸⁴ Sonuç olarak, hakem heyetinin açık bir ifadesi olmasa da doktrinde, hakem heyetinin yaklaşımının, AHM standardını teamül olarak kabul ettiği belirtilmektedir.⁶⁸⁵

Yukarda bahsedilen mahkemelerin hepsi NAFTA m. 1105 kapsamında AHM standardını değerlendirmiştir. Antlaşma metni ve FCN yorumu sebebiyle AHM ile

⁶⁸² *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 117.: “Üçüncü olarak, çok sayıda ikili ve bölgesel yatırım antlaşması (2000’den fazla) neredeyse tek tip olarak yabancı yatırımlara adil ve eşit muamele yapılmasını ve büyük ölçüde yatırımların tam güvenliğini ve korunmasını sağlamaktadır. Yatırım antlaşmaları Kuzey ile Güney, Doğu ile Batı arasında ve bu alanlardaki devletler arasında kendi aralarında yapılmaktadır. Oldukça yaygın bir temelde, devletler yabancı yatırımlara bu tür bir muamele göstermeyi defalarca taahhüt etmişlerdir. Mahkemenin görüşüne göre, bu tür bir uyumlu uygulama bütünü, mevcut uluslararası hukukta yabancı yatırımlara yönelik muameleyi düzenleyen kuralların içeriğini mutlaka etkilemiş olacaktır. Bu uygulamanın ve yansıttığı çok sayıda hükmün, *Neer Mahkemesinin* (çok farklı bir bağlamda) 1927’de kastettiğinden daha fazlasını ifade etmediği şeklinde yorumlanması şaşırtıcı olacaktır.”

⁶⁸³ *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 110.

⁶⁸⁴ *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 113.

⁶⁸⁵ Stephan Schill (ed.), **International investment law and comparative public law**, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010, s. 153; Dumbery, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 162.

asgari standardı eş kabul eden yaklaşımın bir sonucu olarak AHM'nin teamül niteliğine sahip olduğunu vurgulamaları doğal bir sonuç olarak gözlemlenmektedir. Öte yandan ECT kapsamında davalara bakan *Blusun v. İtalya* ve *RWE v. İspanya* davalarında da hakem heyetleri, AHM standardının teamül niteliğine vurgu yapmıştır.⁶⁸⁶

2. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Teamül Niteliğini Kabul Etmeyen Kararlar

ADF Group Inc v. ABD davasındaki hakem heyeti hem *Pope & Talbot Inc v. Kanada* hem de *Mondev International Ltd v. ABD* davasında ulaşılan sonuçlara ilişkin eleştiriler getirmiştir. *ADF Group Inc v. ABD* davasında, hakem heyeti, “*Pope ve Talbot Mahkemesi, bu antlaşmaların uyumlu devlet uygulamasını temsil edip etmediğini ve uluslararası teamül hukukunu oluşturan opinio juris’in kanıtını oluşturup oluşturmadığını belirlemek için mevcut yatırım antlaşmalarını ibr bütün olarak incelememiştir*’. Amerika Birleşik Devletleri’ne göre, *Pope Mahkemesi bu nedenle ‘herhangi bir yatırım antlaşması yükümlülüğünün uluslararası teamül hukukunun bir kuralı haline gelip gelmediğini belirtecek konumda değildi*”⁶⁸⁷ sonucuna vararak teamül hükmü tespiti için opinio juris niteliğinin tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak, hakem heyeti, yatırımcı tarafından ileri sürülen AHM standardının teamülün bir parçası haline geldiği iddiasını açıkça reddetmiştir.⁶⁸⁸

Cargill, Inc v. Meksika davasındaki hakem heyeti, AHM standardının teamül normu niteliğini reddetmiştir. Hakem heyeti, AHM standardının birçok antlaşmada yer

⁶⁸⁶ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier ve Michael Stein v. İtalya*, Karar, § 319; *RWE Innogy GmbH ve RWE Innogy Aersa S.A.U. v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/34, Yargı yetkisi, Sorumluluk ve Belirli Tazminat Konularına İlişkin Karar, 30 Aralık 2019, § 443.

⁶⁸⁷ *ADF Group Inc v. ABD*, Karar, § 112

⁶⁸⁸ *ADF Group Inc v. ABD*, Karar, § 183: “*Mahkeme, uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardının yapısı ve içeriğine ilişkin meselenin yeterince tartışılmadığını ve ne Yatırımcının ne de Davalının kendi iddialarının doğruluğunu ikna edici bir şekilde ortaya koymadığını düşünmektedir. Yatırımcının, mevcut uluslararası teamül hukukunda, yabancı yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik sağlanmasına yönelik genel ve özerk (yani, belirli, sınırlı bağlamları ele alan özel kurallardan özerk) bir gerekliliğin varlığını gösterdiğine ikna olmadık. Örneğin Yatırımcı, bu tür bir gerekliliğin, şu anda mevcut olan yüzlerce iki taraflı yatırım antlaşması tarafından günümüz uluslararası teamül hukuku külliyatına dahil edildiğini göstermemiştir. Mevcut haliyle ne uyumlu devlet uygulamaları ne de yargı veya hakem içtihatları, Yatırımcının pozisyonunu ikna edici bir şekilde kanıtlamıyor (veya bu konuda çürütmüyor) olabilir. Bu bağlamda, Mondev davasında, hakem heyetinin, değişim sürecinin devam ettiğini ima ederken, Yatırımcının pozisyonuna ulaşmadığı da gözlemlenebilir.*”

almasının teamül normu olarak kabul edilmesi için bir kanıt niteliği taşısa da antlaşmaların lafzında farklı ifade edildiğini de vurgu yapmıştır. Hakem heyeti, AHM standardına katı bir özerk anlam yüklenmesinin yaygın olarak benimsenmesinin zaman içinde iyi yönetişimi neyin oluşturduğuna dair uluslararası beklentileri artırabileceğine, ancak böyle bir sonucun AHM standardının doğrudan teamülün bir evrimini kanıtlamasından farklı olacağını belirtmiştir.⁶⁸⁹

ADF Group Inc v. ABD ve Cargill, Inc v. Meksika davalarında hakem heyetleri NAFTA m. 1105 kapsamındaki değerlendirmelerinde AHM standardının teamül niteliğini taşımadığını tespit etmişlerdir. Diğer antlaşmalar kapsamında AHM standardını inceleyen birçok hakem heyeti de AHM standardının teamül niteliğini taşımadığını belirtmiş veya bunla ilgili herhangi bir tespit yapma gereği dahi duymamıştır.

C. Sonuç

Doktrinde bazı yazarlar, AHM hükmünün hem teamül niteliğine hem de hukukun genel ilkesi niteliğine sahip olduğunu vurgulamıştır.⁶⁹⁰ Her ne kadar AHM

⁶⁸⁹ *Cargill, Inc v. Meksika*, Karar, § 276.

⁶⁹⁰ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 54: “AHM’nin teamül hukukunun bir parçası olduğunu tespit etmek, onu hukukun genel bir ilkesi olmaktan çıkarmaz. Bu ikilik, teamül ve genel ilkeleri iki ayrı paragrafta ele alan 38. Maddenin yapısı tarafından tanınmaktadır. İkili bir doğanın - teamül/genel ilke- tanınmasının AHM ile ilgisi, ilk olarak, bu iki kaynağın işlevinin ve doğasının farklı olması ve ikinci olarak, bu ikiliğin AHM’nin uluslararası hukuktaki önemine ve neredeyse kaçınılmaz varlığına tanıklık etmesidir. Bir teamül olarak, AHM standardı [iki] gerekliliğe uymak zorundadır [...], yani devlet uygulaması ve içtihat. Hukukun genel bir ilkesi olarak, bağımsız bir statüye sahiptir ve devletlere karşıtlığı artık uluslararası düzeyde etkin bir şekilde kabul edilmesine değil, ulusal düzeydeki yerine bağlıdır. Bu nedenle, hem geleneksel hem de teamül hukukundaki kökleri tespit edildikten sonra bile AHM’yi genel bir hukuk ilkesi olarak incelemek geçerliliğini korumaktadır”; Benzer şekilde, Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 178-9: “AHM standardının ‘iki yönlü kaynak standardı’ olduğunu, yani Uluslararası kamu hukukunun iki kaynağına dayanan bir standart olduğunu” gözlemlemektedir: Uluslararası teamül hukukunun büyük ölçüde devletlerin uluslararası düzlemdeki uygulamalarına yansıyan dışa dönük davranışları tarafından şekillendirildiği, oysa hukukun genel ilkelerinin temel dayanaklarını devletlerin kendi hukuk düzenlerinin iç yapısında bulduğu gerçeği sadece terminolojik bir öneme sahip değildir. Eğer bir standart sadece uluslararası teamül hukuku ise, devletler, devletlerarası ilişkilerdeki davranışlarını değiştirerek onu değiştirmekte veya yok etmekte büyük ölçüde özgürdür. Buna karşın, genel bir hukuk ilkesi, ancak yeterince ilgili sayıda devletin iç hukuk düzenlerini değiştirerek bu ilkeyi ortadan kaldırması halinde aşılabılır. Ayrıca, AHM standardının genel bir hukuk ilkesi olarak sınıflandırılması, hakem heyetlerinin yalnızca diğer uluslararası mahkemelerin ve hakem heyetlerinin içtihatlarından yararlanmalarına değil, aynı zamanda bu geniş standardın nasıl yorumlanacağı konusunda rehberlik için ulusal içtihatlarla da bakmalarına olanak tanır.”

teamül niteliğine sahiptir⁶⁹¹ görüşüne sahip olanlar olsa da en iyi görüş, adil ve hakkaniyetli standardın teamül hukuku külliyyatına geçmemiş olduğudur.⁶⁹² Adil ve hakkaniyete uygun standardın teamül hukukuna tam olarak dahil edilebilmesi için hem sermaye ihraç eden hem de ithal eden devletler tarafından geleneksel olarak sunulan farklı bakış açıları dikkate alınarak, ülkelerin önemli bir kesimi arasında gerekli opinio juris varlığının kesin kanıtının olması gerekmektedir.⁶⁹³ Ancak, yukarda yapılan incelemede opinio juris varlığına ilişkin kesin kanıt bulunamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

AHM standardının teamül niteliği iki nedenden dolayı sınırlı bir öneme sahiptir. İlk olarak, çok az sayıda yatırım antlaşması AHM maddesi içermemektedir. İkinci olarak ise, AHM hükmü içermeyen bir yatırım antlaşması olsa dahi en çok gözetilen ulus kaydı hükmü aracılığıyla AHM hükmü ithal edilebilme durumudur.⁶⁹⁴ Sonuç olarak, pratikte ortada bir yatırım antlaşması varsa genellikle AHM koruması da olduğu görülmektedir. AHM teamül niteliğinin pratikte önemli olduğu nokta herhangi bir yatırım antlaşmasının mevcut olmadığı nadir durumlardır. AHM teamül değilse bir yatırımcının genel uluslararası hukuk kapsamında bir AHM korumasından yararlanmasına izin verilmemesi gerekmektedir. Bu çıkarım antlaşma yoksa yatırımcıya hiçbir koruma da yoktur anlamına gelmemektedir. Örneğin, teamül olarak kabul edilen uluslararası asgari standart, ev sahibi devletlerin adaletin yerine getirilmesinde adaletsizliği önleme, adil yargılama sağlama, hukuka aykırı davranışları önleme ile yatırımcılara tam koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüklerini kapsamaya devam edecektir.⁶⁹⁵

Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde hiçbir yatırım tahkimi hakem heyeti, en çok gözetilen ulus kaydı hükmü aracılığıyla AHM uygulananlar hariç olmak üzere,

⁶⁹¹ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 65-68; Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 10-11, 125-153, 175-179.

⁶⁹² Kläger, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, ss. 268-70; Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 153; Orakhelashvili, “The Normative Basis of ‘Fair and Equitable Treatment’”, s. 104; Kill, “Don’t Cross the Streams”, s. 880.

⁶⁹³ Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, s. 162.

⁶⁹⁴ Dumberry, “Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status”, s. 51.

⁶⁹⁵ Dumberry, “The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105”, s. 28.

yatırım antlaşmasında bulunmamasına rağmen AHM standardı koruması sağlamamıştır. Öte yandan, AHM standardının teamül niteliğini açıkça onaylayan bir devlet de bulunmamaktadır.⁶⁹⁶ En nihayetinde, AHM yükümlülüğü teamül niteliğine sahip olmaması sebebiyle antlaşmaya dayalı bir koruma standardı olarak kalmaktadır. Bu nedenle, bir yatırımcının, bir antlaşmada, ev sahibi devletin iç hukukunda veya bir devlet sözleşmesinde açıkça belirtilmediği durumlarda, yatırım tahkimi hakem heyetinin önündeki uyuşmazlıkta AHM koruması sağlaması için bir dayanak bulunmamaktadır.⁶⁹⁷

AHM ile asgari muamele standardını eşlemek ve bunun sonucu olarak AHM teamül demek mantıklı değildir. Metinsel bir yorum meselesi olarak, bir antlaşmanın adil ve hakkaniyete uygun muamele ifadesini kullanarak uluslararası teamül hukukundaki asgari muamele standardı gibi iyi bilinen bir kavrama atıfta bulunması mantıksız görünmektedir. Antlaşmanın tarafları uluslararası teamül hukukuna atıfta bulunmak istiyorlarsa, farklı bir terim kullanmak yerine direkt olarak aynı kavrama atıfta bulunmaları daha kabul edilebilirdir.⁶⁹⁸ Öte yandan, AHM'nin özerk bir teamül olarak sınıflandırılması, normatif içeriğine ilişkin soruya da bir cevap sunmamaktadır.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ Dumberry, “The Practice of States as Evidence of Custom”, s. 79.

⁶⁹⁷ Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, s. 177.

⁶⁹⁸ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 199.

⁶⁹⁹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 37.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE STANDARDININ TEMELLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında, AHM standardının temellendirilmesi yapılırken kullanılan yöntemler ve kavramlar incelenecektir. Bu kapsamda, karşılaştırmalı hukuk ve hukukun üstünlüğü kavramları AHM standardı özelinde değerlendirilecektir.

I. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Karşılaştırmalı Hukuk

Kurallar ve standartlar, hukuk sisteminde oynadıkları işlev temelinde birbirinden ayrılır. Kurallar, belirli ayırt edilebilir eylemlerin, olayların ya da durumların, önlenmesi ya da meydana getirilmesi gereken şeyler olarak bizim için o kadar pratik bir öneme sahip olduğu gerçeği ile karakterize edilir ve çok az sayıda eşlik eden koşul kuralları farklı şekilde değerlendirmeyi gerektirir. Kuralların belirleyiciliği, bireylerin belirli bir senaryoda hukuk sisteminin hangi menfaatlere ayrıcalık tanıyacağını önceden bilmelerini sağlar.⁷⁰⁰ Hart, standartların kullanılmasının, bir hukuk sisteminin gelecekte ortaya çıkabilecek senaryoları kesin olarak öngörememesini gidermenin bir yöntemi olduğunu kabul etmiştir. Ona göre standartlar, yasa koyucunun herhangi bir durumda ayrıcalık tanınması gereken menfaatleri önceden belirleyemediği durumlarda benimsenir.⁷⁰¹ Standart, ancak bir yargıç tarafından eldeki davanın koşulları ışığında değerlendirildiğinde kesin bir şekil alır. Benzer bir şekilde Neil MacCormick de standartları “*görünüşte indirgenemez bir değerler çoğulluğunu dikkate alan bir denge arayışı*” olarak tanımlamakta ve rekabet halindeki değerlerin değerlendirilmesini belirli davaların karara bağlanmasına ertelemektedir.⁷⁰²

Yatırım hukuku bağlamında, AHM’nin şekli ve işlevi onu bir standart olarak öne çıkarmaktadır. Yükümlülük geniştir, belirsizdir ve tanımlanması, neyin adil ve hakkaniyetli davranış teşkil ettiği sorusuyla ilgili olabilecek sayısız farklı faktörün değerlendirilmesini neticesinde şekillenmektedir.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Hart vd., *The concept of law*, s. 133.

⁷⁰¹ a.g.e., ss. 130-31.

⁷⁰² Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2005, s. 167.

⁷⁰³ Daniel Peat, “International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method”, *Journal of International Dispute Settlement*, C. 9, S. 4, 2018, s. 670, doi:10.1093/jnlids/idy028.

Son yıllarda, yazarlar, boşlukları doldurmak, belirsizlikleri gidermek ve yatırım rejiminin doğasını anlamak için uluslararası yatırım rejimi ile yerel kamu hukuku arasında bir analogi kurmuşlardır. UAD, Barcelona Traction davasında, hissedarlığın bir iç hukuk kavramı olduğunu, uluslararası hukukta hissedarlık diye bir şey olmadığını ve bu nedenle uluslararası hukukun hissedarlığın temel hatlarını karşılaştırmalı iç hukuktan alması gerektiğini tespit etmiştir.⁷⁰⁴ Uluslararası yatırım hukuku kapsamında da hakemlerin, içtihatlarla saplanıp kalmak yerine diğer hukuk sistemlerinin deneyimlerinden faydalanmak için karşılaştırmalı hukuku kullanması daha ikna edici bir yol sunabilir.⁷⁰⁵

Ulusal kamu hukukunun ilgili olabileceği yollardan biri, VAHS m. 31(3)(c) uyarınca uygulanabilir olan genel bir hukuk ilkesini yansıtmasıdır. Ancak, uluslararası yatırım tahkimi hakem heyetlerinin uygulamaları, hakemlerin iç hukuku genel ilkeler yöntemine göre kullanmadıklarını göstermektedir. AHM'nin genel uluslararası hukukun dokusuna nüfuz ettiği, ancak hukuk doktrininde biraz ihmal edilen bir kaynak olan belirli bir uluslararası hukuk alanına özgü genel ilkeler kategorisi vasıtasıyla nüfuz ettiği ileri sürülmektedir. Bir başka deyişle kendi temelleri uluslararası hukuk düzeninin kendisinde bulunan, ancak yargıcın aracılığı ile belirli bir normatif alana özgü özelliklere göre şekillendirilen ilkeler bütünüdür.⁷⁰⁶

Thunderbird v. Meksika kararı Thomas Wälde'nin ayrı görüşü dikkate değerdir. Bu ayrı görüş, davanın olgularının değerlendirilmesine ilişkin olarak çoğunluk ile aynı fikirde olmamasından ziyade,⁷⁰⁷ uluslararası yatırım hukukunun ve yatırımcı ile devlet uyumsuzluk çözümünün kavramsal temellerini gerçek anlamda bir kamu hukuku disiplini olarak geliştirmesi ve bu kavramsallaştırmanın bir kamu hukuku kavramı olarak AHM'nin uygulanması için ne anlama geldiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Wälde'nin çıkış noktası, genel olarak yatırım antlaşması disiplinlerinin ve özel olarak AHM'nin doğasının kendine özgü normatif bir çerçevenin parçası olarak

⁷⁰⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belçika v. İspanya)*, Ön İtirazlar, 1964 I.C.J. Rep. 9 (July 24).

⁷⁰⁵ Douglas, "Can a Doctrine of Precedent Be Justified in Investment Treaty Arbitration?", s. 110.

⁷⁰⁶ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 20.

⁷⁰⁷ Wälde, söz konusu mektubun, kendi görüşüne göre, davacıda beklenti yarattığını açıklamıştır. *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, § 59-95.

anlaşılması gerektiğidir. Bu çerçeve, yatırım antlaşması tahkiminde bir araya gelen iki hukuk ve uygulama organı olan geleneksel uluslararası kamu hukuku ve uluslararası ticari tahkimden farklıdır. Wälde'ye göre, yatırım hukuku uluslararası kamu hukukundan farklıdır çünkü devletlerarası bir uyuşmazlık çözümü sisteminin parçası değildir, bunun yerine özünde özel bir aktörün, yatırımcıyı etkileyen hükümet davranışları nedeniyle bir hükümete karşı tahkim davası açma hakkı yatmaktadır.⁷⁰⁸ Benzer şekilde, uluslararası ticari tahkim de uygun bir analogi sağlamaz çünkü yatırım hukuku uluslar ötesi bir bağlamda emsallerine uygun işlemler yapan eşit taraflarla ilgilenmez, ancak yabancı bir yatırımcının siyasi riske maruz kalmasını, yabancı bir siyasi, sosyal, kültürel, ticari, kurumsal ve hukuki sisteme aşına olmamasını ve entegre olmamasını dezavantajlı bir şekilde içermektedir.⁷⁰⁹

Sonuç olarak, Wälde, yatırım antlaşması disiplinlerinin, idare veya anayasa hukuku kapsamında hükümet davranışlarının yargısal denetimine daha iyi benzetilebileceğini belirtmiştir: *“Yatırımcı-devlet tahkimi için daha uygun olan, ister uluslararası yargı denetimi (DTÖ uyuşmazlık panelleri ve Temyiz Organı, Avrupa veya Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemeleri veya Avrupa Adalet Divanı tarafından yürütülen) isterse bireysel vatandaşların kamu organlarının hükümet yetkilerini kötüye kullandığı iddialarına ilişkin uyuşmazlıklarını yargılayan ulusal idare mahkemeleri olsun, hükümet davranışlarına ilişkin yargı denetimi ile benzerliklerdir. Tüm bu durumlarda söz konusu olan, aldığı hükümet güvencelerine meşru olarak güvenen ve güvenebilecek olan özel bir tarafa karşı hükümet gücünün kötüye kullanılmasıdır; öte yandan ticari tahkimde söz konusu olan daha ziyade sözleşme hükümlerinin iyi niyetle yorumlanmasıdır. Hükümet yetkilerinin kötüye kullanılması ticari tahkimde bir sorun değildir, ancak yatırım koruma antlaşmalarında yer alan iyi yönetim standartlarının özünde yer alır. Mesele, bir hükümetin taahhütlerde bulunduktan sonra egemen ve düzenleyici rolünü kötüye kullanmasını engellemektir.”*⁷¹⁰

⁷⁰⁸ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, § 13.

⁷⁰⁹ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, § 12.

⁷¹⁰ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, § 13.

Bu kavramsal temelleri ortaya koyduktan sonra Wälde, karşılaştırmalı kamu (idari, anayasal ve uluslararası) hukukunun, AHM de dahil olmak üzere yatırım koruma standartlarının yorumlanması ve uygulanmasına yönelik metodolojinin bir parçası olması gerektiğini ileri sürmüştür. AHM’yi somutlaştırmak ve meşru beklentilerin korunmasının AHM’nin bir parçası olarak görülüp görülemeyeceğini belirlemek için Wälde geniş bir kaynak yelpazesinden yararlanmıştır. Bu kaynaklar arasında estoppel ve venire contra factum proprium gibi sözleşme hukuku ilkeleri, ancak her şeyden önce AB hukuku, insan hakları hukuku,⁷¹¹ uluslararası ticaret hukuku,⁷¹² ve gelişmiş idare hukuku sistemleri dahil olmak üzere çeşitli uluslararası ve yerel hukuk sistemlerinde bulunan kamu hukuku kavramları yer almaktadır.⁷¹³ Aslında, Wälde’ye göre: “*başlıca idare hukuku sistemlerinin ortak ilkeleri ... yatırım antlaşması içtihadının henüz sağlam bir şekilde yerleşmediği ölçüde yatırım antlaşmalarının yorumlanması için önemli bir referans noktasıdır.*”⁷¹⁴ Meşru beklentilerin korunması bu hukuk sistemlerinde yaygın olarak kabul edildiğinden, Wälde aynı durumun AHM kapsamında da geçerli olması gerektiğini belirtmiştir.

Thomas Wälde tarafından ortaya konan kavramsal yaklaşımdan yararlanan artan sayıda dava ile tahkim içtihadındaki AHM anlayışını da etkilemiştir. O zamandan beri birçok mahkeme, insan hakları hukuku da dâhil olmak üzere AHM’yi somutlaştırmak için yatırım antlaşması rejimi dışındaki hem ulusal hem de uluslararası kamu hukuku kaynaklarından yararlanmıştır.⁷¹⁵

Enron v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM’nin hakem heyetleri tarafından aşamalı olarak şekillendirildiği ve uluslararası yatırım hukukuna özgü bileşik bir genel ilkeyi somutlaştırdığını belirtmiştir: “*Uluslararası yatırım hukukunda] meydana gelen evrim büyük ölçüde mahkemeler ve hakemler tarafından vaka bazında yapılan*

⁷¹¹ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 27.

⁷¹² *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 29.

⁷¹³ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 28.

⁷¹⁴ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 28.

⁷¹⁵ *Noble Ventures, Inc v. Romanya*, ICSID Dava No. ARB/01/11, Karar, 12 Ekim 2005, § 178; *Joseph C Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 506; *Total SA v. Arjantin Cumhuriyeti*, Sorumluluk Kararı, § 111; *Toto Costruzioni Generali SpA v. Lübnan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/07/12, Karar, 7 Haziran 2012, § 166; *Gold Reserve Inc v. Bolivarçı Venezuela Cumhuriyeti*, Karar, § 576; *Hesham T M Al Warraq v. Endonezya*, Nihai Karar, § 577.

tespitlerin sonucudur [...] Bu da [...] parçalı ve kademeli bir gelişim olduğunu açıklamaktadır. Ancak, bu gelişme kısmen - hem davalarda hem de hukuki yazılarda - yatırım antlaşması standartları kapsamında devlet davranışlarının değerlendirilmesine rehberlik edebilecek ve 'disipline edebilecek' 'hukukun genel ilkelerinin' [...] kademeli olarak formüle edilmesine dayanmaktadır."⁷¹⁶

Total v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM'nin bir genel dürüstlük ilkesinden şekilde türetildiğini ve bu kökeni nedeniyle, yükümlülüğün içeriğini doğrulamak için karşılaştırmalı kamu hukukunu incelemenin haklı olduğunu savunmaktadır: "Bir hakkın veya yükümlülüğün kapsamını belirlerken, Mahkemeler genellikle uluslararası veya karşılaştırmalı standartları kıstas olarak almışlardır. Gerçekten de, herhangi bir hukuk sisteminde geçerli olan genel standartlarda olduğu gibi ('due process' gibi), iç hukukta özel firmalar ve yatırımcılar açısından yerel kamu makamları tarafından genel olarak adil veya adil olmayan davranış olarak kabul edilen şeylerin karşılaştırmalı bir analizi de BIT'ler kapsamındaki yasal standartları belirlemek için uygun olabilir. Böyle bir yaklaşım haklıdır çünkü bir BIT kapsamında değerlendirilecek durumlar ve davranışlar ev sahibi devletin hukuk sistemi ve sosyal, ekonomik ve iş çevresi içinde gerçekleşir. Dahası, hukuki açıdan adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38(1) Maddesi uyarınca şüphesiz genel bir hukuk ilkesi olan iyi niyet gerekliliğinden türetilmiştir."⁷¹⁷ Hakem heyeti, meşru beklentiler doktrininin genel iyi niyet ilkesine dayandığı ve dolayısıyla yerel hukuk sistemlerinde meşru beklentilerin korunmasına ilişkin karşılaştırmalı bir analizin haklı olduğu argümanını kabul etmektedir.⁷¹⁸

Total v. Arjantin davasındaki karşılaştırmalı kamu hukukunun AHM'nin yorumlanmasına yardımcı olabileceği önermesine atıfta bulunan kararlar olmuştur.⁷¹⁹ Karşılaştırmalı kamu hukukuna atıfta bulunan kararlardan biri *Gold Reserve v. Venezuela* davasında, hakem heyeti, "Adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkelerine saygı gösterilmesine ilişkin standartlardan birinin, yani 'meşru beklentilerin' korunmasının hukuki kaynaklarının ... birçok iç hukuk sisteminin karşılaştırmalı analizinde bulunabileceğini" sonucuna ulaşmıştır.⁷²⁰ Hakem heyeti, ICSID Tahkim

⁷¹⁶ *Enron v. Arjantin*, Karar, § 257.

⁷¹⁷ *Total S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti*, Sorumluluk Kararı, § 111.

⁷¹⁸ *Total S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti*, Sorumluluk Kararı, § 128.

⁷¹⁹ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lübnan Cumhuriyeti*, Karar, § 166-192.

⁷²⁰ *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, Karar, § 576.

Kurallarının 54. Maddesi uyarınca karşılaştırmalı iç hukukun konuyla ilgili olduğunu belirtmiştir: “*TCSID mahkemelerini, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ‘uygulanabilir olan uluslararası hukuk kurallarını’ uygulamaya yönlendirir. Bu atfın, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. Maddesinde atıfta bulunulan ‘uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerini’ içerdiği düşünülebilir.*”⁷²¹ Hakem heyeti, Alman, Fransız, İngiliz, Arjantin ve Venezüella hukukuna atıfta bulunarak, meşru beklentiler kavramının, çeşitli hukuk sistemlerinde özel bir kişinin yasal ortağı karşısındaki beklentilerini, özellikle de bu ortak özel kişinin bağımlı olduğu kamu idaresi olduğunda korumak için işlediğini göstermeye devam etmiştir.⁷²²

Hakemlerin karşılaştırmalı kamu hukukunun kullanımını haklı gösterme çabalarına rağmen karşılaştırmalı hukuk incelemeleri, benzer soruların aslında iç hukukta nasıl ele alındığına dair çok az ayrıntı sunmaktadır. *Total v. Arjantin* ve *Gold Reserve v. Venezuela* mahkemeleri sadece meşru beklentiler doktrininin iç hukukta tanındığını göstermek için karşılaştırmalı hukukun üstünkörü incelemiştir. Bu nedenle, sunulan karşılaştırmalı araştırmaların, hakemlerin AHM veya meşru beklentilere yaklaşımını anlamlı bir şekilde şekillendiremediğini veya davanın sonucunu belirleyemediğini söylemek doğru olacaktır.⁷²³

Karşılaştırmalı kamu hukukuna atıfta bulunan ilk tahkim kararlarından biri *Noble v. Romanya* davasında, hakem heyeti, işlemlerinin ABD-Romanya BIT m. II(2)(b)’ye aykırı düşen keyfi veya ayrımcı tedbirler teşkil edip etmediği sorusuyla karşı karşıya kalmıştır. Antlaşmada keyfi veya ayrımcı tedbirlerin tanımı yapılmadığından, hakem heyeti, UAD tarafından ELSI davasında verilen keyfi muamele tanımını yol gösterici bulmuştur. Bu doğrultuda keyfi bir eylem “*bir hukuk kuralına karşıt bir şey değil ... hukukun üstünlüğüne karşıt bir şeydir; hukuk sürecinin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi, yargısal yerindelik duygusunu sarsan ya da en azından şaşırtan bir eylemdir.*”⁷²⁴ Hakem heyeti karşılaştırmalı hukuka atıfta bulunmuştur. UAD tarafından ELSI’de benimsenen keyfilik tanımına atıfta bulunan hakem heyeti, “*bu tür işlemler tüm hukuk sistemlerinde ve hemen hemen aynı nedenlerle öngörülmüştür. Dolayısıyla bunların ‘hukukun üstünlüğüne aykırı’ olduğu söylenemez.*

⁷²¹ *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, Karar, § 575.

⁷²² *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, Karar, § 576.

⁷²³ Peat, “International Investment Law and the Public Law Analogy”, s. 665.

⁷²⁴ *Noble Ventures, Inc v. Romanya*, Karar, § 176, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Amerika Birleşik Devletleri / İtalya)*, [1989] ICJ Rep 15, § 128’den alıntı.

Davacı, diğer birçok ülkede benzer işlemlerin başlatılmasını haklı çıkaracak bir durumdaydı. Bu nedenle keyfilik hariç tutulmuştur”⁷²⁵ sonucuna varmıştır.

Plama v. Bulgaristan davasında, karşılaştırmalı kamu hukuku, hakem heyetinin gerekçesinde benzer şekilde yardımcı bir rol oynamıştır. Hakem heyeti, yatırımcının talebini usul ve esas yönünden reddettikten sonra, “*Davalı, dünyadaki birçok ülkenin vergi kanunlarının, bu davada müzakere edildiği gibi, borç indirimlerini yararlanıcı için vergilendirilebilir gelir olarak ele aldığını gösteren kanıtlar sunmuştur. Bu nedenle Bulgaristan’ın bu konudaki yasasının haksız, yetersiz, adaletsiz veya ayrımcı olduğu söylenemez. Bu, diğer pek çok ülkede olduğu gibi ülkenin genel olarak uygulanan hukukunun bir parçasıydı*”⁷²⁶ sonucuna ulaşmıştır. Hakem heyeti diğer ülke kanunlarına atıf yapmıştır.

Lemire v. Ukrayna davasındaki, radyo istasyonlarının en az %50 oranında Ukrayna müziği çalmasını şart koşmasının ABD-Ukrayna BIT m. II.6 kapsamında yasaklanmış bir yerel içerik şartı olduğunu iddia edilmiştir. Hakem heyeti, Ukrayna’nın, bir devletin, özellikle kültür veya dil ile ilgili konularda, kamu yararı için kendi işlerini düzenleme hakkına sahip olduğu yönündeki argümanını kabul etmiştir. Fransa ve Portekiz gibi diğer ülkelerin de radyo istasyonları için benzer gereklilikleri benimsediğini ve dolayısıyla bu tür bir tedbirin dünyadaki birçok ülke tarafından benimsenmiş olması nedeniyle haksız, yetersiz, hakkaniyete aykırı veya ayrımcı olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir.⁷²⁷

Bu kararlarla ilgili birkaç nokta kayda değerdir. İlk olarak, mahkemelerin karşılaştırmalı hukukun kendi belirledikleri eşiğe uymadığı gözlemlenmektedir. Hem *Plama v. Bulgaristan* hem de *Lemire v. Ukrayna* davalarında mahkemeler, bir eylemin birçok başka ülkede de mevcut olması halinde haksız, yetersiz, adaletsiz veya ayrımcı olamayacağını belirtmiştir. Ancak, *Plama v. Bulgaristan* hiçbir yerel yasaya spesifik olarak atıfta bulunmamış ve *Lemire v. Ukrayna* ise sadece iki ülkenin yasalarına atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla, bu davalarda söz konusu olan tedbirin önemli bir ulusal uygulama bütünüyle uyumlu olduğunu iddia etmek, kanıtlarla desteklenmeyen bir

⁷²⁵ *Noble Ventures, Inc v. Romanya*, Karar, § 178.

⁷²⁶ *Plama Consortium Limited v. Bulgaristan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/03/24, Karar, 27 Ağustos 2008, § 269.

⁷²⁷ *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 506.

iddiadan ibarettir. Ayrıca, ilke olarak, diğer ülkelerin iç hukuklarının neyin ayrımcı veya keyfi bir tedbir teşkil ettiği konusundaki anlayışımızı neden etkilemesi gerektiği açık değildir. İnsan hakları hukuku bağlamında da belirtildiği üzere, belirli bir konuda devletlerin çoğunluğunun görüşüne itibar etmek, uluslararası hukuk rejiminin korumak için tesis edildiği haklara zarar verme riski taşımaktadır.⁷²⁸ Bu kararların en dikkat çekici özelliği, davacının argümanının karşılaştırmalı kamu hukukuna hiç dayanmadan reddedilmiş olmasıdır. Bahsedilen bu kararlarda, karşılaştırmalı kamu hukuku, davacının argümanının sonucunu belirlemekten ziyade, başka gerekçelerle zaten verilmiş olan bir karara destek sağlama mahiyetindedir.⁷²⁹

Karşılaştırmalı hukukun kullanımı aynı zamanda bazılarının seçimin tiranlığı olarak adlandırdığı duruma da yanıt vermektedir. Bir standart söz konusu olduğunda kural uygulayıcısına bırakılan takdir yetkisi her yönden hoş karşılanmaz ve her karar vericinin sınırlandırılmamış takdir yetkisi ve belirlenmemiş standartların gerektirdiği sıfırdan başlama sürecine girecek zamanı, enerjisi veya eğilimi yoktur.⁷³⁰ Örneğin, standart için geçerli olan kılavuz ilkeler veya kendiliğinden kurallar oluşturarak daha yönetilebilir hale getirme tercihi bu duruma bir tepkidir. Karşılaştırmalı hukuka yapılan atıflar da hakemlerin AHM ve diğer standartların kendilerine tanıdığı sınırsız özgürlüğü kısıtladıkları bir mekanizma işlevi görme potansiyeline sahiptir.⁷³¹ Ancak, iyi bir detaylandırma yapılmadan ortaya konacak bir karşılaştırmalı hukuk analizi ikna edicilikten uzak olacaktır.

Genel ilkeler ile karşılaştırmalı kamu hukuku yaklaşımı aynı olmadığı unutulmamalıdır. Genel ilkeler yöntemi, yerel yargı mercilerinin kapsamlı veya en azından temsil edici bir incelemesini zorunlu kılarken, karşılaştırmalı hukukun mahkemelerin muhakemesinde doğrulayıcı bir rol oynadığının kabul etmesi sebebiyle daha sınırlı bir araştırma içermektedir.⁷³² Mahkemenin kaç ülkenin kanunlarına atıfta bulunduğundan ziyade önemli olan, atıfta zımnen yer alan yerel hukuk sisteminin içerdiği değerlerin onaylanmasıdır. Karşılaştırmalı hukukun bu anlamda genel bir

⁷²⁸ E. Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", **NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS**, C. 31, 1999, s. 853.

⁷²⁹ Peat, "International Investment Law and the Public Law Analogy", s. 668.

⁷³⁰ Frederick Schauer, 'The Convergence of Rules and Standards' (2003), *New Zealand Law Review*, s. 315-6.

⁷³¹ Peat, "International Investment Law and the Public Law Analogy", s. 674.

⁷³² a.yer.

mesele olarak kullanılması tarafsızdır, ancak asıl soru hangi yerel yasaların kullanılması gerektiğidir. Bu bağlamda, bazı yazarlar, hakemleri Avrupa merkezci yaklaşımlar benimseyerek aşına oldukları yerel hukuk sistemlerini dünyanın diğer bölgelerinden gelenlere göre ayrıcalıklı kılmakla eleştirmiştir.⁷³³ Bu argümanla yakından bağlantılı olan bir eleştiri, hakemlerin öznel önyargılarını karşılaştırmalı hukukla gizleyebilecekleridir.⁷³⁴ Sakıncalı olan karşılaştırmalı hukukun kendi başına kullanılması değil, bu ülkelerin iç hukuklarının veya daha genel olarak karşılaştırmalı incelemenin neyi temsil ettiğidir. Değerlendirme, yatırım rejiminin temelinde yatan temel değerlerin ve yerel yargı sistemlerinin bu ideallere uygun olup olmadığının dikkate alınmasını gerektirir ve bu soru nihayetinde siyasi değerlerle ilişkilidir.⁷³⁵

Metodoloji açısından, genel ilkeler yöntemi, bir karşılaştırmalı hukuk akademisyeninin yerel yargı alanlarından genel bir ilke çıkarma yaklaşımına benzer şekilde, kapsamlı veya temsili bir araştırmanın gerekli olduğunu göstermektedir. Karşılaştırmalı hukukun başka şekillerde kullanılması halinde böyle bir yaklaşım gerekliliği yoktur. Özellikle, karşılaştırmalı hukukun başka gerekçelerle varılan bir sonucu desteklemek için kullanılması durumunda böyle bir metodolojinin gerekli olması için hiçbir neden yoktur.⁷³⁶ Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde karşılaştırmalı hukuk AHM için temel sağlamaktan öte verilen karardaki gerekçeyi güçlendirme işlevine sahiptir.

Karşılaştırmalı hukuka kullanmak, AHM'nin bir hukuk kuralı olarak niteliğini belirlemekten ziyade içeriğini ortaya koymak için gerekli hale gelmektedir. Örneğin, insan hakları hukukunun bazı unsurları, adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğüne çağdaş bir içerik kazandırılabilir genel bir ilke kaynağı sağlayabileceği öne sürülmektedir.⁷³⁷

Sonuç olarak, karşılaştırmalı kamu hukuku yaklaşımları kendi risklerini ve tuzaklarını da beraberinde getirmekte olup, gerekli metodolojik titizlik gösterilmeden

⁷³³ José E. Alvarez, “‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law”, 2016, ss. 220-22, doi:10.1163/22119000-01702001.

⁷³⁴ José E. Alvarez, “Is Investor-State Arbitration ‘Public’?”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 01.08.2016, ss. 14-15, doi:10.2139/ssrn.2820325.

⁷³⁵ Peat, “International Investment Law and the Public Law Analogy”, s. 677.

⁷³⁶ a.g.e., s. 678.

⁷³⁷ McLachlan vd., *International Investment Arbitration*, s. 274.

yürütüldükleri takdirde AHM'nin serbestçe yorumlanmasına ve uygulanmasına sebep olabilir.⁷³⁸ Yine de tahkim içtihadındaki önemli bir akım, AHM hükümlerini diğer ulusal ve uluslararası yasal rejimlerin hukukun üstünlüğü kavramı altında devlet davranışlarını nasıl sınırlandırdığına ilişkin karşılaştırmalı kamu hukuku analizi yoluyla somutlaştırmıştır.⁷³⁹ Devletlerin, AHM'yi uluslararası teamül hukukuna bağlama ve böylece hakem heyetlerinin takdir yetkisini azaltma girişimlerinin aksine, AHM'yi karşılaştırmalı kamu hukukuna bağlamaya yönelik hakem heyeti güdümlü süreç, hakem heyetlerinin muhalefetine yol açmamıştır.⁷⁴⁰

II. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Hukukun Üstünlüğü

Raz'a göre hukukun üstünlüğü bireyin özerkliğine dayanır. Hukuk yalnızca ileriye dönük olarak işlemeli, açık ve net olmalı ve nispeten istikrarlı olmalıdır. Bunun sonucu olarak bireyler hukuku anlayabilmeli, böylece hayatlarını ona göre planlayıp düzenleyebilmeli ve hukuk keyfi bir şekilde ilan edilmemeli ya da uygulanmamalıdır.⁷⁴¹ James Crawford, uluslararası hukukun rolünün, hukukun üstünlüğünü sadece pekiştirmek değil, aslında tesis etmek olduğunu belirtmektedir.⁷⁴² Hukukun üstünlüğü kavramı, içsel çekiciliği nedeniyle uluslararası yatırım hukuku için büyük bir meşrulaştırıcı potansiyele sahiptir.⁷⁴³

Hukukun üstünlüğü, ticaretin ve yatırımların büyümesi ve genel olarak ekonomik kalkınma için kilit bir koşul olarak kabul edilmektedir.⁷⁴⁴ Uluslararası düzeydeki çeşitli bildirgeler, hukukun üstünlüğünün tam olarak neyin kastedildiğine ilişkin önemli ölçüde belirsizliğine rağmen ya da belki de asıl bu nedenden dolayı çekiciliğini vurgulamaktadır.⁷⁴⁵ Uluslararası hukukun üstünlüğü sıklıkla modern

⁷³⁸ SW Schill, 'General Principles of Law and International Investment Law' in T Gazzini and E De Brabandere (eds), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2012) s.154.

⁷³⁹ Schill, *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment*, s. 379.

⁷⁴⁰ a.yer.

⁷⁴¹ Raz, *The authority of law*, ss. 219-20.

⁷⁴² James CRAWFORD, "International Law and the Rule of Law.", **THEADELAIDE LAW REVIEW**, 2003, ss. 7-8, https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/agis_archive.20043947. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

⁷⁴³ Zivkovic, "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law", s. 514.

⁷⁴⁴ Robert C. Allen, **Global Economic History: A Very Short Introduction**, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 15.

⁷⁴⁵ Zivkovic, "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law", s. 517.

uluslararası düzenin temel taşı olarak görülmektedir.⁷⁴⁶ Uluslararası bildirgeler hukukun üstünlüğü ile yatırım arasındaki bağlantıyı özel olarak kabul etmektedir. 2005 BM Dünya Zirvesi sonuçlarında da belirtildiği üzere, gelişmekte olan ve geçiş sürecindeki devletlerin sürekli çaba göstermesine ihtiyaç vardır diğer hususların yanı sıra, sözleşmelerin uygun şekilde uygulanması ve mülkiyet hakları ile hukukun üstünlüğüne saygı gösterilmesi suretiyle şeffaf, istikrarlı ve öngörülebilir bir yatırım ortamının sağlanması yoluyla yatırımların çekilmesi için elverişli bir iç ortam yaratılabilir.⁷⁴⁷

Yatırımcılar, sözleşmelere ve mülkiyet haklarına saygı göstermeyen, geriye dönük vergi uygulayan, ayrımcılık yapan ya da seçilmiş firmaları ya da bireyleri herhangi bir başvuru umudu olmaksızın sindiren ülkelere yatırım yapmaktan kaçınacaktır.⁷⁴⁸ Ev sahibi devletteki mevcut yasal çerçeve yetersiz görüldüğü için yatırım antlaşmaları gereklidir ve hukukun üstünlüğü ilkesi yatırım antlaşmaları için normatif bir gerekçe sağlamaktadır.⁷⁴⁹ Uluslararası yatırım antlaşmalarının temel amacının, hukukun üstünlüğünün yerinin güvenilmez veya belirsiz olabileceği ev sahibi devletlerin iç hukuk sistemleri için evrensel bir ikame olarak hizmet etmek olduğu öne sürülmektedir.⁷⁵⁰ ECT kapsamında da hukukun üstünlüğü antlaşmanın temel amaçları arasında yer almaktadır: *“Enerji şartı antlaşmasının temel amacı, tüm katılımcı hükümetler tarafından uyulması gereken kurallardan oluşan eşit bir oyun alanı yaratarak enerji konularında hukukun üstünlüğünü güçlendirmek ve böylece enerji ile ilgili yatırım ve ticaretle ilgili riskleri azaltmaktır.”*⁷⁵¹

Hukukun üstünlüğü, etkilenen bireyin, kamu makamlarının karar alma sürecinde basitçe göz ardı edilemeyecek belirli haklara sahip bir özne olarak tanınmasını

⁷⁴⁶ Ian Hurd, “The International Rule of Law: Law and the Limit of Politics”, **Ethics & International Affairs**, C. 28, S. 1, 2014, s. 39, doi:10.1017/S0892679414000045.

⁷⁴⁷ UNGA Res 60/1 ‘2005 World Summit Outcome’ (16 Eylül 2005) UN Doc A/RES/60/1, § 25(a).)

⁷⁴⁸ Jeffrey Jowell, ‘The Rule of Law: A Practical and Universal Concept’ in Jeffrey Jowell, J Christopher Thomas and Jan van Zyl Smit (eds), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development* (Academy Publishing 2015), s. 9.

⁷⁴⁹ Federico Ortino, “The Investment Treaty System as Judicial Review”, **The American Review of International Arbitration**, C. 24, S. 3, 2013, s. 443, doi:10.2139/ssrn.2181103.

⁷⁵⁰ N Jansen Calamita, ‘The Rule of Law, Investment Treaties, and Economic Growth: Mapping Normative and Empirical Questions’ in Jeffrey Jowell, J Christopher Thomas and Jan van Zyl Smit (eds), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development* (Academy Publishing 2015) s. 122

⁷⁵¹ <https://www.energycharter.org/process/overview/#:~:text=The%20fundamental%20aim%20of%20the,energy%2Drelated%20investment%20and%20trade>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

gerektirir. Bu aynı zamanda, kamu eylemleriyle ilgili olarak uygun bir amaç-araç ilişkisi talep eden orantılılık fikrinin de temelidir. Dahası, hukukun üstünlüğünün hükümetin kurumsal tasarımı üzerinde de etkileri vardır. Temel bir güçler ayrılığını ve bağımsız yargı yoluyla kamu eylemlerinin gözden geçirilmesini talep etme imkanını zorunlu kılar. Hukukun üstünlüğüne ilişkin bu anlayış birçok hukuk geleneğinde hakimdir.⁷⁵² Ancak, yine de hukukun üstünlüğünün kesin kavramı bir yasal rejimden diğerine farklılık gösterebilir.⁷⁵³

İçtihat ve literatür, yabancı yatırımcılar için hukukun üstünlüğünü güvence altına alma ve uluslararası hukukun üstünlüğünü ve kabul edilebilir egemen davranış için tek tip standartları uygulayarak ev sahibi devletlerde daha genel olarak hukukun üstünlüğünü destekleme amacına önemli bir yer vermiştir.⁷⁵⁴ AHM'nin, özellikle gelişmekte olan devletlerde, hukukun üstünlüğünün ülke içinde uygulanmasına yardımcı olabileceğini öne sürülmektedir.⁷⁵⁵

Hukukun genel ilkeleri yaklaşımıyla bağlantılı olarak yatırım hukuku çalışmalarındaki bir eğilim, AHM'nin hukukun üstünlüğünün bir ifadesi olarak anlaşılıp anlaşılamayacağını belirlemeye çalışmaktadır ve bu kapsamda tahkim ihtihadında ortaya çıkan tekrarlayan unsurların hukukun üstünlüğü kavramı altında birleştirilip birleştirilemeyeceğini tartışılmaktadır. Bazı akademisyenler, liberal demokrasilerin başlıca iç hukuk sistemlerinde anlaşıldığı şekliyle hukukun üstünlüğünü destekleyen en temel dayanaklardan bazıları olan adil yargılanma, meşru beklentiler ve orantılılık gibi AHM'nin kurucu unsurlarını tanımlamak için tahkim kararlarına başvurmuşlardır. Jacob ve Schill devletlerin yabancı yatırımcılar karşısındaki davranışlarını koşullandıran yarı anayasal sonuçları olan bir kamu hukuku kavramına benzetmektedir.⁷⁵⁶

⁷⁵² M. Jacob, S. W. B. Schill, **Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method**, Baden-BadenNomos, 2015, s. 717.

⁷⁵³ August Reinisch, Stephan W. Schill, "Introduction", **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 4, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0001.

⁷⁵⁴ Thomas Schultz, Cédric Dupont, Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, *European Journal of International Law*, Volume 25, Issue 4, November 2014, ss. 1147–1168, s. 1164.

⁷⁵⁵ Eastern Europ and Central Asia convened by the UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises: 'Summary of the Discussions from the Consultation on Human Rights-Compatible International Investment Agreements. Report for Central and Eastern Europe and the Central Asia Region' (21 Nisan 2021), s. 5, § 26.

⁷⁵⁶ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 761.

Jacob ve Schill, yatırım tahkimi kararlarını incelendiklerinde, hakem heyetlerinin AHM'yi, istikrarlı ve öngörülebilir bir yasal çerçeve, tutarlı karar alma, kanunilik ilkesi, meşru beklentiler, adil yargılama, adaletten mahrum bırakma yasağı, şeffaflık ve orantılılık dahil olmak üzere, birçok hukuk sisteminde hukukun üstünlüğü ile yaygın olarak ilişkilendirilen çeşitli unsurları kapsayacak şekilde yorumladıklarını tespit etmişlerdir.⁷⁵⁷ Temel argümanları, tüm bu kavramların uluslararası düzeye aktarılabilir olduğu ve UAD Statüsü m.38.1.(c) uyarınca ulusal sistemler için ortak olan genel ilkelerin sunduğu köprü sayesinde AHM standardı altında toplanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir: *“İlk olarak, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin adil ve hakkaniyete uygun muamelenin bağlama özgü bir yorumu için iç hukukun üstünlüğü standartlarından kurumsal ve usule ilişkin gereklilikleri olumlu bir şekilde çıkarmasını sağlayabilir. İkinci olarak, hukukun üstünlüğünün iç hukuktaki etkilerinin karşılaştırmalı bir analizi, bir devletin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı kapsamında yabancı bir yatırımcıya karşı davranışını haklı göstermek için kullanılabilir. Eğer benzer davranış iç hukuk sistemleri tarafından genel olarak hukukun üstünlüğü kavramının (ulusal) anlayışına uygun olarak kabul ediliyorsa, yatırım tahkimi hakem heyetleri bu tür bulguları genel bir hukuk ilkesinin ifadesi olarak yatırım antlaşmaları düzeyine aktarabilir.”*⁷⁵⁸

Bu yaklaşımın uygun olup olmadığını tespit etmek amacıyla, iki yönlü bir koşulun varlığı kanıtlanmalıdır. Ulusal düzeyde genel kabul görmüş bir hukukun üstünlüğü kavramı ve arkasındaki ilkelerin uluslararası düzeyde de işlerlik kazanması olasılığı. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü terimlerinin hem Avrupa hem de Avrupa dışındaki ülkelerde yaygın olan oldukça tartışmalı ve muğlak bir şekilde kullanılma eğilimine dikkat edilmelidir. Alman Rechtsstaat kavramı, esas olarak temel hakların kamusal korunması ve güçler ayrılığı ilkelerinin yeniden işlenmesi olarak düşünülmüştür. Egemenliğin yanı sıra bireysel hakları tesis etme ve bunların korunmasını sağlama yetkisinin sadece Parlamento'ya ait olması koşuluna dayanır.⁷⁵⁹ Aynı zamanda kanunilik ilkesine meşruiyetin gereği olarak yürütme ve yargı, yasamanın tasarruflarına titizlikle uymakla yükümlüdür. Hukukun üstünlüğünün

⁷⁵⁷ a.yer.

⁷⁵⁸ Stephan Schill (ed.), **International investment law and comparative public law**, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010, s. 175.

⁷⁵⁹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 43.

İngiliz varyantı ise Alman hukuk devletinden farklıdır çünkü egemenliğin yasamaya ait olduğu fikrini paylaşır, ancak yasamanın sadece yürütme üzerinde normatif üstünlüğünü iddia eder. Common law ülkelerinin özellikleri ve özellikle yazılı bir Anayasa'nın yokluğu göz önüne alındığında, mahkemeler normatif işlev ve bireysel hakların korunması ile görevlendirilen ana organlardır. Alman ve Anglo-Amerikan hukukun üstünlüğü doktrini arasındaki fark, Alman hukukun üstünlüğü anlayışının kodifiye edilmiş mevzuatta yer alması, Anglo-Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışının ise mahkeme kararlarında bulunabileceği gerçeğinde yatmaktadır.⁷⁶⁰

Hukukun üstünlüğü kavramının farklı geleneklerdeki çok anlamlılığına rağmen, bu geleneklerin aynı felsefi ve siyasi varsayımlara dayandığı ve aynı temel değerleri savunduğu öne sürülebilir. Hukukun üstünlüğü, belirli felsefi ve siyasi varsayımlara dayanarak, hukuk sisteminin, siyasi gücün genişleme, keyfi hareket etme ve ayrıcalıklarını kötüye kullanma eğilimini kısıtlayarak bireysel hakları koruma göreviyle görevlendirildiği Avrupa modern devletinin normatif ve kurumsal bir yapısıdır.⁷⁶¹ Bu doğrultuda hukukun üstünlüğü kavramının temelinde iki ilke yatmaktadır: Gücün farklılaşması ve gücün yayılması. Gücün farklılaşması ilkesi ikili bir rol oynar ve hem hukuki-siyasi sistemi ekonomik veya dini gibi diğer sosyal alt sistemlerden hem de devletin yasama işlevini yürütme işlevinden ayırmayı amaçlar.⁷⁶² Gücün yayılması ilkesi, devlet yetkilerinin açık kısıtlamalar yoluyla sınırlandırılmasına ve bireysel özgürlüklerin kapsamının tutarlı bir şekilde genişletilerek siyasi müdahaleden giderek daha bağımsız hale getirilmesine hizmet eder.⁷⁶³ Gücün yayılması ilkesi, diğerlerinin yanı sıra, hukuka uygunluk, makul beklentiler ve orantılılık, yani yukarıda bahsedilen aynı ilkeleri içeren bir dizi başka ilkeyi de beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, bu durum benzer güvencelerin uluslararası düzeyde de sağlanması gerektiğini söylemek için tek başına yeterli değildir.⁷⁶⁴

⁷⁶⁰ a.g.e., s. 44.

⁷⁶¹ Danilo Zolo, "The Rule of Law: A Critical Reappraisal", **The Rule of Law History, Theory and Criticism**, ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Dordrecht: Springer Netherlands, 2007, s. 19, doi:10.1007/978-1-4020-5745-8_1.

⁷⁶² Palombino, Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles, s. 44.

⁷⁶³ a.g.e., s. 45.

⁷⁶⁴ a.yer.

Hukukun üstünlüğü ideali uluslararası hukuk düzeninde de geçerlidir; örneğin hem Birleşmiş Milletler⁷⁶⁵ hem de Avrupa Birliği⁷⁶⁶ bu idealin desteklenmesini önceliklerinden biri haline getirmiştir. Bununla birlikte, söz konusu güvencelerin uluslararası düzeye aktarılabilmesi için, bunların genel uluslararası hukuka ve özellikle de genel ilkeler kategorisine ait olduklarının kanıtlanması gerekmektedir. Hiç şüphesiz, özellikle de bu ilkelerin ulusal sistemlerde ortak olan ilkeler olarak anlaşıldığı durumlarda, böyle bir görev hiç de kolay değildir.⁷⁶⁷ UAD m. 38. gereği uluslararası hukukun tüm kaynaklarını kapsadığı varsayıldığında, ulusal sistemlerde ortak olan genel ilkeler de dikkate alınabilecektir.⁷⁶⁸

Genel bir ilkenin dünyanın çoğu ulusal hukuk sisteminde öngörüldüğü ölçüde uygulanabilir olduğu fikrini paylaşan çok sayıda tahkim içtihi da dikkate değerdir. *Inceysa v. El Salvador* davasındaki karar da hukukun genel ilkelerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmesi bakımından açıklayıcıdır: “*Her zaman uygulanması gereken ve... Devletlerin hukuk sistemlerinin dayandığı önemli hukuk kuralları olan evrensel standartlar ve davranış kuralları olarak kabul edilmeleri konusunda uluslararası fikir birliği bulunan genel kurallar olarak.*”⁷⁶⁹

Total v. Arjantin davasında, hakem heyeti, hukukun genel ilkelerini belirlemek için gerekli olduğunu düşündüğü karşılaştırmalı analiz ihtiyacına açıkça atıfta bulunmuştur: “*Herhangi bir hukuk sisteminde geçerli olan genel standartlar (“due process” gibi) için sıklıkla söz konusu olduğu gibi, iç hukukta özel firmalar ve yatırımcılarla ilgili olarak yerel kamu makamlarının genel olarak adil veya adil olmayan davranışlarının karşılaştırmalı bir analizi de BIT’ler kapsamındaki yasal standartları belirlemek için uygun olabilir.*”⁷⁷⁰ *Merrill & Ring Forestry v. Kanda* davasında, hakem heyeti, hukukun genel ilkelerinin uygunluğuna işaret etmiştir. NAFTA m. 1131(1)’in mahkemeleri uyuşmazlık konularını bu antlaşma ve uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları uyarınca karara bağlamaya yönlendirmesi

⁷⁶⁵ BM Genel Kurulu, ‘Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Hukukun Üstünlüğü’, A/RES/68/116, 16 Aralık 2013.

⁷⁶⁶ Avrupa Birliği Antlaşması’nın (TEU) 2. Maddesi, aynı Antlaşma’nın ve AB Temel Haklar Şartı’nın Giriş bölümleri bunu hatırlatmaktadır. Yine bu nedenle, TEU 49. Maddesi uyarınca, hukukun üstünlüğüne saygı AB üyeliği için bir ön koşuldur.

⁷⁶⁷ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 20.

⁷⁶⁸ a.g.e., s. 48.

⁷⁶⁹ *Inceysa v. El Salvador*, ICSID Dava No. ARB/03/26, 2 Ağustos 2006, Karar, § 227.

⁷⁷⁰ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 111.

nedeniyle, UAD Statüsü m. 38(1) uyarınca uluslararası hukukun tüm kaynaklarının AHM standardının yorumlanmasıyla ilgili olacağını belirtmiştir.⁷⁷¹ Bazı yeni yatırım antlaşmalarında AHM standardını tanımlarken hukukun genel ilkelerine atıfta bulunulması bir dereceye kadar AHM'nin içeriğinin belirlenmesinde karşılaştırmalı yaklaşımın onaylanması olarak da görülebilir. Bu bağlamda genel ilkeler açıkça, yerel sistemlerde ortak olan ilkelere başvuran ve teamül yoluyla bunları uluslararası hukuk düzeninin çeşitli alanlarına aktaran ikincil bir hukuk yaratma aracı olarak çalışmaktadır.⁷⁷²

Yabancı yatırımlar alanında da geçerli olabilecek uluslararası bir hukuk kuralının varlığını iddia eden görüş genellikle AHM'yi hukukun üstünlüğüne ilişkin yerel standartların merceğinden görmek ve ikincisini dünyanın çoğu hukuk sisteminde ortak ilkeler olarak kabul etmek anlamında yerel analogi argümanına dayanmaktadır. Ancak, bu görüş tartışmaları da beraberinde getirir: *“hukukun üstünlüğünün daha spesifik gereklilikleri genellikle bir devletin kendine özgü tarihsel ve anayasal gelişimini yansıtır ve devletten devlete farklılık gösterir. Uluslararası hukukun üstünlüğü, kavramın herhangi bir ulusal anlamı ile özdeşleştirilemez ve uluslararası kamu hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi bu alanda da ulusal hukuk sistemlerinin ilkeleri, kavramları ve kuralları, uluslararası benzerinin içeriği için en iyi ihtimalle yaklaşık bir rehberdir.”*⁷⁷³ Örneğin, meşru beklentiler gibi ilkelerin kapsamının bazı ulusal hukuk sistemlerinde çok geniş, bazılarında ise çok dar olduğu görülmektedir.⁷⁷⁴

Uluslararası yatırım hukukunun kaynaklarına ilişkin herhangi bir soruşturma, yatırım tahkiminin uluslararası kamu hukukunun bir parçası olması sebebiyle UAD Statüsü m. 38(1)'de listelenen genel uluslararası hukukun tanınmış kaynaklarına dayandırılmalıdır.⁷⁷⁵ Uluslararası hukukun genel ilkeleri, ulusal sistemlerde yaygın olan ilkelere farklı olarak, uluslararası hukuk düzeninin kendisine özgü normatif dinamikler temelinde belirlenir ve bu haliyle uluslararası genel hukukun özerk bir

⁷⁷¹ *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 187.

⁷⁷² Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 47.

⁷⁷³ Watts, Arthur. “The International Rule of Law.” In *German Yearbook of International Law - Jahrbuch Für Internationales Recht*: Vol. 36 (1993), edited by Jost Delbrück and Rüdiger Wolfrum, 36:15–45. Duncker & Humblot GmbH, 1994, s.16.

⁷⁷⁴ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 50.

⁷⁷⁵ Patrick Dumberry, “The Emergence of the Concept of ‘General Principle of International Law’ in Investment Arbitration Case Law”, *Journal of International Dispute Settlement*, C. 11, S. 2, 2020, s. 198, doi:10.1093/jnlids/idz027.

kaynağını yani teamülden bağımsız bir anlayışı ifade etmektedir.⁷⁷⁶ Hukukun genel ilkeleri noktasında hakemler, yerel hukuktan ödünç almak sistemini benimsemekten ziyade uluslararası yargı süreci tarafından uygulanmak üzere tutarlı bir kurallar bütünü oluşturmak amacıyla genel hukuki muhakeme biçimlerini ve karşılaştırmalı hukuk benzetmelerini kullanmış veya uyarlamışlardır.

Uluslararası bir mahkeme, diğer gelişmiş sistemlerden öğeler seçer, düzenler ve uyarlar. Sonuç, içeriği yerel hukuktan etkilenmiş, ancak yine de kendi yaratımı olan bir uluslararası hukuk gövdesidir.⁷⁷⁷ Bu tür uluslararası hukuk genel ilkesinin örnekleri rıza, karşılıklılık, devletlerin eşitliği, kararların ve antlaşmaların kesinliği, antlaşmaların yasal geçerliliği, iyi niyet, yerel yargı yetkisi ve denizlerin serbestliği ilkeleridir. Birçok durumda, bu ilkeler devlet uygulamalarına kadar izlenebilir. Ancak, bunlar öncelikle soyutlamalardır ve uzun süredir ve genel olarak kabul görmüşlerdir, artık doğrudan devlet uygulamalarıyla bağlantılı değildirler.⁷⁷⁸

AHM'nin de uluslararası hukukun belirli bir alanına özgü genel ilkeler kategorisinin bir parçası olduğu öne sürülmüştür. İçeriğinin belirlenmesi için hakem öncelikle hukukun üstünlüğü ilkelerini dikkate almış ve bunları mevcut uluslararası hukuk düzeninin normatif çerçevesinin temelini oluşturan değerlerin bir somutlaşması olarak görmüştür. Stephan W. Schill gibi yazarlar da AHM kavramını tanımlamak için esas olarak ulusal sistemlerde ortak olan genel ilkelere dayanmakla birlikte, hukukun üstünlüğü standartlarını içeren diğer uluslararası hukuk rejimleriyle rejimler arası bir karşılaştırma da yaparak, AIHM ve DTÖ Temyiz Organı'nın içtihadına vurgu yapmaktadır.⁷⁷⁹ Schill, AHM maddesinin kavramsal ve normatif temelini en iyi şekilde evrensel hukukun üstünlüğü fikri açısından anlaşılabilirliğini savunmuştur: Bu bakış açısına göre AHM maddesi ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı idari, yargısal ve yasama faaliyetlerini yürütmesi için bir kıstas görevi gören yarı anayasal bir işlev görmektedir.⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ *Korfu Kanalı (Birleşik Krallık v. Arnavutluk)*, 9 Nisan 1949 tarihli karar, s. 22.

⁷⁷⁷ James Crawford, Ian Brownlie, **Brownlie's principles of public international law**, 9th edition Oxford, United Kingdom ; New York, NY: Oxford University Press, 2019, s. 32.

⁷⁷⁸ a.g.e., s. 34.

⁷⁷⁹ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, s. 176.

⁷⁸⁰ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, ss. 181-82.

Jacob ve Schill'e göre AHM'yi hukukun üstünlüğünün bir uygulaması olarak anlamak, normatif içeriğini netleştirmekte ve yatırım tahkimi hakem heyetlerinin standardı somutlaştırırken ve ev sahibi devletler ile yabancı yatırımcıların çatışan menfaatleri arasındaki ihtilafları çözerken izlemesi gereken belirli bir metodolojiyi ortaya koymaktadır. Mahkemeler karşılaştırmalı bir metodoloji kullanarak hukukun üstünlüğü gerekliliklerinin anlam ve sonuçlarını aydınlayabilir. Elbette bu yöntem tartışmasız olmasa da salt önceki tahkim kararlarına dayanmaktan daha kabul edilebilir bir temel yaratır.⁷⁸¹ Yatırım tahkimi hakem heyetlerinin, adil ve hakkaniyete uygun muamele gibi söz konusu muamele standardının bağlama özgü bir yorumu için karşılaştırılabilir ulusal ve uluslararası standartlardan gereklilikler çıkarmasını sağlayabilir. Örneğin, ulusal sistemler ve bunların hukukun üstünlüğüne ilişkin pratik anlayışları, yabancı yatırımcıları etkileyen idari işlemlerin şekli ve süresine ilişkin standartları gerekçelendirmek için kullanılabilir. Bu şekilde geliştirilen genel ilkeler daha sonra AHM gerektiren antlaşma hükümlerinin uygulanmasına rehberlik edebilir.⁷⁸² Bu temellendirmenin ilham kaynakları arasında AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi, geriye yürümezliğe ilişkin 7. maddesi veya ayrımcı davranışlara ilişkin 14. maddesine ilişkin düşünce ve doktrin yer alabilir. Bu tür güvencelerin, hukukun üstünlüğüne ilişkin anlayış standardını, kısacası AHM'yi daha da somutlaştıracak planları ifade ettiği öne sürülebilir.⁷⁸³ Aynı zamanda ekonomik aktörlerin karar alma süreçlerinde hukukun üstünlüğünün önemi sosyo-ekonomik literatürde de uzun zamandır yer almaktadır.⁷⁸⁴

Stephan Schill, içtihadın standardı yedi alt gereklilik kümesine ayırarak bunların hepsinin aynı zamanda yerel hukuk sistemlerinde daha geniş hukukun üstünlüğü kavramının alt unsurları veya ifadeleri olarak öne çıktığını tespit etmiştir⁷⁸⁵: “(1) yasal çerçevede istikrar, öngörülebilirlik ve tutarlılık gerekliliği; (2) kanunilik ilkesi; (3) meşru beklentilerin korunması; (4) usule uygun yargılama ve adaletin reddi; (5) maddi yargı süreci ve ayrımcılık ve keyfiliğe karşı koruma; (6) şeffaflık; ve (7) makul olma ve orantılılık ilkesi.”⁷⁸⁶ Kavramsal olarak bu unsurları, AHM'nin birçok yerel hukuk sisteminde ve insan hakları antlaşmaları veya Avrupa Birliği (AB) gibi bölgesel

⁷⁸¹ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 749.

⁷⁸² a.g.e., s. 750.

⁷⁸³ a.g.e., s. 752.

⁷⁸⁴ a.g.e., s. 755.

⁷⁸⁵ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, s. 171.

⁷⁸⁶ a.g.e., ss. 159-60.

ekonomik entegrasyon sistemleri de dahil olmak üzere çeşitli uluslararası rejimlerde ortaya konduğu şekliyle hukukun üstünlüğü kavramından kaynaklanan normatif taleplerin bir somutlaşması olarak açıklanmasıyla kavranabileceğini belirtilmektedir.⁷⁸⁷

Başka yazarlar her ne kadar AHM ifadesi zorunlu olarak bağlama özgü belirlemeler gerektiriyor gibi görünse de, standardın hukukun üstünlüğüne içkin bir dizi temel ilke olan iyi niyet, ayrımcılık yapmama, keyfiliğin olmaması, adil yargılanma, şeffaflık, tutarlılık, orantılılık ilkelerini içerdiğini teyit emiştir.⁷⁸⁸ Vandeveld, hukukun üstünlüğü ile AHM arasında sıkı bir ilişki olduğunu,⁷⁸⁹ hakemlerin AHM standardını hukukun üstünlüğü kavramına uygun muamele gerektirecek şekilde zımnen yorumladıklarını ve hukukun üstünlüğünün usul ve esas boyutlarının unsurları olan beş ilkeyi benimsediklerini belirtmektedir: makuliyet, tutarlılık, ayrımcılık yapmama, şeffaflık ve adil yargılama.⁷⁹⁰ Hukukun üstünlüğü özünde rasyonellik gerektirir, keyfiliğe karşıdır ve makuliyeti temsil eder.⁷⁹¹ Hatta Vandeveld sadece AHM standardının değil, genel olarak BIT'lerin hukukun üstünlüğünü desteklediğini düşünmekte ve bu durum, BIT'lerden önceki tarihlerde kullanılan ve benzer şekilde diğer şeylerin yanı sıra hukukun üstünlüğünü teşvik etmeyi amaçlayan Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşmalarına kadar geri götürülebileceği iddia etmektedir.⁷⁹²

Antlaşma yorumlama kuralları, AHM'nin diğer uluslararası hukuk kaynaklarının sistemik entegrasyonu için bir geçit olarak kullanılmasına da izin vermektedir.⁷⁹³ İç hukuk kurallarının, özellikle de bireyler ve devlet arasındaki

⁷⁸⁷ S. W. Schill, **Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment: Empowering and Controlling Arbitrators as Law-Makers**, in *International Investment Law An Analysis of the Major Decisions* Hélène Ruiz Fabri (Anthology Editor) , Edoardo Stoppioni (Anthology Editor), OxfordHart, 2022, s. 361.

⁷⁸⁸ Behrens, Peter. "Towards the Constitutionalization of International Investment Protection." *Archiv Des Völkerrechts* 45, no. 2 (2007): 153–79, ss. 174-5.

⁷⁸⁹ Vandeveld, "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", ss. 52-53.

⁷⁹⁰ a.g.e., ss. 104-5.

⁷⁹¹ a.g.e., s. 51.

⁷⁹² Kenneth J. Vandeveld, "The liberal vision of the international law on foreign investment", **Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah**, ed. C. L. Lim, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, ss. 61-62, doi:10.1017/CBO9781316488317.003.

⁷⁹³ *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Dava No. 2013-15, Karar, 22 Kasım 2018, § 195, 210-18; *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan Cumhuriyeti*, Karar, § 1715: "AHM standardı ve genel olarak yatırım koruma standartları söz konusu olduğunda, en faydalı rehberlik genellikle hukukun genel ilkelerinde bulunabilir. Antlaşmalar ve uluslararası teamül

ilişkileri düzenleyen kamu hukuku kurallarının karşılaştırmalı olarak incelenmesi, AHM'nin alt kategorilerini oluşturan ve AHM hükümlerinin VAHS m. 31(3)(c) anlamında taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir ilgili uluslararası hukuk kuralları olarak somutlaştırılmasına katkıda bulunacak genel hukuk ilkelerinin belirlenmesine izin verebilir.⁷⁹⁴ Bazı uluslararası antlaşmalar, temel iç hukuk sistemleri tarafından tanınan genel ilkelere atıfta bulunarak AHM'yi somutlaştırmaktadır.⁷⁹⁵ Bu temelde, AHM standardı, yatırımcı-devlet ilişkilerinde hukukun üstünlüğünü (Etat de droit, Rechtsstaat) somutlaştırdığı şeklinde yorumlanabilir; bu da herkesin tüm karar vericiler tarafından onurlu, eşit ve rasyonel bir şekilde ve yasalara uygun olarak muamele görme hakkına sahip olduğu ve adil usuller yoluyla bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde kararlara itiraz etme fırsatına sahip olduğu belirli ve öngörülebilir bir hukuk sistemi gerektirir.⁷⁹⁶

McLachlan ve diğerleri AHM yükümlülüğün hukukun üstünlüğünün asgari gereklilikleri ile eşanlamlı olduğunu ve genel bir adil yargılanma ilkesine modern bir ifade verdiğini düşünmektedir.⁷⁹⁷ AHM standardını hukukun üstünlüğü kavramının bir ifadesi olarak anlamanın, ev sahibi devletler için ekonomik büyümeye elverişli iyi yönetim yapılarını uygulamayı ve dolayısıyla sürdürülebilir kalkınmayı teşvik ettiği ileri sürülmektedir.⁷⁹⁸

hukuku gibi diğer uluslararası hukuk kaynakları geleneksel olarak devletten devlete ilişkileri düzenler ve bir birey ile devlet arasındaki ilişkinin özelliklerine ilişkin sınırlı rehberlik sunar. Hukukun genel ilkeleri ise çoğunlukla yerel kanunları bağlamında ortaya çıkmıştır ve genellikle yatırımların korunması bağlamında söz konusu olan birey-devlet ilişkilerine dair çeşitli ilkeleri içerir. Bunlar arasında hukukun üstünlüğü, hukuki belirlilik, şeffaflık ve öngörülebilirlik, keyfi olmama ve ayrımcılık yapmama gibi temel ilkeler yer almaktadır. Örneğin, yatırım antlaşması mahkemeleri tarafından yaygın olarak kullanılan meşru beklentilerin korunması ilkesinin, AHM standardının özüne tam olarak birçok yerel kanunda ortak olan genel bir hukuk ilkesi olarak, en azından genel bir önerme olarak girdiği anlaşılabılır, ancak bunun kesin hatları çok daha az nettir. Gerçekten de, bazı yorumcular AHM standardının hukukun genel ilkelerini yansıttığını savunurken, diğerleri AHM standardının "hukukun üstünlüğü kavramının bir somutlaşması olarak anlaşılması gerektiğini" savunmaktadır."

⁷⁹⁴ *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan Cumhuriyeti (I)*, Karar, § 1715.

⁷⁹⁵ USMCA (2018) m. 14.6.(2)(a): "dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılanma ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargılama süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü içermektedir."

⁷⁹⁶ *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan Cumhuriyeti (I)*, Karar, § 1742.

⁷⁹⁷ Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, **International investment arbitration: substantive principles**, Second edition Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2017, ss. 272-73.

⁷⁹⁸ Stephan W. Schill, Christian J. Tams, Rainer Hofmann, "Chapter 1: International investment law and development: Friends or foes?", **International Investment Law and Development**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 31, doi:10.4337/9781784711351.00008.

Yukarıda bahsedilen bu önermeler beraberinde birçok tartışmayı getirmektedir. Bu kapsamda, hukukun üstünlüğü ile AHM arasında ilişkiyi detaylandırmak için yatırım tahkimi kararları ve doktrindeki aksi görüşler incelenecektir.

A. Yatırım Tahkimi İçtihadı

Sınırlı sayıda yatırım tahkimi hakem heyeti AHM standardı ile hukukun üstünlüğü arasındaki doğrudan ilişkiyi açıkça kabul etmektedir. *ADC v. Macaristan* davasında, hakem heyeti, hukukun üstünlüğünün yatırım antlaşmalarından kaynaklanan yükümlülükleri içerdiğini ve bu nedenle devletlerin düzenleme yapma hakkına sınırlar getirdiğini gözlemlemiştir.⁷⁹⁹ *LG&E v. Arjantin* davasında, hakem heyeti hukukun üstünlüğünün basit bir şekilde göz ardı edilmesinin keyfi muamele anlamına gelebileceğini gözlemlemiştir.⁸⁰⁰

AHM ile hukukun üstünlüğü doğrudan bağ kuran yakın tarihli kararlar bulunmaktadır. *Casinos Austria International v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, AHM ile hukukun üstünlüğü arasında doğrudan bağ kurmuştur: “*Adil ve hakkaniyete uygun muamele, diğerlerinin yanı sıra, kapsam dahilindeki yatırımcıları ve yatırımlarını kamu yetkilerinin keyfi kullanımına ve kamu makamlarının tacizine karşı korumak, kamu makamlarının yürürlükteki kanunu iyi niyetle uygulamasını gerektirmek, yabancı yatırımcılara ve yatırımlarına adil yargılanma hakkı vermek ve bir yatırımcının meşru beklentilerini korumak için yorumlanmıştır... Adil ve hakkaniyete uygun muameleden kaynaklanan bu hukuk kuralı unsurlarının sadece doğrudan davacı-yatırımcıya yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler için değil, aynı zamanda ev sahibi devletin yatırımcının hissedarı olduğu bir şirketle ilgili olarak gerçekleştirdiği eylemler için de geçerli olduğu görülmüştür. Bu tür durumlarda, hissedar-yatırımcının adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı kapsamında yatırım yaptığı şirkete yukarıda belirtilen hukukun üstünlüğü unsurlarına uygun*

⁷⁹⁹ *ADC v. Macaristan*, ICSID Dava No. ARB/03/16, Karar, 2 Ekim 2006, § 423: “*egemen bir devlet iç işlerini düzenleme hakkına doğal olarak sahip olsa da, bu hakkın kullanımı sınırsız değildir ve sınırları olmalıdır... [yatırım antlaşması] yükümlülüklerini de içeren hukukun üstünlüğü bu sınırları sağlar.*”

⁸⁰⁰ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 162.

olarak muamele edilmesi konusunda bir hakka ve sonuç olarak bir duruşa sahip olduğu kabul edilmiştir.”⁸⁰¹

AHM standardı ile hukukun üstünlüğü arasındaki bağlantı, *Philip Morris v. Uruguay* davasında hakem Born’un muhalefet şerhinde özellikle açık bir şekilde ortaya konmuştur. Başlangıçta adaletin reddedilmesinden bahseden Born, bir yatırımcının “müteakip yargı yoluna başvurma imkanının ... reddedilmesinin m. 3(2) ’nin adil ve hakkaniyete uygun muamele ve hukukun üstünlüğü güvencesine aykırı olduğunu”⁸⁰² ileri sürmüştür, böylece AHM kavramını hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirmiştir. Daha sonra, Uruguay mahkemelerinin, yani Yüksek Adalet Mahkemesi ve Tribunal de lo Contencioso Administrativo’nun çelişkili kararlarıyla ilgili olarak, “bir kanun hükmünün aynı hukuk sistemi içindeki farklı yargı mercileri tarafından taban tabana zıt anlamlara gelecek şekilde yorumlanmasının, hukukun üstünlüğünün temel değerleriyle ve adaletin inkar edilmesine karşı yasaklarla çeliştiğini”⁸⁰³ belirtmiştir. AHM yargıçları tarafından benimsenen bir görüşü onaylayarak, AHM’nin önemli bir yönü olarak kuralın öngörü yeteneği ve kesinlik unsurunun altını çizmiştir: “Hukukun üstünlüğü öngörülebilirliği, istikrarı, tarafsızlığı ve objektifliği sağlamaya hizmet eder; insan ilişkilerini kişisel veya siyasi çıkarlardan ziyade genel olarak uygulanabilir hukuk kurallarının yönetmesini sağlar. Tek bir hukuk sistemi içindeki farklı mahkemelerin aynı kanun için çelişkili yorumlar benimsediği durumlarda, hukukun üstünlüğü zayıflar ve bireyleri tutarsız, öngörülemez ve keyfi muamelelere maruz bırakır. Basitçe ifade etmek gerekirse, davacıların davalarını hangi mahkemenin incelediğine bağlı olarak aynı hukuki soruya taban tabana zıt cevaplar alabilmeleri, mahkemelerin güvenilirliğini zedeleyebilir ve halkın yargı sistemine olan güvenini zayıflatabilir.”⁸⁰⁴ Hakem Born’un muhalif görüşünün diğer birçok yerinde de sıklıkla hukukun üstünlüğü ile AHM ilişkisi vurgulanmıştır.⁸⁰⁵

⁸⁰¹ *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Arjantin*, Yargı Yetkisi Kararı, § 242-3.

⁸⁰² *Philip Morris v. Uruguay*, Aynı Görüşte ve Muhalif Görüş Gary Born, 8 Temmuz 2016, § 40.

⁸⁰³ *Philip Morris v. Uruguay*, Aynı Görüşte ve Muhalif Görüş Gary Born, § 41.

⁸⁰⁴ *Philip Morris v. Uruguay*, Aynı Görüşte ve Muhalif Görüş Gary Born, § 42.

⁸⁰⁵ *Philip Morris v. Uruguay*, Aynı Görüşte ve Muhalif Görüş Gary Born, § 51. Hukukun üstünlüğü kavramı düzenlilik, istikrar ve keyfiliğin olmaması anlamına gelir; § 57. Benim görüşüme göre, aynı tarafın dahil olduğu aynı uyuşmazlıkta hukukun taban tabana zıt şekillerde yorumlanması çok farklı bir şeydir. Bu ikinci sonuç, bir devletin mahkemeleri aracılığıyla, aynı yasanın aynı uyuşmazlıkta aynı davacıya uygulandığında tam olarak zıt anlamlara geldiğine karar vermesini içerir. Bu, hukukun üstünlüğünün antitezidir: davacıların kimlikleri, tarafların veya uyuşmazlıklarının koşulları ya da tarafların dava davranışlarındaki farklılıklarla açıklanamayan çok daha doğrudan ve dolaysız bir keyfiliğe örneği teşkil eder; § 61. Birbiriyle yakından ilişkili davalarda aynı taraf aleyhine verilen bu çelişkili kararların, adalete erişim ve hukukun üstünlüğüne bağlılık güvencelerini ihlal ettiği

Bazı hakem heyetleri, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin sadece hukukun üstünlüğünü sağlamak için orada olduklarını iddia etmedikleri, aynı zamanda bunu pratikte de yaptıkları ve faaliyetlerinin meşruiyetini buradan alabilecekleri öne sürmektedir.⁸⁰⁶ Bu durum, hukukun üstünlüğüne dayalı bir kurumun parçası olarak görev yapan bir hakem olarak hizmet ettiği yorumunu yapan *RWE v. İspanya* davasındaki muhalif görüş tarafından da açıkça teyit edilmiştir.⁸⁰⁷ *RWE v. İspanya* davasında, hakem heyeti, yasal rejimin değiştirilmesine ilişkin olarak, “*Mahkeme, davalının, RDL 9/2013’ün kabulü ile IET 1025/2014 sayılı Emir arasındaki dönem de dahil olmak üzere, halihazırda ödenmiş olan meblağların geri ödenmesini talep etmesinin, önceki yasal rejimin yıkılması ve m. 10(1)’deki AHM standardının ihlali anlamına geleceğini düşünmektedir. Davacılar, yine de 19,4 milyon Euro’nun geri ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu gerçeğe itiraz edilmemiştir. Sonuç olarak, ödenen miktarın doğrulanması ve kesin olarak belirlenmesi şartıyla, ECT m. 10(1) ihlal edilmiştir ve Davacılar geri ödenen tüm meblağların iadesini talep etme hakkına sahiptir*”⁸⁰⁸ tespitini yapmıştır. *RWE v. İspanya* davasındaki muhalif görüş, davadaki ihtilaflı tedbirlerin geriye dönük olarak uygulanmasının hukukun üstünlüğüne ilişkin herhangi bir anlayış açısından kabul edilmesinin imkânsız olduğunu belirtmiştir.⁸⁰⁹ Bu tedbirlerin hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğunu ve dolayısıyla AHM standardını ihlal ettiğini belirtmiştir.⁸¹⁰

Petrobart Limited v. Kırgızistan Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin adli işlemlere müdahalesinin AHM’nin adil yargılama unsurunu ihlal ettiği

sonucuna varmaktan kaçınmanın çok zor olduğunu düşünüyorum; § 62. keyfi ve mantıksızdır; tarafları hukukun üstünlüğünün sağlamaya hizmet ettiği temel hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve temel adaletten mahrum bırakmaktadır; § 69. Bu ne Uruguay’ın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığıyla ne de uluslararası hukuk kurallarıyla tutarlı değildir; § 81. Adli bir foruma erişimin engellenmesi, hem BIT’nin hem de Uruguay’ın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığının yasakladığı adaletin engellenmesidir; § 133. ‘Adil ve hakkaniyete uygun muamele’ garantisinin ana unsurlarından biri keyfi muameleye karşı korumadır. Bu güvence hukukun üstünlüğünün temel bir yönünü yansıtmaktadır: vatandaşlar, hükümetleri tarafından rasyonel ve orantılı muamele görme hakkına sahiptir. Herhangi bir meşru hükümet hedefiyle ilgisi olmayan veya böyle bir hedefin gerçekleştirilmesiyle ciddi şekilde orantısız olan mantıksız veya keyfi hükümet tedbirleri ne adil ne de hakkaniyete uygundur ve hukukun üstünlüğünü ilerletmek yerine ona ihanet ederler.”

⁸⁰⁶ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 525.

⁸⁰⁷ *RWE v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/34, Judd L Kessler’in ayrı görüşü, 18 Aralık 2020, § 81; *Wirtgen v. Çek Cumhuriyeti*, PCA Dava No. 2014-03, Hakem Gary Born’un Muhalif Görüşü, 11 Ekim 2017, § 110-11.

⁸⁰⁸ *RWE v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/34, Karar, 18 Aralık 2020, § 621.

⁸⁰⁹ *RWE v. İspanya*, Judd L Kessler’in ayrı görüşü, § 81.

⁸¹⁰ *RWE v. İspanya*, Judd L Kessler’in ayrı görüşü, § 82

görüşünü teyit etmek için hukukun üstünlüğü kavramına başvurmuştur. Kırgızistan Cumhuriyeti Başbakan Yardımcısı'nın yürütmenin durdurulmasını talep eden bir mektubuna ilişkin olarak, hakem heyeti, hükümetin yargı süreçlerine bu şekilde müdahale etmesinin demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğüne uygun olmadığını ve Petrobart'ın antlaşma kapsamında yatırımı olan bir yatırımcı olarak haklarına saygı gösterilmediğini belirtmiştir.⁸¹¹

Bazı hakem heyetleri, hukukun üstünlüğünün uluslararası yatırım hukukunun uyumlu gelişimine katkıda bulunma ve bir dizi tutarlı davada tanınan ilkeleri uygulamayı görevlerinin temeli olarak görmektedirler.⁸¹² *Horthel v. Polonya* davasında, hakem heyeti de benzer yorumlar yapmıştır: “Mahkeme, önceki kararlarla bağlı olmadığını düşünmektedir. Aynı zamanda, karar verirken uluslararası mahkemelerin daha önceki kararlarını da dikkate almalıdır. Özellikle, aksi yönde zorlayıcı gerekçeler olması halinde, bir dizi tutarlı davada ortaya konan ilkeleri benimsemekle yükümlü olduğuna inanmaktadır. Ayrıca, her zaman BIT metnine ve her bir davanın koşullarına tabi olarak, devletler ve yatırımcılar topluluğunun hukuki belirlilik ve hukukun üstünlüğüne yönelik meşru beklentilerini karşılamak amacıyla uluslararası yatırım hukukunun uyumlu gelişimine katkıda bulunma görevi olduğuna inanmaktadır.”⁸¹³

Horthel v. Polonya davasında AHM açıkça hukuki belirlilik ve hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirilmiştir: “AHM standardının hukuki kesinliği ve hukukun üstünlüğünü garanti altına aldığı tartışmasızdır. Bu, yürütme organlarının yürürlükteki yasal rejim tarafından öngörülen menfaatleri esirgememesini gerektirir. Bu, iç hukukun herhangi bir şekilde ihlal edilmesinin AHM standardının ihlali anlamına geleceği anlamına gelmez. Ancak, bir idari organın mevcut yasal rejime uygun hareket etmeyi kasten reddetmesi halinde, kanunilik ilkesi ve hukukun üstünlüğü söz konusu olur ve bu davranışın bir Antlaşma ihlali teşkil ettiği tespit edilebilir.”⁸¹⁴

⁸¹¹ *Petrobart v. Kırgızistan*, SCC Dava No. 126/2003, Hakem Kararı, 29 Mart 2005, s. 75.

⁸¹² *The PV Investors v. İspanya*, PCA Dava No. 2012-14, Yargı Yetkisine İlişkin Ön Karar, 13 Ekim 2014, § 53; *The PV Investors v. İspanya*, PCA Dava No. 2012-14, Karar, 28 Şubat 2020, § 521; *Burlington v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/08/5, Sorumluluk Kararı, 14 Aralık 2012, § 187; *Burlington v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/08/5, Yetki Kararı, 2 Haziran 2010, § 100; *Saipem v. Bangladeş*, ICSID Dava No. ARB/05/07, Yetki Kararı, 21 Mart 2007, § 67; *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 117, *Muszynianka v. Slovakya*, PCA Dava No. 2017-08, Karar, 7 Ekim 2020 § 166; Prof. Kaufmann- Kohler tüm bu kararlarda hakemlik yapmıştır.

⁸¹³ *Horthel Systems v. Polonya*, PCA Dava No. 2014-31, Karar, 16 Şubat 2017, § 92.

⁸¹⁴ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 296.

Görüldüğü üzere, hukukun üstünlüğü ve dolayısıyla bunun bir yansıması olarak da değerlendirilebilecek AHM bir devletin yetkisini belirli yasal sınırları aşacak şekilde kullanmaya karar vermesi sorumluluk doğacaktır.⁸¹⁵ Hakem heyeti, hukukun üstünlüğünün ihlalinin AHM standardının ihlaline eşit olduğunu açıkça beyan etmektedir.⁸¹⁶ Bu yaklaşım, UAD ELSI davasında, bir tedbirin hukukun üstünlüğüne aykırı olması halinde keyfi olduğunu kabul eden anlayışla örtüşmektedir.⁸¹⁷

Horthel v. Polonya kararının uluslararası yatırım hukukunun gelişimine ilişkin tartışmalara katkıda bulunması beklenebilir. Hukukun üstünlüğü ile AHM standardı arasında doğrudan bir ilişkinin açıkça tanınmasının önemli sonuçları olabilir. Öncelikle devletlerin hukukun üstünlüğünü ihlal eden eylemlerine karşı yüksek bir koruma düzeyi sağlaması gerektiğini teyit etmektedir. Öte yandan, karar, AHM standardının hukukun üstünlüğünün ülke içinde uygulanması ve/veya geliştirilmesi için bir araç olabileceğini teyit etmeye yönelik içtihat hukukunun bir parçasını oluşturabilir.⁸¹⁸

B. Uluslararası Hukukun Üstünlüğü ve Ulusal Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü, ulusal hukukun genel bir ilkesidir ve bu haliyle öncelikle yönlendirici bir rol oynamaktadır. Buna göre, yatırım hukukunda uygulanması kendiliğinden olmayıp, hakem tarafından karmaşık bir yorumlama faaliyeti gerektirmektedir. Adil yargılanma bağlamsaldır, farklı hukuki bağlamlar doğal olarak farklı usul standartları gerektirir ve farklı ilke ve değerlere göre işlemektedir.⁸¹⁹

AHM standardında yer alan hukukun üstünlüğü ilkelerinin nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğine dair iki farklı yaklaşım gözlemlenmektedir. İlk olarak uluslararası hukukun üstünlüğü anlayışı olarak adlandırılan yaklaşım özünde, AHM standart gerekliliklerinin her birinin, söz konusu ev sahibi devletin hukuk düzeninde aynı hukukun üstünlüğü gerekliliklerine dair mevcut olabilecek anlayışlardan

⁸¹⁵ Balcerzak, “Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?”, s. 333.

⁸¹⁶ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 285.

⁸¹⁷ *Concerning Elettronica Sicula SPA (ELSI) (ABD v. İtalya)*, (Merits) ICJ Rep 1989, § 128.

⁸¹⁸ Filip Balcerzak, “Horthel v. Poland:1 Fair and Equitable Treatment Embodies the Rule of Law, Whereas ‘Tax’ Is Not Always a Tax”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 38, S. 1, 2023, s. 38, doi:10.1093/icsidreview/siac024.

⁸¹⁹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 82.

tamamen ve maksatlı olarak ayrı, uluslararası bir ölçüt olarak anlaşılması gerektiği anlamına gelmektedir. Örneğin uluslararası düzeyde zorunlu tutarlılık düzeyi veya uluslararası düzeyde zorunlu adil yargılanma' gibi özel gerekliliklerin belirlenmesi ve uygulanmasına yönelik olmalıdır.⁸²⁰

Diğer yaklaşım ise ulusal hukukun üstünlüğü anlayışı olarak adlandırılan, en azından teorik olarak, yabancı yatırımcının dahil olduğu belirli bir hukuki durumda, AHM standart gerekliliklerinin her biri anayasal normlar, idari kanunlar, medeni ve cezai usul tüzükleri gibi ulusal yasal hükümler tarafından anlam ve içeriğe sahip olabilir yaklaşımıdır.⁸²¹ Söz konusu ev sahibi devletin, yatırım antlaşmasının kendisini dikkate almaksızın, kendi hukuk düzeninde aynı AHM tarafından öngörülen hukukun üstünlüğü gerekliliklerinin anlamını ve bunlara uyumu nasıl anlayacağıdır. Bu anlamda, ulusal olarak zorunlu şeffaflık düzeyinin veya ulusal olarak anlaşılan meşru beklentilerin incelenmesi olacaktır.⁸²² Bahsedilen bu paradigmalar teorik modellerdir, yatırım tahkimi içtihadında saf halde bulunmayıp, dolaylı olarak ulaşılabilir.

Yatırım antlaşmaları uluslararasıdır, antlaşma uygulanacak hukuk hükümleri konusunda sessiz kalsa bile uluslararası hukuk tarafından yönetilen devletler arası belgelerdir.⁸²³ Bir antlaşma standardının ihlal edildiğine dair bir iddia ortaya atılırsa, bu iddia uluslararası niteliktedir ve uluslararası hukukun ve ilk etapta yatırım antlaşması metninin kendisinin uygulanmasını gerektirir.⁸²⁴ Uygulanacak hukuk açısından bakıldığında, uygulamada ve teoride, ev sahibi devletin AHM standardına uygunluğuna karar verirken uluslararası hukukun geçerli hukuk olduğu konusunda geniş bir mutabakat vardır. Zachary Douglas, yatırım tahkimine uygulanacak hukuku, *“Bir yatırım antlaşması yükümlülüğüne dayanan bir talep için sorumluluk konusunda uygulanacak hukuk, genel uluslararası hukuk tarafından desteklenen yatırım antlaşmasıdır”*⁸²⁵ şeklinde özetlemektedir. Prosper Weil, uluslararası hukukun

⁸²⁰ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 528.

⁸²¹ a.yer.

⁸²² a.g.e., s. 529.

⁸²³ *ADC v. Macaristan*, Karar, § 290; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 85; *MTD v. Şili*, İptal Kararı, § 74

⁸²⁴ Hege Elisabeth Kjos, **Applicable law in investor-state arbitration: the interplay between national and international law**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, s. 128.

⁸²⁵ Zachary Douglas, **The International Law of Investment Claims**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 39.

baskınlığı benzer bir şekilde ifade etmektedir: “İç hukuk ve uluslararası hukuk nasıl birleştirilirse birleştirilsin, m. 42(1)’in ikinci cümlesi uyarınca, uluslararası hukuk her zaman üstünlük kazanır ve nihai olarak üstün gelir. Uluslararası hukuk, iç hukukun uluslararası hukukla tutarlı kabul edildiği veya onu içerdği durumlarda iç hukukun uygulanması yoluyla dolaylı olarak üstün gelir. İç hukukun eksik veya uluslararası hukuka aykırı olduğu durumlarda ise doğrudan üstün gelir. Dolayısıyla, m 42(1)’in ikinci cümlesi uyarınca, uluslararası hukuk her koşulda son sözü söyler.. Ev sahibi devletin iç hukukuna atıfta bulunulması, sadece uluslararası hukukla uyumlu olup olmadığını tespit etmek için tasarlanmış olsa bile, tek varlık sebebi ev sahibi devletin hassasiyetlerini rencide etmekten kaçınmak olan anlamsız bir uygulamadır.”⁸²⁶

Uluslararası hukukun biçimsel üstünlüğü ve yatırım tahkimi içtihadı, AHM hukukun üstünlüğü gerekliliklerinin uluslararası bir anlayışına işaret etmektedir.⁸²⁷ Bu ayrıca, yatırım koruma standartlarının ev sahibi devlet davranışının bağımsız ölçütleri olarak hizmet ettiği yönündeki anlayışla da uyumludur.⁸²⁸ Schill’in belirttiği gibi, “iç hukuka göre yasal olan bir davranışın aniden uluslararası hukuka göre yasadışı hale gelmesi, devletlerin uluslararası hukuku kabul etmesinin ve ona boyun eğmesinin doğurabileceği en normal sonuçtur.”⁸²⁹

Uluslararası hukukun biçimsel üstünlüğü, yatırım tahkimi mahkemelerinin iç hukukla ilgilenmedikleri veya iç hukuk düzenini sistematik olarak görmezden geldikleri anlamına gelmez. Yatırım tahkimi hakem heyetleri de AHM standardını yorumlarken ve uygularken iç hukuku incelemiş ve kullanmıştır. Yine de bu katılımın kapsamı eşit değildir ve mahkemeler arasında iç hukukun rolü ve önemi konusunda net bir normatif yaklaşım bulunmamaktadır. Jarrod Hepburn iç hukukun önemine vurgu yapmıştır: “*Cargill, Sempra ve Enron gibi davalar, AHM veya keyfilik analizlerinde iç hukukun dikkate alınmasını açıkça reddetmiştir. Dahası, AHM ihlali iddialarını içeren pek çok davada ev sahibi devletin iç hukuka uygunluğu sorusuna*

⁸²⁶ P. Weil, “The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage A Trois”, **ICSID Review**, C. 15, S. 2, 2000, s. 409, doi:10.1093/icsidreview/15.2.401.

⁸²⁷ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 529.

⁸²⁸ a.g.e., s. 530.

⁸²⁹ Stephan W. Schill, “In Defense of International Investment Law”, **European Yearbook of International Economic Law** 2016, ed. Marc Bungenberg vd., Cham: Springer International Publishing, 2016, s. 336, doi:10.1007/978-3-319-29215-1_13.

değinilmemiş, dolayısıyla iç hukukun konuyla ilgili olmadığı ima edilmiştir. Ancak... mahkemeler aslında sıklıkla davalı devletin davranışının iç hukuka uygunluğunu incelemektedir. Kuşkusuz, iç hukuka uygunluk, AHM analizlerinde sonucu belirleyici bir özellik haline gelmemiştir... [ancak] iç hukukun dikkate alınması, genellikle belirsiz olan AHM standardına içerik kazandırmaya çalışan mahkemeler için önemli bir katkı rolü oynamaktadır.”⁸³⁰

Yatırım hakemleri, ev sahibi devlet yasama, yürütme ve yargı organının ulusal hukukun üstünlüğü çerçevesinde nasıl davranması gerektiğine ilişkin potansiyel olarak karmaşık tartışmalardan, uluslararası statülerine ve buna eşlik eden oldukça yüksek takdir yetkisine geri dönerek kaçınabilirler. Günün sonunda, uygulanacak olan, uluslararası hukukun üstünlüğünün anlayışıdır. Eğer bir devlet böyle bir durumdan memnun değilse, yatırım antlaşmalarını yeniden düzenleme, bağlayıcı yorumlar sunma veya nihayetinde rejimden çıkma seçeneklerine sahiptir.⁸³¹ Ancak, yine de AHM standardı aracılığıyla ev sahibi devletlere uluslararası hukukun üstünlüğü anlayışının dayatılması, mümkün olduğu ölçüde iç hukuk göz ardı edilmeden sistematik olarak tamamlanmalıdır. Yatırım tahkimi hakemlerinin, sadece kanunilik şartına uyulup uyulmadığını değil, AHM standardında yer alan hukukun üstünlüğü gerekliliklerinin tamamını belirlerken ev sahibi devletin ilgili ulusal hukukuna başvurması ikna edici bir temel sağlayacaktır.⁸³² Ulusal hukukun harfiyen uygulanmış olmasının bile neden bir AHM ihlali tespitinden kaçınmak için yeterli olmadığının ikna edici bir şekilde gerekçelendirilmesi veya bir ihlal tespitini haklı çıkaran ulusal hukukun uygulanmasındaki eksikliklerin tespit edilmesi gerekmektedir.⁸³³ Sonuç olarak, yatırım tahkimi kararları, ulusal hukukun üstünlüğü eksikliklerinin tespit edilmesine ve ev sahibi devletin proaktif tutumuna bağlı olarak düzeltilmesine yardımcı olabilir, böylece ulusal hukukun üstünlüğünün daha geniş bir şekilde geliştirilmesine katkıda bulunur ve potansiyel olarak yerel ekonomik kalkınmanın hedefine fayda sağlar.⁸³⁴

⁸³⁰ Jarrod Hepburn, **Domestic law in international investment arbitration**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017, ss. 39-40.

⁸³¹ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 533.

⁸³² a.yer.

⁸³³ a.g.e., s. 534.

⁸³⁴ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 535.

Bir yatırım girişiminde yer alan tarafların kendilerine uygulanacak hukuku bilmeleri beklenir. Campbell McLachlan'ın belirttiği gibi: *“Yatırım antlaşmalarında yer alan uluslararası hukuk standartlarının işlevi, ev sahibi devlet hukukunun yerini almak değildir. Aksine, ev sahibi devletin hukuk sisteminin bu tür korumaları kendi başına sağlayamadığı durumlarda, uluslararası hukukun işlevsel korumalarını sağlamaktır.”*⁸³⁵ Ev sahibi devlette halihazırda mevcut olan hukukun üstünlüğü korumaları ve bunların içinde yer aldığı ulusal hukukun çoğu zaman mevcut olan zenginliği, daha soyut bir uluslararası hukukun üstünlüğü idealinin aşırı katı bir şekilde takip edilmesiyle göz ardı edilmemelidir.⁸³⁶ Kararların ikna edici bir şekilde tartışılması için iç hukukun zenginliğinden yararlanmak iyi bir yoldur. AHM standardında yer alan hukukun üstünlüğü gerekliliklerini ikna edici bir şekilde yorumlamak ve uygulamak için, yatırım tahkimi hakem heyetleri analizlerini ev sahibi devlet hukukuyla ilişkilendirmesi kararların meşruiyetine katkı sağlayacaktır.⁸³⁷ Ancak, iç hukuk mülahazalarının zorlu bir süreç getirdiği de açıktır. Paulsson'un ifadeleriyle, *“Ulusal yasaların kendileri düzeltici normlar içerir ve bunlar zorlu olabilir. Ulusal bir kanunu uygulamakla görevli uluslararası bir mahkeme veya mahkeme heyeti, bu kanunu bir bütün olarak uygulamakla hem görevli hem de yetkilidir. Eğer böyle yaparsa, uluslararası hukukun ulusal hukuktan üstün olup olmadığını belirlemeye gerek kalmayabilir. Bu şekilde yasal düzenlerin karşı karşıya gelmesinden kaçınılmış olur.”*⁸³⁸

Paulsson'a göre sonuçta, ulusal hukukla güçlü bir ilişki, sonucun ulusal hukuka uluslararası bir dayatma değil, aynı hukukun canlı bir şekilde onaylanması olarak gösterilmesiyle sonuçlanır.⁸³⁹ Paulsson şu sonuca varmaktadır: *“ulusal hukukun kaynaklarının özenli bir şekilde tespit edilmesinden sonra varılan tam ve makul gerekçeli bir kararın, düşünceli vatandaşlar tarafından tamamen meşru olarak kabul edileceğine inanmak gerekir. Eğer böyle değilse, uluslararası bir mahkemenin ‘adil ve*

⁸³⁵ Campbell McLachlan, ‘Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework’, A. J. van den Berg, Permanent Court of Arbitration, International Council for Commercial Arbitration (ed.), **50 years of the New York Convention**, International Arbitration Congress, Alphen aan den Rijn : Frederick, MD: Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, Inc, 2009, s. 107.

⁸³⁶ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 539.

⁸³⁷ a.g.e., s. 540.

⁸³⁸ Jan Paulsson, “Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 23, S. 2, 2008, s. 215, doi:10.1093/icsidreview/23.2.215.

⁸³⁹ a.g.e., s. 230.

hakkaniyete uygun muamele' gibi uluslararası normları uygulama biçimine ilişkin algılar konusunda neden daha büyük umutlar besleyelim ki?''⁸⁴⁰ Paul Stephan da benzer tespitler de bulunmuştur: "Genel olarak, yatırım antlaşmaları... ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı sahip olduğu yasal görevleri [belirtir]... Ancak, bunların hepsi yerel hukukunun içeriğine atıfta bulunur. Her biri bir inceleme organını... ev sahibi devletin davranışını yerel hukukunun yarattığı meşru beklentilerle karşılaştırmaya davet eder. Dolayısıyla, uluslararası hukuki yükümlülüğün uygulanması, ulusal hukukun gözden geçirilmesini gerektirir."⁸⁴¹

Dan Cake v. Macaristan kararı esasen, birçok yönden temel bir hukukun üstünlüğü konusu olan AHM bağlamında usule ilişkin bir yargı süreci ve adaletin reddi iddiası içermektedir. Kararda, iç hukuk hükümlerini, yargı uygulamalarını ve bunlara eşlik eden yorumları kapsamlı ve ikna edici bir şekilde detaylandırılmaktadır. Hakem heyeti, uluslararası hukukun üstünlüğü anlayışıyla hareket eder ve kendisinin bir temyiz mahkemesi olarak görülmemesi gerektiğini açıkça belirtir.⁸⁴² Ancak, bu, yerel mahkemenin davranışında ortaya çıkan eksikliklere ikna edici bir genel bakış sunmasını engellemez. Bu karar, ulusal yasal çerçeve ile etkileşimin kapsamlı bir şekilde ve uluslararası hukukun üstünlüğü anlayışının tamamlayıcı bir şekilde uygulandığı içtihat grubunun bir örneğidir. Kararda hukukun üstünlüğü açısından en önemli husus, hakem heyetinin Metropolitan mahkemesinin kararını sistematik ve titiz bir şekilde incelemesidir.

Dan Cake v. Macaristan davasındaki hakem heyeti, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin, belirli bir karara itirazın mümkün olmadığı durumlarda bile, temyiz mahkemeleri olarak görülmemeleri gerektiği yönündeki sık sık tekrarlanan tutumunu tekrarlamış ardından, bazı gerekliliklerin açıkça gereksiz veya yerine getirilmesinin imkansız olup olmadığını veya işlevsel bir hakkın ihlal edilip edilmediğini⁸⁴³ tespit ederek ve özellikle devam eden tasfiye işlemlerini içeren durumun karmaşıklığını ve aciliyetini göz önünde bulundurarak, kararın haksız veya adaletsiz olup olmadığını

⁸⁴⁰ a.g.e., s. 232.

⁸⁴¹ Paul B. Stephan, "International investment law and municipal law: substitutes or complements?", *Capital Markets Law Journal*, C. 9, S. 4, 2014, s. 358, doi:10.1093/cmlj/kmu028.

⁸⁴² *Dan Cake (Portekiz) SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/12/9, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, 24 Ağustos 2015, § 117.

⁸⁴³ *Dan Cake (Portekiz) SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, § 117.

incelemiştir. Karar, farklı yerel kaynaklara yapılan atıflarla kapsamlı bir şekilde desteklenmiştir⁸⁴⁴ ve Metropolitan Mahkemesi'nin eylemlerinin eksikliklerini açıkça ortaya koymaktadır. Hakem heyeti ev sahibi devletin AHM standardını ve haksız ve ayrımcı tedbir yasağını ihlal etmekten sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁸⁴⁵

AHM standardının, ev sahibi devletleri gelecekteki anlaşmazlıkları önlemek için yerel idari uygulamaları ve yasaları iyileştirmeye motive edebileceğini öne sürülebilir. Ev sahibi devletteki potansiyel hukukun üstünlüğü eksikliklerini ulusal hukukun kendi perspektifinden de açıklayan bir yatırım kararı, işaret edilen yerel reformlar için bir temel sunabilir. Bu reformlar da sadece gelecekteki anlaşmazlıkların önlenmesine yardımcı olmakla kalmaz, aynı zamanda yerel işletmeler için de hukukun üstünlüğü ortamının geliştirilmesine olanak tanır.⁸⁴⁶ İç siyasi baskılardan uzak konumları, ellerinin altında bulunan güçlü bir yaptırım mekanizması ve kamuoyunda tartışmaların odak noktası haline gelebilecek yatırım kararlarının giderek artan oranı ile yatırım hakemleri, ev sahibi devletin ulusal hukukundaki potansiyel kusurları ve açıkları aydınlatmak için benzersiz bir konuma sahiptir.⁸⁴⁷

Sonuç olarak, AHM gerekliliklerine ilişkin uluslararası hukukun üstünlüğü anlayışı başlangıç ve bitiş noktası olarak kalmaya devam edecek olsa da, yerel kanunilik ile bunu tamamlamanın belirgin faydaları vardır. Hakemlerin iç hukuku olabildiğince dikkate alması kararların meşruiyetine katkı sağlayıp hukukun üstünlüğü argümanına destekte bulunacaktır.⁸⁴⁸ Eğer yatırım tahkimi hakem heyetleri iç hukuk düzeniyle sistematik ve kapsamlı bir şekilde ilgilenir ve bulgularını ev sahibi devletin hukukun üstünlüğü gereklilikleriyle gerekçelendirirse, bu durum üç somut fayda sağlar: Ulusal yasal çerçevenin, karar verme sürecinde alakasız hale gelmesini önlenecektir, kararların ikna ediciliğini artırmaya yardımcı olacaktır ve hukukun üstünlüğü reformu için ilgili ülkeye potansiyel kılavuz ilkeler sunarak, hem yabancı

⁸⁴⁴ *Dan Cake (Portekiz) SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, § 127, 142.

⁸⁴⁵ *Dan Cake (Portekiz) SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, § 160-1.

⁸⁴⁶ Zivkovic, "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law", s. 543.

⁸⁴⁷ a.g.e., s. 544.

⁸⁴⁸ Velimir Živković, "The Use of Investment Treaty Standards to Enforce Other International Legal Regimes and Domestic Law", **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 214, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0010.

hem de yerliler için faydalara ve gelişmiş ekonomik kalkınma olasılığına katkı sağlayacaktır.⁸⁴⁹

C. Eleştiriler

Yatırım tahkimi hakemlerinin hukukun üstünlüğünü teşvik etmeyi amaçlayan yatırım antlaşması hükümlerini yanlış yorumlayacağına dair endişeler, eleştirmenlerin bazı maddi koruma hükümlerinin antlaşmalardan kaldırılması, değiştirilmesi veya yatırım tahkimine rıza gösterilmemesi çağrısında bulunmalarına kadar yol açmıştır.⁸⁵⁰

Hukukun üstünlüğüne başvurmak hakemlere açık çek sağlamadığı gibi yatırım tahkimi karar alma sürecini de sorgulanamaz hale getirmeyecektir. Kusurları rağmen hukukun üstünlüğü kavramına ilişkin geniş bir uzlaşının olmasının hileli olduğunu öne sürenler mevcuttur.⁸⁵¹ Hukuk ve ekonomik kalkınma alanındaki eleştirel çalışmalar, neoliberal küreselleşme bağlamında gelişmekte olan devletlere batılı hukuk standartlarını ihraç etmenin bir yolu olarak hukukun üstünlüğü temelli argümanların kullanıldığını işaret etmektedir.⁸⁵² Hukukun üstünlüğünü fikrinin sömürgecilik düzeninden kalan bir anlayışının yansıması olarak tanımlayanlar dahi bulunmaktadır. Sornajarah, *“Sömürgecilik fikri hiçbir zaman ortadan kalkmadı. Yerini hızla emperyalizmi meşrulaştıran ve emperyalist uluslararası hukukun temel taşı oluşturduğu uygarlık standartlarını andıran bir ‘küresel yönetim’ ya da ‘hukukun üstünlüğü’ sistemi aldı”* tespitini yaparak en ağır eleştirilerden birini getirmiştir.⁸⁵³

Hakemlerin, hukukun üstünlüğü kavramını kullanarak, adil ve hakkaniyetli gibi oldukça muğlak bir kavramın daha az muğlak, ancak yine de çok genel bir dizi ilkeye dönüştürülmesine yardımcı olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁵⁴ Bir ev sahibi devletin tutarlı veya şeffaf davranmasını şart koşturmak, adaleti şart koşturaktan daha fazla rehberlik sunabilir, ancak yine de bir kural niteliğine sahip olmaktan uzaktır. Devlet davranışının

⁸⁴⁹ a.yer.

⁸⁵⁰ Vandevelde, “The liberal vision of the international law on foreign investment”, s. 68.

⁸⁵¹ Jan Paulsson, “Enclaves of Justice”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 12.04.2007, s. 1, doi:10.2139/ssrn.1707504.

⁸⁵² David M. Trubek, Alvaro Santos (ed.), **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 267.

⁸⁵³ Muthucumaraswamy Sornarajah, “Chapter 2: Developing countries in the investment treaty system: A law for need or a law for greed?”, **International Investment Law and Development**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 47, doi:10.4337/9781784711351.00009.

⁸⁵⁴ Vandevelde, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, ss. 53-54.

nasıl olması gerektiğine dair vakaya özgü ve önceden keşfedilebilir bir niteliğe sahip olması da zordur. Hukukun üstünlüğünden esinlensin ya da esinlenmesin, yatırım hakemlerinin kararları tartışmalı olmaya ve önemli ölçüde takdir yetkisi kullanmaya eğilimli olmaya devam etmektedir.⁸⁵⁵

Hukukun üstünlüğünün yatırım hukukuna entegresine ilişkin kuşkular bulunmaktadır. Bireylerin korunmaya ihtiyaç duyduğu aşırı kamu otoritesi zemininde formüle edilen hukukun üstünlüğü idealinin, klasik yatay devletlerarası uluslararası kamu hukuku modeline uyup uymadığı konusunda şüpheler bulunmaktadır.⁸⁵⁶ Bazıları için hukukun üstünlüğü, yatırım hukukunun kasıtlı olarak muğlak bıraktığı konuları aydınlatmak yerine belirsizleştiren, hatta belki de yanlış bir şekilde aydınlatan bir rol oynamıştır.⁸⁵⁷ Aynı zamanda hukukun üstünlüğü neoliberal amaçlara hizmet edecek şekilde manipüle edilebilecek bir soyutlama olduğu öne sürülmüştür.⁸⁵⁸ Bu görüş doğrultusunda, hukukun üstünlüğü kavramı, tipik antlaşma hükümlerinin metinsel muğlaklığının, yükümlülüğün son derece gelişmiş idare hukuku sistemlerine sahip hukuk sistemlerinden kaynaklanan iyi yönetim yükümlülüklerini getirmek için bir arka kapı işlevi görmüştür.⁸⁵⁹

Hukukun üstünlüğü, maddi muamele standartlarının içeriğinin önemli ölçüde genişlemesine neden olabilir ve ev sahibi devletlerin geniş düzenleme alanını kısıtlayabilir.⁸⁶⁰ Çünkü hukukun üstünlüğü, devletleri uymaları gereken kesin bir kuraldan ziyade geniş çerçeveli standartlara bağlayan muğlak bir kavramdır.⁸⁶¹ Hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak AHM standardının geniş bir okumasını yaparak ev sahibi devleti düzenleme alanlarına sert müdahalelerde bulunmak,

⁸⁵⁵ Zivkovic, “Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law”, s. 525.

⁸⁵⁶ Jeremy Waldron, “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?”, **European Journal of International Law**, C. 22, S. 2, 2011, s. 315, doi:10.1093/ejil/chr031.

⁸⁵⁷ Martins Paparinskis, “The Rule of Law and Fair and Equitable Treatment”, **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 24, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0002.

⁸⁵⁸ Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, 2015, s. 295.

⁸⁵⁹ Caroline Henckels, “Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law”, **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 44, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0003.

⁸⁶⁰ Reinisch, Schill, “Introduction”, s. 4.

⁸⁶¹ Julian Arato, “Two Moralities of Consistency”, **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 255, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0012.

muhtemelen devletlerin insan haklarını korumak dahil birçok menfaate öncelik verilmesini engelleyebilir.⁸⁶²

Bazı hakem heyetleri, farklı ulusal sistemlerdeki farklı hakkaniyet ve adalet kavramları nedeniyle karşılaştırmalı bir yaklaşımın sınırları olabileceği konusunda uyarıda bulunmuştur. OKO v. Estonya davasında, hakem heyeti: “*Böyle bir AHM standardını, uluslararası hukukun bir meselesi olarak soyut bir şekilde tanımlamak zordur. Bu terim önemli ölçüde muğlaktır ve kesin değildir; bir sözlüğe başvurularak belirlenemez ve açıkça ulusal kanunlardaki “hakkaniyet” ile eşanlamlı değildir, hatta yaygın “adalet” kavramları (yatırımcılar ve sermaye ithal eden devletler arasında ve geliştirmekte olan ve gelişmiş ekonomilere sahip devletler arasında farklılık gösterebilir) ile de eşanlamlı değildir*”⁸⁶³ tespitini yaparak soyut bir tanımlamaya ilişkin şüphesini vurgulamıştır.

Yatırım tahkimi yargılamalarında, yatırım hukuku sistemini meşruiyetini tehdit eden sorun, hakemlerin AHM ihlalleri hakkında keyfi bir şekilde karar verme eğilimidir. Bu nedenle, kamu hukuku kavramlarının ve kamu hukuku muhakeme biçimlerinin kullanılması, yatırım tahkimi sisteminin meşruiyetini geri kazanmanın bir yolu olarak önerilmiştir.⁸⁶⁴ Schill, hukukun üstünlüğü gibi kamu hukuku kavramlarına dayanan AHM yargılamasının hakemlerin düzenleyici eylemini meşrulaştırabileceği iddia etmektedir. Schill’e göre, AHM standardı, hukukun üstünlüğü kavramını benimseyen ülkelerde yaygın olan hükümet faaliyetlerine yönelik kısıtlamaların incelenmesine dayalı olarak keşfedilmelidir. Schill, bu karşılaştırmalı analizin bir parçası olarak incelenmesi gereken iç hukuk sistemlerinin bir listesini sunmasa da etkili olduğunu düşündüğü başlıca hukuk düzenleri Alman, Fransız, İngiliz ve Amerikan hukuk düzenleridir. Analizi ilerledikçe, önermelerine kaynaklık ediyor gibi görünen yerel hukuk sisteminin olabildiğince sade, idealize edilmiş bir anayasal devlet

⁸⁶² Steffen Hindelang, de Mora Patricia Sarah Stöbener, Niels Lachmann, “Risking the Rule of Law? The Relationship between Substantive Investment Protection Standards, Human Rights, and Sustainable Development”, **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 282, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0014.

⁸⁶³ OKO v. Estonya, Karar, § 238

⁸⁶⁴ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, s. 25.: “Uluslararası yatırım hukukuna karşılaştırmalı bir kamu hukuku merceğinden bakma yaklaşımı, karşılaştırmalı bir perspektifte, kamu hukukunun özel aktörler karşısında devlet eylemlerini sınırlama ve aynı zamanda meşrulaştırma işlevlerinden yararlanmayı önermektedir.”

olduğunun ortaya çıkmaktadır.⁸⁶⁵ Yatırımcıların kararlarının devletlerin hukukun üstünlüğüne bağlı kalacaklarına dair inandırıcı taahhütlerine bağlı olduğu şeklindeki kurumsal iktisat anlayışına bağlayan Schill, esasen ideal ve normatif olarak resmi kuralları uygulayan kısıtlı bir devlet kurmaktadır. Schill'in bu yaklaşımının yabancı sermayenin haklarına öncelik vermesi ve AHM hükmünün de salt belirli mülkiyet haklarını korumaya yönelik bağlamıyla kullanılan hukukun üstünlüğünün indirgenmiş bir nosyonu olması sebebiyle eleştirilmektedir.⁸⁶⁶ Böyle bir hukukun üstünlüğü anlayışı, Schill'in karşılaştırmalı analiz formülünün idealize ettiği kusursuz normatif düzenlere atıfta bulunmayı gerektirecektir, analizi yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarının korunması ve devlet kısıtlaması amaçlarına doğru sınırlandırmak ise dengeli bir sonuç çıkması konusunda şüpheleri beraberinde getirecektir.⁸⁶⁷

Özellikle AB hukuku kapsamında hukukun üstünlüğü gerekliliklerini AIHM ve ABAD içtihatlarına atıf yaparak yatırım tahkimine taşımak birtakım eleştirileri beraberinde getirecektir. ABAD tarafından anlaşıldığı şekliyle hukukun üstünlüğünün, Avrupa Konseyi kurumsal çerçevesi içerisinde çizilen tamamlayıcı bir rolü olduğu ve üye devletteki yargı bağımsızlığına önem verildiği unutulmamalıdır.⁸⁶⁸ Uluslararası yatırım hukuku ise AB hukuku sisteminin aksine hem ulusal yasaları hem de ulusal kurumları etkileme kapasitesi daha sınırlıdır. Yatırım tahkimi sistemini yatırımcılar için cazip kılan, uyuşmazlıkların depolitizasyonu, ulusal kurumsal bağlamdan ayrılması ve maddi çözümlerin hızlı bir şekilde uygulanması olasılığıdır. Bu özellikleri sebebiyle yatırım tahkimi sisteminin, ulusal mahkemenin kalitesini artırma amacı olduğunu söylemek zordur.⁸⁶⁹ Yatırım tahkimi hakemleri önlerindeki uyuşmazlıktaki ev sahibi devletin ulusal hukuku hakkında sınırlı bir bilgiye sahip olabilirken, AB hukuku bağlamında davaya bakan uluslararası mahkemeler ise ilgili ulusal hukuk konusunda çok daha geniş bir bilgi birikimine sahiptir ve bu yüzden hukukun üstünlüğüne ilişkin tespitleri de yapması daha olağandır.⁸⁷⁰

⁸⁶⁵ a.g.e., s. 30.

⁸⁶⁶ Sannoy Das, "Fine Balance: Empire, Neoliberalism, and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", **The Journal of World Investment & Trade**, C. 24, S. 4-5, 2023, s. 676, doi:10.1163/22119000-12340306.

⁸⁶⁷ Das, "Fine Balance: Empire, Neoliberalism, and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", s. 676.

⁸⁶⁸ Bartosz Soloch, "International Investment Law: A Self-Proclaimed Ally in Commission's Rule of Law Endeavors", **Handbook of International Investment Law and Policy**, ed. Julien Chaisse, Leïla Choukroune, Sufian Jusoh, Singapore: Springer, 2021, s. 1661, doi:10.1007/978-981-13-3615-7_116.

⁸⁶⁹ a.g.e., s. 1676.

⁸⁷⁰ a.g.e., s. 1681-2.

D. Sonuç

Yatırım tahkimi sisteminin büyümesiyle, hakemlerin kararları kamusal öneme sahip konularda anında ve doğrudan bir etkiye sahiptir, hakemlerin kabul edilebilir egemen davranışlar için yeknesak standartlar oluşturulmasına yardımcı olan uluslararası bir hukuk kuralı geliştirdiklerini ileri sürülmüştür.⁸⁷¹ Her ne kadar yatırım hakemleri hukukun üstünlüğünü tesis etme görevlerine ciddi bir şekilde yaklaşırsalar bile, yatırım kararlarının yerel hukukun üstünlüğünü güçlendirici olarak sınırlarının farkında olunmalıdır. Öte yandan yatırım anlaşmazlıkları ev sahibi devletler için günlük bir olay değildir ve hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi üzerindeki genel etkileri bu anlamda sınırlı olabilir.⁸⁷²

Yatırım antlaşmalarının ev sahibi devletlerin iç hukuku üzerindeki etkisi olduğu ve yabancı yatırımcılara uygulanan ulusal kurallar, uluslararası antlaşmanın getirdiği yükümlülüklerle uygun hale getirilmesi gerekliliği açıktır.⁸⁷³ Özellikle AHM standardı, iç hukuk sistemleri üzerinde en ciddi etkiye sahip hükümlerden biridir.⁸⁷⁴ Ancak, son zamanlardaki eğilim, düzenleme istisnalarının, genel istisna maddelerinin ve koruma standartlarını tanımlayan maddelerde sınırlayıcı dilin getirilmesi yoluyla ulusal düzenlemeye doğru bir geri dönüşü işaret etmektedir.⁸⁷⁵

Hukukun üstünlüğünün, AHM ile ilişkisi hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. AHM'nin de hukukun üstünlüğünün normatif bir ifadesi olduğu öne sürülmektedir.⁸⁷⁶ AHM'nin başlıca hukuk sistemlerinde yer alan hukukun üstünlüğünün bir ifadesi olduğu belirtilmektedir.⁸⁷⁷ Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin içeriği ilk bakışta antlaşma hukuku sınırları içinde belirlense bile, her bir vakada çatışan menfaatlerin hakkaniyete uygun bir şekilde uzlaştırılması ve

⁸⁷¹ David W. Rivkin, "The Impact of International Arbitration on the Rule of Law: The 2012 Clayton Utz/University of Sydney International Arbitration Lecture*", *Arbitration International*, C. 29, S. 3, 2013, s. 328, doi:10.1093/arbitration/29.3.327.

⁸⁷² Velimir Zivkovic, "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law", s. 546.

⁸⁷³ Rudolf Dolzer, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, s. 955.

⁸⁷⁴ a.g.e., s. 957.

⁸⁷⁵ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 31.

⁸⁷⁶ Paparinskis, "The Rule of Law and Fair and Equitable Treatment", s. 23.

⁸⁷⁷ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 187.

uluslararası mahkemeler tarafından hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi, genel olarak ilgili kriterleri vaka bazında açıklığa kavuşturmak için kullanılır.⁸⁷⁸ Birçok hakem heyeti AHM'nin karşılaştırmalı bir kamu hukuku analizi yoluyla tanımlanabilecek genel bir hukuk ilkesi olduğunu belirtmiştir.⁸⁷⁹

Hakem heyetlerinin AHM'yi tanımlarken hukukun üstünlüğüne ilişkin özel bir atıf yapmadan hukukun üstünlüğüne ilişkin unsurları sıraladığı örnekler de gözlemlenmektedir.⁸⁸⁰ Tahkim uygulamasında hukukun üstünlüğü kavramına yapılan açık atıflar sınırlı olsa da, özellikle AHM'nin adil yargılanma unsuruna ilişkin daha spesifik içtihat, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin genellikle hukukun üstünlüğü kavramlarından ilham aldığını göstermektedir.⁸⁸¹

Sonuç olarak, AHM, uluslararası yatırım hukukunda hukukun üstünlüğünün pozitif bir ifadesi için en güçlü aday olabilir. Hukukun üstünlüğü AHM temellendirilmesi için kullanılan diğer formüllerle kıyaslandığında, kamu hukuku alanındaki ulusal hukuk sistemlerinden türetilen veya uluslararası hukuk sistemi içinde oluşturulan ve daha sonra yatırım antlaşmalarının yorumlanmasında dikkate alınan

⁸⁷⁸ *Sempra Energy v. Arjantin*, Karar, § 297; *BG Grp plc v. Arjantin*, Nihai Karar, § 292-302; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Karar, § 602; *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 609; *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 339-41; *National Grid PLC v. Arjantin*, Karar, § 173-5; *Metalpar S.A. ve Buen Aire S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/03/5, Karar, 6 Haziran 2008, § 182-5; *Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/04/13, Karar, 6 Kasım 2008, § 185-94; *AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft. v. Macaristan*, ICSID Dava No. ARB/07/22, Karar, 23 Eylül 2010, § 9.3.8-9.3.12; *Alpha Projektholding GmbH v. Ukrayna*, ICSID Davası No. ARB/07/16, Karar, 8 Kasım 2010, § 420; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan*, UNCITRAL Davası, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 28 Nisan 2011, § 253.

⁸⁷⁹ *Petrobart v. Kırgızistan*, Hakem Kararı, s. 75; *Thunderbird v. Meksika*, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, § 27-30; *Enron v. Arjantin*, Karar, § 257; *AMTO v. Ukrayna*, SCC Dava No. 080/2005, Nihai Karar, 26 Mart 2008, § 87; *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 187; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 111; *Toto v. Lübnan*, Karar, § 166, 193; *Philip Morris v. Uruguay*, Muhalef Görüş Gary Born, § 40-42; *Casinos Austria v. Arjantin*, Yargı Yetkisi Kararı, § 242-243.

⁸⁸⁰ *Casinos Austria v. Arjantin*, Yargı Yetkisi Kararı, § 223; *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, Karar, § 348; *Electrabel SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Kararı, bölüm VII, § 7. 75; *CME Czech Republic BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 611; *Saluka Investments BV v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 309; *Plama Consortium Limited v. Bulgaristan Cumhuriyeti*, Karar, § 175, 176; *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 99; *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. Meksika*, Karar, § 153; *Waguil Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v. Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/ 05/ 15, Karar, 1 Haziran 2009, § 450; *Frontier Petroleum Services Ltd v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Nihai Karar, 12 Kasım 2010, § 300; *Siemens AG v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 308; *Waste Management Inc v. Meksika*, Karar, § 98; *Eureko BV v. Polonya Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 231- 33; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania Birleşik Cumhuriyeti*, Karar, § 597- 99; *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, ICSID Dava No. ARB/ 06/ 18, Karar, 28 Mart 2011, § 158-9.

⁸⁸¹ August Reinisch, Christoph Schreuer (ed.), "Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures", *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 344, doi:10.1017/9781139004978.008.

genel hukuk ilkelerinin tanımlanmasına yönelik karmaşık yasal argüman için tanımlayıcı bir kısaltma rolü üstlenebilir.⁸⁸² Hukukun üstünlüğü, AHM'ye ilişkin tahkim uygulamasının kaosunu daha sistematik hale getirmektedir.⁸⁸³ Hukukun üstünlüğüne riayet etmek her koşulda ulaşılması zor bir ideal olsa da, uluslararası yatırım hukuku paydaşlarının sürekli ve devamlı olarak hedeflemesi gereken bir uygulamadır.⁸⁸⁴



⁸⁸² Paparinskis, “The Rule of Law and Fair and Equitable Treatment”, ss. 28-29.

⁸⁸³ a.g.e., s. 40.

⁸⁸⁴ Reinisch, Schill, “Introduction”, s. 19.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE STANDARDI ve DİĞER YATIRIM KORUMA İLKELERİ

AHM standardının her durumu kapsayacak şekilde değerlendirilmesi, diğer yatırım koruma ilke ve standartlarıyla olan ilişkisi noktasında belirsizlikler yaratmaktadır. Bazı yatırım tahkimi kararlarında, AHM standardının, yatırım antlaşmalarında tipik olarak bulunan diğer muamele standartlarını kapsayan, kapsayıcı bir ilke olduğu öne sürülmüştür.⁸⁸⁵ *Noble Ventures v. Romanya* davasında, hakem heyeti, AHM'nin tüm potansiyel standartları kapsayacağı görüşünü ileri sürmüştür: “Adil ve hakkaniyetli standardın Maddenin en başındaki yeri göz önünde bulundurulduğunda. II (2) [Romanya-Amerika Birleşik Devletleri BIT'si], (Bu maddeye göre ‘yatırımlar her zaman adil ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulacak, tam koruma ve güvenlikten yararlanacak ve hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az muameleye tabi tutulmayacaktır’.) bunun, diğerlerinin yanı sıra tam koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğü, keyfi ve ayrımcı tedbirlerin yasaklanması ve yatırımcıya karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerle uyma yükümlülüğünde özel uygulamasını bulan daha genel bir standart olduğu düşünülebilir.”⁸⁸⁶ *Pope ve Talbot v. Kanada* davasındaki hakem heyeti de burada tartışılan görüşü onaylayıcı bir şekilde alıntılamıştır.⁸⁸⁷

AHM'nin içeriğinin belirsizliği nedeniyle, bu içeriğin yabancı yatırımların korunmasına ilişkin diğer standartlara atıfta bulunularak belirlenip belirlenemeyeceği bir sorundur. Francis A. Mann, AHM'yi diğer tüm standartları kapsayan ve bu haliyle mevcut herhangi bir uluslararası hukuktan farklı olan kapsayıcı bir yükümlülük olarak görerek olumlu yanıt vermiştir; dolayısıyla, onun yaklaşımı doğrultusunda, bu standartlardan birinin ihlal edilmesi halinde, AHM de ihlal edilmiş olacaktır.⁸⁸⁸ Bu yaklaşımı doğrulayan bir atıf 1991 ECT m. 10 ilk paragrafıdır; bu hüküm sadece AHM'ye değil, aynı zamanda sürekli koruma ve güvenliğe, makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerin yasaklanmasına, uluslararası hukukun gerektirdiği muameleye ve

⁸⁸⁵ *Noble Ventures v. Romanya*, Karar, § 182; *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 259, 385; *Impregilo v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/07/17, Karar, 21 Haziran 2011, § 333-4.

⁸⁸⁶ *Noble Ventures. Inc. v. Romanya*, Karar, § 182; *S.D. Myers Inc v. Kanada*, Kısmi Karar, § 265.

⁸⁸⁷ *Pope and Talbot v. Kanada*, 2. Aşama Esasa İlişkin Karar, § 111.

⁸⁸⁸ FA Mann, ‘British Treaties for the Promotion and Protection of Investments’ (1981) 52 BYIL, s. 243.

üstlenilen yükümlülöklere uyulmasına atıfta bulunan karma bir hükümdür. Ancak, Mann'ın görüşü 1981 gibi erken bir tarihte ileri sürölmüştür. Bu tür standartlardan birinin ihlalinin bir AHM ihlaline yol açabileceğı varsayılsa bile, bunun tersi her zaman doğru değildir. Bugün için bakılacak olursa, AHM standardı ulusal muamele standardından çok daha öteye gitmektedir, yabancı yatırımcıya ev sahibi devletin yatırımcılarıyla aynı muamelenin yapıldığı durumlarda bile AHM yükümlölüğü ihlal edilebilir.

Antlaşmayı hazırlayanların aynı anlama geldikleri halde farklı terimler kullanmaları için iyi bir neden yoktur. Ayrıca, antlaşma metinleri birinin diğerinin sadece bir sonucu olduğunu belirtmeksizin bunları sırayla listelediğinde neden bir standardın diğerinin bir parçası olması gerektiğini görmek de zordur. Elbette, önemli ölçüde örtüşme olabilir ve belirli bir dizi olgu hem AHM'yi hem de başka bir standardı ihlal edebilir, ancak bu, farklı standartlara dayanan iddiaları ayrı ayrı incelememek için bir neden değildir.⁸⁸⁹ Diğer standartlarla bazı etkileşim ve örtüşmeler olduğu inkar edilemez olsa da, genel olarak AHM'nin özerk bir standart olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir.⁸⁹⁰ Çoğu durumda, hakemler AHM'yi diğer standartlardan ayırmış ve diğer standartların ihlal edilip edilmediğini ayrı ayrı incelemişlerdir.⁸⁹¹ Bazı yeni ticaret ve yatırım antlaşmaları, daha kesin olması için, antlaşmanın başka bir hükümünün veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın ihlalinin AHM hükümünün ihlalinin oluşturmayacağını belirten bir hüküm içermektedir.⁸⁹²

AHM ve diğer standartlar arasındaki bağlantı ve farklılıkları tespit etmek kolay değildir.⁸⁹³ Standartlar arasında bir sıralama öngören kararlar da mevcuttur.⁸⁹⁴ AHM özellikle tam koruma ve güvenlik standardı ile belirgin bir örtüşme söz konusudur ve bu durum her iki standardın da uluslararası asgari standartla ilişkili ortak tarihi

⁸⁸⁹ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 198.

⁸⁹⁰ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 182.

⁸⁹¹ *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 407-408; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 162-3; *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 239; *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 161-3, 183-4; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 226, 228-231; *Mobil v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/04/16 Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, 10 Nisan 2013, § 810-813.

⁸⁹² Çin-Özbekistan BIT (2011) m. 5(4); Kanada-Çin BIT (2012) m. 4(3); CETA (2016) m. 8.10(6); CPTPP (2018) m. 9.6(3); USMCA (2018) m. 14.6(3); Macaristan-BAE BIT (2021) m. 2(4).

⁸⁹³ *Mobil Exploration v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 811.

⁸⁹⁴ *Mobil Exploration v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 813.

kökeninden kaynaklanmaktadır. Ayrıca AHM, kamulaştırma ve ayrımcılık yasağı standartları ile de bazı açılardan örtüşmektedir.

I. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Asgari Standart

Yirminci yüzyılın başlarında ortaya çıkan asgari standart, 1960'lardan 1990'lara kadar düşüşe geçip, 2000'li yıllarda ise yeniden yükselişe geçmiştir. Hiç kuşkusuz bu düşüş ve yükselişte AHM standardının etkisi vardır.⁸⁹⁵ Her ne kadar yüzyılı aşkın bir süredir var olsa da uluslararası asgari standardın içeriği konusunda tartışmalar mevcuttur.⁸⁹⁶ Uluslararası asgari standardının kökeni, yabancılara verilen zararlardan dolayı devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk doktrini olup, devletlerin kendi ülkelerindeki yabancıların haklarına saygı göstermeleri için gereken özeni gösterme yükümlülüğüne dayanmaktadır.⁸⁹⁷ Uluslararası asgari standart, yabancılara yönelik muameleyi düzenleyen bir uluslararası teamül hukuku normudur⁸⁹⁸ ve devletlerin, iç mevzuat ve uygulamalarından bağımsız olarak⁸⁹⁹, yabancılar ve onların mülkleriyle ilgili muamelelerinde uymaları gereken birbiriyle bağlantılı ve örtüşen bir dizi unsur veya standarttan oluşmaktadır.⁹⁰⁰ Her ne kadar bu anlama sahip olsa da uluslararası asgari standardı içeriği netlikten yoksundur.⁹⁰¹ Uluslararası mahkemelerin, uluslararası asgari standardı tanımlarken farklılaştığı açıktır.

İçtihat hukukunun uluslararası asgari standarda atıfta bulunduğu konular; genellikle adaletin reddi kavramıyla bağlantılı olarak yabancı uyrukluları ilgilendiren davalarda adaletin yerine getirilmesi, gözetimindeki yabancılara yapılan muamele, tam koruma ve güvenlik ve ev sahibi devletin genel sınır dışı etme hakkıdır.⁹⁰² İlk olarak, muğlaklık sorununa ilişkin olarak, asgari standardın kendisinin daha fazla açıklanması ve somutlaştırılması gerekmektedir. Bu bağlamda, hakem heyetleri geleneksel olarak

⁸⁹⁵ Dumbery, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause*, s. 5.

⁸⁹⁶ M. Sornarajah, **Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 247.

⁸⁹⁷ Dumbery, *The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, s. 14.

⁸⁹⁸ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 145; Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 163; Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 67.

⁸⁹⁹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 28.

⁹⁰⁰ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, ss. 236-7.

⁹⁰¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 44.

⁹⁰² OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", s. 9.

1926 tarihli Neer davasında uluslararası teamül hukuku asgari standardının tanımına başvurmuştur.

Neer Talebine ilişkin 1926 tarihli karar, uluslararası asgari standart için mihenk taşıdır. Bu talep, Meksika’da öldürülen Paul Neer’in ailesi adına Amerika Birleşik Devletleri tarafından ABD Meksika Talep Komisyonu’na sunulmuştur. Talep, Meksika Hükümeti’nin sorumluları kovuşturma konusunda gerekli özeni göstermediği ve aileye tazminat ödemesi gerektiği yönündeydi. Komisyon, Meksika makamlarının Amerikan vatandaşının öldürülmesinden sorumlu olanları yakalamaması veya cezalandırmamasının, yabancılara yönelik muameleye ilişkin uluslararası asgari standardı tek başına ihlal etmediğine karar vermiştir.

Neer davasında Komisyon üç önemli noktaya dikkat çekmiştir. Birincisi, bu tür bir uluslararası suç ile ulusal egemenliğe özgü yetersiz bir güç kullanımı arasındaki sınırı belirlemek için genel bir formül geliştirmenin zorluğunu kabul ederek adaletin reddinin tanımlanmasının karmaşık olduğunu ileri sürmüştür. İkincisi, Komisyon, adaletin reddi ile geliştirmekte olduğu genel formül arasındaki ilişkiyi ele almış ve adaletin reddi ifadesinin, mahkemelerin eylemlerinin yanı sıra yürütme ve yasama makamlarının eylemlerine de uygulanan geniş anlamıyla mı, yoksa yalnızca yargı eylemleriyle sınırlı olan dar anlamıyla mı alındığının önemli olmadığı sonucuna varmıştır. Bu ayrımın önemsiz olmasının nedeni, uygulanabilir standardın tüm davalarda aynı olmasıydı: İkinci durumda, yargı eylemlerine uygulanan aynı mantık, adaletin reddi adı altında, farklı bir ad altında da olsa, yürütme ve yasama makamlarının haksız eylemlerine de uygulanacaktır. Üçüncüsü, Komisyon hükümet eylemlerinin uygunluğunu uluslararası standartların testine tabi tutmalıdır ve bir yabancıya yönelik muamelenin uluslararası bir suç oluşturması için hakaret, kötü niyet, kasıtlı görev ihmali veya makul ve tarafsız herhangi bir kişinin kolayca yetersiz olarak kabul edeceği uluslararası standartların çok altında bir yetersizlik olması gerekmektedir.⁹⁰³

⁹⁰³ L. F. H. Neer and Pauline Neer (ABD) v. Meksika, § 4. “Komisyon, bu tür bir uluslararası suç ile ulusal egemenliğe dahil bir yetkinin tatmin edici olmayan kullanımı arasındaki sınırı belirlemek için genel bir formül geliştirmenin zorluğunu kabul etmektedir. 1910 yılında John Bassett Moore, “adaletin inkarı sorununun her durumda belirlenebileceği kesin ve tavizsiz formülleri önceden ortaya koymanın uygulanabilir olduğunu düşünmediğini” gözlemlemiş ve 1923 yılında De Lapradelle ve Politis, adaletin inkarının kaçamak ve karmaşık karakterinin her türlü tanıma meydan okur gibi görüldüğünü belirtmiştir. “Adaletin reddi” ifadesinin, mahkemelerin eylemlerinin yanı sıra yürütme ve yasama makamlarının eylemleri için de geçerli olduğu geniş anlamda mı yoksa sadece yargı

Komisyon'un kararının merkezinde iki önerme yer almaktadır. Birincisi, iç hukuka uygunluğun tek başına yeterli olmadığı, uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancıları belirli hükümet davranışlarına karşı koruyan bağımsız bir standardın mevcut olduğudur. İkincisi, uluslararası hukukun ihlali ile ulusal egemenliğe dahil olan gücün yetersiz kullanımı arasındaki ayrım çizgisinin, bir hakaret, kötü niyet, görevin kasıtlı ihmali veya her makul ve dürüst insanın yetersizliğini kolayca fark edeceği uluslararası standartların çok altında bir hükümet eylemi yetersizliği anlamına gelen muamele olduğudur. Komisyon, devlet sorumluluğu için yabancıların haklarının korunmasına yönelik kabul edilemez başarısızlık eylemlerinde bulunması gerektiğini belirterek yüksek bir eşik belirlemiştir. Kararın verildiği yirminci yüzyılın ilk yarısında asgari standart, devletlerin sorumluluğu için katı şartlar aramaktadır⁹⁰⁴ Neer standardının doktrin ve yatırım tahkimi kararlarında sıklıkla teamül hukukunu yansıttığını söylene de bu karardaki ifadenin kaynağının medeni milletler tarafından tanınan genel ilkeler olan eşitlik ve adalet olduğunu öne sürenler de mevcuttur.⁹⁰⁵

Neer dosyası kapsamı, bir yabancıнын devlet tarafından kötü muameleye tabi tutulması konusunu gündeme getirmeyip, bir yabancıyı öldüren suçluları yakalama yükümlülüğü ile ilgiliydi. Bu durum, modern yatırım antlaşmaları kapsamında AHM'den ziyade tam koruma ve güvenlik kapsamında değerlendirilecek bir duruma ilişkindir. Bu olayın kazandıracağı bakış açısı yabancılarına kötü muamele etmeme yükümlülüğün bütünü olmaktan öte yalnızca benzer durumlar için fikir verebilir. Doktrinde de Neer'in muğlaklığının ve hukuken anlaşılması zor kriterler önermesi sebebiyle büyük bir önem atfedilmemesi gerektiği de belirtilmektedir.⁹⁰⁶

makamlarının eylemleriyle sınırlı dar anlamda mı kullanıldığının bir önemi yoktur çünkü ikinci durumda, 'adaletin reddi' adı altında yargının eylemlerine uygulananla aynı olan bir mantık, farklı bir isim altında da olsa, yürütme ve yasama makamlarının haksız eylemlerine uygulanacaktır. Kesin bir formül ortaya koymaya çalışmadan, Komisyon'un görüşüne göre, alıntılanan yazarlardan biraz daha ileri gitmek ve (ilk olarak) hükümet eylemlerinin uygunluğunun uluslararası standartların testine tabi tutulması gerektiğini ve (ikinci olarak) uluslararası bir suç teşkil etmesi için bir yabancıya yapılan muamelenin bir hakaret, kötü niyet, kasıtlı görev ihmali veya her makul ve tarafsız insanın yetersizliğini kolayca fark edeceği uluslararası standartların çok altında bir hükümet eylemi yetersizliği anlamına gelmesi gerektiğini savunmak mümkündür. Yetersizliğin makul bir yasanın eksik uygulanmasından mı yoksa ülke yasalarının yetkililere uluslararası standartlara uygun davranma yetkisi vermemesinden mi kaynaklandığı önemsizdir."

⁹⁰⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 48.

⁹⁰⁵ Blandford, "The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War", s. 299.

⁹⁰⁶ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 51.

Neer, uluslararası standardın varsayılan unsurunu belirlerken, usul çerçevesine uymayan daha ayrıntılı kurallar geliştirmesi de kararı karmaşık hale getirmiştir. Neer standardının uygulanabilirliği konusunda şüpheli olmak için iyi nedenler vardır.⁹⁰⁷ Robert Jennings'in Neer davasındaki standardın ölçüsüyle ilgili olarak *"Bu kadar kaba bir standardın, modern ticari sözleşmeler ve imtiyazlardan kaynaklanan sorularla pek ilgisi yoktur... Sözleşme gibi bir alanda artık gerekli olan şey, teknik hukukun ayrıntılı kuralları kadar çok genel ilkeler değildir. Kuşkusuz bu kuralların uluslararası standardın çağdaş içeriğini temsil ettiği söylenebilir. Ancak, bu tür kurallar, uluslararası bir standart fikrinden a priori olarak çıkarılamaz"*⁹⁰⁸ tespiti yapmıştır.

Neer davası, devlet dışı aktörlerin yatırıma şiddetli müdahalesi veya adaletin reddi alanlarında sınırlı bir geçerliliğe sahip olabilir. Ancak, bunun ötesinde, asgari standart ve ilgili içtihat hukuku, muhtemelen çok geniş bir konu yelpazesini içeren yabancı yatırımlara ilişkin karmaşık modern yatırımcı devlet tahkimlerinde hakemlere rehberlik etmek için pek kullanışlı görünmemektedir.⁹⁰⁹

Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri-Meksika Talep Komisyonları, ev sahibi devlet makamlarının yabancıların haklarına aktif müdahalesi durumunda inceleme standardını Neer'den farklı bir şekilde formüle etmişti. Neer'den kısa bir süre sonra karara bağlanan ve bir Amerikan vatandaşının keyfi olarak tutuklandığı iddiasıyla ilgili olan Harry Roberts v. Meksika davasında⁹¹⁰, dolayısıyla bugün bir yatırım antlaşması bağlamında AHM kapsamına girebilecek bir meselede⁹¹¹, Komisyon daha farklı bir standart formüle etmiştir: *"test, genel anlamda, yabancılara olağan medeniyet standartlarına uygun muamele edilip edilmediğidir."*⁹¹² Buna göre, Komisyon, ev

⁹⁰⁷ a.g.e., s. 54.

⁹⁰⁸ R. Y. Jennings, "State Contracts in International Law", **British Year Book of International Law**, C. 37, 1961, s. 180.

⁹⁰⁹ Kläger, "Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development", s. 71.

⁹¹⁰ *Harry Roberts (ABD) v. Meksika*, Karar, 2 Kasım 1926, IV RIAA 77.

⁹¹¹ Yatırım antlaşması davalarında Roberts'a yapılan atıflar için bkz. örneğin, *Ol European Group BV v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/11/25, Karar, 10 Mart 2015, § 486-489; *Joseph C Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 248-249.

⁹¹² *Harry Roberts (ABD) v. Meksika*, Karar, 2 Kasım 1926, IV RIAA 77, § 8: *"Yabancılara ve vatandaşlara eşit muameleyle ilişkin gerçekler, bir yabancıнын kötü muamele gördüğüne ilişkin bir şikayetin esasının belirlenmesinde önemli olabilir. Ancak, bu tür bir eşitlik, yetkililerin eylemlerinin uluslararası hukuk ışığında uygunluğunun nihai testi değildir. Bu test, genel anlamda, yabancılara olağan uygarlık standartlarına uygun muamele edilip edilmediğidir."*

sahibi devlet yetkililerinin aktif müdahalesinin uluslararası hukuk kapsamında yasal olabilmesi için, daha düşük bir standart olan öfke, kötü niyet veya kasıtlı görev ihmaline değil, olağan medeniyet standartlarına uygun olması gerektiği sonucuna varmıştır.

Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde, bazı kararların, AHM ile asgari standart arasındaki olası herhangi bir denklemi açıkça reddetmesinin yanı sıra⁹¹³, uluslararası hukuk ilkelerine uygun AHM'nin uluslararası teamül hukuku uyarınca yabancılara yapılması gereken asgari muamele düzeyi ile örtüşüp örtüşmediği sorusu oldukça dogmatik ve kavramlara dayanan bir tartışma⁹¹⁴ olduğu tespitini yaparak, uluslararası teamül hukuku kapsamında asgari standardı neyin oluşturduğuna dair genel bir konsensüsün yokluğu vurgulanmaktadır. Sıklıkla ifade edildiği gibi asgari standardın kendisi de muğlaktır ve kesin bir içeriğe sahip değildir. Uluslararası asgari standardına ilişkin üç farklı temel yorum mevcuttur: birincisi, uluslararası asgari standart Neer standardı ile eş tutulmaktadır⁹¹⁵, ikincisi uluslararası asgari standart Neer

⁹¹³ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, Karar, § 530: “Mahkeme, Antlaşmada yer alan AHM standardının [...] uluslararası teamül hukuku kapsamındaki ‘uluslararası asgari standart’ ile eşitlenemeyeceği, bunun yerine özerk bir antlaşma standardı teşkil ettiği görüşündedir.”

⁹¹⁴ *SAUR International S.A. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/04/4, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 6 Haziran 2012, § 491; *Rusoro v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB(AF)/12/5, Karar, 22 Ağustos 2016, § 520.

⁹¹⁵ *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 22: “Bugün mahkemelere sunulan durumlar 1920’lere kıyasla daha çeşitli ve karmaşık olsa da, Neer kapsamında gerekli olan inceleme düzeyi aynıdır. Teamülde bir değişiklik olduğunu ortaya koyacak yeterli kanıtın bulunmadığı göz önüne alındığında, Neer standardının temelleri bugün de geçerlidir: NAFTA’nın 1105. Maddesinde belirtilen uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardını ihlal etmek için, bir eylem yeterince kabul edilemez ve şok edici olmalıdır - adaletin büyük ölçüde inkarı, açık keyfilik, bariz adaletsizlik, yasal sürecin tamamen eksikliği, açık ayrımcılık veya açık bir neden eksikliği - kabul edilen uluslararası standartların altına düşecek ve m. 1105(1) ihlalini oluşturacak şekilde.”

standardının ötesine geçmektedir⁹¹⁶, üçüncüsü uluslararası asgari standart kapsamında Neer standardı gelişmiştir.⁹¹⁷

Doktrin ve mahkeme kararlarında en tartışmalı sorulardan biri asgari muamele standardı ile AHM standardı arasındaki ilişki ile ilgilidir.⁹¹⁸ Çoğunlukla AHM standardının asgari muamele standardından farklı olup özerk bir anlama sahip bağımsız bir antlaşma standardı olarak nitelendirilmektedir.⁹¹⁹ AHM standardının ortaya çıkış sürecine de bakılacak olursa, temelde asgari muamele standardının getirdiği korumanın belirsizliği ve bu sebeple gelen itirazların yoğun olduğu bir dönemde ortaya çıkmıştır.⁹²⁰ Yatırım antlaşmaları adil ve hakkaniyete uygun muamele ile teamül kapsamındaki asgari standart ile arasındaki ilişkiyi farklı terimlerle ele almaktadır. Bazı antlaşmalar AHM'nin teamül kapsamındaki asgari standart ile özdeş olduğunu açıkça kabul ederken bazıları AHM'yi özerk olarak şekillendirir. Öte yandan ara formüllerin de birçok versiyonu mevcuttur.⁹²¹

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ile Asgari Standartın Birbirine Denk Olduğuna Dair Yaklaşım

1967 OECD Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Sözleşme Taslağı adil ve hakkaniyete uygun muamelenin içeriğini uluslararası asgari standartla eşitlemiş

⁹¹⁶ *Waste Management v. Meksika*, Karar. Bu karara göre, özellikle, hem *Mondev v. ABD* hem de *ADF v. ABD* hakem heyetleri, NAFTA tarafından belirlenen yabancı bir yatırıma yönelik muamele standardının *Neer* davasında atıfta bulunulan türden çirkin muamele ile sınırlı olduğu yönündeki herhangi bir öneriyi reddetmiştir (*Waste Management v. Meksika*, Karar, § 93). Gerçekten de, bazı vurgu farklılıklarına rağmen, m. 1105 için genel bir standart ortaya çıkmaktadır. Birlikte ele alındığında, *S.D. Myers, Mondev, ADF* ve *Loewen* davaları birlikte ele alındığında, adil ve hakkaniyete uygun muameleyle ilişkin asgari standart, devlete atfedilebilen ve davacıya zarar veren davranışların keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz veya kendine özgü olması, ayrımcı olması ve davacıyı kesitsel veya ırksal önyargılara maruz bırakması halinde ihlal edildiğini göstermektedir, ya da adli işlemlerde doğal adaletin açıkça ihlal edilmesi ya da idari bir süreçte şeffaflık ve dürüstlükten tamamen yoksun olunması durumlarında olduğu gibi, adli mülkiyeti rencide eden bir sonuca yol açan adil bir sürecin eksikliğini içerir' (*Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98). Aynı görüş *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. ABD*, Karar, § 166'da da ileri sürülmüştür: BIT m. II(2), adil ve hakkaniyete uygun muamelenin sağlanacağı "uluslararası hukuk ilkelerine" atıfta bulunmaktadır. Bu ilkeleri belirlemek için mahkeme, yatırımların korunması alanında uluslararası kamu hukukunun mevcut gelişim durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Mahkemenin görüşü, uluslararası kamu hukuku ilkelerinin *Neer* davasından bu yana geliştiği ve bugünkü standardın davalının dayandığı *Neer* davasında tanımlanandan daha geniş olduğu yönündedir.

⁹¹⁷ *Merril & Ring v. Kanada*, Karar, § 182 ve devamı.

⁹¹⁸ Dumberry, "Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?", s. 155.

⁹¹⁹ a.g.e., s. 156.

⁹²⁰ a.yer.

⁹²¹ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 160.

görülmektedir. Devlet uygulamaları bu görüşü desteklemektedir. Belçika, İspanya, Birleşik Krallık ve ABD gibi devletlerin UAD'deki savunmalarında adil ve hakkaniyete uygun muamele dilini, adaletin hukuka uygun idaresine ve genel olarak yabancılara muameleye ilişkin teamül kurallarına atıfta bulunmak için kullandıklarını göstermektedir.⁹²²

AHM kavramını ele almasa da, hatta yabancı mülkiyeti veya yatırımın korunması ile ilgili bir davayı ele almasa da, Neer'deki karar yatırım tahkiminde⁹²³ yaygın olarak uluslararası asgari standart için dönüm noktası davası olarak kabul edilmektedir. Neer'in yabancılara özel taraflarca işlenen eylemlere karşı koruma yükümlülüğü ile ilgili olmasına rağmen yatırım tahkimi kararlarında, Komisyon'un telaffuz ettiği inceleme standardını (öfke, kötü niyet vb.), ev sahibi devletin aktif müdahalesinin söz konusu olduğu durumlar da dahil olmak üzere, uluslararası asgari standardın ihlalini belirlemek için genel olarak uygulanabilir kıstaslar olarak değerlendirilmiştir. Bu durum, doğal olarak eleştirilmiştir.⁹²⁴

Neer'in kendi sınırlamalarına rağmen, birçok yatırım antlaşması tahkiminde bu karar, ulusal hukuktaki asgari muamele standardı ile antlaşmaya dayalı AHM arasındaki ilişki hakkındaki tartışmaların başlangıç noktası olmuştur. Bazı hakem heyetleri Neer'de beyan edilen inceleme standardını onaylarken, diğerleri ise günümüz küresel ekonomisinin ihtiyaçlarına yeterince uyarlanmamış gibi görünen bir standart olarak değerlendirip farklı yaklaşımlar benimsemiştir.

⁹²² Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 162.

⁹²³ Neer özellikle NAFTA mahkemeleri tarafından öne çıkarılmaktadır. Örneğin, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 427-445; *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 496-507.; NAFTA dışındaki örnekler için bakınız, örneğin, *Azurix v. Arjantin*, Nihai Karar, § 365; *Siemens AG v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 293; *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Umman Sultanlığı*, ICSID Dava No. ARB/11/33, Karar, 3 Kasım 2015, § 383. Ayrıca bkz. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya Cumhuriyeti*, Karar, § 367.

⁹²⁴ *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 115: "Ancak, Mahkeme, Neer davasının ve atıfta bulunulan diğer benzer davaların, yabancı yatırıma yapılan muameleyle değil, yabancının fiziksel güvenliğiyle ilgili olduğunu gözlemleyecektir. Ayrıca, Neer davasındaki spesifik konu, Meksika'nın kontrolü altında veya Meksika'nın kışkırtmasıyla hareket ettiği iddia edilmeyen bir dizi silahlı adam tarafından bir ABD vatandaşının öldürülmesine ilişkin etkili bir polis soruşturması yürütmemesi nedeniyle Meksika'nın sorumluluğuydu. Genel olarak, devlet özel şahısların eylemlerinden sorumlu değildir ve sadece özel durumlarda, müteakip soruşturmanın yürütülmesindeki bir başarısızlıktan uluslararası düzeyde sorumlu olur. Bu nedenle, ikili yatırım antlaşmalarının ve NAFTA'nın hükümlerinin, devlet topraklarında bulunan yabancılara fiziksel güvenliğini etkileyen özel tarafların eylemlerine karşı koruma yükümlülüğüne ilişkin Neer ilkesini içermekle birlikte, konunun devletin kendisi tarafından yabancı yatırıma yapılan muamele olduğu durumlarda Neer'in aşırı kötü muamele standardıyla sınırlı olduğunu varsaymak için yeterli neden yoktur."

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu 2001 tarihli Yorumlayıcı Notunu yayınlarak adil ve hakkaniyete uygun muamelenin, “uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardının gerektirdiğine ek olarak veya ötesinde bir muamele gerektirmediği” hususuna açıklık getirmiştir. Bu sebeple, sonraki NAFTA mahkemeleri çoğunlukla yorumlayıcı nota uyarak yeniden Neer’de belirtilen anlayışa yakınlaşmıştır.

NAFTA kapsamındaki davalarda, AHM ile asgari standart arasındaki ilişki sıklıkla incelenmiştir. *Thunderbird v. Meksika* davasında, hakem heyeti, her ne kadar teamül hukukunun geliştiğini belirtse de standartları koyarken Neer’in koyduğu eşiği esas alarak uluslararası asgari standardın yüksek bir eşik gerektiren ve dolayısıyla AHM standardının kapsamını kısıtlayan yaklaşımını savunmuştur. NAFTA m. 1105 kapsamında uluslararası asgari standardın kapsamına ilişkin yorumu, “Asgari standardın içeriği katı bir şekilde yorumlanmamalı ve gelişen uluslararası teamül hukukunu yansıtmalıdır. Neer Davası gibi 1926 tarihli kararlardan bu yana teamül hukukunun geçirdiği evrime rağmen, asgari muamele standardının ihlal edildiğini tespit etmek için gereken eşik, yakın tarihli uluslararası içtihadın da gösterdiği gibi, hala yüksektir. Mevcut davanın amaçları doğrultusunda, Mahkeme, NAFTA ve uluslararası teamül hukuku tarafından öngörülen asgari muamele standardının ihlaline yol açacak eylemleri, verilen olgusal bağlamla tartıldığında, kabul edilebilir uluslararası standartların altında kalan, adaletin ağır bir şekilde inkarı veya açık bir keyfilik anlamına gelen eylemler olarak görmektedir”⁹²⁵ şeklindedir.

NAFTA kapsamındaki *Glamis Gold v. ABD* davasında, hakem heyeti, Neer’in evrimleştiğine ilişkin fikre karşı çıkmıştır.⁹²⁶ Hakem heyeti, AHM’nin esnek bir yapıya sahip olmadığını belirtmiştir.⁹²⁷ Hakem heyeti, bugünkü durumların 1920’lere göre

⁹²⁵ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Karar, § 194.

⁹²⁶ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 614: “Bu durum, hakem kararlarında katı bir standardı kanıtlayan sıfat değiştiricilerin bol miktarda ve sürekli olarak kullanılmasında açıkça görülmektedir. *International Thunderbird*, asgari muamele standardını ihlal ettiğini düşündüğü eylemleri tanımlamak için “adaletin büyük ölçüde inkarı” ve “açık keyfilik” terimlerini kullanmıştır. S.D. Myers, bir yatırımcıya “böylesine adaletsiz veya keyfi bir şekilde” muamele edildiğinde 1105. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Mondev mahkemesi* şu kararı vermiştir: “Test, belirli bir sonucun şaşırtıcı olup olmadığı değil, tarafsız bir mahkemede meydana gelen şok veya şaşkınlığın, üzerinde düşünüldüğünde, sonucun yargısal uygunluğuna ilişkin haklı endişelere yol açıp açmadığıdır.”

⁹²⁷ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 615: “Uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardı sadece asgari bir standarttır. Uluslararası toplum tarafından kabul edilmeyen davranışların altında kalınan bir taban, mutlak bir dip olarak hizmet etmesi amaçlanmıştır. Davanın koşulları elbette

daha çeşitli ve karmaşık olsa da, inceleme düzeyinin aynı olduğu ve Neer standardının temellerinin bugün de geçerli olduğunu belirtmiştir.⁹²⁸ Bu yüksek engeli aşmak için öncelikle asgari standardın gelişip gelişmediği konusundaki ispat yükünü yatırımcıya yüklemiştir.⁹²⁹ Aynı zamanda, hakem heyeti, uluslararası bir toplum olarak, daha önce bizi rahatsız etmeyen devlet eylemleri karşısında şimdi şok olmamız tamamen mümkündür diyerek bir arka kapı açık bırakmıştır.⁹³⁰ Sonuç olarak, hakem heyeti, uluslararası asgari standardın yüksek sorumluluk eşiği açısından Neer davası tarafından belirlenen muamele standardına eşit olduğunu, ancak bu standart günümüzde neyin şok edici veya kabul edilemez olarak görülebileceği açısından geliştiğini belirtmiştir.

Genel olarak baktığımızda FTC'nin AHM standardı hakkındaki yorumundan sonra NAFTA mahkemelerinin genellikle bu AHM formülasyonunun uluslararası asgari standarda eşdeğer olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne bağlı kalmışlardır. Birçok mahkeme, teamül hukuku asgari muamele standardının sadece asgari bir standart olduğunu belirtip FTC yorumunu takip etmiştir.⁹³¹

NAFTA dışındaki bazı mahkemeler de AHM standardını uluslararası asgari standarda eşdeğer olarak değerlendirmiştir. Örneğin, *Genin v. Estonya* davasında, hakem heyeti, AHM'nin tam içeriğinin belirsiz olacağını teyit ederken, AHM'nin iç hukuktan ayrı, ancak gerçekten de asgari bir standart olan bir uluslararası asgari standart gerektirdiğini ileri sürmüştür: “*BIT m. II(3)(a), imzacı hükümetlerin yabancı*

ilgili olsa da, standardın devletten devlete veya yatırımcıdan yatırımcıya değişmesi amaçlanmamıştır. Madde 1105 tarafından vaat edilen adil ve hakkaniyete uygun muamele dinamik değildir; uluslar arasında değişiklik gösteremez, dolayısıyla sağlanan korumanın asgari bir düzeyi olmayacaktır.”

⁹²⁸ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 616: “NAFTA’nın 1105. Maddesinde belirtilen uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardını ihlal etmek için, bir eylemin kabul edilen uluslararası standartların altına düşmesi ve 1105(1) Maddesinin ihlalini oluşturması için yeterince kabul edilemez ve şok edici olması gerekir - adaletin büyük ölçüde reddedilmesi, açık bir keyfilik, bariz adaletsizlik, adil yargılama sürecinin tamamen yokluğu, açık bir ayrımcılık veya açık bir neden eksikliği -. Mahkeme, Neer’den evrilen ve genel olarak üzerinde mutabık kalınan bir hususun, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edildiğinin tespit edilmesi için kötü niyetin gerekli olmadığı, ancak varlığının bunun kesin kanıtı olduğu olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, kabul edilemez veya şok edici bir eylem de kötü niyetin kanıtı olabilir, ancak ihlalin tespiti için böyle bir kötü niyet gerekli değildir. Bu nedenle, uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardının ihlal edildiğinin tespit edilmesine ilişkin standart Neer döneminde olduğu kadar katı olmaya devam etmektedir; ancak, uluslararası bir toplum olarak, daha önce bizi rahatsız etmeyen devlet eylemleri karşısında şimdi şok olmamız tamamen mümkündür.”

⁹²⁹ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 601.

⁹³⁰ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 616; *Cargill Inc v. Meksika*, Karar, § 282.

⁹³¹ *Chemtura v. Kanada*, Karar, § 120; *Grand River v. ABD*, Karar, § 214, 219; *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 213; *Mesa Power v. Kanada*, Karar, 24 Mart 2016, § 503.

yatırımlara “adil ve hakkaniyete uygun” bir şekilde muamele etmesini gerektirmektedir. Uluslararası hukuk kapsamında, bu gereklilik genellikle “ev sahibi devletin iç hukukundan bağımsız temel ve genel bir standart sağlamak” olarak anlaşılmaktadır. Bu standardın tam içeriği net olmamakla birlikte, Mahkeme bunun iç hukuktan ayrı, ancak gerçekten de asgari bir standart olan “uluslararası bir asgari standart” gerektirdiğini anlamaktadır. Bu asgari standardı ihlal edecek eylemler, kasıtlı bir görev ihmali, uluslararası standartların çok altında kalan bir eylem yetersizliği ve hatta sübjektif kötü niyet gösteren eylemleri içerecektir.”⁹³²

İlgili yatırım antlaşması metninde, AHM ile asgari standart eşitlenmemesine rağmen, AHM ile asgari standardı eşitleyen kararlar da bulunmaktadır. Arjantin-ABD BIT (1991) AHM maddesinin genel uluslararası hukuka bir atıf içerdiğini belirtmek gerekir. Bu maddeye göre yatırımlara her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılacaktır ve hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az muamele yapılmayacaktır.⁹³³ Hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az muamele yapılmayacağını belirten AHM maddesini yorumlayan hakemler, bu atfın AHM’nin genel uluslararası hukukla sınırlı görülmesi gerektiği anlamına gelmediğini vurgulamıştır. *Azurix v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, bunun AHM’nin altına düşmemesi gereken bir zemin olarak görülmesi gerektiğine karar vermiştir: “Taslak haliyle madde, adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenliğin uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha yüksek standartlar olarak yorumlanmasına izin vermektedir. Üçüncü cümlemin amacı, bu standartların uluslararası hukukun gerektirdiğinin altında yorumlanmasını önlemek için bir tavan değil, bir taban belirlemektir.”⁹³⁴ Hakem heyetine göre, AHM’nin altına düşmemesi gereken bir taban, yani alt çizgi veya kelimenin tam anlamıyla minimum olarak kabul edilmelidir.⁹³⁵

El Paso v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM ile uluslararası asgari standardın, daha düşük bir asgari muamele standardı sağlayabilecek olan ev sahibi

⁹³² *Genin v. Estonya*, Karar, § 367.

⁹³³ Arjantin-ABD BIT (1991) m. II(2)(a).

⁹³⁴ *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 361.

⁹³⁵ *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 361: “Taslak haliyle madde, adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenliğin uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha yüksek standartlar olarak yorumlanmasına izin vermektedir. Üçüncü cümlemin amacı, bu standartların uluslararası hukukun gerektirdiğinin altında yorumlanmasını önlemek için bir tavan değil, bir taban belirlemektir.”

devletin iç hukukundan bağımsız olduğunu belirtmiştir.⁹³⁶ Hakem heyeti, ulusal hukuk düzenleri tarafından sağlanan korumaya bakılmaksızın, yatırım antlaşmasındaki AHM hükmünün uluslararası hukukun gerektirdiği uluslararası asgari standart olduğunu belirtmiştir.⁹³⁷ *Mobil Investment v. Arjantin* davasında da benzer karar verilmiştir: “*Hem genel uluslararası asgari standardın hem de BIT’lerde bulunan AHM standardının oynadığı özel rol, ulusal muamele ve en çok kayrılan yatırımcı hükümleri tarafından korunan yabancı yatırımlara yönelik muamelenin belirli bir asgari seviyenin altına düşmemesini sağlamaktır.*”⁹³⁸ *Enron v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, AHM’nin uluslararası asgari standardına kısmen eşdeğer olabileceğini değerlendirmiştir. Bununla birlikte, uluslararası asgari standardın çok muğlak kaldığı durumlarda, AHM’nin daha kesin bir standart sağlayacağını vurgulamıştır: “*Uluslararası asgari standardın yeterince ayrıntılı ve açık olduğu bazı durumlarda, adil ve hakkaniyete uygun muamele bu standartla eşitlenebilir. Ancak, diğer belirsiz durumlarda, adil ve hakkaniyete uygun muamele uluslararası teamül hukuku atalarından daha kesin olabilir.*”⁹³⁹

Uluslararası hukuka atıfta bulunmayan bir AHM hükmünü de uluslararası asgari standart ile sınırlayan hakem heyetleri bulunmaktadır. *Unión Fenosa Gas v. Mısır* davasında, hakem heyeti, uluslararası hukuka atıfta bulunmayan bir AHM hükmü ile ilgili olarak,⁹⁴⁰ “*Bu AHM standardı, kapsam dahilindeki yatırımlara ve yatırımcılara geniş bir koruma sağlamaktadır. Mahkeme, m. 4(1) kapsamında, bir yatırımcının ‘meşru beklentilerini’ boşa çıkaran davranışlar da dahil olmak üzere, ev sahibi devletin ‘haksız, keyfi, adaletsiz, ayrımcı veya yasal süreci ihlal eden’ davranışlarını yasaklayan (diğerlerinin yanı sıra) uluslararası teamül hukuku standardını uygulamakla yetinmektedir*”⁹⁴¹ tespitini yaparak asgari standarda vurgu yapmıştır.

AHM standardının uluslararası asgari standartla neredeyse aynı olduğunu ileri süren kararlar bulunmaktadır. Örneğin, *AMTO v. Ukrayna* davasında, hakem heyeti, “*Madde 10(1)’de açıkça bir örtüşme söz konusudur. Madde hem adil ve hakkaniyete*

⁹³⁶ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 336.

⁹³⁷ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 336.

⁹³⁸ *Mobil Exploration v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 911.

⁹³⁹ *Enron v. Arjantin*, Karar, § 258; *Sempra v. Arjantin*, Karar, § 302.

⁹⁴⁰ Mısır-İspanya BIT (1992) m. 4(1): “*Her bir Taraf kendi topraklarında diğer Tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasını garanti edecektir*”

⁹⁴¹ *Unión Fenosa Gas v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/14/4 , Karar, 31 Ağustos 2018, § 9.51

uygun muameleye hem de uluslararası hukukun gerektirdiği asgari standarda atıfta bulunmaktadır; oysa bu iki standart birçok bağlamda aynı olabilir”⁹⁴² tespiti yapmıştır. Benzer şekilde, Deutsche Bank v. Sri Lanka, davasında, hakem heyeti, “adil ve hakkaniyete uygun muameleye ilişkin antlaşma standardının gerçek içeriğinin, çok sayıda hakem heyeti ve yorumcu tarafından kabul edildiği üzere, uluslararası teamül hukukundaki asgari muamele standardının içeriğinden önemli ölçüde farklı olmadığını” ileri sürmüştür.⁹⁴³

B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ile Asgari Standardın Birbirinden Farklı Olduğuna Dair Yaklaşım

Bazı NAFTA mahkemeleri dahi AHM’nin uluslararası teamül hukuku standardından bağımsız özerk bir standart olduğu fikrini benimsemiştir. Bu durum, özellikle FTC yorumundan önce verilen kararlarda söz konusu olmuştur. Örneğin, *S.D. Myers v. Kanada* davasında, hakem heyeti, asgari standart altına düşülmemesi gereken bir zemin olarak değerlendirmiştir.⁹⁴⁴ *Pope & Talbot v. Kanada* davasında, hakem heyeti, AHM standardının yabancılara yönelik asgari muamele standardına ek olduğunu ve bu nedenle mahkemelerin bu standardın sınırlarının ötesine geçmekte özgür olduğunu ileri sürmüş ve böylece Kanada’nın standardın Neer davasında geliştirilen standarda uygun olarak kabul edilemez bir suistimal bulgusu gerektirdiği yönündeki argümanını reddetmiştir.⁹⁴⁵

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu 2001 tarihli Yorumlayıcı Notundan sonra dahi bazı kararlarda Neer kapsamında AHM’ye ilişkin sınırlı bakış açısı eleştirilmiştir. *Mondev v. ABD* davasında, hakem heyeti, Neer’de atıfta bulunulan kabul edilemez suistimal türlerinin ötesine geçerek geliştiğini vurgulamıştır. Hakem heyeti, Neer kararının 1920’lerde verildiği vurgulamıştır. Hakem heyeti, Neer dönemde bireyin ve bunun bir örneği olarak yabancı yatırımcının korunmasına ilişkin olan kavramların içeriği bugünkü düzeyinden oldukça uzak olduğunu ve özellikle, bir devletin kötü niyetle hareket etmek zorunda olmaksızın yabancı yatırımlara haksız ve adaletsiz

⁹⁴² *AMTO v. Ukrayna*, Nihai Karar, § 74.

⁹⁴³ *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka Demokratik Sosyalist Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/09/2, Karar, 31 Ekim 2012, § 418-9.

⁹⁴⁴ *S.D. Myers v. Kanada*, Kısmi Karar, § 259: “Asgari standart, bir hükümet ayrımcı bir şekilde hareket etmese bile, yabancı yatırımcılara yönelik muamelenin altına düşmemesi gereken bir zemindir.”

⁹⁴⁵ *Pope & Talbot v. Kanada*, 2. Aşama Esaslarına İlişkin Karar, § 110.

davranabileceği belirtmiştir.⁹⁴⁶ Yasal sürecin eksikliği anlamında açık bir adaletsizlik yeterlidir.⁹⁴⁷ Hakem heyeti, neyin adil ve hakkaniyete uygun olduğuna dair bir yargıya soyut olarak varılamayacağını ve bu yargının somut olayın gerçeklerine bağlı olduğunu belirtmiştir.⁹⁴⁸ Madde 1105(1)'in yatırımların korunması için gerçek bir önlem sağlamayı amaçladığını ve genel dili ile uluslararası hukukun evrimsel karakteri göz önüne alındığında, evrimsel bir potansiyele sahip olduğu belirtilmiştir.⁹⁴⁹ Ancak, hakem heyeti yine de m. 1105(1)'nin, bir NAFTA mahkemesine, her bir davanın koşullarında neyin adil veya hakkaniyete uygun olduğuna sübjektif bir temelde karar verme konusunda sınırsız bir takdir yetkisi vermeyip devlet uygulamasında ve hakem mahkemelerinin içtihatlarında belirlenen asgari standartlarla bağlı olduğunu tespit etmiştir.⁹⁵⁰

ADF v. ABD davasında, hakem heyeti, asgari standardın evrim geçirdiğini belirtmiştir: “*FTC’nin 31 Temmuz 2001 tarihli Yorumunun anlamı ve etkileri değerlendirilirken, Davalı Amerika Birleşik Devletleri’nin m. 1105(1)’de atıfta bulunulan uluslararası teamül hukukunun “zaman içinde donmuş” olmadığını ve asgari muamele standardının evrim geçirdiğini kabul ettiğini akılda tutmak önemlidir... Uluslararası teamül hukukunun öngördüğü şey, Neer davası kararının verildiği 1927 yılındaki haliyle yabancılara yönelik asgari muamele standardının statik bir fotoğrafı değildir. Zira hem uluslararası teamül hukuku hem de onun içerdği yabancılara yönelik asgari muamele standardı sürekli bir gelişim sürecindedir.*”⁹⁵¹ Hakem heyeti, her hukuka aykırılığın AHM ihlali anlamına gelmeyeceğini de belirtmiştir; “*Bir eylem veya tedbiri 1105(1) Maddesinin uluslararası teamül hukuku gerekliliklerine aykırı hale getirmek için bir devletin iç hukuku kapsamında basit bir hukuka aykırılık veya yetki eksikliğinden daha fazlası gereklidir.*”⁹⁵² Hakem heyeti, “*Neer formülasyonunun, ev sahibi veya alıcı devlet tarafından yabancı yatırımcılara ve yatırımlarına yönelik muamelenin güncel bağlamına otomatik olarak genişletilebilir olduğu görüşünü destekleyecek hiçbir mantıksal gereklilik ve uyumlu devlet uygulaması bulunmamaktadır*”⁹⁵³ sonucuna ulaşmıştır. Hem *ADF v. ABD* hem

⁹⁴⁶ *Mondev v. ABD*, Karar, § 116.

⁹⁴⁷ *Loewen Group Inc. v. ABD*, Karar, § 132.

⁹⁴⁸ *Mondev v. ABD*, Karar, § 118.

⁹⁴⁹ *Mondev v. ABD*, Karar, § 119.

⁹⁵⁰ *Mondev v. ABD*, Karar, § 119.

⁹⁵¹ *ADF v. ABD*, Karar, § 179.

⁹⁵² *ADF v. ABD*, Karar, § 190.

⁹⁵³ *ADF v. ABD*, Karar, § 181.

de *Mondev v. ABD* davasındaki hakem heyeti, modern uluslararası asgari standardın Neer standardıyla sınırlı olmadığı sonucuna varmıştır.

NAFTA mahkemeleri dışındaki mahkemeler de AHM ile asgari standardın farklı olduğunu tespit etmektedir. *OKO v. Estonya* davasında standardı tam olarak tanımlamanın zorluğunu kabul eden hakem heyeti, “anlamı uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari standartla önemli ölçüde örtüşse de, bu AHM standardının yabancı yatırımcı için açıkça daha fazla koruma sağladığına” tespit etmiştir.⁹⁵⁴ Hakem heyeti, uluslararası hukuka atıfta bulunmayan bir AHM hükmüne özerk bir anlam verilmesi gerektiğine ve uluslararası teamül hukuku kapsamındaki daha düşük asgari muamele standardına eş tutulmaması gerektiğine karar vermiştir.⁹⁵⁵

Yatırım tahkimi hakem heyetleri, genel olarak, yatırım antlaşmasında özerk bir AHM standardı bulunması durumunda, AHM ile uluslararası asgari standardı eşitlememektedirler. *Urbaser v. Arjantin* davasındaki hakem heyeti Arjantin-İspanya BIT (1991) kapsamında niteliksiz bir AHM hükmünü değerlendirmiştir: “Mevcut davada geçerli olan BIT de dahil olmak üzere pek çok BIT’de muhafaza edilen adil ve hakkaniyete uygun muamele hükümlerinin, 20. yüzyılın ilk yarısında uluslararası teamül hukuku kapsamında muhafaza edilen standardın uygulanabilir olduğunu beyan etmekten başka veya ek bir amacı olmadığını iddia etmek için yeterli bir gerekçe yoktur.”⁹⁵⁶ Aynı antlaşma kapsamında, *Teinver v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, AHM’nin sadece uluslararası hukuktaki asgari muamele standardı olmadığını, zira bu terimin Antlaşmada kullanılmadığını tespit etmiştir.⁹⁵⁷

Cervin Investissements v. Kosta Rika davasında, hakem heyeti, Kosta Rika-İsviçre BIT (2000) kapsamında niteliksiz bir AHM hükmünü değerlendirmiştir ve uluslararası teamül hukukuna veya antlaşmadaki asgari standarda atıfta bulunulmaması halinde, yatırım antlaşmasında yer alan AHM korumasının özerk bir standart olarak ele alınması gerektiğine karar vermiştir.⁹⁵⁸ Benzer şekilde, niteliksiz bir AHM hükmü değerlendiren *Eureko B.V. v. Polonya* davasında, hakem heyeti,

⁹⁵⁴ *OKO v. Estonya*, Karar, § 238.

⁹⁵⁵ *OKO v. Estonya*, Karar, § 230.

⁹⁵⁶ *Urbaser v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/07/26, Karar, 8 Aralık 2016, § 604; *Biwater Gauff v. Tanzanya*, Karar, § 591.

⁹⁵⁷ *Teinver v. Arjantin*, Karar, § 666

⁹⁵⁸ *Cervin Investissements v. Kosta Rika*, Karar, § 452

antlaşmanın ihlalini teşkil etmek için, eylem ve eylemsizliklerin aşırı ve şok edici olarak nitelendirilecek derecede aşırı olması gerekmediğini tespit ederek Neer standardını reddetmiştir.⁹⁵⁹ Niteliksiz bir AHM hükmü değerlendiren *Flemingo v. Polonya* davasında, hakem heyeti, AHM’yi en çok gözetilen ulus kaydı ve ulusal muameleye yeniden indirgeyecek bir argümanı reddetmiştir: “*Davalı, ‘adil ve hakkaniyete uygun muamelenin’ yabancı yatırımcılara yerli ve diğer yabancı yatırımcılarla aynı şekilde muamele etmekten ibaret olduğunu ileri sürerken haklı değildir. Yerli ve diğer yabancı kuruluşlarla eşit muamele başka bir spesifik standarttır... Ev sahibi devlet tüm yatırımcılara - yerli ve yabancı - aynı şekilde muamele edeceği için bu muamele haksız veya adaletsiz olamaz.*”⁹⁶⁰

Saluka v. Çek Cumhuriyeti davasındaki hakem heyeti, Çek Cumhuriyeti - Hollanda BIT (1991) kapsamında niteliksiz bir AHM hükmünü değerlendirmiş ve özerk AHM standardına vurgu yaparak asgari standarttan farklı olduğunu belirtmiştir: “*Teamül ve antlaşma standartları arasındaki fark ne olursa olsun, bu Mahkeme kendisini Antlaşmanın 3.1 Maddesinde yer alan “adil ve hakkaniyete uygun muamele” standardının yorumlanmasıyla sınırlamak zorundadır. Bu maddede, teamüldeki asgari standarda açıkça atıfta bulunulmamaktadır. Dolayısıyla m. 3.1’in yorumlanmasında, “adil ve hakkaniyete uygun muamele” standardını teamül asgari standardına açıkça bağlayan antlaşmalarda (NAFTA gibi) ortaya çıkabilecek güçlükler paylaşılmamaktadır. Bu zorluklardan kaçınmak, Antlaşmada uluslararası bir standarda atıfta bulunulmamasının amacı olarak bile görülebilir. Bu durum, Antlaşma’nın 3.1. maddesinde belirtildiği gibi “adil ve hakkaniyete uygun muamele” standardının özerk karakterine açıkça işaret etmektedir.*”⁹⁶¹

Uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak AHM yükümlülüğü içeren yatırım antlaşmaların yorumlanmasında farklı yaklaşımlar mevcuttur, ancak genellikle bunun asgari standarda eş olmadığı belirtilmektedir. *Total v. Arjantin* davasında, hakem heyeti Arjantin-Fransa BIT (1991) m.3’e⁹⁶² ilişkin olarak, uluslararası hukuk ilkelerine uygun

⁹⁵⁹ *Eureko v. Polonya*, Kısmi Karar, § 234.

⁹⁶⁰ *Flemingo v. Polonya*, Karar, § 531.

⁹⁶¹ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 294.

⁹⁶² Arjantin-Fransa BIT (1991) m.3: “*Akit Taraflardan her biri, kendi ülkesi ve deniz alanı içinde, diğer Tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara uluslararası hukuk ilkelerine göre adil ve hakkaniyete uygun muamele etmeyi ve bunu, bu şekilde tanınan hakkın kullanılmasını hukuken veya fiilen engellemeyecek şekilde yapmayı taahhüt eder.*”

olarak adil ve hakkaniyete uygun ifadesinin, uluslararası hukuk kapsamında yabancılara/yatırımcılara yönelik asgari muamele standardının gerektirdiği muamele olarak okunamayacağı belirtmiştir.⁹⁶³ *Compañía de Aguas del Aconquija ve Vivendi v. Arjantin* (Vivendi v. Arjantin (I)) davasındaki hakem heyeti tarafından da aynı hüküm ele alınmıştır: “*Mahkeme, uluslararası hukuk ilkelerini asgari muamele standardıyla eşitlemek için hiçbir dayanak görmemektedir. İlk olarak, uluslararası hukuk ilkelerine yapılan atıf, asgari standarttan daha geniş bir yelpazedeki uluslararası hukuk ilkelerinin dikkate alınmasını davet eden daha geniş bir okumayı desteklemektedir. İkinci olarak, 3. Maddenin lafzı adil ve hakkaniyete uygun muamelenin uluslararası hukuk ilkelerine uygun olmasını gerektirmektedir; ancak uygunluk şartı Antlaşma’nın adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı üzerinde bir tavan olduğu kadar bir taban da belirleyebilir. Üçüncü olarak, hükmün dili, sadece neredeyse bir asır önceki ilkelere değil, çağdaş uluslararası hukuk ilkelerine de bakılması gerektiğini göstermektedir.*”⁹⁶⁴

Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin (Vivendi v. Arjantin (II)) davasında, hakem heyeti, Arjantin-Fransa BIT (1991) AHM maddesinin, uluslararası asgari standartla sınırlı olacağı anlamına gelmediği şeklinde yorumlamıştır: “*Mevcut davalarda bu soruya ilişkin bir karar verirken, Mahkeme elbette geçerli BIT’lerin her birinin özel diliyle bağlıdır. Arjantin-Fransa BIT ile ilgili olarak, antlaşma metninin ‘uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari standarda değil, sadece ‘uluslararası hukuk ilkelerine atıfta bulunduğu dikkat edilmelidir. ‘Uluslararası teamül hukuku uyarınca asgari standart’ veya sadece ‘asgari uluslararası standart’ formülasyonu uluslararası hukukta o kadar iyi bilinir ve o kadar yerleşiktir ki, Fransa ve Arjantin adil ve hakkaniyete uygun muamelenin içeriğini asgari uluslararası standartla sınırlamayı amaçlamış olsalardı, bu formülasyonu özellikle kullanacakları varsayılabilir. Aslında böyle bir şey yapmadılar.*”⁹⁶⁵

Görüldüğü üzere, asgari standarda atıf yoksa AHM özerk kabul ediliyor gözükmektedir. Uluslararası hukuka atıf olsa dahi AHM standardının özerkliği hala mevcut olduğu çoğunluk görüşüdür. *Tecmed S.A. v. Meksika* davasında, hakem heyeti, uluslararası hukuka genel bir atıf içeren ilgili yatırım antlaşmasındaki AHM

⁹⁶³ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 125.

⁹⁶⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija ve Vivendi v. Arjantin*, Karar, § 7.4.7.

⁹⁶⁵ *Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 184.

hükümünün⁹⁶⁶ özerk bir şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁶⁷ Benzer şekilde, *Valores Mundiales v. Venezuela* davasında, hakem heyeti, ilgili yatırım antlaşmasında AHM standardının uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari muamele standardına eşitlenemeyeceğini çünkü yatırım antlaşmasında uluslararası asgari standarda atıfta bulunmadığını ve uluslararası hukuka yapılan atfın bu anlamda yorumlanması için bir neden bulunmadığını tespit etmiştir.⁹⁶⁸

Birçok yatırım antlaşmasında, yatırımcılara hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az muamele yapılmayacağını belirten bir dil içermektedir. Hakem heyetleri, bunu genellikle bir taban veya asgari şarta atıfta bulunacak şekilde yorumlamıştır. *Lemire v. Ukrayna* davasında ise, Ukrayna-ABD BIT(1996) ile ilgili olarak AHM'yi asgari standart ile eşitlemeyi reddetmiştir: “*BIT 1996 yılında kabul edilmiştir ve o dönemde ABD tarafından önerilen standart taslağa dayanmaktadır. Kullanılan kelimeler açıktır ve şüpheye yer bırakmamaktadır: ‘Yatırımlara her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılacaktır... ve hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az muamele yapılmayacaktır’.* ABD ve Ukrayna’nın BIT’yi imzalarken üzerinde mutabık kaldıkları husus, uluslararası teamülün asgari standardının bir tavan olarak değil, bir taban olarak işlemesi gerektiğidir. BIT ile korunan yatırımlara her halükarda uluslararası teamül hukukunun sunduğu koruma düzeyi sağlanmalıdır. Ancak, AHM standardının yatırımcıya daha üstün bir haklar dizisi sağlaması halinde bu koruma düzeyi aşılabılır ve aşılmalıdır.”⁹⁶⁹ Sonuç olarak, hakem heyeti, Neer standardını açıkça reddetmiştir: “*Tarafların eylemleri veya ihmalleri, bir hakaret, kasıtlı görev ihmali, devlet eylemlerinin kabul edilemez yetersizliği veya hatta sübjektif kötü niyet anlamına gelmese bile, haksız ve adaletsiz olarak nitelendirilebilir.*”⁹⁷⁰

Liman Caspian Oil v. Kazakistan davasında, hakem heyeti, diğer hususların yanı sıra, ECT’de yer alan ve hiçbir durumda bu tür yatırımlara antlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az elverişli bir

⁹⁶⁶ Meksika-İspanya BIT (1995) m. 4.1: “*Her bir Akit Taraf, kendi topraklarında, diğer Akit Tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlar için Uluslararası Hukuka göre adil ve hakkaniyete uygun muameleyi garanti edecektir.*”

⁹⁶⁷ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 155; *Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 184-6; *Rompetrol v. Romanya*, Karar, § 197; *Arif v. Moldova*, § 529.

⁹⁶⁸ *Valores Mundiales v. Venezuela*, Karar, § 530.

⁹⁶⁹ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 253.

⁹⁷⁰ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 254.

muamele yapılmayacaktır hükmünü içeren AHM maddesinin uluslararası hukuk kapsamındaki asgari muamele standardının ötesine geçen bir koruma sağladığına karar vermiştir.⁹⁷¹

Yatırım antlaşmasında, AHM hükmünün dilinin açıkça uluslararası asgari standart ile eşleştirmeyi işaret etmediği durumlarda, hakem heyetleri iki standardı eşdeğer olarak kabul etmeme eğilimindedir.⁹⁷²

C. Yakınsama Teorisi

Birçok hakem heyeti, asgari standardın evrim geçirdiğini ve bu nedenle, AHM ile asgari standart arasında gerçek bir fark tespit edilemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁷³ Bu tespitler, hakem heyetlerinin uygulaması gereken eşik konusunda önemli bir belirsizliğe yol açmıştır. Birçok hakem heyeti asgari standardın 1920’li yıllardan bu yana geliştiğini ve artık daha talepkâr olduğunu düşünmektedir.⁹⁷⁴ Bu görüş doğrultusunda, adilliğin tanımı koşul ve zamandan bağımsız değildir. Tanım bağlama göre değişir, zaman içinde gelişir ve değişen koşullara uyum sağlar.⁹⁷⁵

⁹⁷¹ ECT (1994) m. 10(1); *Liman Caspian Oil v. Kazakistan*, Karar, § 263: “Tarafların yukarıdaki görüşlerini dikkate alan Mahkeme, ECT m. 10(1), ikinci cümleinin amacının, uluslararası hukuk kapsamındaki asgari muamele standardının ötesine geçen bir koruma sağlamak olduğunu düşünmektedir. ECT, sadece ikinci cümleinin sağladığı korumayı yinelemekten daha ileri gitmeyi amaçlamıştır. Bu açıdan, ECT m. 10(1), ikinci cümle, uluslararası hukuka açık bir atıf içeren NAFTA m. 1105’ten (31 Temmuz 2001 tarihinde Serbest Ticaret Komisyonu tarafından yapılan yorumuyla) farklıdır. Bu nedenle, Davalı’nın eylemlerini değerlendirirken, ECT’nin uygulanması için asgari standardın üzerinde özel bir adalet ve hakkaniyet standardı belirlenmeli ve uygulanmalıdır.”

⁹⁷² August Reinisch, Christoph Schreuer (ed.), “Fair and Equitable Treatment”, **International Protection of Investments: The Substantive Standards**, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 324, doi:10.1017/9781139004978.004.

⁹⁷³ *Occidental Exploration and Production Co v. Ekvador*, Nihai Karar, § 187; *Azurix Corp and other v. Arjantin*, Karar, § 364; *Rumeli Telekom SA ve diğerleri v. Kazakistan*, Karar, § 611; *Biwater Gauff Ltd v. Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti*, Karar, § 592.

⁹⁷⁴ *Pope & Talbot Inc v. Kanada*, Tazminata İlişkin Karar, § 59; *ADF Group Inc v. ABD*, Karar, § 179; *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 116, 125; *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, § 194; *Cargill Incorporated v. Meksika*, Karar, § 281-282; *Merrill & Ring Forestry LP v. Kanada*, Karar, § 213; *Chemtura Corporation v. Kanada*, Karar, § 121-122; *SAUR International SA v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 494; *Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala*, ICSID Dava No. ARB/07/23, Karar, 29 Haziran 2012, § 218; *Bilcon of Delaware Inc et al v. Kanada*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 435.; Bazı mahkemeler de AHM’nin geniş yatırım antlaşmaları ağına dahil edilmesinin AHM’nin kendisini bir uluslararası teamül hukuku normu haline getirdiği sonucuna varmıştır. Bkz. örneğin, *Pope & Talbot Inc v. Kanada*, Tazminata İlişkin Karar, § 62; *Mondev International Ltd v. ABD*, Karar, § 125; *Merrill & Ring Forestry LP v. Kanada*, Karar, § 210.

⁹⁷⁵ Güneş Ünüvar, “The vague meaning of the Fair and Equitable Treatment principle in investment arbitration and new generation clarifications”, **Language and Legal Interpretation in International Law**, ed. Anne Lise Kjaer, Joanna Lam, Oxford University Press, 2022, s. 277, doi:10.1093/oso/9780190855208.003.0015.

Deutsche Bank v. Sri Lanka davasında, hakem heyeti AHM standardı ile asgari muamele standardının içeriğinden önemli ölçüde farklı değildir tespitini yapmıştır.⁹⁷⁶ Bununla birlikte, hakem heyetinin belirli türdeki AHM hükümlerinin uluslararası asgari standart ile nasıl ilişkili olduğuna ilişkin muhakemesi karmaşıktır. Bu karmaşıklığın sebebi her iki standardın içeriğinin hala belirsiz olmasından kaynaklanmaktadır.⁹⁷⁷

OI European Group B. V. v. Venezuela davasında, hakem heyeti, “Antlaşma [...] korunan yatırımcılara sadece ‘uluslararası hukuka uygun olarak’ AHM sunmaktadır. Bu nedenle Antlaşma soyut olarak AHM’yi garanti etmemekte, sadece uluslararası hukuk tarafından tanındığı şekliyle garanti etmektedir. Ve uluslararası hukukun yabancı uyruklulara sunduğu ve sağladığı koruma seviyesi, tam olarak asgari teamül standardı olarak bilinen şeydir”⁹⁷⁸ tespitini yapmıştır. Hakem heyeti, “Önemli olan 20. yüzyılda tanımlandığı şekliyle standart değil, bugün var olan ve kabul edilen standarttır - çünkü hem Uluslararası Teamül Hukuku hem de standardın kendisi sürekli olarak gelişmektedir. Asgari teamül standardı ile antlaşmalarda öngörülen AHM’nin, yatırımcıya büyük ölçüde eşdeğer düzeyde koruma sağlayacak şekilde birbirine yaklaşmış olması da oldukça mümkündür”⁹⁷⁹ tespiti yaparak AHM ile asgari standardın yakınlaştığı belirtilmiştir.

Merrill & Ring v. Kanada davasında, hakem heyeti, tek başına AHM standardının uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiğine ve evrimindeki en son aşamayı temsil ettiğine karar vermiştir. 2001 NAFTA Yorumlayıcı Beyanından sonra verilen bu karar açıkça yorum notundan öteye geçen bir AHM tanımı yapması sebebiyle eleştiriye açıktır.⁹⁸⁰ Hakem heyeti, “Nihayetinde, standarda verilen isim gerçekten önemli değildir. Önemli olan, standardın adalet, hakkaniyet ve makuliyet duygusunu ihlal edebilecek tüm bu tür eylem veya davranışlara karşı koruma sağlamasıdır. Elbette, adalet, hakkaniyet ve makuliyet kavramları kesin olarak tanımlanamaz: her bir vakanın gerçeklerine uygulanmaları gerekir. Aslında adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramı, tanımlanması zor olmakla birlikte yine de

⁹⁷⁶ *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka Demokratik Sosyalist Cumhuriyeti*, Karar, § 418-9.

⁹⁷⁷ Mujeeb, Rehna, “Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, s. 93.

⁹⁷⁸ *OI European Group B. V. v. Venezuela*, Karar, § 481.

⁹⁷⁹ *OI European Group B. V. v. Venezuela*, Karar, § 489.

⁹⁸⁰ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, s. 57.

haksız, adaletsiz veya makul olmayan olarak değerlendirilebilecek bir tür uygunsuz davranışın dikkate alınmasını mümkün kılmak için ortaya çıkmıştır”⁹⁸¹ tespitini yaparak AHM için görece geniş bir tanım yapmıştır.

Merrill & Ring v. Kanada davasındaki hakem heyetinin Neer standartlarının ötesine geçtiği açıktır. Hakem heyetine göre: “Yatırımcılara yönelik uygulanabilir asgari muamele standardı uluslararası teamül hukukunda yer almaktadır ve güvenlik ve adil yargılanma durumları hariç olmak üzere, günümüzün asgari standardı Neer davası ve benzerlerinde tanımlanandan daha geniştir. Bu standart özellikle yabancı yatırımcılara makul sınırlar içerisinde adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasını öngörmektedir. FTC’nin de vurguladığı gibi, bu koruma teamül hukukunun gerektirdiğinin ötesine geçmemektedir. Bununla birlikte, korunan muamele teamül hukuku standardının altında da kalmamalıdır.”⁹⁸² Sonuç olarak, hakem heyeti, modern haliyle uluslararası asgari standart, düşük sorumluluk eşiği ile uygulandığında adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğünden farklı olmadığı tespitini yapmıştır. Hakem heyeti, yalnızca adaletin reddi iddialarında uygulanabilir olduğu düşünülen Neer standardının ötesinde, AHM’nin genel olarak adalet, hakkaniyet ve makuliyet gerektirdiği fikrini onaylamıştır. Bu karar, uluslararası asgari standart ile AHM’yi yakınsama teorisi kapsamında gören kararlardan biridir.

Uluslararası teamül asgari standardının evrimsel bir şekilde yorumlanması gerektiği yönündeki yaygın görüş, uluslararası teamül hukukuna bağlı bir standart ile antlaşmaya dayalı özerk bir standart arasında kavramsal bir fark olsa bile, aralarındaki bu farkın iki standardın uygulamasında önemli farkları yaratmadığını öne sürmektedir. Hakem heyetleri, AHM standardı ile asgari standart arasındaki farkın “*bir davanın özel gerçeklerine uygulandığında, gerçek olmaktan çok görünür olabileceğini*”

⁹⁸¹ *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 210

⁹⁸² *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 213.

belirtmişlerdir.⁹⁸³ Standartların farklı olduğu kabul edilse bile, eğilimin ayrışmaya değil, yakınlaşmaya doğru olduğu belirtilmiştir.⁹⁸⁴

Azurix v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM ile asgari standart arasındaki bağlantının öze ilişkin bir şeyi değiştirmediğini belirtmiştir: “*AHM uluslararası hukuk kapsamındaki asgari muamele gerekliliğine ek olup olmadığı sorusu, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin maddi içeriğine ilişkin bir sorudur ve tartışmanın hangi tarafında yer alınır alınsın, sorunun cevabı özünde aynı olabilir.*”⁹⁸⁵ *Rumeli Telekom v. Kazakistan* davasında, hakem heyeti, bu farkın ‘gerçek olmaktan ziyade teorik olduğunu’ ifade ederken benzer bir görüşü dile getirmiştir.⁹⁸⁶ *Murphy v. Ekvador [III]* davasında, hakem heyeti bu tartışmayı “*esastan çok teorik*” olarak nitelendirmiş⁹⁸⁷ ve hakem heyetine göre, AHM ve uluslararası asgari standart “*birbirini etkilemeye devam etmektedir ve bu standartlar giderek daha uyumlu hale gelmektedir*”⁹⁸⁸ bu sebeple AHM standardının uluslararası teamül hukuku standardının üzerinde özerk bir standardı yansıtıp yansıtmadığını belirlemeyi gerekli görmemiştir. *ECE Projekt Management v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, yatırım antlaşmasında yer alan AHM standardı ile uluslararası teamül hukuku kapsamında geçerli olan standart arasındaki ilişkiye dair tartışmayı “*pratikte çok az etkisi olan esasen akademik bir tartışma*” olarak nitelendirmiştir.⁹⁸⁹

Rusoro v. Venezuela davasında, hakem heyeti, asgari standart ile AHM’nin yakınlaştığını bu sebeple niteliksiz AHM ile teamül kapsamında asgari standarda atıfta bulunan AHM arasında bir fark olmadığını belirtmiştir.⁹⁹⁰ Benzer şekilde, *Peter A. Allard v. Barbados* davasında, hakem heyeti, AHM standardının kendi içeriğine sahip

⁹⁸³ *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 361, 364; *Rumeli v. Kazakistan*, Karar, § 611; *Impregilo v. Arjantin*, Karar, § 287-289; *ECE Projektmanagement v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 4.754; *Murphy v. Ekvador II*, PCA Dava No. 2012-16, Kısmi Nihai Karar, 6 Mayıs 2016, § 206; *Rusoro v. Venezuela*, Karar, § 520; *Gosling v. Mauritius*, ICSID Dava No. ARB/16/32, Karar, 18 Şubat 2020, § 243; *El Paso v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, uluslararası asgari standardın içeriğinin ‘*BIT*’nin AHM standardı kadar az tanımlanmış’ olduğunu görerek tartışmanın bir şekilde boşuna olduğuna işaret etmiştir. *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 335; Ayrıca bakınız *MNSS v. Karadağ*, ICSID Dava No. ARB(AF)/12/8, Karar, 4 Mayıs 2016, § 326; *Devas v. Hindistan*, PCA Dava No. 2013-09, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Karar, 25 Temmuz 2016, § 456; *Enkev Beheer B.V. v. Polonya*, PCA Davası No. 2013-01, İlk Kısmi Karar, 29 Nisan 2014, § 376; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 291.

⁹⁸⁴ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 275.

⁹⁸⁵ *Azurix v. Arjantin*, Karar, 14 Temmuz 2006, § 364.)

⁹⁸⁶ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 611.

⁹⁸⁷ *Murphy v. Ekvador [III]*, Kısmi Nihai Karar, § 206

⁹⁸⁸ *Murphy v. Ekvador [III]*, Kısmi Nihai Karar, § 208.

⁹⁸⁹ *ECE Projektmanagement v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 4.754.

⁹⁹⁰ *Rusoro v. Venezuela*, Karar, § 520-1.

özerk bir antlaşma standardı mı oluşturduğu yoksa uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardına mı karşılık geldiği sorusunun davanın sonucu açısından önemli olmadığına karar vermiştir.⁹⁹¹

El Paso v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM'nin uluslararası asgari standarda eşdeğer olduğu görüşünün yanında yer almasına rağmen, AHM ile uluslararası hukukun asgari standardı arasındaki ilişki ve ayırma ilişkin tartışmanın bir ölçüde boşuna olduğunu belirtmiştir: “Uluslararası hukukun asgari standardının kapsamı ve içeriği, BIT’lerin AHM standardı kadar az tanımlanmış olduğundan ve asıl soru AHM aracılığıyla yabancı yatırımcılara hangi maddi korumanın sağlandığına karar vermek olduğundan, bu tartışma biraz boşunadır. Mesele tanımlanmamış veya zayıf tanımlanmış iki standardı karşılaştırmak değildir; mesele adil ve hakkaniyete uygun muameleye ilişkin BIT standardının içeriğini tespit etmek ve tanımlamaktır.”⁹⁹²

AHM ile asgari standardın aynılaştığı düşüncesindeki zorluk, uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardının ne olduğu konusunda genel bir mutabakatın var olduğunun varsayılmasıdır. Ancak, asgari standardın kendisi son derece belirsizdir, açıkça tanımlanmış bir içeriğe sahip değildir ve yoruma açıktır.⁹⁹³ Asgari standardın gelişimini devlet uygulamaları ve içtihatlarla ilişkin kanıtlarla ortaya koyulmaması da yakınsama teorisinin eleştirilecek taraflarındandır.⁹⁹⁴ Asgari standardın evrim geçirdiği öne sürülebilir, ancak yine de bu evrim, asgari standardı, AHM standardıyla eş duruma getirmeyecektir.

D. Sonuç

AHM standardının yatırım antlaşmalarına dahil edilme süreci, AHM standardının asgari standarttan esinlendiğini göstermektedir.⁹⁹⁵ Tarihsel süreç incelendiğinde, AHM sağlama yükümlüğün anlamına ilişkin bazı noktaların, asgari standardının içeriğinin incelenmesiyle belirebileceği öne sürülebilir.⁹⁹⁶ ABD’nin II. Dünya Savaşı sonrası antlaşma müzakerelerine AHM hükümlerini sunduğu dönemde,

⁹⁹¹ *Allard v. Barbados*, PCA Dava No. 2012-06, Karar, 27 Haziran 2016, § 192.

⁹⁹² *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 335.

⁹⁹³ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 28.

⁹⁹⁴ Kill, “Don’t Cross the Streams”, s. 865-6.

⁹⁹⁵ *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan*, Karar, § 1704.

⁹⁹⁶ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 166.

AHM bugün asgari standart olarak adlandırdığımız kavram için kullanılan bir terim olmakla beraber asgari standart başlangıçta uluslararası teamül hukukundan ziyade genel adalet ve hakkaniyet ilkelerine, yani tüm medeni ulusların iç hukuklarında güvence altına alınan en temel korumalara dayanmaktaydı.⁹⁹⁷ Ancak, daha sonra, batılı devletler asgari standardın temeli olarak medeni uluslar tarafından tanınan adalet ve hakkaniyet gibi genel hukuk ilkelerine şüpheyle yaklaşmışlardır.⁹⁹⁸

Hakem heyetleri, AHM hükümlerini, AHM'nin ilgili antlaşmanın akdedildiği tarihte sahip olduğu anlama uygun olarak yorumlaması gerekmektedir. Blandford'a göre tarihsel kanıtlara dayanarak, hakem heyetleri, aksi yönde bir kanıt olmadığı sürece, yatırım antlaşması hazırlayıcılarının AHM'yi uluslararası hukuk kapsamındaki asgari standarda atıfta bulunacak şekilde anladıklarını varsaymalıdır çünkü adil ve hakkaniyete uygun muamelenin orijinal anlamı, genel adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun muamele ve dolayısıyla günümüzde asgari standart olarak bilinen ilkeye uygun muameledir.⁹⁹⁹ ABD'nin imzaladığı anlaşmalar özelinde bakıldığında, ABD'li antlaşma hazırlayıcıların, asgari standarda ilişkin şüphelerin üzerinden gelmek için aynı anlama sahip ama adil ve hakkaniyetli muamele olarak ifade edilen, adı yeni içeriği eski bir standardı antlaşmalarına eklemişlerdi.¹⁰⁰⁰

Uluslararası asgari standarda yapılan atıf, AHM taleplerini inceleyen hakem heyetlerinin davacıyı bu zorlu standarda tabi tutacağını varsaymaktadır. Teorik olarak, belirli bir hakkın ihlal edildiğini göstermek için, davacı öncelikle uluslararası asgari standardın bu hakkı koruduğunu kanıtlamalıdır. Ancak, geleneksel uluslararası asgari standardın gelişmemiş olduğu ve modern ekonomik gerçeklere tam olarak uyarlanmadığı göz önüne alındığında, asgari standart sınırlı bir koruma sağlayacaktır.¹⁰⁰¹ Uluslararası asgari standardın kendisinin de gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında uzunca bir süre tartışma konusu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, devletlerin çoğunluğunun asgari standardın, AHM standardına tam olarak yansıtıldığı fikrini kabul etmesi pek olası değildir.¹⁰⁰² Her iki standart da

⁹⁹⁷ Blandford, “The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War”, s. 302.

⁹⁹⁸ a.g.e., s. 303.

⁹⁹⁹ a.yer.

¹⁰⁰⁰ Weiler, The interpretation of international investment law, s. 199.

¹⁰⁰¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 105.

¹⁰⁰² FA Mann, ‘British Treaties for the Promotion and Protection of Investments’ (1981) 52 BYIL, s. 244; “Asgari standart kavramını tanıtarak hiçbir şey kazanılmadığı ve bundan daha da fazlası, bunu

keyfi muamele, ayrımcılık ve makul olmama gibi konularda önemli ölçüde örtüşebilir, ancak bir yatırım aracında adil ve hakkaniyete uygun muameleyi güvence altına alan bir hükmün bulunması, yabancı yatırımcılar için uluslararası asgari standardı otomatik olarak içermez. AHM standardına başvurulduğunda, temel mesele, söz konusu eylemlerin her koşulda adil ve hakkaniyetli mi yoksa adaletsiz ve hakkaniyetsiz mi olduğudur.¹⁰⁰³

Tarihsel açıdan, Calvo Doktrini ve bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin uluslararası asgari standarda muhalefeti, bu devletlerin asgari standart terimini kendi standartlarına dahil edilmesini kabul edeceklerini şüpheli hale getirecektir.¹⁰⁰⁴ Öte yandan, UAD, 1970 tarihli ünlü Barcelona Traction davasında, uluslararası yatırım hukuku alanında hiçbir uluslararası teamül hukuku kuralının mevcut olmadığını belirtmiştir.¹⁰⁰⁵ Genel olarak, AHM'nin metinsel ve kavramsal yenilikleri, geleneksel asgari standardın eskimişliğini içermeyecek yeni bir analiz düzeyi gerektirmektedir.¹⁰⁰⁶

Asgari standardının, ev sahibi devletlerden ne talep ettiğinin kesin hatlarının belirsiz olduğu göz önüne alındığında,¹⁰⁰⁷ birçok hakem heyeti, diğer yatırım tahkimi kararlarına atıfta bulunarak, bulguların AHM'nin teamül varyantına mı yoksa özerk bir standarda mı dayandığını ayrıntılı olarak ayırt etmeden, iki tür AHM hükmü arasında gerçekten çok az pratik fark olduğunu düşünmektedir.¹⁰⁰⁸ Ulusal veya uluslararası hukuka herhangi bir atıfta bulunmayan bir AHM hükmünün özerk bir standart olarak yorumlanıp uluslararası asgari standarttan daha yüksek bir koruma standardının gerektiği görüşü sıklıkla ileri sürülmektedir. Açıkça AHM ile uluslararası

tanıtmanın kesinlikle yanıltıcı olduğu ileri sürülmektedir. 'Adil ve eşit muamele' terimleri, asgari standardın çok ötesine geçen ve daha önce kullanılan herhangi bir kelime biçiminden çok daha nesnel bir standarda göre ve daha büyük ölçüde koruma sağlayan davranışları öngörmektedir. Bir mahkeme asgari, azami veya ortalama bir standartla ilgilenmez. Söz konusu davranışın tüm koşullar altında adil ve eşit mi yoksa adaletsiz ve eşitsiz mi olduğuna karar vermesi gerekecektir. Başka sözcüklerle tanımlanan hiçbir standardın önemli olması muhtemel değildir. Terimler bağımsız ve özerk bir şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır."

¹⁰⁰³ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 144.

¹⁰⁰⁴ a.yer.

¹⁰⁰⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belçika / İspanya)*, 1970 ICJ Rep. 3, § 46-47.

¹⁰⁰⁶ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 161.

¹⁰⁰⁷ *Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala*, Karar, § 216-7; *SAUR International SA v. Arjantin*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 493.

¹⁰⁰⁸ *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 302; *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 364-372; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, Karar § 586-603.

asgari standart arasında bağlantı kurmayan antlaşmalara ilişkin uyuşmazlıklar yorumlanırken, AHM standardının, bu kelimelerin kendi bağlamlarındaki olağan anlamlarına uygun olarak ve söz konusu antlaşmanın amacı ve hedefi ışığında yorumlanması gerekmektedir.¹⁰⁰⁹

NAFTA özelinde ise Patrick Dumbery'in belirttiği gibi, “*genel olarak, çoğu BIT’de bulunan ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ terimini, teamüllere göre asgari muamele standardından başka bir şeye atıf olarak yorumlamak için iyi nedenler olsa da [...]taraf devletlerin niyetinin aslında AHM standardının teamüllere göre asgari muamele standardına bir atıf olarak kabul edilmesi olduğuna dair açık ve inkar edilemez kanıtlar olduğunda olası belirsizlikler ortadan kalkar.*”¹⁰¹⁰ Bundan dolayı, AHM’nin özerk bir standart mı yoksa uluslararası hukuk kapsamındaki asgari muamele standardıyla bağlantılı mı olduğu tartışması NAFTA m. 1105 bağlamında geçerli değildir.¹⁰¹¹

Sonuç olarak, her ne kadar tarihsel süreci esas alarak AHM ve asgari standartı eş gören yazarlar ve yatırım tahkimi kararları olsa da bir yatırım antlaşmasının akit tarafları adil ve hakkaniyete uygun muamele ifadesini, iyi bilinen uluslararası teamül hukukundaki asgari muamele standardı kavramını ifade etmek için kullanıldığını açıkça belirtmediyse, bir varsayım olarak AHM ile uluslararası asgari standart eşitlenmesi için bir sebep bulunmamaktadır.¹⁰¹² Eğer her durumda AHM ve uluslararası asgari standart aynı normu ifade ediyorsa neden iki farklı adla kendilerine tanım bulup ifade edilmişlerdir sorusu doğal olarak akla gelmektedir. AHM standardı, uluslararası hukuk tarafından geleneksel olarak sağlanan diğer standartların davanın koşullarına tamamen uygun olmayabileceği gerçeğinin bir sonucu olarak yatırım tahkiminde önem kazanmıştır.¹⁰¹³ AHM ile asgari standartı eşitleyerek, AHM’nin aynı anda hem bir antlaşma standardı hem de uluslararası teamül hukuku standardı

¹⁰⁰⁹ Hussein Haeri, “A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law: The Gillis Wetter Prize”, **Arbitration International**, C. 27, S. 1, 2011, s. 34, doi:10.1093/arbitration/27.1.27.

¹⁰¹⁰ Dumbery, The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105, s. 44.

¹⁰¹¹ a.g.e., s. 45.

¹⁰¹² UNCTAD, **Fair and Equitable Treatment**, UN, 1999, s. 13.; *Suez ve AWG Group v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 184.

¹⁰¹³ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 238.

olduğunu belirtmenin, ikisinin de içeriğinin belirsizliklerle dolu olması sebebiyle, pratikte bir yararı da olmayacaktır.¹⁰¹⁴ AHM ve asgari standart ayrı kavramlardır.

II. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Tam Koruma ve Güvenlik

Tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü genel olarak iki unsurdan oluşmaktadır: Devlete atfedilebilecek eylemler yoluyla yatırımcılara/yatırımlara doğrudan zarar verilmesinin yasaklanması ile yatırımcıların ve yatırımların, özel tarafların ve ev sahibi devletin organlarının veya temsilcilerinin eylemlerine karşı korunması.¹⁰¹⁵

AHM'nin, tam koruma ve güvenlik standardı ile ilişkisi konusunda zıt görüşler bulunmaktadır. FPS standardı, yatırım antlaşmalarında yer alan en yaygın maddi hükümlerden biridir. Öte yandan FPS hükmü içermeyen antlaşmalar da mevcuttur.¹⁰¹⁶ FPS hükümlerinin ilk ifadeleri Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer antlaşmalarında yer almıştır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri ve İtalya arasındaki 1949 tarihli FCN antlaşması m. V(1), “*her bir akit devletin vatandaşlarının “şahısları ve malları için en sürekli koruma ve güvenliği alacaklarını ve bu bağlamda uluslararası hukukun gerektirdiği tam koruma ve güvenlikten yararlanacaklarını”* öngörmektedir.¹⁰¹⁷ FCN antlaşmalarındaki FPS hükümleri, Uluslararası Adalet Divanı önünde Tahran Rehineleri davasında¹⁰¹⁸ ve ELSI davasında¹⁰¹⁹ dikkate değer bir şekilde dile getirilmiştir. Öte yandan Abs-Shawcross Sözleşmesi m. I ve 1967 Taslak OECD

¹⁰¹⁴ Todd J. Grierson-Weiler, Ian A. Laird, “Standards of Treatment”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, Oxford University Press, 2008, s. 279, doi:10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0008.

¹⁰¹⁵ *Frontier Petroleum Services Ltd v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 273; *El Paso Energy International Company v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 522; *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen ve JSW Solar (zwei) GmbH & Co KG v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2014-03, Nihai Karar, 11 Ekim 2017, § 451.

¹⁰¹⁶ Romesh Weeramantry, “Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment”, **Handbook of International Investment Law and Policy, 2021**, ISBN 9811336148, Págs. 341-356, Springer Verlag, Singapore, 2021, s. 344, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9282664>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

¹⁰¹⁷ Amerika Birleşik Devletleri ile İtalya Cumhuriyeti arasında dostluk, ticaret ve denizcilik antlaşması, 2 Şubat 1948, 63 Stat. 2255, T.I.A.S. No. 1965, 79 U.N.T.S. 171 (Yürürlüğe giriş tarihi 26 Temmuz 1949).

¹⁰¹⁸ *Tahran'daki Amerika Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk Personeli (ABD v. İran)*, Karar, I.C.J. Raporları 1980, s. 3.

¹⁰¹⁹ *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Karar, I.C.J. Raporları 1989, s. 15.

Sözleşmesi m. 1 de mülkiyetin “*en sürekli koruma ve güvenliğe*” sahip olmasını öngörmektedir.

İlk ikili yatırım antlaşması olan Almanya-Pakistan BIT (1959) m. 3 bir FPS hükmü içermektedir. Yaygın bir modern antlaşma formülasyonu hem AHM hem de FPS’ye aynı cümle içinde, ancak ayrı standartlar olarak atıfta bulunmaktadır. Örneğin, Bangladeş-Tayland BIT m. 3(1): “*Akit Taraflardan birinin yatırımcılarının yatırımları her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele görecektir ve tam koruma ve güvenlikten yararlanacaktır*” şeklindedir.¹⁰²⁰ CPTPP ve USMCA gibi yakın tarihli çok taraflı antlaşmalar da FPS ve AHM’yi uluslararası teamül hukuku ve asgari muamele standardı ile özellikle ilişkilendiren ifadeler benimsemiştir. CPTPP ve USMCA, “Asgari Muamele Standardı” başlıklı hükümde FPS’nin uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardını kapsanan yatırımlara sağlanacak muamele standardı olarak öngördüğünü ve FPS ile AHM kavramlarının bu standardın gerektirdiğine ek veya ötesinde bir muamele gerektirmediğini ve ek maddi haklar yaratmadığını açıkça belirtmektedir.¹⁰²¹ AHM ve FPS standartlarının bir yatırım antlaşması içerisinde farklı maddelerde yer aldığı örnekler de mevcuttur.¹⁰²²

Tıpkı AHM gibi FPS’nin yatırım antlaşmalarında çeşitli formülasyonları mevcuttur: FPS hükümleri antlaşmalarda çeşitli ifadelerle nitelendirilmiştir: “*full*”, “*full legal protection and security*”, “*full and adequate protection and security*”, “*full and complete protection and security*”, “*most constant protection and security*”.¹⁰²³ Özellikle yasal koruma ifadesi, FPS ile AHM arasındaki bağlantı noktasında önem taşımaktadır. Örneğin, Almanya-Arjantin BIT (1991) m. 4(1): “*Yatırımlar tam koruma*

¹⁰²⁰ Çek Cumhuriyeti-Slovak Cumhuriyeti BIT m. 2(2)(i), Birleşik Krallık-Mısır BIT m. 2(2), Birleşik Krallık-Sri Lanka BIT m. II(2)(a).

¹⁰²¹ USMCA m. 14.6.(2); CPTPP m. 9.6.(2).

¹⁰²² Bangladeş-Danimarka BIT’inde FPS ve AHM hükümleri sırasıyla m. 2 ve 3’te yer almaktadır.

¹⁰²³ Fransa-Arjantin BIT m. 5(1): “*Yatırımlara [...] adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi uyarınca tam ve eksiksiz koruma ve güvence [...] sağlanacaktır*”; Kanada-Hong Kong BIT m. 6(1): “*Taraflardan her biri, kapsam dahilindeki bir yatırıma, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik de dahil olmak üzere, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standartlarına uygun muamele gösterecektir*”; Litvanya-Amerika Birleşik Devletleri BIT m. II(3)(a): “*Yatırımlar her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele görecektir, tam koruma ve güvenlikten yararlanacak ve hiçbir durumda uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az elverişli muameleye tabi tutulmayacaktır*”; Trans-Pasifik Ortaklığı için Kapsamlı ve Aşamalı Antlaşma Bölüm 9, m.9.6(2): “*Adil ve hakkaniyete uygun muamele’ ve ‘tam koruma ve güvenlik’ kavramları, [uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardının] gerektirdiğine ek olarak veya ötesinde bir muamele gerektirmez ve ek maddi haklar yaratmaz.*”

ve hukuki güvenlikten yararlanacaktır” şeklindedir. Bu dil farklılığı, bazı hakem heyetleri tarafından, FPS korumasını fiziksel varlıkların ötesinde maddi olmayan mülkleri de kapsayacak şekilde genişletmek için kullanılmıştır.¹⁰²⁴

FPS hükümlerindeki niteleyici ifadeler veya bunların yokluğu farklı yorumlara ve uygulamalara yol açabilmektedir. Bu bağlamda, *Biwater Gauff v. Tanzania* davasında, hakem heyeti, “koruma ve güvenlik” terimleri “tam” ile nitelendirildiğinde, standardın içeriğinin fiziksel güvenlik dışındaki konuları da kapsayabileceğine karar vermiştir.¹⁰²⁵ Zıt görüş olarak, *Parkerings v. Litvanya* davasında, hakem heyeti, “genel olarak koruma” ve “tam koruma ve güvenlik” ifadeleri arasındaki dil farklılığının bir devletin sağlayacağı koruma seviyesinde bir fark yaratmadığını belirtmiştir.¹⁰²⁶

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Tam Koruma ve Güvenlik Tek Standart Altında İncelenir Yaklaşımı

Bazı hakem heyetleri, FPS’nin, AHM kavramı kapsamında olduğunu ve olayların iki standart kapsamında ayrı ayrı incelenmesine gerek olmadığını düşünmektedir.¹⁰²⁷ Birçok antlaşma AHM standardını diğer standartlarla birlikte, genellikle aynı cümle içinde sunmaktadır. Özellikle, AHM ve FPS genellikle birlikte listelenmektedir.¹⁰²⁸

Tam koruma güvenlik ile AHM arasındaki bağlantıya ilişkin temel soru tam kelimesi ile neyin kastedildiğidir. Tam ifadesinin kullanılmasının fiziksel korumanın ötesinde bir anlamı var mıdır sorusu akla gelmektedir. Eğer tam ifadesi ekonomiyi de kapsıyorsa ve hukuki güvenliği içeriyorsa o zaman FPS ve AHM’nin ayrı ayrı incelenmesine gerek olmadığı öne sürülebilir. Bazı hakem heyetleri, AHM ve FPS

¹⁰²⁴ Weeramantry, “Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment”, s. 343.

¹⁰²⁵ *Biwater Gauff Ltd. v. Birleşik Tanzania Cumhuriyeti*, Karar, § 729; Ayrıca bkz. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. ve Vivendi Universal, S.A. v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 175.

¹⁰²⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya Cumhuriyeti*, Karar, § 354; Ayrıca bakınız, *Al Warraq v. Endonezya Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 630: “tam koruma ve güvenlik, yeterli koruma ve güvenlikten daha yüksek bir standart değildir.”

¹⁰²⁷ *Occidental Exploration v. Ekvador*, Nihai Karar, § 187; *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 408; *Impregilo v. Arjantin*, Karar, § 334; *Spyridon Roussalis v. Romanya*, ICSID Dava No. ARB/06/1, Karar, 7 Aralık 2011, § 321; *Tatneft v. Ukrayna*, PCA Dava No. 2008-8, Karar, 29 Temmuz 2014, § 427.

¹⁰²⁸ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 190.

standardını tek standart altında eşitlemektedir. *AWG Group v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, FPS kavramının AHM kavramına dahil olduğu, ancak FPS'nin kapsamının AHM'den daha dar olduğunu dolayısıyla FPS maddesini ihlal eden devlet eyleminin, zorunlu olarak AHM ihlali teşkil edeceği tespitini yapmıştır.¹⁰²⁹ *Impregilo SpA v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, Arjantin'in davacının sözleşmeden doğan haklarına ilişkin davranışının AHM yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar verirken FPS incelemesine gerek duymamıştır: “mevcut davada olduğu gibi, bir yatırıma adil ve hakkaniyete uygun muamele gösterilmediği durumlarda, tam koruma ve güvenliğin sağlanmasında da bir başarısızlık olup olmadığını incelemenin gerekli olmadığına.”¹⁰³⁰ *Achmea BV v. Slovak Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, “[FPS hükmü] kapsamındaki talebi [AHM hükmü] kapsamındaki talepten ayrı olarak ele almaya gerek olmadığını değerlendirmiştir. AHM hükmü kapsamındaki talebe ilişkin kararını, her iki talebin de bertaraf edilmesi olarak görmektedir”¹⁰³¹ sonucuna ulaşmıştır.

AHM ve FPS standartlarını tek standart altında değerlendiren bir başka örnek *Occidental v. Ekvador* davasıdır. Hakem heyeti Ekvador'un AHM'ye uyma yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar verdikten sonra, “Bu bulgu bağlamında, adil ve hakkaniyete uygun olmayan bir muamele otomatik olarak yatırımın tam olarak korunmaması ve güvence altına alınmamasını gerektirdiğinden, bu madde kapsamında tam koruma ve güvencenin ihlal edilip edilmediği sorusu tartışmalı hale gelmektedir”¹⁰³² tespitini yapmıştır. Bu karar, AHM'nin FPS standardıyla, birincisinin ihlalinin otomatik olarak ikincisinin de ihlalini oluşturacak ölçüde örtüştüğünü düşündüğü bir karardır. Ancak, kararda AHM meselesinin Ekvador'un yasal ve ticari çerçevenin istikrarını sağlayamamasıyla ilgili olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla davada tartışmalı olan genel olarak FPS standardı değildi. Hakem heyetinin pratikte bir önemi olmadığını düşündüğü FPS unsuru hukuki güvenlikle sınırlıydı.¹⁰³³

¹⁰²⁹ *AWG Group v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 171.

¹⁰³⁰ *Impregilo S.p.A. v. Arjantin*, Karar, § 334. Ayrıca bkz. *Azurix Corp. v. Arjantin*, Karar, § 408; ve *Spyridon Roussalis v. Romanya*, Karar, § 321.

¹⁰³¹ *Achmea B.V. v. Slovak Cumhuriyeti*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2013-12, Nihai Kararı, 7 Aralık 2012, § 284.

¹⁰³² *Occidental Exploration and Production Company v. Ekvador*, Nihai Karar, § 187.

¹⁰³³ *Occidental Exploration and Production Company v. Ekvador*, Nihai Karar, § 183.

FPS'yi fiziksel korumanın ötesine ve hukuki güvenliğe genişleten davalar, AHM ve FPS arasındaki sınırı belirsizleştirmektedir. FPS ile ilgili asıl tartışmalı kısım hukuki güvenliktir çünkü hukuki güvenlik FPS kapsamında kabul edilecekse AHM standardı ile arasındaki bağ karmaşıklaşmaktadır. FPS'yi fiziksel korumanın ötesine genişletmek için mantıklı bir temel, ilgili FPS hükmünün hukuki güvenlik ifadesi içeriyor olmasıdır. Almanya-Arjantin BIT (1991) m. 4(1), açıkça tam koruma ve hukuki güvenlik sağlaması sebebiyle, bu bağlamda FPS'nin fiziksel korumanın ötesine ulaştığı sonucu çok fazla tartışma yaratmamaktadır. Bu FPS hükmü *Siemens v. Arjantin* davasında tartışılmış ve hakem heyeti, hukuki niteleyicisinin dahil edilmesi göz önüne alındığında, FPS'nin fiziksel güvenliğin ötesinde hukuki güvenliği de kapsadığına karar vermek için özel bir dayanağa sahipti.¹⁰³⁴

İlgili antlaşma metninde FPS'de hukuki güvenliğe atıfta bulunulmaması, hakemlerin FPS standardının hukuki güvenliğin sağlanmasını gerektirdiğine karar vermesini engellememiştir. Bu davalar iki gruba ayrılabilir. Birinci grup, FPS hükümlerini, devletin, yatırımcının çıkarlarını, örneğin neden olunan zarardan sorumlu olanların kovuşturulması yoluyla korumasını sağlayan adli ve idari bir sistem sunmasını gerektirdiği şeklinde yorumlamıştır. Bu yorum, UAD Dairesinin söz konusu davada yapılan talebin hukuka uygunluğunu doğrulamak için bir yabancıya yasal bir mekanizma sunulmasını FPS standardının bir unsuru olarak gördüğü *ELSI* davasında kabul edilen daha geleneksel muhakeme çizgisine dayanmaktadır.¹⁰³⁵ *Lauder v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, FPS'nin yargı sistemini yatırımcıya açık tutma yükümlülüğünü teyit etmiştir¹⁰³⁶ ve *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* davasında bu yükümlülük temyiz mekanizmalarını açık tutma yükümlülüğünü de içerecek şekilde yorumlanmıştır.¹⁰³⁷ Ancak, her iki davada da mahkemeler FPS standartlarının ihlal edilmediğine karar vermiştir ki bu da FPS'nin hukuki güvenlik sağlama yükümlülüğünün ihlal edildiğini kanıtlamanın zorluklarına dikkat çekmektedir. *Frontier Petroleum Services v. Çek Cumhuriyeti* davasında, Kanada-Çek Cumhuriyeti BIT (1990) m. 3(1) FPS hükmünün ifadesi yalnızca tam koruma ve güvenlik içerse de hakem heyeti “koruma ve güvenlik yükümlülüğü, hem yatırımları korumak için maddi hükümler hem de yatırımcıların haklarını savunmalarını sağlayan uygun prosedürler

¹⁰³⁴ *Siemens A.G. v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 303.

¹⁰³⁵ *ELSI (ABD v. İtalya)*, (Karar), 1989, ICJ Reports 15, § 111.

¹⁰³⁶ *Ronald S. Lauder v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 314.

¹⁰³⁷ *Saluka Investments B.V. v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 493, 496.

de dahil olmak üzere yatırımcılara yasal koruma sağlayan yasal bir çerçeve sağlamayı kapsar” kararını vermiştir.¹⁰³⁸ *El Paso v. Arjantin* davasında ilgili yatırım antlaşması yalnızca tam koruma ve güvenlik sağlamasını gerektiğini belirtmesine rağmen hakem heyeti ilgili hükmün bir yatırımcıya veya yatırımlarına haksız yere zarar verenleri özenle kovuşturmak yani gerekli özeni göstermek için bir devlete pozitif bir yükümlülük de yüklediğini belirtmiştir.¹⁰³⁹

İlgili antlaşma metninde FPS’de hukuki güvenliğe atıfta bulunulmamasına rağmen hakemlerin FPS standardının hukuki güvenliğin sağlanmasını gerektirdiğine karar veren ikinci grup olan davalar, FPS’nin devletin yatırımlar için istikrar ve hukuk sisteminde belirlilik sağlamasını gerektirdiğini düşünmektedir. Örneğin, *Azurix v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, AHM ile FPS sağlama yükümlülüğü arasındaki karşılıklı ilişkiye ikna olduğunu ve koruma ve güvenlik terimlerinin “tam” ile nitelendirilip başka bir sıfat veya açıklama içermediğinde, olağan anlamlarında bu standardın içeriğinin fiziksel güvenliğin ötesine geçtiğini tespit etmiş ve AHM ihlali bulgusunun aynı zamanda tam koruma ve güvenlik ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır: “*Tam koruma ve güvenliğin polis tarafından sağlanan koruma ve güvenliğin ötesine geçtiği anlaşılmıştır. Bu sadece fiziksel güvenlik meselesi değildir; güvenli bir yatırım ortamının sağladığı istikrar da bir yatırımcı açısından aynı derecede önemlidir.*”¹⁰⁴⁰ Benzer şekilde, *Biwater v. Tanzanya* davasında da hakem heyeti, “koruma ve güvenlik” terimleri “tam” ile nitelendirildiğinde, standardın içeriğinin fiziksel güvenlik dışındaki konuları da kapsayabileceğine karar vererek bir devletin hem fiziksel hem ticari hem de yasal olarak güvenli bir ortamda istikrarı garanti etmesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Hakem heyeti, FPS’nin istikrarlı bir yatırım ortamına ihtiyacı olduğunu vurgulamıştır: “*Bir devletin hem fiziksel hem ticari hem de yasal olarak güvenli bir ortamda istikrarı garanti etmesi anlamına gelir. Hakem Heyetinin görüşüne göre, ‘tam güvenlik’ kavramını güvenliğin sadece bir yönüyle sınırlandırmak, özellikle de bu terimin ticari ve finansal yatırımların korunmasına yönelik bir BIT’de kullanılması ışığında, gereksiz yere yapay olacaktır.*”¹⁰⁴¹

¹⁰³⁸ *Frontier Petroleum Services Ltd v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 263.

¹⁰³⁹ *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, Karar, 31 Ekim 2011, § 522-3

¹⁰⁴⁰ *Azurix Corp. v. Arjantin*, Karar, § 408.

¹⁰⁴¹ *Biwater Gauff Ltd. v. Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti*, Karar, § 729.

FPS'nin devletin yatırımlar için istikrar ve hukuk sisteminde kesinlik sağlamasını gerektirdiğini yaklaşıma karşı çıkanlar da mevcuttur. *Eureko v. Polonya* davasında, hakem heyeti, istikrarlı bir yatırım ortamı sağlama yükümlülüğünün AHM standardının bir parçasını oluşturduğuna hükmetmiş ve bu yükümlülüğün FPS standardının bir parçası olup olmadığı konusunda bir tartışmaya girmemiştir.¹⁰⁴²

Fiziksel mülke verilen zararın telafisi için FPS'nin kullanılması, bu zarar üçüncü taraflardan kaynaklandığında genellikle AHM standardı ile örtüşmemektedir. Ancak, FPS ve AHM arasındaki ayırım, FPS standardı devletlere fiziksel değil hukuki güvenlik sağlama yükümlülüğü getirdiği şeklinde yorumlandığında genellikle aşınmaya başlamaktadır. Newcombe ve Paradell genel olarak FPS kapsamındaki hukuki güvenlik kavramının AHM standardı tarafından absorbe edildiği görüşündedir: “Uygulamada, çoğu [yatırım antlaşması] zaten adil ve hakkaniyete uygun muamele öngördüğünden, koruma ve güvenlik yükümlülüklerinin hukuki güvenliği ve düzenleyici çerçevenin istikrar ve öngörülebilirliğini kapsayıp kapsamadığının bir davanın sonucunu etkilemesi pek olası değildir. Ayrıca, adil ve hakkaniyete uygun muamele asgari standartlara uygun muameleyi de içerdiğinden, genel bir adil ve hakkaniyete uygun muamele maddesinin koruma ve güvenlik yükümlülüğünü de içerdiği görülmektedir.”¹⁰⁴³

B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Tam Koruma ve Güvenlik Ayır Standartlar Olduğunu Savunan Yaklaşım

Tam koruma ve güvenlik ihlalinin otomatik olarak AHM ihlali anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır. Bazı mahkemeler bu yönde karar verirken, diğerleri bunu şiddetle reddetmekte ve iki standardın birbirinden ayrı olduğu konusunda ısrar etmektedir.¹⁰⁴⁴ Doktrinde de AHM kavramı diğer uluslararası hukuk standartlarından bağımsız olup ev sahibi devletin başka bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalinin otomatik olarak AHM'nin ihlali olmayacağı sıklıkla dile getirilmektedir.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² *Eureko B.V. v. Polonya Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 240, 248, 250, 251, 253.

¹⁰⁴³ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 314.

¹⁰⁴⁴ *El Paso v. Arjantin*, Nihai Karar, § 228-231; *Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Nihai Karar, 23 Nisan 2012, § 226; *Ulysseas v. Ekvador*, UNCITRAL, Nihai Karar, 12 Haziran 2012, § 271-2; *Franck Charles Arif v. Moldova*, Karar, § 505; *Mamidoil v. Arnavutluk*, Karar, § 819-820.

¹⁰⁴⁵ Jacob, Schill, “Fair and Equitable Treatment”, 2015, s. 718.

Davacılar, AHM standardının ihlalinin ipso jure olarak FPS'ye uyulmaması sonucunu doğurduğunu iddia etmeye başlamışlardır ki bu argüman farklı derecelerde başarıya ulaşmıştır. Bu tür bir argümanı reddeden ve iki standardın ayrı ve bağımsız olduğuna karar veren hakemler, bu görüş için farklı gerekçeler sunmuştur. Bazı hakem heyetleri, iki standardın ilgili antlaşmadaki farklı konumunu yani ayrı ayrı olarak antlaşmada bulunmasını vurgulamıştır. Örneğin, *Arif v. Moldova* davasında, hakem heyeti: “Davacının, bir devletin AHM standardını ihlal etmesi halinde, ipso facto olarak FPS standardını da ihlal etmiş olacağı yönündeki argümanına ikna olmamıştır. FPS standardı BIT'nin ayrı bir maddesinde açıkça ele alınmıştır. Bu nedenle Mahkeme, FPS'nin AHM'den ayrı ve bağımsız bir standart olduğuna karar vermiştir.”¹⁰⁴⁶ Benzer şekilde, *Jan de Nul N.V. v. Mısır Arap Cumhuriyeti* davasındaki hakem heyeti, “Sürekli koruma ve güvenlik kavramı burada adil ve hakkaniyete uygun standarttan ayırt edilmelidir çünkü bu iki güvence örtüşebilse bile BIT'nin iki farklı hükmünde yer almaktadır”¹⁰⁴⁷ tespitini yapmıştır.

Mamidoil v. Arnavutluk davasında, hakem heyeti, VAHS m. 31'de yer alan antlaşma yorumlama kurallarını kullanarak FPS ve AHM'nin birbirinden ayırt edilebilir olduğunu belirtmiştir: “Mahkeme öncelikle, sürekli koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğünün adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğü ile karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir. ECT gibi antlaşmalarda standartlar arasındaki ayırım önemlidir. Koruma ve güvenliğin anlamını adil ve hakkaniyete uygun muamele ile karıştırmak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca antlaşma yorumlama ilkelerini ihlal edecektir. [Bu nedenle Mahkeme, her iki talebin ayrı ayrı incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemenin AHM iddiasını reddetmiş olması, koruma ve güvenlik ihlali iddiasının da reddedildiği anlamına gelmez.”¹⁰⁴⁸

El Paso v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM ile FSP ayırım yapıp sıralama öngörmüştür: “Gereksiz analizlere girmemek için, yabancı bir yatırıma yapılan müdahaleler, kamulaştırmadan FP'nin ihlaline doğru ilerleyen bir sırayla farklı koruma standartlarına atıfta bulunarak art arda analiz edilmelidir. Başka bir deyişle, Mahkeme ilk olarak dolaylı bir kamulaştırma olup olmadığını, ikinci olarak keyfi veya

¹⁰⁴⁶ *Franck Charles Arif v. Moldova*, Karar, § 505.

¹⁰⁴⁷ *Jan de Nul N.V. v. Mısır Arap Cumhuriyeti*, Karar, § 269.

¹⁰⁴⁸ *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 819-20.

ayrımcı muamele olup olmadığını, üçüncü olarak AHM'nin ihlal edilip edilmediğini ve dördüncü olarak da FPS'nin ihlal edilip edilmediğini inceleyecektir."¹⁰⁴⁹

Ulysseas v. Ekvador davasında, hakem heyeti, her iki muamele de devletin istikrar ve öngörülebilirlik sağlamasını gerektirdiğinden dolayı her iki standardın birlikte değerlendirilebileceği görüşünü reddetmiştir: “*Tam koruma ve güvenlik, BIT m. II (3)(a)’da iki standarda ayrı ayrı yapılan atıftan da anlaşılacağı üzere, adil ve hakkaniyete uygun muameleden farklı bir muamele standardıdır. Bu standart, uluslararası hukuk uyarınca devlete, ülkesindeki yabancıların şahıslarına veya mallarına üçüncü şahıslar tarafından verilen haksız zararların önlenmesi veya başarılı olunamaması halinde bu tür zararların bastırılması ve cezalandırılması için gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü içeren bir dikkat ve özen yükümlülüğü getirmektedir.*”¹⁰⁵⁰

Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, FPS'nin AHM'den farklı olduğuna çünkü FPS'nin olumlu eylemde bulunulmayı gerektirdiğine ve FPS'nin AHM yükümlülüğünün kapsamadığı özel kişilerin eylemlerini de kapsadığını belirtmiştir: “*Tam koruma ve güvenlik, ev sahibi devleti, yatırımı özel kişilerin yanı sıra devlet organlarının olumsuz eylemlerine karşı koruyan ve güvence sağlayan yasal bir çerçeve sağlamakla yükümlü kılarken, adil ve hakkaniyete uygun muamele esas olarak ev sahibi devletin adil ve hakkaniyete uygun olmayan davranışlardan vazgeçme yükümlülüğünü içerir.*”¹⁰⁵¹

Electrabel v. Macaristan davasında, hakem heyeti, antlaşmaların karşılıklı uygulanmasına ilişkin ilkelere, özellikle de etkililik ilkesine dayanmıştır. Hakem heyeti, AHM ve FPS'nin iki farklı standart olduğu ve “*effet utile*” hukuki ilkesinin uygulanmasıyla farklı bir kapsam ve role sahip olması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁵²

FPS'nin kökeni, uluslararası hukukta devletlerin yabancıların fiziksel güvenliğini koruma ve mallarına zarar gelmesini önleme yükümlülüğüne dayanmaktadır. FPS ile ilgili akla gelen ilk kısım fiziki korumadır. Bir devletin

¹⁰⁴⁹ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 231.

¹⁰⁵⁰ *Ulysseas v. Ekvador*, Nihai Karar, § 271.

¹⁰⁵¹ *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 296.

¹⁰⁵² *Electrabel S.A. v. Macaristan Cumhuriyeti*, Karar, § 7.83.

yatırımcılara ve yatırımlarına fiziksel zarar gelmesini önlemek için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü, bu zarar veya tehdidi üçüncü taraflardan kaynaklansa bile mevcuttur. FPS standardının bu geleneksel rolü iyice yerleşmiştir. Antlaşma taslaklarında da son zamanlarda görülen bir eğilim, FPS'nin sadece fiziksel zararlar ile ilgili olduğunu açıkça belirtmek olmuştur. Örneğin, CETA m. 8.10(5) FPS hükmünü, “*Tarafların yatırımcıların ve kapsam dahilindeki yatırımların fiziksel güvenliğine ilişkin yükümlülüklerine atıfta bulunduğunu*” şeklinde sınırlamıştır.

Yatırım tahkimi kararlarında da FPS'nin sadece fiziksel güvenliğe ilişkin olduğuna dair vurgular bulunmaktadır. FPS standardının bir yatırımcının yatırımına yönelik her türlü zararı kapsamak için değil, daha spesifik olarak bir yatırımın fiziksel bütünlüğünü güç kullanımı yoluyla müdahaleye karşı korumak için olduğunu özellikle belirtilmektedir.¹⁰⁵³ FPS'nin önemli bir rolünün yatırımcıları ve varlıklarını üçüncü tarafların şiddetine karşı korumak olduğu da tartışmasızdır. *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyetinin FPS hükmü ile ilgili olarak gözlemlediği gibi: “*kriter [...] ev sahibi devletin yatırımcıyı üçüncü taraflara karşı koruma yükümlülüğü ile ilgilidir; Tarafların atıfta bulunduğu durumlarda, çeteler, isyancılar, kiralık katiller ve devletin fiziksel güç tekelini ihlal ederek yatırımcıya karşı fiziksel şiddet uygulayan diğerleri. Dolayısıyla, bir ev sahibi devletin tam koruma ve güvenlik sağlamadığı durumlarda, üçüncü tarafların önlemekle yükümlü olduğu eylemlerini önlemek için harekete geçmemektedir.*”¹⁰⁵⁴ Hakem heyeti, sayılan özel üçüncü şahısların eylemlerine karşı korumaya ek olarak, FPS standardının devletin organları ve temsilcileri tarafından gerçekleştirilen eylemleri de kapsadığını belirtilmiştir.¹⁰⁵⁵ Bununla birlikte, bir devletin kendi eylemlerinden ve üçüncü tarafların eylemlerinden kaynaklanan fiziksel zararı önlemeye yönelik bu sorumluluk, gerekli özeni gösterme yükümlülüğü ile sınırlıdır.¹⁰⁵⁶

İki standardın bağımsızlığını vurgulamak için, örneğin FPS standardı kapsamında bir devletin üçüncü tarafların neden olduğu zararı önleyememekten sorumlu tutulabilmesi gibi önemli farklılıklar da gündeme getirilmiştir. Bu bağlamda, *Oxus Gold v. Özbekistan* davasında, hakem heyeti, FPS'nin üçüncü tarafların

¹⁰⁵³ *Rumeli v. Kazakistan*, Karar, § 668.

¹⁰⁵⁴ *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 203.

¹⁰⁵⁵ *Biwater Gauff Ltd. v. Birleşik Tanzania Cumhuriyeti*, Karar, § 730.

¹⁰⁵⁶ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, Karar, § 46-53.

eylemleriyle ilgili olarak yatırımcı koruması sağlayarak AHM'yi tamamlamaya hizmet ettiğini vurgulamış, ancak FPS'nin devletin üçüncü tarafların yatırımcıya adil ve eşit davranmasını zorunlu kılacak kadar ileri gitmediği uyarısıyla FPS'yi AHM'den ayırmıştır.¹⁰⁵⁷

PESG v. Türkiye davasında, hakem heyeti, FPS'ye ilişkin, “*kişilerin ve tesislerin fiziksel güvenliği bağlamında gelişmiştir ve sadece istisnai olarak CME’de belirtilen daha geniş alanla [yani hukuki güvenlikle] ilgili olacaktır. Böyle istisnai bir durum söz konusu olduğu ölçüde, adil ve hakkaniyete uygun muamele ile bağlantı çok yakın bir bağlantı haline gelir*”¹⁰⁵⁸ tespitinde bulunmuştur. Hakem heyeti, AHM ile yakın ilişkisine rağmen FPS hükmünün bağımsız doğasına vurgu yapmaktadır.

Wena Hotels v. Mısır davasında, hakem heyeti, FPS ve AHM standart arasında bir ayrım yapmıyor gibi gözüke de dikkatli incelendiğinde durum farklıdır. Hakem heyeti, ev sahibi devletin, yatırımcıya adil ve hakkaniyete uygun muamele ve tam koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. İlgili yatırım antlaşması m. 2(2)’de AHM ve FPS yükümlülüklerini bir arada öngörülmesi için, hakem heyeti ilk bakışta iki standart arasında ayrım yapmıyor gibi gözükmemektedir.¹⁰⁵⁹ Ancak, dava daha yakından incelendiğinde durumun böyle olmadığı ortaya çıkmaktadır. Karardaki sorunlu kısım, kararın bu iki standarda, aralarındaki farkı belirtmeksizin atıfta bulunmasıdır. Örneğin, kararda sık sık Mısır’ın “*Wena’nın yatırımlarına ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ ve ‘tam koruma ve güvenlik’ sağlamamasına*” atıfta bulunmaktadır. Ancak, hakem heyetinin, AHM ve FPS arasındaki farkın ne olduğunu düşündüğüne dair herhangi bir açıklama olmaması, iki standardı birleştirdiği anlamına gelmez. Davadaki haksız fiiller sadece fiziksel zarar ve fiziksel zararın önlenmemesi ile ilgili değil, aynı zamanda otel ruhsatlarının verilmesindeki haksız davranışlarla da ilgilidir. Ruhsata ilişkin işlemler, AHM ihlali olarak sınıflandırılacak davranışlarla ilgilidir. Olay, FPS’den ziyade AHM’nin sınırlarına daha mantıksal olarak uyan düzenleyici suiistimallerle de ilgiliydi. Bu nedenle, kararda hem AHM hem de FPS için belirli bir rol olduğu ve hakem heyetinin bu ikisini eşitlemediği sonucuna varılabilir.

¹⁰⁵⁷ *Oxus Gold v. Özbekistan*, UNCITRAL, Karar, 17 Aralık 2015, § 353.

¹⁰⁵⁸ *PSEG v. Türkiye Cumhuriyeti*, Karar, § 258.

¹⁰⁵⁹ *Wena Hotels v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/98/4, Karar, 8 Aralık 2000, § 84.

C. Sonuç

1990 tarihli AAPL v. Sri Lanka kararındaki bakış açısı yani AHM ile FPS aynı muamele standardı olarak kabul edilirse, AHM'nin uluslararası asgari standartla eşdeğer olduğu görüşü daha da güçlenmektedir. Çünkü, kararda FPS uluslararası teamül hukukunun asgari standardı kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁰⁶⁰ Dolayısıyla, bu yoruma göre, AHM ve FPS terimleri yabancı yatırımcılar için aynı muamele düzeyini ifade etmektedir ve her bir ifade aslında yabancı yatırımcıların uluslararası asgari muamele standardına tabii olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁶¹ Ancak, bu yorum kabul edilmemelidir.

FPS, AHM'nin bağlantılı hale getirildiği ilave bir standarttır. FPS, ev sahibi devletin gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü, yani yatırımcıyı ve yatırımlarını hükümet görevlilerinin veya üçüncü tarafların zarar verici eylemlerinden korumak için gerekli olan her türlü önlemi alma yükümlülüğünü gerektirmektedir. Yine de AHM'nin bu standarda atıfla birlikte tanımlandığı durumlarda, tahkim içtihiadı açık olmaktan uzaktır. Ayrıntılı olarak, bazı hakem heyetleri, AHM'nin ihlalinin bulunmasını yeterli görüp FPS için ayrı bir değerlendirme yapmayarak iki standardı birlikte ele almaktadır. Bu durum, bu hakem heyetlerini FPS'nin yorumlanmasında, AHM'nin de bir parçası olan yasal ve ekonomik istikrar gibi kavramları içerecek kadar geniş bir yaklaşım izlemenin sonucudur.

AHM'nin haksız ve adaletsiz davranışlardan kaçınmak için esasen negatif bir yükümlülük gerektirirken, FPS'nin, ulusal başvuru yollarının sağlanması da dahil olmak üzere yatırımcıları olumsuz koşullardan koruyan ve güvence altına alan fiili ve yasal bir çerçeve oluşturma taahhüdü gerektiren pozitif bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶² Aslında, yükümlülüğün pozitif veya negatif niteliği burada söz

¹⁰⁶⁰ *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Sri Lanka*, Karar, § 67.

¹⁰⁶¹ Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", s. 142.

¹⁰⁶² Weeramantry, "Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment", s. 354: "*FPS, yatırımcıları veya yatırımlarını (maddi veya gayri maddi) bir devletin organları veya kurumları tarafından haksız zarara uğratılmaktan korumak için makul adımlar atmaya yönelik pozitif bir yükümlülük; Yatırımcıya yasal güvence sağlayan yasal veya idari bir sistem sağlama konusunda pozitif bir yükümlülük; Yatırımcıları ve yatırımları özel kişilerin haksız fiziksel zararlarından korumak için gerekli özeni gösterme konusunda pozitif bir yükümlülük; Haksız bir eylem sonucunda fiziksel zarar meydana gelmişse, zarardan sorumlu bir devlet temsilcisini veya özel kişiyi özenle kovuşturma veya yaptırıma tabi tutma konusunda pozitif bir yükümlülük teşkil eder. AHM, Bir yatırımcının yatırım yapma kararının veya meşru beklentilerinin dayandığı devletin kendi davranışını*

konusu olan soruyu çözmemektedir çünkü AHM hem pozitif hem de negatif yükümlülükler içeren karmaşık bir kriterdir. Bundan bağımsız olarak, FPS teriminin anlamı geniş ölçüde farklı yorumlara açıktır. Dolayısıyla, FPS'nin, AHM'nin özel bir örneğinden başka bir şey olmadığı fikrinin kabul edilmesi halinde, AHM'nin içeriği yine de muğlak ve belirsiz kalacaktır.¹⁰⁶³

FPS'nin, özel tarafların eylemlerinin bir sonucu olsa bile, yatırımcıların ve mülklerinin fiziksel zarar görmesini önlemek için devletlerin gerekli özeni göstermesini zorunlu kıldığında, AHM'den farklı ve ayrı bir standart olduğu kabul edilmelidir. Asıl mesele hakem heyetlerinin, FPS'yi fiziksel korumanın ötesinde hukuki güvenliğe genişletmeye çalıştığında ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁶⁴ AHM ve FPS arasındaki yakın ilişkiye rağmen, bu ikisi hala birbirinden ayırt edilebilir. Devletlerin antlaşmalarda hem FPS hem de AHM standartlarına yer vermeye devam etmesi, bu standartların farklı maddi yükümlülükler doğurmasının amaçlandığını göstermektedir. Aksi takdirde FPS, AHM hükmü içeren bir antlaşmada yer bulamazdı. Uygun bir gerekçe olmaksızın FPS ve AHM'yi bir ve aynı olarak ele alan herhangi bir yaklaşım, effet utile ilkesini göz ardı ettiği eleştirisine maruz kalacaktır. Bu yerleşmiş ilke, her antlaşma hükmüne anlam verilmesini gerektirir ve AHM hükümlerinin aynı antlaşmadaki FPS hükümlerini gereksiz kılacak şekilde yorumlanmasını engeller.¹⁰⁶⁵

FPS yatırım antlaşması davalarında yatırımcılar tarafından AHM'ye kıyasla çok daha az ileri sürülmektedir. AHM taleplerinin başarı oranı FPS taleplerinden çok daha yüksektir. AHM ve FPS başarı oranlarındaki bu fark, bir devletin istikrarlı veya güvenli bir hukuk sistemi sağlamak için pozitif bir yükümlülüğü olduğunu veya üçüncü tarafların zarar vermesini önlemek için gerekli özeni göstermediğini kanıtlamanın zorluğu ile açıklanabilir. Bu, davalı devletin davranışını adaletsizlik veya eşitsizlik yaratacak şekilde değiştirdiğini kanıtlamaktan daha zahmetli bir görev gibi görünmektedir.

veya güvencelerini değiştirmekten kaçınma yükümlülüğü; Bir yatırımcının meşru olarak hak veya beklenti edindiği yasal çerçeveyi temelden değiştirmekten vazgeçme yükümlülüğü yükler. Özel bir kişinin bir yatırımcıya adil veya hakkaniyetli davranmasını sağlamak için olumlu adımlar atmaya yönelik veya haksız veya adaletsiz muamele yoluyla bir yatırımcıya zarar veren özel bir kişiyi kovuşturmak veya yaptırım uygulamak için herhangi bir AHM yükümlülüğü yok gibi görünmektedir.”

¹⁰⁶³ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 26.

¹⁰⁶⁴ Weeramantry, “Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment”, s. 353.

¹⁰⁶⁵ a.g.e., s. 354.

Gerekli özenin gösterilmesi konusunda da AHM ile FPS farklılaşmaktadır. AHM ile FPS arasındaki bir diğer fark ev sahibi devletteki durum tespitine ilişkindir. FPS kapsamında, devletlerin adli ve idari bir sisteme sahip olma ve bunu kullanıma sunma yükümlülüğü bir durum tespiti uygulanmasıyla değerlendirilemez, ancak AHM bakımından beklentilerin oluşturulması noktasında, ev sahibi devletin mevcut özelliklerine ilişkin bir durum tespiti şartı getirilebilir.

Uygulamada, çoğu yatırım antlaşması zaten AHM'yi kabul ettiğinden, FPS'nin hukuki güvenliği ve düzenleyici çerçevenin istikrar ve öngörülebilirliğini kapsayıp kapsamadığının bir davanın sonucunu etkilemesi pek olası değildir. Ayrıca, AHM'nin asgari standartlara uygun muameleyi de içerdiği kabul edilirse zaten FPS'yi içerdiği öne sürülebilecektir.¹⁰⁶⁶ AHM standardının aksine, FPS'nin temel işlevi yatırımı devlet eylemlerinden korumak değil, doğrudan ev sahibi devletin davranışlarından kaynaklanmayan risklere karşı korumaktır. FPS ve AHM standartları arasındaki işlevsel etkileşim, devletin güvenlik işlevi ile kamu otoritesinin hukukun üstünlüğüne tabi olması arasındaki kavramsal etkileşimle karşılaştırılabilir. FPS devletin güvenlik işleviyle ilgiliyken, AHM ise hukukun üstünlüğü yani keyfiliğin olmaması gibi devlet suiistimallerinden korunmayla ilgilidir.¹⁰⁶⁷ Sonuç olarak, FPS'nin AHM ile eşitlenmemesi gereken farklı özellikleri ve rolleri vardır.¹⁰⁶⁸ AHM ve FPS standartlarını birbirinden ayırmak ve her iki standarda da bir effet utile kazandırmak için, FPS'yi fiziksel güvenlikle sınırlandırmak daha makul gözükmemektedir.¹⁰⁶⁹

III. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Kamulaştırma

Kamulaştırma, mülkiyete müdahalenin en ağır biçimidir.¹⁰⁷⁰ Uluslararası teamül hukukunda mülkiyet terimi, özel kişilerin piyasa değeri olan tüm devredilebilir haklarını, örneğin taşınır ve taşınmaz mallarını, ödeme taleplerini, şirket hisselerini,

¹⁰⁶⁶ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 314.

¹⁰⁶⁷ Sebastián Mantilla Blanco, "Full Protection and Security and the Rule of Law", **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 91, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0005.

¹⁰⁶⁸ Weeramantry, "Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment", s. 355.

¹⁰⁶⁹ Alain Farhad, Investment Protection in Situations of Armed Conflict: Evolution, Relevance and Challenges, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 39, Issue 2, Spring 2024, s. 201.

¹⁰⁷⁰ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s.146.

fikri mülkiyet haklarını ve aynı zamanda bir şirketin piyasa değerini ve piyasadaki konumunu etkileyen tüm iş bağlantılarını kapsamaktadır.¹⁰⁷¹ ABD-Venezuela Karma Talepler Komisyonu tarafından, 1903 yılında Rudlog davasında yapılan, “*Bir sözleşme ile kazanılan, aktarılan ve tanımlanan hakların ellerinden alınması veya yok edilmesi, maddi bir mülkün ellerinden alınması veya yok edilmesi, mağdura tazminat alma hakkı veren bir hatadır*” tanımı, kamulaştırmaya ilişkin önemli tanımlar arasında yer almaktadır.¹⁰⁷²

Yatırım antlaşmalarında yer alan yatırım tanımları, ipotek, hisse senetleri, fikri mülkiyet hakları ve sözleşmeler gibi çeşitli maddi olmayan hakları içermektedir ve bunlara ilişkin kamulaştırma iddiaları öne sürülebilmektedir.¹⁰⁷³ Kamulaştırma, mülkiyet haklarının özünü etkileyen kullanım üzerindeki ciddi yasal kısıtlamalar veya benzer bir etkiye sahip fiili müdahaleler ile oluşturulabilir.¹⁰⁷⁴ Bir kamulaştırmanın yasal olup olmadığı ise belli koşullara bağlıdır. Kamulaştırma için devletin resmi sıfatıyla hareket etmesini gerekmektedir. Kamulaştırmalar yasama eylemleri ve idare tarafından alınan önlemler yoluyla gerçekleşmektedir.¹⁰⁷⁵ Bununla sınırlı olmayıp, bir kamulaştırmanın yasal olarak kabul edilmesi taşıması gereken birtakım özellikler daha mevcuttur; Tedbir kamusal bir amaca hizmet etmelidir, tedbir ayrımcı olmamalıdır, kamulaştırma usulü adil yargılama ilkelerine uygun olmalıdır ve kamulaştırma hızlı, yeterli ve etkili bir tazminat ile sonuçlanmalıdır.¹⁰⁷⁶

Günümüzde doğrudan kamulaştırmalar nadir hale gelmiş ve dolaylı kamulaştırmalar önem kazanmıştır.¹⁰⁷⁷ Dolaylı kamulaştırma tanımının sınırları ise tam olarak çizilmiş değildir. Abs-Shawcross Yurtdışında Yatırım Sözleşmesi Taslağı (1959), diğer bir tarafın vatandaşlarını doğrudan veya dolaylı olarak mülklerinden mahrum bırakacak tedbirlere atıfta bulunmuştur. 1994 tarihli Enerji Şartı Antlaşması, kamulaştırma veya devletleştirmeye eşdeğer etkiye sahip tedbir veya tedbirlere atıfta bulunmaktadır. 2004 ve 2012 ABD Model BIT’leri konuya daha detaylı

¹⁰⁷¹ Matthias Herdegen, “Customary International Law”, **Principles of International Economic Law**, 3e, 3rd Edition (2024; online edn, Oxford Academic), s. 439.

¹⁰⁷² American–Venezuelan Mixed Claims Commission, Rudloff Davası, Esasa İlişkin Karar, 1 Ocak 1903, 9 REPORTS of INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, s. 250.

¹⁰⁷³ a.g.e., s. 147.

¹⁰⁷⁴ Herdegen, “Customary International Law”, s. 439.

¹⁰⁷⁵ *Noble Ventures v. Romanya*, Karar, §. 211-6.

¹⁰⁷⁶ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 183.

¹⁰⁷⁷ a.g.e., s.153

yaklaşmaktadır. Madde 6(1)'de taraflardan hiçbiri kapsam dahilindeki bir yatırımı doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırma veya millileştirmeye¹⁰⁷⁸ eşdeğer tedbirler yoluyla kamulaştıramaz veya millileştiremez denildikten sonra, Kamulaştırma başlıklı özel bir Ek B eklenmiştir: “(a) Bir Tarafın belirli bir fiili durumda gerçekleştirdiği bir eylemin veya bir dizi eylemin dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmediğinin belirlenmesi, diğer faktörlerin yanı sıra, duruma göre ve olguya dayalı bir inceleme gerektirir:

(i) Her ne kadar bir Tarafın bir eyleminin veya bir dizi eyleminin bir yatırımın ekonomik değeri üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olması tek başına dolaylı bir kamulaştırmanın gerçekleştiğini göstermese de, hükümet eyleminin ekonomik etkisi;

(ii) hükümet eyleminin farklı, gerçekçi yatırıma dayalı beklentilere ne ölçüde müdahale ettiği; ve

(iii) Hükümet eyleminin niteliği.

(b) Nadir durumlar dışında, bir Tarafın kamu sağlığı, güvenliği ve çevre gibi meşru kamu yararı amaçlarını korumak için tasarlanan ve uygulanan ayırımcı olmayan düzenleyici eylemleri dolaylı kamulaştırma teşkil etmez.”¹⁰⁷⁹

Doğrudan veya resmi bir kamulaştırma ile dolaylı bir kamulaştırma arasındaki fark, mal sahibinin mal üzerindeki yasal sıfatının söz konusu tedbirden etkilenip etkilenmediğine bağlıdır.¹⁰⁸⁰ Dolaylı kamulaştırmada mülkiyet hala aynı kişidedir, ancak yatırım üzerindeki etkisi azalmış veya yatırımın değeri düşmüştür. Yakın tarihli yatırım tahkimi içtihatlarında dolaylı kamulaştırmaya ilişkin en sık rastlanan formül, dolaylı kamulaştırmanın varlığı için yatırımından önemli ölçüde yoksun bırakılması gerekliliğidir.¹⁰⁸¹ Devlet önlemlerinin ekonomik fayda, değer ve yatırımın kontrolü üzerindeki etkisi, bir kamulaştırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde en önemli kriterdir.¹⁰⁸² Bu bağlamda, yabancı bir yatırımcının menfaatlerini etkileyen bir hükümet tedbirinin süresi, müdahalenin ciddiyetinin belirlenmesi noktasında önemlidir.¹⁰⁸³ Sonuç olarak, bir kamulaştırma iddiasının

¹⁰⁷⁸ Herdegen, “Customary International Law”, s 439: Millileştirme terimi genellikle bir sektörün tamamının kamulaştırılmasını ifade etmek için kullanılmaktadır.

¹⁰⁷⁹ Ek B, 2004 ve 2012 ABD Model Antlaşmalarının m.4.

¹⁰⁸⁰ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 153.

¹⁰⁸¹ *Casinos Austria v. Arjantin*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar, para 228.

¹⁰⁸² Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 163.

¹⁰⁸³ a.g.e., s. 165.

uygun bir analizi için, ilgili gerçek menfaatlere, hükümet tedbirinin amacına ve yatırıma etkisine bakılması gerekmektedir.¹⁰⁸⁴

Adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile dolaylı kamulaştırma iddiaları arasında önemli örtüşmeler yer almaktadır. Örneğin, bir yatırımcının meşru beklentileri kavramı öncelikle adil ve eşit muamele standardıyla bağlantılıdır, ancak dolaylı kamulaştırma iddiaları kapsamında da mahkemeler tarafından ele alınmıştır.¹⁰⁸⁵ Dolaylı kamulaştırma bağlamında ev sahibi devletin hukuk düzeninde yabancı mülkiyeti etkileyen her değişiklik meşru beklentileri ihlal etmeyecek olup, değişikliğin, ev sahibi devlette alışlagelmiş olmaması ve diğer devletlerde kabul görmüş normal düzenleme sınırlarının ötesinde olması gerekmektedir.¹⁰⁸⁶ Öte yandan, belirli bir tedbirin yatırımın değeri üzerindeki etkisi öncelikle dolaylı bir kamulaştırma iddiası ile ilgilidir, ancak bazı hakem heyetleri bunu adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı altında da değerlendirmiştir.¹⁰⁸⁷ Novenergia v. İspanya davasındaki hakem heyetinin görüşüne göre ise, *“AHM standardının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi, devletin düzenleyici menfaatlerinin yatırımcıların meşru beklentileri ve güvenleri karşısında tartıldığı bir dengeleme egzersizidir. İtiraz edilen tedbirlerin ekonomik etkisine bakmak tek başına yeterli değildir. Yatırımın değerinin yok edilmesi, bir devletin ECT m. 13 ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde açıkça belirleyicidir, ancak bir devletin ECT m. 10(1) ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken çeşitli faktörlerden yalnızca biridir. Bununla birlikte, mahkemenin görüşüne göre, bir davacının yatırımı üzerindeki ekonomik etki, yatırımcıların uzun vadeli yatırımlar yaparken güvendikleri yasal rejimin temel özelliklerinde bir değişiklik olduğunu göstermeye yönelik olabileceğinden, m. 10(1) uyarınca dengeleme egzersizinde de önemli bir faktördür.”*¹⁰⁸⁸

Bir diğer ortak nokta ise kümülatif etki ile ihlalin meydana gelebilmesi durumudur. Tek başına bir uluslararası hukuk ihlali anlamına gelmeyen eylem ve/veya ihmallerin toplamı bir ihlal meydana getirebilmektedir. UHK Devletin Sorumluluğuna ilişkin Maddeleri (2001) m. 15, *“Bir devlet tarafından bir dizi eylem veya ihmal*

¹⁰⁸⁴ *SD Myers v. Kanada*, Birinci Kısmi Karar, § 285.

¹⁰⁸⁵ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 227; *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 149; *Metalclad v. Meksika*, Karar, § 103.

¹⁰⁸⁶ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 172.

¹⁰⁸⁷ *Eiser v. İspanya*, Karar, § 382.

¹⁰⁸⁸ *Novenergia v. İspanya*, Nihai Karar, § 694.

yoluyla uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edilmesi, diğer eylem veya ihmallerle birlikte ele alındığında haksız fiili oluşturmaya yeterli olan eylem veya ihmalin gerçekleşmesi halinde haksız fiil olarak tanımlanır” şeklindedir. Gizli kamulaştırma (creeping expropriation) diye ifade edilen kavram da bu durumun bir örneğidir.¹⁰⁸⁹ Bir başka deyişle, kamulaştırma aşamalı olarak da meydana gelebilmektedir. Benzer şekilde, eylem veya ihmallerin kümülatif etkisi ile adil ve hakkaniyetli muamele standardının da ihlal edilebileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁹⁰ Görüldüğü üzere, bazı kıstaslar ve özellikler, hem adil ve hakkaniyetli muamele standardı hem de dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele uygulaması, kamulaştırma tazminatı ve uluslararası insan hakları ile ilgili paralel gelişmelerden de etkilenmiştir.¹⁰⁹¹ Tarihsel olarak, kamulaştırma standardı büyük bir öneme sahiptir, ancak, kitlesel kamulaştırmalar giderek daha nadir hale gelmiş ve yerini ev sahibi devletlerin ekonomi politikası önlemlerinin daha az müdahaleci araçlara bırakmıştır. Bu durum, ve AHM standardının açık uçlu yapısı, AHM taleplerini ön plana çıkarmıştır.¹⁰⁹² Bugün neredeyse her davada, AHM standardı ihlali iddiası yer almaktadır.¹⁰⁹³ AHM, yatırım tahkiminde, özellikle de başarısız bir kamulaştırma iddiası ardından bir yedek olarak öne sürülmüş ve önemli oranda başarı elde etmiştir.¹⁰⁹⁴

Genellikle yatırım tahkimi hakem heyetleri tarafından dolaylı kamulaştırma açısından incelenen aynı devlet davranışı AHM’ye uygunluk açısından da incelenmektedir.¹⁰⁹⁵ Kamulaştırma teşkil etmeyen ev sahibi devlet eylem ve ihmallerinin yine de bir yatırıma ciddi şekilde müdahale edebileceği ve AHM’yi ihlal ederek zarara neden olabileceği kabul edilmektedir. Hatta bazıları AHM standardını hafif kamulaştırma olarak adlandırmaktadır.¹⁰⁹⁶ Çünkü, AHM’nin ihlal edilme olasılığı

¹⁰⁸⁹ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 180.

¹⁰⁹⁰ *El Paso Energy International Company v. Arjantin*, Karar, § 518.

¹⁰⁹¹ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 83.

¹⁰⁹² *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 238.

¹⁰⁹³ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 10.

¹⁰⁹⁴ a.g.e., s. 1.

¹⁰⁹⁵ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 351.

¹⁰⁹⁶ Katia Yannaca-Small (ed.), **Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues**, Second edition Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2018, s. 502.

kamulaştırmaya göre daha yüksektir ve bu ihlalinin kanıtlanması da daha kolaydır.¹⁰⁹⁷ Bundan dolayı, AHM bazı durumlarda tamamlayıcı bir rol taşımaktadır.¹⁰⁹⁸

Hakem heyetleri, kamulaştırma ve AHM'nin ayrı doğasını çok net şekilde ifade etmiştir.¹⁰⁹⁹ Ancak, bazı durumlarda AHM standardının ihlalini, dolaylı bir kamulaştırmadan ayıran çizgi çok ince olabilir, özellikle de AHM standardın ihlali çok uzun süreliyse.¹¹⁰⁰ Bazı kararlarda ise AHM ve kamulaştırma arasında farklı bir bağ kurularak, kamulaştırma varsa zaten öncesinde AHM ihlali olduğu vurgusu yapılmıştır.¹¹⁰¹

İki standardın örtüştüğü bir diğer önemli husus ise, kamulaştırma için yasal sürecin gerekliliği ve AHM'nin adil yargılanma unsurudur. Bir kamulaştırmanın usulüne uygun olarak yapılması şartı, genellikle kamulaştırma kararına yol açan uygun bir yasama veya idari prosedür gerektirir. Buna karşın, AHM aynı zamanda usulüne uygun olarak yerel yargı denetiminin mevcudiyetini de gerektirir. *OI European Group B.V. v. Venezuela* davasında, hakem heyeti, kamulaştırma ve AHM için gerekli adil yargılanma şartı arasındaki karşılıklı ilişkiyi, “*Kamulaştırma hukuka aykırı olduğu için, AHM garantisini de ihlal etmiş olmalıdır çünkü bu standardın ihlalini içermeyen hukuka aykırı bir doğrudan kamulaştırma hayal etmek zordur*”¹¹⁰² şeklinde açıklamıştır.

AHM ile doğrudan ve dolaylı kamulaştırmalara karşı koruma, esas olarak ev sahibi devletin söz konusu tedbirinin etkisi ve ağırlığı açısından ayırt edilebilir. Doğrudan veya dolaylı bir kamulaştırma teşkil etmesi için, tedbirin korunan bir hakkın temel bir unsurunun ortadan kaldırılması veya kullanımının veya faydasının önemli ölçüde etkisiz hale getirilmesi gerekmektedir.¹¹⁰³ Bununla birlikte, AHM ihlalleri, bu

¹⁰⁹⁷ *Sempra v. Arjantin*, Karar, § 300.

¹⁰⁹⁸ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 238.

¹⁰⁹⁹ *Nations Energy v. Panama*, ICSID Dava No. ARB/06/19, Karar, 24 Kasım 2010, § 682; *Tidewater v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/10/5, Karar, 13 Mart 2015, § 150; *Venezuela Holdings v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/07/27, Karar, 9 Ekim 2014, § 276.

¹¹⁰⁰ *Sempra v. Arjantin*, Karar, § 301.

¹¹⁰¹ *Malicorp v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/08/18, Karar, 7 Şubat 2011, § 124; *Valores Mundiales v. Venezuela*, Karar, § 523.

¹¹⁰² *OI European Group v. Venezuela*, Karar, § 501.

¹¹⁰³ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 244.

iki aşamalı testi karşılamayan, ancak gerçekte mağdur davacı için benzer şekilde zararlı olabilecek bir müdahaleden kaynaklanabilir.¹¹⁰⁴

AHM'nin geniş kapsamı, hakemlerin doğrudan ve dolaylı kamulaştırmalar için ilgili test kapsamında mümkün olandan daha geniş bir faktör yelpazesini dikkate almalarını sağlamaktadır. AHM, “haksız” veya “adaletsiz” olduğu düşünülen çeşitli ev sahibi hükümet eylemlerine karşı koruma sağlarken, kamulaştırma hükümleri genellikle yalnızca bir yatırımcının yatırımının veya mülkünün alınmasına odaklanmaktadır. AHM, yasal bir kamulaştırma için gerekli şartların bir parçası olabilir.¹¹⁰⁵ Bu nedenle AHM hükmü, yatırım antlaşmalarının kamulaştırma hükümlerine göre daha geniş kapsamlıdır.¹¹⁰⁶

Sonuç olarak, bir hakem heyeti bir kamulaştırmanın varlığını reddedebilir, ancak yine de bir AHM ihlali bulabilir. Bundan dolayı, iki standart birbiriyle bağlantılı olsa da ayrı hükümlerdir ve kapsamaları farklıdır.

IV. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı ve Ayrımcılık

AHM ile ayrımcı olmayan muamele standardı arasındaki ilişki tartışmalıdır. Hakem heyetleri sıklıkla bu iki standardı birleştirmiştir.¹¹⁰⁷ AHM standartlarını

¹¹⁰⁴ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 759.

¹¹⁰⁵ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 27.

¹¹⁰⁶ Robert Ginsburg, “Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement: A New Approach”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 30.07.2020, s. 432, <https://papers.ssrn.com/abstract=3664163>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

¹¹⁰⁷ *CMS v. Arjantin*, Karar, § 290; *Impregilo v. Pakistan*, ICSID Dava No. ARB/03/3, Yargı Yetkisi Kararı, 22 Nisan 2005, § 264; *MTD v. Şili*, Karar, § 196; *Noble Ventures v. Romanya*, Karar, § 182; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 460; *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 261; *MCI v. Ekvador*, Karar, § 366-367, 371; *Rumeli v. Kazakistan*, Karar, § 679-681; *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 259, 356-357, 418; *AES v. Kazakistan*, Karar, § 329; *Quiborax v. Bolivya*, ICSID Dava No. ARB/06/2, Karar, 16 Eylül 2015, § 292; *Oxus v. Özbekistan*, Nihai Karar, § 323, 785; *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 445; *Devas v. Hindistan*, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Karar, § 480; *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 360; *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.Rl. ve diğerleri v. İspanya*, Nihai Karar, § 412; *Urbaser v. Arjantin*, Karar, 8 Aralık 2016, § 1080, 1081; *Eskosol v. İtalya*, ICSID Dava No. ARB/15/50, Karar, 4 Eylül 2020, § 487-8.

uygulayan hakem heyetleri, ev sahibi devlet tarafından alınan tedbirlerin makul¹¹⁰⁸, orantılı¹¹⁰⁹, ayrımcı olmayan¹¹¹⁰ tedbirler olup olmadığını da incelemiştir.

Keyfi veya ayrımcı bir şekilde hareket etmeme yükümlülüğü genellikle AHM standardının bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ayrımcı muamele genellikle AHM'nin ihlali olarak kabul edilir. Aynı zamanda, yatırım antlaşmaları, genellikle ev sahibi devletlerin makul olmayan veya keyfi tedbirleri ile ayrımcı muameleyi yasaklayan bir hüküm içerebilir. Hakem heyetleri, bu tür ayrımcılık yasağı hükümlerinin ihlalinin genellikle AHM'nin de ihlalinin gerektirdiğine karar vermiştir. *CMS v. Arjantin* davasında da bu vurgu yapılmıştır: “*Keyfilik ve ayrımcılığa karşı koruma standardı, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardıyla ilişkilidir. Keyfilik içerebilecek herhangi bir tedbir veya ayrımcılık kendi başına adil ve hakkaniyete uygun muameleye aykırıdır.*”¹¹¹¹

Bazı yatırım antlaşmaları, keyfi ve ayrımcı muamele yasağını, AHM hükmüne dahil etmiştir. Bu durum, bazı hakem heyetleri tarafından iki standart arasında yakın bir bağlantı olduğu şeklinde anlaşılmıştır. Bunun en belirgin örneği hem AHM hem de makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerin yasaklanmasını içeren ECT m. 10'dur. ECT kapsamında *Nykomb v. Letonya* davasında, hakem heyeti, “*sorumluluk tesis etmek için ... ilgili hükümlerden birinin ihlal edildiğinin tespit edilmesinin kesinlikle yeterli olduğunu*” sonucuna ulaşmıştır.¹¹¹² Dolayısıyla hakem heyeti, yatırımın ayrımcı tedbirlere maruz kaldığını tespit ettikten sonra AHM ihlallerini ayrıca değerlendirmemiştir.

¹¹⁰⁸ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 309; *Biwater Gaug v. Tanzanya*, Karar, § 692; *Cargill v. Meksika*, Karar, § 291-293; *Unglaube v. Kosta Rika*, ICSID Dava No. ARB/08/1, Karar, 16 Mayıs 2012, § 246-247; *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 410, 418-420; *RREEF v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/13/30, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, 30 Kasım 2018, § 463-464; *Belenergia v. İtalya*, Karar, § 601-606; *Watkins v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/44 Karar, 21 Ocak 2020, § 595-603.

¹¹⁰⁹ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 122, 149; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 123; *Occidental Petroleum v. Ekvador*, Karar, § 402-452; *AES v. Kazakistan*, Karar, § 403-412; *Electrabel v. Macaristan*, Karar, § 165-166, 179; *Charanne v. İspanya*, Karar, § 514-540; *Marfin v. Kıbrıs*, ICSID Dava No. ARB/13/27, Karar, 26 Temmuz 2018, § 1213; *Stadtwerke München v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/1 Karar, 2 Aralık 2019, § 354; *BayWa v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/16, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Niceliğe İlişkin Yönergeler Kararı, 2 Aralık 2019, § 497-515; *RWE v. İspanya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Tazminata İlişkin Bazı Hususlar Kararı, § 550-600; *Eskosol v. İtalya*, Karar, § 384-415.

¹¹¹⁰ *Eureko v. Polonya*, Kısmi Karar, § 233; *Biwater Gaug v. Tanzanya*, Karar, § 602; *Tatneft v. Ukrayna*, Esas Hakkında Karar, § 408.

¹¹¹¹ *CMS v. Arjantin*, Karar, § 290.

¹¹¹² *Nykomb v. Letonya*, Karar, § 4.3.2.

AHM'yi öngören ve keyfi ve ayrımcı muameleyi yasaklayan benzer bir birleşik madde *Lemire v. Ukrayna* davasında da söz konusu olmuş ve hakem heyeti, “*Her türlü keyfi veya ayrımcı tedbir, tanımı gereği, adil ve hakkaniyete uygun değildir. Dolayısıyla, [bu tür] herhangi bir ihlal ... aynı zamanda [AHM]’in de ihlalini teşkil ediyor gibi görünmektedir. Ancak, bunun tersi doğru değildir. Bir devletin bir eylemi veya eylemsizliği, ayrımcı veya keyfi olmaksızın adalet ve hakkaniyetten yoksun olabilir*”¹¹¹³ tespitini yapmıştır.

AHM'nin keyfi veya ayrımcı muameleyi yasaklayan standartla ilişkisi, özellikle AHM'ye ilişkin hükümler içeren, ancak keyfi muameleyi açıkça yasaklamayan NAFTA ve USMCA bağlamında önemlidir. Aynı durum CETA için de geçerlidir. Bazı NAFTA mahkemeleri keyfi muamelenin AHM gerekliliğini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹¹¹⁴ Bir başka NAFTA mahkemesi olan *Cargill v. Meksika* davasında ise hakem heyeti, ayrımcılık yapmama ve AHM yükümlülüklerinin birbirinden ayrı olduğunu belirterek davacının AHM kapsamında ayrımcılık iddiasında bulunmasına izin verme konusunda isteksiz davranmıştır.¹¹¹⁵

AHM ve ayrımcılık arasında ayırım yapmak daha mantıklıdır. İlk olarak, ayrımcılık yapmama arkasındaki mantık basit gibi görünse de ayrımcılık yapmama yükümlülüğünü oluşturan farklı yasal unsurların uygulanmasının zor olduğu kanıtlanmıştır. İkincisi, AHM, ayrımcılık yapmamadan farklı olarak, sadece belirli bir şekilde hareket etmekten kaçınmak gibi negatif bir yükümlülük değil, aynı zamanda ve her şeyden önce yatırımların korunmasını sağlamak için belirli eylemlerde bulunmak gibi pozitif bir yükümlülük de getirmektedir. Başka bir deyişle, bir yatırım antlaşmasının iki standardı birbirine bağlaması halinde, AHM normatif içeriği sadece kısmen tanımlanmış olacaktır.

Yatırım antlaşmalarında yer alan diğer ayrımcılık yasağı standartları olan ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ile ilgili olarak ayırım daha da net görünmektedir. Bu standartlar farklıdır ve AHM'nin ihlali otomatik olarak ulusal

¹¹¹³ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 259, 284; *Oxus Gold v. Özbekistan*, Nihai Karar, § 323; *Impregilo v. Arjantin*, Karar, § 333.

¹¹¹⁴ *SD Myers v. Kanada*, Birinci Kısmi Karar, § 263; *Mondev v. ABD*, Karar, § 127; *Waste Management v. Meksika II*, Karar, § 98; *Eli Lilly v. Kanada*, Nihai Karar, § 418.

¹¹¹⁵ *Cargill v. Meksika*, Karar, § 295.

muamelenin veya en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün ihlali anlamına gelmez veya bunun tersi de geçerli değildir. Bu durum, AHM'nin yabancı yatırımcılara yerli ve diğer yabancı yatırımcılarla aynı şekilde muamele etmekten ibaret olduğu argümanını reddeden ve bir ev sahibi devletin yatırımcılara ayrımcı olmayan bir şekilde muamele etse bile, bu standardın başka farklı yükümlülükleri de içermesi nedeniyle AHM'yi ihlal edebileceğine karar veren *Flemingo v. Polonya* davasındaki hakem heyeti tarafından açıkça ortaya konmuştur.¹¹¹⁶

Birçok hakem heyeti AHM ve makul olmayan veya ayrımcı muamele standartlarına uygunluğu ayrı ayrı incelemiştir.¹¹¹⁷ Hakem heyetleri, iki standardı ayrı ayrı inceleyerek birinin ihlalinin otomatik olarak diğerinin de ihlali anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır. *LG&E Energy Corporation v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, bu ayrımı vurgulamıştır: “*Tedbirlerin keyfi olarak nitelendirilmemesi, bu tedbirlerin adil ve hakkaniyetli olarak nitelendirildiği veya Arjantin'deki gaz taşıma şirketlerinin faaliyet gösterdiği yasal çerçevenin istikrarını etkilemediği anlamına gelmez.*”¹¹¹⁸

Duke Energy v. Ekvador davasında, hakem heyeti, keyfi veya ayrımcı tedbirlerle karşı koruma sağlayan bir hükmü yorumlamak zorunda kalmıştır. Davalı, bunun AHM standardının bir parçası olduğunu savunmuştur. Hakem heyeti, buna katılmayarak, “*BIT hükümlerinin yapısı göz önüne alındığında, Mahkeme, Ekvador'un adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramının tek bir kavram olduğu ve bu kavramın zarar vermeme kavramını da kapsadığı yönündeki argümanını takip etmekte güçlük çekmektedir. Bu nedenle Mahkeme, ihtilaflı tedbirlerin keyfi olup olmadığına karar vermek için ayrı bir tespit yapacaktır*”¹¹¹⁹ sonucuna ulaşmıştır.

AHM'yi kavramsal olarak ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydı yükümlülükleri yoluyla ayrımcılık yapılmamasından ayıran temel nokta, ilişkisel

¹¹¹⁶ *Flemingo DutyFree v. Polonya*, Karar, § 531.

¹¹¹⁷ *Occidental Exploration v. Ekvador*, Nihai Karar, § 159-166; *Lauder v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 214-288; *Genin v. Estonya*, Karar, § 368-371; *Noble Ventures v. Romanya*, Karar, § 175-180; *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 385-393; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 162-3; *Siemens v. Arjantin*, Karar, § 310-321; *BG Group v. Arjantin*, Nihai Karar, § 342; *Biwater Gaug v. Tanzanya*, Karar, § 586-676; *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 184; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 231; *Arif v. Moldova*, Karar, § 515; *Valores Mundiales v. Venezuela*, Karar, § 609; *Krederi v. Ukrayna*, ICSID Dava No. ARB/14/17, Karar, 2 Temmuz 2018, § 670-2.

¹¹¹⁸ *LG&E Energy Corporation v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 162.

¹¹¹⁹ *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 377.

muameleye karşı ilişkisel olmayan muameledir.¹¹²⁰ Ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı standartları milliyete dayalı ayrımcılıkla ilgilenirken, AHM standardı kapsamında ayrımcılık yapmamak, yabancı bir yatırımcının cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi diğer açıkça haksız gerekçelerle özel olarak hedef alınması veya yatırımı yok etmek veya engellemek için kasıtlı bir komplo anlamına gelen davranış türlerini kapsamaktadır.

Sonuç olarak, AHM standardının ulusal muamele standardından bağımsızdır.¹¹²¹ AHM standardının bir uluslararası hukuk kuralı olduğu ve ev sahibi devletin kanunları tarafından belirlenmediği konusunda şüphe yoktur. Yabancı yatırımcı ev sahibi devletin uyruğundaki yatırımcılarla aynı muameleyi görse bile ilgili şartlar özelinde AHM standardı ihlal edilmiş olabilir.¹¹²²

¹¹²⁰ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 762.

¹¹²¹ *Genin v. Estonya*, Karar, § 367; *SD Myers v. Kanada*, Birinci Kısmi Karar, § 259; *CME v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 611; *UPS v. Kanada*, ICSID Dava No. UNCT/02/1, Yargı Yetkisine ilişkin Karar, 22 Kasım 2002, § 80; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 337.

¹¹²² Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 198.

BEŞİNCİ BÖLÜM: ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE STANDARDININ UNSURLARI KAPSAMINA GİREBİLECEK DURUMLAR

AHM standardı içeriğinde birçok unsuru barındırmaktadır. AHM standardının artık genel olarak şeffaflık, tutarlılık, istikrar, öngörülebilirlik, iyi niyetli davranış ve yatırımcının meşru beklentilerinin karşılanması gibi tanınabilir bileşenleri yansıttığı ve temel olarak taraf devletteki yasal ve ticari çerçevenin istikrarını ve öngörülebilirliğini sağladığı söylenebilir. Bu sayılan bileşenlerin tam olarak uygulanması ve uygulanabilir AHM standardının eşiği, ilgili AHM hükmünün şartlarına ve davanın özel koşullarına bağlı olarak davadan davaya değişebilmektedir.¹¹²³

AHM unsurların veya kriterlerin işlevleri değişiklik gösterebilir. *Crystallex International Corporation v. Venezuela* davasındaki hakem heyetin de belirttiği gibi: “AHM’nin oluştuğu unsurlara başvurmak somut davalardaki gerçekleri değerlendirmek için faydalı bir araç olsa da... Mahkemenin incelemesinin nihai amacı devletin davranışının “adil ve hakkaniyetli” olarak genel değerlendirmesidir.”¹¹²⁴ Bu yaklaşım, özellikle antlaşmanın açık dokulu veya niteliksiz bir AHM hükmü içerdiği durumlarda daha da geçerlidir. Buna karşılık, sadece kabul edilemez veya açık olmaları koşuluyla ihlal olarak nitelendirilebilecek kapalı bir olgu listesinden oluşan bir AHM hükmü, hakemlerin bir veya birkaç kriterin yerine getirilmesinden ziyade genel bir değerlendirmeye dayalı olarak AHM standardı ihlali incelemelerini sınırlayabilir.

Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin bağımsız, gerçek bir normatif içeriğe ve standardın, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı idari, yargısal ve yasama faaliyetlerini yerine getirmeleri için bir kıstas görevi gören yarı anayasal bir işleve sahip olduğunu öne süren geniş yaklaşım,¹¹²⁵ AHM standardının unsurları olarak kabul edilen ve hepsi de iç hukuk sistemlerindeki daha geniş hukukun üstünlüğü

¹¹²³ *Murphy Exploration & Production Company International v. Ekvador*, Kısmi Nihai Karar, § 205-6; AHM’nin alt unsurlarının benzer bir sentezi için bkz. *Rumeli v. Kazakistan*, Karar, § 609-10; *Joseph C Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 284-5; *Electrabel SA v. Macaristan Cumhuriyeti*, Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Kararı, § 7.74; *The PV Investors v. İspanya*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2012-14, Nihai Karar, 28 Şubat 2020, § 561-5.

¹¹²⁴ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, Karar, § 545.

¹¹²⁵ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, s. 154.

kavramının alt unsurları veya ifadeleri olarak öne çıkan yedi spesifik normatif ilkeyi işaret etmektedir: Adaletin reddi ve usule ilişkin yargı süreci, yasal çerçevede istikrar, öngörülebilirlik ve tutarlılık gerekliliği, kanunilik ilkesi, yatırımcı güveninin veya meşru beklentilerin korunması, maddi yargı süreci veya ayrımcılık ve keyfiliğe karşı koruma, şeffaflık gerekliliği ve son olarak makul olma ve orantılilik gerekliliği.¹¹²⁶

Bu bölümde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının unsurları tartışılacaktır. Bu unsurların uluslararası hukuktaki yeri ve bu unsurlara ilişkin olarak uluslararası mahkemeler tarafından verilen kararlar detaylandırılacaktır.

I. Adaletin Reddi

Tarih boyunca adaletin reddi hem antlaşmalarda yer almış hem de doktrinde tartışılmıştır. Adaletin reddi kavramının kökeni, Avrupa’da Orta Çağ’a kadar uzanmaktadır. O dönemde, adaletin reddi özel misillemelerin bir ön koşulunu ifadesiydi. İnsanlar kötü muameleyle maruz kaldıklarında yerel olarak mevcut tüm hukuk yollarına başvurur ve bu hukuk yollarının tatmin edici olmadığı kanıtlanırsa, hükümdarlarına başvurarak suçluya karşı özel bir misilleme uygulanmasına izin veren bir yetki alabilirlerdi.¹¹²⁷ Orta Çağ yazarlarından De Vattel, adaletin reddinin misillemeyi haklı çıkaran tek koşul olduğunu yinelemiş ve adaletin reddinin üç şeklini belirtmiştir; ilk olarak, adaletin açıkça reddedilmesi veya bir devletin ya da tebaasının şikayetlerinin dinlenmesinin reddedilmesi veya tebaanın haklarını olağan mahkemeler önünde ileri sürmesine izin verilmemesi; ikinci olarak, hiçbir geçerli bir neden gösterilemeyen kasıtlı gecikmeler; üçüncü olarak, açıkça adaletsiz ve tek taraflı kararlar.¹¹²⁸

Bugün adaletin reddi, yargı sisteminin kötü işlemesinden kaynaklanan ve yerel mahkemeler tarafından gerçekleştirilen her türlü ağır adalet ihlali olarak tanımlanmaktadır. Aynı zamanda, yargının eylemlerinden kaynaklanabileceği gibi, yürütme ve yasamanın adaletin idaresini etkileyen eylemlerinden de

¹¹²⁶ a.g.e., ss. 159-60.

¹¹²⁷ Carlo Focarelli, *Denial of Justice*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 2020, § 5.

¹¹²⁸ Emmerich de Vattel, *The Law of Nations*, Sixth American Edition, From a New Edition, BY Joseph Chitty, PHILADELPHIA: T. & J. W. JOHNSON, LAW BOOKSELLERS, 1844, s. 286.

kaynaklanabilir.¹¹²⁹ Adaletin reddinin belirlenmesinde odak noktası tek bir olaydan öte çoğunlukla ev sahibi devletteki adaletin tesis edilmesi sürecinin bütünüdür.¹¹³⁰

İnsan hakları, adaletin reddine karşı korumayı da içermektedir.¹¹³¹ Ancak, adaletin reddi kavramının kesin anlamının belirsizliği sebebiyle uluslararası sorumluluk iddiaları için meşrulaştırıcı bir araç olarak kullanılması, bu kavrama yönelik eleştirileri de beraberinde getirmektedir.¹¹³² Ev sahibi devlette adaletin düzgün işlememesi uluslararası sorumluluğu ihlal eden bir durumdur.¹¹³³

Adaletin reddi, AHM unsurları arasındaki yeri noktasında en az tartışmaya sahip kavramdır. Bu durum, adaletin reddinin çok daha güçlü bir temele dayanmasıyla açıklanabilir.¹¹³⁴ Adaletin reddi kavramı birçok uluslararası belgede yer almaktadır. Yabancılar verilen zararlardan dolayı devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme taslağının m. 9. adaletin reddi konusunda açıklayıcıdır: “*Adaletin reddi, mahkemelere erişimin reddedilmesi, yersiz geciktirilmesi veya engellenmesi, yargı veya telafi sürecinin idaresinde büyük eksiklik olması, adaletin düzgün idaresi için genellikle vazgeçilmez kabul edilen güvencelerin sağlanmaması veya açıkça adaletsiz bir karar verilmesi durumunda söz konusu olur. Ulusal bir mahkemenin açık bir adaletsizlik yaratmayan bir hatası adaletin reddi değildir.*”¹¹³⁵ Yabancı malların korunmasına ilişkin 1967 OECD Taslak Sözleşmesi m. 3.i adaletin reddinden bahsetmektedir: “*Adaletin reddi, bir devlet mala el koyduğunda, alınan tedbirlerin keyfilikten uzak olması gerektiği anlamına gelir. Anayasasında veya diğer kanunlarında mevcut olan veya yargı içtihadıyla tesis edilmiş olan güvencelere tam olarak riayet edilmelidir; kullanılan veya mevcut olan idari veya adli mekanizmalar en azından uluslararası hukukun gerektirdiği asgari standartlara uygun olmalıdır.*”

¹¹²⁹ a.g.e., § 1.

¹¹³⁰ James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, s. 603.

¹¹³¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belçika v. İspanya)*, Karar, 1970 ICJ Reports 3, 5 Şubat 1970, § 91.

¹¹³² Zachary Douglas, “INTERNATIONAL RESPONSIBILITY FOR DOMESTIC ADJUDICATION: DENIAL OF JUSTICE DECONSTRUCTED.” *International and Comparative Law Quarterly* 63, no. 4 (2014), s. 868.

¹¹³³ Carlo Focarelli, *Denial of Justice*, § 3.

¹¹³⁴ Paparinskis, “The Rule of Law and Fair and Equitable Treatment”, s. 39.

¹¹³⁵ Edwin M. Borchard, “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *The American Journal of International Law*, C. 23, S. 2, 1929, s. 134, doi:10.2307/2212862.

FCN antlaşmaları ve kamulaştırmaya ilişkin yatırım antlaşması hükümleri, hukuka uygunluk kriterleri arasında, genellikle adil yargılanma şartını da içermektedir. Adil yargılanmanın bu terimlerle birlikte formüle edilmesi, asgari standart tartışması açısından önemlidir. Bu antlaşmalarda adil yargılanma, uluslararası asgari standarda atıfta bulunmaktadır.¹¹³⁶

Adil yargılama, uluslararası hukuk düzeninin kendisinde temelleri bulunan uluslararası hukukun genel bir ilkesidir ve bir AHM standardı unsuru olarak özellikle idari işlemlerde adaletin reddi ve usuli adalet açısından ortaya çıkmaktadır.¹¹³⁷ Uluslararası hukukta adaletin reddi, çoğu ulusal hukuk sisteminde geliştirilen ve bir şikâyeti dinlemeyi reddetmek gibi sınırlı bir anlama sahip olan kavramdan çok daha fazlasıdır.¹¹³⁸

Devletlerin yabancılara hukuki koruma sağlama konusunda uluslararası teamülden doğan bir yükümlülüğü olduğu kabul edilmekle birlikte, doktrinde, adaletten yoksun bırakma biçimlerini doğru ve kapsamlı bir şekilde tanımlama girişimleri, adalet teriminin içeriğinin belirsizliği sebebiyle tartışmayı açtır.¹¹³⁹ Teorik olarak, adaletin reddi teriminin tanımlanma şekli büyük farklılıklar göstermektedir. En geniş anlamıyla bu terim, bir yabancıya ilişkin olarak medeni ve cezai adaletin uygulanmasıyla ilgili olan ve devletin üç erkenden yürütme, yasama veya yargı herhangi biri tarafından gerçekleştirilen her türlü haksız davranışla ilgilidir. Buna göre, bu kavrama giren davranış türleri çok geniş olup, diğerlerinin yanı sıra mahkemeye erişimin engellenmesi, yetersiz prosedürler ve adaletsiz kararları da içermektedir.¹¹⁴⁰ Öte yandan, bazı yazarlar, adaletin inkârının kapsamını ya ilgili haksız fiiller ya da bunu gerçekleştiren devlet organları açısından sınırlama eğilimindedir. Bu kapsamda, adaletin reddi teriminin genellikle dar anlamda sadece mahkemelere erişimin engellenmesi veya cezai veya hukuki olsun adli işlemlerle ilgili olarak usuli adaletin ve adil yargılamanın engellenmesinden oluşan veya bunlardan kaynaklanan zararları ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedirler.¹¹⁴¹

¹¹³⁶ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 71.

¹¹³⁷ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 57.

¹¹³⁸ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 455.

¹¹³⁹ Focarelli, *Denial of Justice*, § 11.

¹¹⁴⁰ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 62.

¹¹⁴¹ a.g.e., s. 63.

Birçok yatırım tahkimi hakem heyeti, usuli adalet ve adil yargılamanın AHM'nin temel bir unsurunu oluşturduğu görüşünü açıkça ifade etmiştir. *Swisslion v. Makedonya* davasında, hakem heyeti, AHM'nin, “*Temel olarak yabancı yatırımcıya haksız muamele yapılmamasını, çevredeki tüm koşulların dikkate alınmasını sağladığı ve yabancı yatırımcılara adaleti garanti etmenin bir aracı olduğu*” görüşündedir.¹¹⁴² Birçok hukuk sisteminde usuli adalet ve adil yargılama, doğal adalet ve temel adalet kavramlarının bir parçası olarak kabul edilmektedir.¹¹⁴³ Birçok uluslararası belgede adil yargılanma hakkı tekrar edilmiştir.¹¹⁴⁴

NAFTA mahkemeleri m. 1105 kapsamında adaleti inkar etmeme ve adil yargılanmaya saygı gösterme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.¹¹⁴⁵ 2012 tarihli ABD Model BIT, USMCA ve CETA, AHM standardının adaletin reddine karşı korumayı kapsadığını ve adil yargılamayı güvence altına aldığını özellikle açıklığa kavuşturmuştur.¹¹⁴⁶ NAFTA kapsamındaki içtihat, ev sahibi devlet yatırımcıya adil bir yargılama sağlamadığında, örneğin yerel bir mahkeme bir davaya bakmayı reddettiğinde, aşırı gecikmeye maruz kaldığında veya daha genel olarak bir mahkeme adaleti ciddi şekilde yetersiz bir şekilde uyguladığında adaletin reddedildiği sonucuna

¹¹⁴² *Swisslion v. Makedonya*, Karar, § 273.

¹¹⁴³ Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, s. 214.

¹¹⁴⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 10, “*Herkes, haklarının ve yükümlülüklerinin ve kendisine yöneltilen cezai suçlamaların karara bağlanmasında, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, adil ve açık olarak yargılanma hakkına sahiptir.*”; İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (kabul tarihi 4 Kasım 1950, yürürlüğe giriş tarihi 3 Eylül 1953) (AİHS) m. 6(1) (“*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir*”); Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (kabul tarihi 16 Aralık 1966, yürürlüğe giriş tarihi 23 Mart 1976) (ICCPR) m. 14(1): “*Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, kendisine karşı cezai alanda yöneltilen herhangi bir suçlamanın ya da bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve açık bir yargılanma hakkına sahiptir.*”

¹¹⁴⁵ *Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca v. Meksika*, ICSID No. ARB(AF)/97/2, Karar, 1 Kasım 1999, § 102; *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 91, 93; *Pope ve Talbot Inc. v. Kanada*, Aşama II'nin Esasları Kararı, § 181; *Pope ve Talbot v. Kanada*, UNCITRAL, Tazminat Konusunda Karar, § 68; *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 96, 126-127; *Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen v. ABD*, Karar, § 54, 87, 119, 122, 124-137; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 22; *Waste Management, Inc. v. Meksika* (“No 2”), Karar, § 95, 97; *International Thunderbird International Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, § 194; *Methanex Corporation v. ABD*, Karar, Kısım IV, Bölüm C, Sayfa 8, § 15; *SD. Myers, Inc. v. Kanada*, Birinci Kısmi Karar, § 134; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkelerine İlişkin Karar, § 152; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. v. ABD*, Karar, bölüm IX, § 9.16; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovakya*, Nihai Karar, § 272.

¹¹⁴⁶ ABD Model BIT 2012 m. 5(2)(a); USMCA m. 14.6(2)(a); CETA m. 8.10(2)'de şu hükümler yer almaktadır: “*Bir Taraf, bir tedbir veya tedbirler dizisi aşağıdaki durumları oluşturuyorsa 1. paragrafta atıfta bulunulan adil ve eşit muamele yükümlülüğünü ihlal eder: (a) cezai, hukuki veya idari işlemlerde adaletin reddi; (b) adli ve idari işlemlerde şeffaflığın temelden ihlali de dahil olmak üzere adil yargılamanın temelden ihlali.*”

ulaşmıştır.¹¹⁴⁷ Adil bir yargılama devletlerin yatırımcılara ayrımcılıktan uzak bir yargılama sağlamasını da gerektirmektedir. Ayrıca, ulusal hukuka aykırı bir mahkeme kararı, aynı zamanda yabancı bir yatırımcıya karşı ayrımcı olmadıkça veya mahkeme tarafından hukukun açık ve kötü niyetli bir şekilde yanlış uygulandığı gösterilemedikçe, kendi başına bir adaletin reddi teşkil etmez.¹¹⁴⁸ *Robert Azinian v. Meksika* davasında, hakem heyeti, adaletin reddini ilişkin örnekleri tanımlamıştır: “İlgili mahkemelerin bir davaya bakmayı reddetmesi, davayı aşırı gecikmeye maruz bırakması veya adaleti ciddi şekilde yetersiz bir şekilde yerine getirmesi halinde, adaletin reddedildiği iddia edilebilir... Dördüncü bir adalet reddi türü daha vardır, yani kanunun açıkça ve kötü niyetle yanlış uygulanması.”¹¹⁴⁹

NAFTA içtihatlarındaki bu sınırlar yatırım antlaşmaları metinlerine de yansımıştır. İlgili maddeler, bir mahkemenin adaletin inkârı iddiasını değerlendirirken tedbirin veya tedbirler dizisinin yargı adabını rencide eden ağır bir suiistimal içerip içermediğini dikkate alması gerektiğini belirtmekte ve bir yatırımcının itiraz edilen tedbire karşı iç hukukta yaptığı itirazın reddedilmiş veya reddedilmiş olmasının ya da başka bir şekilde başarısız olmasının tek başına adaletin inkârı anlamına gelmeyeceğini eklemektedir.¹¹⁵⁰

Adaletin reddinin kesin bir tanımı veya sorumluluk için aranan net bir kıstas bulunmamaktadır.¹¹⁵¹ Adaletin reddi kavramı birçok alt unsur barındırmaktadır.

A. Adil Yargılanma

Adil yargılama, uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari standardın ve adil ve hakkaniyete uygun muamele gerekliliğinin bir ifadesidir.¹¹⁵² Adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda önemli bir yere sahip olduğu kuşkusuzdur.¹¹⁵³ Adil yargılanma, genellikle anayasa hukuku veya en azından medeni ve idari usul hukuku

¹¹⁴⁷ *Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca v. Meksika*, Karar, § 102 vd.

¹¹⁴⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca v. Meksika*, Karar, § 102 vd.

¹¹⁴⁹ *Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca v. Meksika*, Karar, § 102-3.

¹¹⁵⁰ AB-Meksika m. 15(2); AB-Singapur IPA, m. 2.4(2)(a): “Daha kesin olmak gerekirse, kapsam dahilindeki yatırımcının talebinin reddedilmiş veya başarısız olmuş olması tek başına adaletin reddi anlamına gelmez.”

¹¹⁵¹ Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 34.

¹¹⁵² Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 183.

¹¹⁵³ *Airey v. İrlanda*, AİHM Başvuru No:6289/73, § 24.

düzeyinde güvence altına alınan iç hukuk kavramlarına karşılık gelmektedir. Bu nedenle, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin adil yargılanma gerekliliklerini AİHM vb. kararları göz önünde bulundurarak karşılaştırmalı olarak belirlemesi ve değerlendirmesi doğaldır.¹¹⁵⁴ Öte yandan, uluslararası mahkemeler, adil yargılanma ilkesinin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasının, ilkenin amacı ve konusuyla bağdaşmayacağını belirtmektedir.¹¹⁵⁵

AİHM, AİHS'nin temelinde yatan hukukun üstünlüğü ve keyfiliği önleme ilkelerine atıfta bulunarak mahkemeye erişim hakkının AİHS m. 6 ile getirilen güvencelerin özünü oluşturduğuna karar vermiştir.¹¹⁵⁶ Adil yargılanma hakkı, tarafların haklarını savunmalarına olanak veren etkili bir hukuk yoluna sahip olmalarını gerektirmektedir.¹¹⁵⁷

Yatırım tahkimi hakem heyetlerinin, adil yargılanmaya ilişkin incelemelerinde, AİHM içtihadı ve insan haklarına ilişkin belgelere atıf yaptığı örnekler mevcuttur.¹¹⁵⁸ *Al-Warraq v. Endonezya* davasında, hakem heyeti, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICCPR) m. 14. yer alan adil yargılanma hakkıyla geniş bir şekilde ilgilenmiş ve nihayetinde “*Davacının ICCPR’de yer alan adil ve hakkaniyete uygun muamele görmediği*” sonucuna varmıştır.¹¹⁵⁹ Bir diğer örnek olan *Chevron v. Ekvador [II]* davasında, hakem heyeti, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile adil yargılamaya ilişkin olarak uluslararası hukukta uzun süredir tanınan yargısal davranışa ilişkin asgari standartlar anlayışını detaylandırmak için çeşitli insan hakları belgelerine geniş bir şekilde dayanmıştır.¹¹⁶⁰ *Rompetrol v. Romanya* davasında, hakem heyeti, ilgili yatırım antlaşması kapsamındaki AHM yükümlülüğünün adil yargılanma unsurunun içeriğini tespit etmek için AİHS m. 6’nın uygunluğunu ayrıntılı bir şekilde tartışırken, AİHS ve AİHM içtihadının uygunluğuna ilişkin olarak, ihtiyatlı bir yaklaşım benimsemiştir: “*Özellikle adil ve hakkaniyete uygun muamelenin değerlendirilmesine yönelik materyal kategorisi kapalı bir kategori değildir ve uygun durumlarda, belirli olgusal koşullarda adil ve hakkaniyete uygun muamelenin*

¹¹⁵⁴ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 377.

¹¹⁵⁵ *Ryakib Biryukov v. Rusya*, AİHM Başvuru No: 14810/02, § 37.

¹¹⁵⁶ *Zubac v. Hırvatistan*, AİHM Başvuru No: 40160/12, 5 Nisan 2018, §§ 76 vd.

¹¹⁵⁷ *Béleš ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, AİHM Başvuru No: 47273/99, 12 Kasım 2002, § 49.

¹¹⁵⁸ *Rompetrol v. Romanya*, Karar, § 172.

¹¹⁵⁹ *Al-Warraq v. Endonezya*, Nihai Karar, § 621.

¹¹⁶⁰ *Chevron v. Ekvador [II]*, PCA Dava No. 2009-23, İkinci Kısmi Karar, 30 Ağustos 2018, § 8.57-8.

içeriğine faydalı bir ışık tutmaları halinde ve bu ölçüde, diğer uluslararası rejimler (insan hakları alanındakiler de dahil olmak üzere) kapsamındaki ortak standartların dikkate alınmasını içerebilir;; ancak inceleme belirli koşullara özgüdür ve herhangi bir genel kural tarafından tanımlanmaya meydan okur.”

Glencore v. Kolombiya davasında, hakem heyeti, hukukun üstünlüğüne vurgu yaparak adil yargılanmaya saygı gerekliliğini vurgulamıştır: *“Hukukun üstünlüğü, adli işlemlerde (bir hukuk mahkemesi veya bir mahkeme tarafından yönetilen) ve idari işlemlerde (kamu idaresi tarafından yönetilen) adil sürece saygı gösterilmesini gerektirir: yargıç, mahkeme üyesi veya idari makam olsun, yargılamayı yapan kişi, her bir tarafa davasını sunması ve uygun delilleri toplaması için adil bir fırsat vermeli ve daha sonra sunulan delilleri gerekçeli, eşitlikçi ve tarafsız bir kararla değerlendirmelidir.”*¹¹⁶¹

Hakem heyetlerinin, adil yargılanma ihlaline ilişkin tespitleri ulusal hukuka ilişkin temyiz incelemesi yapması anlamına gelmemektedir. Hakem heyetinin görevi ulusal hukukta hakimin yaptığı bütün eylemleri yeniden değerlendirmek değildir. *Azinian v. Meksika* davasında, hakem heyeti, *“Bununla birlikte, bir devleti yargı kararlarından dolayı uluslararası alanda sorumlu tutma olasılığı, bir davacıya, ele geçirilen uluslararası yargı merciinin genel temyiz yetkisi varmış gibi, ulusal mahkeme kararlarının uluslararası denetimini talep etme hakkı vermez. Bu genel olarak doğru değildir ve NAFTA için de doğru değildir. Gösterilmesi gereken şey, mahkeme kararının kendisinin antlaşmanın ihlalini teşkil ettiğidir. Davacılar bu Hakem Heyetini Meksika mahkemelerinin İmtiyaz Sözleşmesinin geçersizliği konusunda hatalı olduğuna ikna etseler bile, bu tek başına NAFTA’nın ihlali konusunda kesin bir sonuç doğurmayacaktır. Daha fazlası gereklidir; Davacılar ya adaletin inkar edildiğini ya da uluslararası hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için bir şekil taklidi yapıldığını göstermelidir”*¹¹⁶² tespitini yapmıştır. *Mondev v. ABD* davasındaki hakem heyeti de benzer bir tespit yapmıştır: *“Test, belirli bir sonucun şaşırtıcı olup olmadığı değil, tarafsız bir mahkemede meydana gelen şok veya şaşkınlığın, bir yandan uluslararası mahkemelerin temyiz mahkemeleri olmadığı ve diğer yandan NAFTA’nın 11. Bölümünün (yatırımların korunmasına yönelik diğer antlaşmalar gibi) gerçek bir*

¹¹⁶¹ *Glencore v. Kolombiya*, Karar, § 1318.

¹¹⁶² *Azinian v. Meksika*, Karar, § 99.

koruma ölçüsü sağlamayı amaçladığı göz önünde bulundurulduğunda, sonucun yargısal uygunluğuna ilişkin haklı endişelere yol açıp açmadığıdır.”¹¹⁶³

Arif v. Moldova davasında, hakem heyeti, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin sınırlı inceleme işlevini yeniden teyit etmiştir. Hakem heyeti, özellikle adaletin reddi iddialarının değerlendirilmesiyle ilgili olarak şu kararı vermiştir: “*Uluslararası mahkemeler nihai temyiz mahkemesi rolünü oynamaktan kaçınmalıdır. Kendi ulusal hukuk uygulamalarını ve yorumlarını ulusal mahkemelerin uygulamalarının yerine ikame edemezler. Bir ulusal mahkemenin uluslararası hukuku ihlal ettiğine karar vermek için ‘uluslararası mahkemenin basit bir görüş ayrılığının yeterli olması’, ulusal yargı içindeki hiyerarşi ile uluslararası mahkemelerin rolü arasındaki gerekli ayrımı bulanıklaştıracaktır.*”¹¹⁶⁴ *Lemire v. Ukrayna* davasındaki hakem heyeti de bu anlayışı teyit etmiştir: “*Mahkeme, Ulusal Konsey’in, hakemlerin düzenleyici olmaları halinde verecekleri karardan farklı bir karar vermesi halinde bir ihlalin meydana geleceğini ileri sürmemektedir. Hakemler üstün düzenleyiciler değildir; kendi kararlarını ulusal yasaları uygulayan ulusal organların kararlarının yerine koymazlar. Uluslararası mahkemenin tek görevi, bir antlaşma ihlali olup olmadığını değerlendirmektir.*”¹¹⁶⁵ *Helnan v. Mısır* davasında, hakem heyeti, yerel mahkemeler için üst yargı mercii olmadığını belirtmiştir: “*ICSID Mahkemesi, iç hukuk meselelerini bir üst derece mahkemesi gibi inceleyen bir merci olarak hareket etmeyecektir. Bunun yerine, Mahkeme yerel mahkemelerin bulgularını, yerel yargılamalarda usul veya esas bakımından, bu eksiklikleri uluslararası hukuk açısından kabul edilemez kılacak nitelikte, örneğin adaletin reddi gibi, herhangi bir eksiklik gösterilmediği sürece kabul edecektir*”¹¹⁶⁶

Roussalis v. Romanya davasında, hakem heyeti, bir mahkemenin hatalı kararının, adaletin inkârı, yani adil yargılanma ilkesinin ihlali söz konusu olmadıkça, antlaşmayı ihlal etmeyeceğini belirtmiştir.¹¹⁶⁷ Benzer şekilde, *Oostergetel v. Slovakya* davasında, hakem heyeti, uluslararası hukuk kapsamında adaletin reddi iddiasının zorlu bir iddia

¹¹⁶³ *Mondev v. ABD*, Karar, § 127.

¹¹⁶⁴ *Arif v. Moldova*, Karar, § 441.

¹¹⁶⁵ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 283.

¹¹⁶⁶ *Helnan International Hotels v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/05/19, Karar, 3 Temmuz 2008, § 106.

¹¹⁶⁷ *Roussalis v. Romanya*, Karar, § 315.

olduğunu ve uygulanabilir testi karşılamak için ulusal bir mahkemenin kararının hatalı olmasının yeterli olmayacağını belirtmiştir.¹¹⁶⁸

Ev sahibi devletin yargı veya idari mercileri tarafından verilen bir kararın yanlış olmasının tek başına AHM ihlali anlamına gelmediği sıklıkla vurgulanmaktadır. *ECE Projektmanagement v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, bir yatırım tahkimi hakem heyetinin sınırlı inceleme yetkilerini teyit etmiştir: “Ayrıca, uluslararası bir mahkemenin rolünün, bireysel idari işlemlerin veya bunları inceleyen bir yerel mahkemesinin kararlarının hukuki doğruluğuna veya maddi makullüğüne karşı temyize gitmek olmadığı da kabul edilmelidir. Mahkemenin rolü daha ziyade, karar vericilerin ve mahkemelerin adil ve kabul edilmiş adil yargılanma standartlarına uygun hareket edip etmediklerini ve kararlarının uygunsuz saiklerle lekelenip lekelenmediğini değerlendirmektir. Buradan çıkan sonuca göre, bir kararın iç hukuka göre yanlış olma ihtimali kendi başına adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlali anlamına gelmez, ancak uygun koşullarda etkili hukuk yollarının mevcudiyeti ile dengede tartılması gereken ilgili bir faktör oluşturabilir. Başka bir deyişle, standart, devletin idari ve hukuki sisteminin bir bütün olarak işleyişiyle ilgilidir.”¹¹⁶⁹

Philip Morris v. Uruguay davasında, hakem heyeti, adaletin reddi kapsamında ihlal tespiti için gerekli olan eşiğin yüksek olduğunu belirtmiştir: “Uluslararası hukuk kapsamında adaletten mahrumiyetin söz konusu olabilmesi için, ‘yargı sisteminde... çirkin bir başarısızlık’ veya ‘sistemik adaletsizlik’ olduğuna ya da ‘itiraz edilen kararın açıkça uygunsuz ve itibarsız olduğuna’ dair açık kanıtlar bulunmalıdır.”¹¹⁷⁰ Benzer şekilde, *Olin Holdings v. Libya* davasında, hakem heyeti, adaletin inkar edildiğini ortaya koyma standardının yüksek olduğu görüşünü teyit etmiş ve bir davacının mahkeme işlemlerinin yürütülme şeklinin adaletin inkar edildiği anlamına gelecek kadar adaletsiz olduğunu kanıtlayabilmesi gerekliliğini vurgulamıştır.¹¹⁷¹

Yatırım tahkimi içtihadı incelendiğinde, adaletin reddi durumu tespiti için gerekli olan eşiğin belli bir seviyede olduğu aşıkardır. Bu kapsamda, hakem

¹¹⁶⁸ *Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 273.

¹¹⁶⁹ *ECE v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 4.764.

¹¹⁷⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 500.

¹¹⁷¹ *Olin Holdings v. Libya*, ICC Dava No. 20355/MCP, Nihai Karar, 25 Mayıs 2018, § 349.

heyetlerinin, davacıların adaletin reddi iddialarının başarıya ulaşması için birtakım şartlar ortaya konduğu gözlemlenmektedir.

1. İç hukuk Yolları Tüketilmesi

Uluslararası hukuk uyarınca, bireyler ve şirketler, kendi devletlerin taleplerini benimsemesine ve diplomatik koruma yoluyla saldırgan devlete karşı takip etmesine izin verilmeden önce, ilgili devletin iç hukuku kapsamında mevcut ve etkili tüm telafi yollarına başvurmalıdır.¹¹⁷² Doktrinde de bu durum teyit edilir: “Devletler adil ve etkin bir adalet sistemi sağlama yükümlülüğü altındadır, hiçbir zaman adli suiistimal vakası yaşanmayacağına dair bir taahhüt altında değildir. Adaletin inkarına ilişkin ulusal sorumluluk, ancak sistem bir bütün olarak test edildiğinde ve başlangıçtaki kusur düzeltilmeden kaldığında ortaya çıkar.”¹¹⁷³ Adaletin inkârının tanımı, yerel hukuk yollarının tüketilmesi kavramını da kapsar. İç hukuk yolları tüketilmeden adaletin reddi söz konusu olamaz.¹¹⁷⁴”

İç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü, Uluslararası Adalet Divanının 21 Mart 1959 tarihli Interhandel (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri) kararında da belirttiği üzere, uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır.¹¹⁷⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu Devletin Sorumluluğu Maddeleri m. 44, eğer ilgili talep iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uygulandığı bir talep ise ve mevcut ve etkin iç hukuk yolları tüketilmemişse, devletin sorumluluğu iddiasının ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. UHK Diplomatik Himaye Maddeleri m. 14, bir kişiye verilen zarara ilişkin zarar gören kişi iç hukuk yollarını tüketmediği sürece hiçbir uluslararası talebin ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir.

AİHS m. 35 gereği, AİHM tarafından görülecek bir uyuşmazlığa ilişkin kabul edilebilirlik şartlarından birisi de uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğidir. İç hukuk yollarını

¹¹⁷² Uluslararası Hukuk Derneği, Kişilerin ve Mülklerin Diplomatik Korunması Uluslararası Komitesi Nihai Raporu (Toronto 2006), Komite Sonuç 1 “Uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca, yerel hukuk yollarının tüketilmesi diplomatik korumanın uygulanması için usule ilişkin bir ön koşuldur.”

¹¹⁷³ Jan Paulsson, **Denial of Justice in International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 100.

¹¹⁷⁴ a.g.e., s. 111.

¹¹⁷⁵ UAD, *Interhandel* (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri), 21 Mart 1959 tarihli Karar, s. 31-2.

tüketme gerekliliği, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 41(1)(c)), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m. 46 ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı m. 50 ve 56(5)) gibi diğer uluslararası insan hakları antlaşmalarında da yer almaktadır. Aynı zamanda Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 295'te de yer almaktadır.

Uluslararası hukukta yer alan yerel hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu, adil yargılanma ihlalleri nedeniyle AHM'nin ihlal edildiğini iddia eden iddialara karşı bir savunma olarak ileri sürülmektedir. Bu savunma, ev sahibi devletin yerel mahkemelerinin, ev sahibi devlet makamları tarafından işlendiği iddia edilen yanlış düzeltme fırsatına sahip olması gerektiği veya nihai bir ev sahibi devlet kararı olmadığı sürece uluslararası hukuk ihlali yapılmadığı yönündedir.¹¹⁷⁶

ICSID Sözleşmesi m. 26, “*Bir Akit devlet, bu Sözleşme uyarınca tahkime rıza göstermesinin bir koşulu olarak yerel idari veya adli hukuk yollarının tüketilmesini şart koşabilir*” şeklindedir. Bazı yatırım antlaşmaları da iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğini açıkça öngörmektedir. Yatırım korumasının diğer yönlerinden farklı olarak, adaletin reddi iddiasının yerel hukuk yollarının önceden tüketilmesi şartına bağlı olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹¹⁷⁷ *Marfin v. Kıbrıs* davasında, hakem heyeti, adaletin reddi iddiası söz konusu olduğunda, yerel hukuk yollarının tüketilmesinin, tahkim için sadece bir ön koşul değil, suçun kurucu bir unsuru olduğunu belirtmiştir.¹¹⁷⁸ Benzer şekilde, *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, “*Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının, çeşitli*

¹¹⁷⁶ Uluslararası Hukuk Derneği, Kişilerin ve Mülklerin Diplomatik Korunması Uluslararası Komitesi Nihai Raporu (Toronto 2006), § 36: “*Çeşitli düşünce okulları, yerel hukuk yollarının tüketilmesi kuralının usule ilişkin yönleri olduğu konusunda hemfikir olmakla birlikte, bu özelliğin kapsamı konusunda farklılık göstermektedirler. Tamamen usule ilişkin bir görüş, kuralın devlet sorumluluğunun uygulanması için bir araç olarak tasarlanmış pratik bir kural olmanın ötesine geçmediğini ileri sürecektir. Maddi teori ise, tam tersine, uluslararası hukukun ihlaline yol açanın ilk eylem ya da ihmal olmadığını, bu ihlalin, ancak daha sonraki bir mahkeme kararının iddiayı onaylaması halinde ortaya çıktığını varsaydığı için maddi ya da esaslı bir sonuca odaklanır. Buna göre uluslararası yükümlülüğün ihlali, birbirini izleyen bir dizi devlet davranışından kaynaklanmaktadır. Bu diğer görüşün bir sonucu da bireyin yerel hukuk yollarını tüketmemesinin, haksızlığı ve dolayısıyla uluslararası bir suçun varlığını ortadan kaldırmasıdır.*”

¹¹⁷⁷ *Jan de Nul v. Mısır*, Karar, § 255-261; *Chevron v. Ekvador I*, PCA Dava No. 2007-02/AA277, Ara Karar, 1 Aralık 2008, § 233, 235; *Pantechniki v. Arnavutluk*, ICSID Dava No. ARB/07/21, Karar, 30 Temmuz 2009, § 96, 102; *Toto v. Lübnan*, Yetki Kararı, § 164; *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 293; *Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 274-281; *Flughafen Zürich v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/10/19, Karar, 18 Kasım 2014, § 642-643; *Corona v. Dominik Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB(AF)/14/3, Karar, 31 Mayıs 2016, § 248; *Bear Creek v. Peru*, ICSID Dava No. ARB/14/21, Karar, 30 Kasım 2017, § 205; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 473-485; *Marfin v. Kıbrıs*, Karar, § 1272.

¹¹⁷⁸ *Marfin v. Kıbrıs*, Karar, § 1272.

vesilelerle, adaletin reddi kavramını kapsadığı ve bunun da yerel hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğini ima ettiği tespit edilmiştir”¹¹⁷⁹ sonucuna varmıştır.

Birçok hakem heyeti, bütün yasal yolların tüketilmesi gerektiğini vurgulamıştır. *Pantechniki v. Arnavutluk* davasındaki tek hakem, bir bütün olarak sisteme hatalı yargı davranışını düzeltmek için makul bir fırsat verilmedikçe adaletten mahrumiyetin ortaya çıkmayacağına hükmetmiştir. Aynı zamanda, bu görevin nafile hukuk yollarına başvurmayı gereksiz kılan nitelikleri olduğunu da kabul etmiştir: “*Hukukun aşırı derecede yanlış uygulandığına dair ilk bakışta görülen bu iddianın basit bir nedenden ötürü daha fazla incelenmesine gerek yoktur. Adaletten mahrumiyet, bir bütün olarak sisteme hatalı yargısal davranışı düzeltmek için makul bir fırsat tanınana kadar ortaya çıkmaz. Bu, çözüm yollarının makul bir noktanın ötesinde takip edilmesi gerektiği anlamına gelmez. Kayıtlarda var olan, ancak aslında hiç kullanılmamış olan işlemlerin başlatılması gerekli olmayabilir. Paralel yargı mercilerine yapılan dolaylı ya da dolaysız başvurular da (örneğin ayak sürüyen bir hakimin görevden alınması için yapılan idari başvuru) benzer şekilde gereksiz görülebilir. Bu tür tespitler mutlaka vaka bazında yapılmalıdır.*”¹¹⁸⁰ Söz konusu davada karar, davacının Yüksek Mahkeme’ye gitmesi gerekirken bu yapmamasının, adaletin reddi iddiası açısından hayati olduğunu tespit etmiştir.¹¹⁸¹

Chevron v. Ekvador (II) davasında, hakem heyeti, adaletin reddi iddiası için, yerel hukuk yolları önceden tüketilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁸² Hakem heyeti, adaletsizlik iddiasının ileri sürülebilmesi için standardın yüksek olup, kanunun uygulanmasındaki hatanın yeterli olmayıp, yargı sisteminin bütünüyle başarısız olduğunun gösterilmesi ve açıkça uygunsuz bir davranışın varlığının objektif olarak kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁸³

İç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin birtakım istisnaları vardır. Bu istisna direkt bir şekilde yatırım antlaşmasında verilebilir. Bir diğer durum ise etkili, yeterli bir iç hukuk yolunun olup olmaması sorusudur. Öte yandan, yatırım hukukunun doğası sebebiyle iç hukuka başvurunun bir zorunluluk olmadığını belirten görüşler de

¹¹⁷⁹ *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 293.

¹¹⁸⁰ *Pantechniki v. Arnavutluk*, Karar, § 96.

¹¹⁸¹ *Pantechniki v. Arnavutluk*, Karar, § 102.

¹¹⁸² *Chevron v. Ekvador II*, İkinci Kısmi Karar, § 7.117.

¹¹⁸³ *Chevron v. Ekvador II*, İkinci Kısmi Karar, para 8.22-77.

bulunmaktadır. Bu kapsamda, aşağıda bu yaklaşım ve görüş farklılıkları incelenecektir.

i. Elverişlilik Kriteri

Yatırım hukuku uygulamasında, adaletin reddedildiğinin gösterilmesi için yatırımcının yerel hukuk yollarını tüketmesi veya yerel mahkeme sisteminde yargı kararlarına itiraz etmek için tüm makul, mevcut ve etkili adımları atması gerektiği büyük ölçüde kabul edilmektedir. Makul, mevcut ve etkili adımlar vurgusu önemlidir çünkü bu vurgu yerel hukuk yollarının her koşulda tüketilmesi gerekmediğine işaret etmektedir. UHK'nin Diplomatik Koruma ile ilgili Maddelerinde Yerel hukuk yolları kuralının istisnaları başlıklı m.15 açıkça ifade edilmektedir: *“aşağıdaki durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek yoktur: (a) Etkili bir telafi sağlayacak makul bir yerel hukuk yolu yoksa veya yerel hukuk yolları bu tür bir telafi için makul bir olasılık sunmuyorsa.”*¹¹⁸⁴

Birçok NAFTA mahkemesine göre, yabancı bir yatırımcı, adaletin yerine getirilmemesine ilişkin bir şikâyetle bulunmadan önce yerel mahkemeler tarafından sunulan tüm hukuk yollarını tüketmiş olmalıdır. Ancak, içtihat, bu yükümlülüğün etkili ve yeterli olan ve şikâyetçi için makul ölçüde mevcut olan hukuk yolları ile sınırlı olduğunu belirtmektedir.¹¹⁸⁵ Bu yaklaşım doğrultusunda hakem heyeti, münferit yerel mahkeme kararlarına odaklanmak yerine, ev sahibi devletin adalet sistemini bir bütün olarak değerlendirmelidir. *Mondev v. ABD* davasındaki hakem heyeti, genel bir test ortaya koymuştur. Bu doğrultuda yerel bir mahkeme tarafından verilen bir karar, tarafsız bir gözlemciyi şok edecek veya şaşırtacak ve davanın sonucunun yargıya uygunluğuna ilişkin haklı endişeler uyandıracak şekilde açıkça uygunsuz ve itibarsız olduğunda adaletin reddi söz konusu olur.¹¹⁸⁶ Bu bulgular, adaletin inkârı kararı için yüksek bir ciddiyet eşiğine işaret etmektedir; yalnızca en ağır vakalar m. 1105 ihlali olarak değerlendirilecektir.¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁴ UHK Diplomatik Koruma Maddeleri, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Elli Sekizinci Oturum Çalışmaları Raporu, UN GAOR, 61. Oturum, Supp. No. 10, UN Doc. A/61/10 (2006), 13, 20.

¹¹⁸⁵ *Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen v. ABD*, Karar, § 168.

¹¹⁸⁶ *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 127.

¹¹⁸⁷ *Eli Lilly ve Company v. Kanada*, Nihai Karar, § 224, davranış ve kararlara göre olması gereken önemli saygıdan söz ediyor bu kişilerin çalışmalarının yalnızca vahim ve şok edici davranışlara ilişkin açık delillerin bulunduğu çok istisnai durumlarda bir mahkeme tarafından değerlendirilmesinin uygun olduğunu sözlerine ekledi. Bu sonuç, diğer mahkemelerin 'kabul edilebilir uluslararası

Loewen v. ABD davasında, hakem heyeti, AHM ihlali iddiasını iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle reddetmiştir.¹¹⁸⁸ Hakem heyeti, yargılamanın yerel yargıç tarafından yürütülmesinin uluslararası hukukta bu ifadenin anlaşıldığı şekliyle açık bir adaletsizliğe varan bir adalet hatası oluşturacak kadar kusurlu olduğuna ikna olmuştur.¹¹⁸⁹ Ancak, bir AHM ihlalinin onaylanması için, mevcut tüm iç hukuk yollarının tüketildiğinin kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir. Hakem heyeti, hukuk yolunun elverişliliği kavramı ele alınmıştır: “*Elverişlilik, soyut olarak belirlenecek veya uygulanacak bir standart değildir. Yabancı bir yatırımcı olarak mali ve ekonomik koşulları da dahil olmak üzere, herhangi bir yerel hukuk yolunun kullanılmasına ilişkin her türlü koşuldan etkilenen şikayetçinin durumu ışığında makul ölçüde erişilebilir olması anlamına gelir... Eğer bir devlet temyiz hakkına, hakkın kullanımını pratik olmaktan çıkaran koşullar eklerse, hakkın kullanımı ne mevcut ne etkili ne de yeterlidir. Aynı şekilde, bir devlet hakkın kullanılmasını doğrudan veya dolaylı olarak şikayetçiyi ciddi mali sonuçlara maruz bırakacak şekilde zorlaştırıyorsa, devlet kendi eylemleriyle şikayetçinin devlete şikayet konusunu telafi etme fırsatı vermesini engellemiş olabilir. Yerel hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin kapsamı bu hususlar ışığında değerlendirilmelidir.*”¹¹⁹⁰ Özetle, hukuk yollarının mevcudiyeti, vaka bazında değerlendirilmeli ve temyiz hakkının etkili veya yeterli olmadığına dair yeterli kanıtın bulunduğu durumlarda reddedilmelidir.

İç hukuk yollarının mevcut olup bunların etkisiz veya nafîle olduğunun tespiti, mevcut hukuk yolları ve bunlar hakkındaki içtihatları değerlendirmeyi içeren karmaşık bir süreçtir.¹¹⁹¹ Her dava özelinde incelenmesi gereken bu durum tespiti hakemlerin değerlendirmelerine göre şekillenecektir.

standartların altına düşen ağır adalet inkârına yaptıkları atıflarla da desteklenmektedir; *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, UNCITRAL, Karar, 26 Ocak 2006, § 194; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, UNCITRAL, Karar, 8 Haziran 2009, § 22, 24, 614, 616, 625 ve 627, burada hakem heyeti birçok durumda adaletin ağır şekilde reddedilmesine ve yasal sürecin tamamen yokluğuna atıfta bulunmaktadır. Ayrıca bkz. *Cargill Inc. v. Meksika*, Karar, § 296.

¹¹⁸⁸ *Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen v. ABD*, Karar, § 208-9.

¹¹⁸⁹ *Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen v. ABD*, Karar, § 54.

¹¹⁹⁰ *Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen v. ABD*, Karar, § 169-70.

¹¹⁹¹ Berk Demirkol, “Local Remedies Rule and Its Application by the International Court of Justice”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2024, s. 4, doi:10.1093/icsidreview/siae028.

ii. İç Hukuk Yollarının Tüketiminin Şart Olmadığı Yaklaşımı

AİHM kapsamında mahkemeye erişim hakkı somut ve etkili olmalıdır. Etkili olabilme koşulu, ilgili kişinin, haklarına müdahale teşkil eden bir işleme itiraz etmek üzere açık ve somut bir fırsata sahip olması gerekliliğidir.¹¹⁹² AİHS kapsamında iç hukuk yollarını tüketme kuralının varlık nedeni, ulusal makamlar ve mahkemelere, iddia edilen sözleşme ihlallerini önleme veya düzeltme imkânı vermektir. Ancak, iç hukuk yollarını tüketme kuralı mutlak değildir ve otomatik olarak uygulanmaz.¹¹⁹³

Uluslararası hukukta da kabul edildiği üzere, davacının mevcut iç hukuk yollarına başvurma yükümlülüğünden muaf tutmayı gerektiren özel koşullar bulunabilir.¹¹⁹⁴ UHK Diplomatik Himaye Maddeleri m. 15, etkili bir telafi sağlayacak makul düzeyde mevcut iç hukuk yollarının bulunmaması veya iç hukuk yollarının bu tür bir telafi için makul bir olasılık sunmaması, çözüm sürecinde, sorumlu olduğu iddia edilen devlete atfedilebilecek aşırı bir gecikme olması, zarar tarihinde, zarar gören kişi ile sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında ilgili bir bağlantı bulunmaması, zarar gören kişinin iç hukuk yollarını takip etmesinin açıkça engellenmiş olması veya sorumlu olduğu iddia edilen devlet, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartından feragat etmesi durumlarında iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığını belirtmektedir.

AİHM özelinde, AİHS'ye aykırı eylemlerin tekrarından ve bu eylemlere devlet makamlarının hoşgörü göstermelerinden oluşan bir idari pratiğin bulunduğu ortaya konması durumunda, bu pratik yargılamaları yararsız ve etkisiz kılacak nitelikte ise, iç hukuk yollarını tüketme kuralı şart koşulmamaktadır.¹¹⁹⁵ AİHM, başvurandan belirli bir hukuk yolunu tüketmesi talep etmenin pratikte makul olmaması ve başvuranın AİHS m. 34 kapsamındaki bireysel başvuru hakkını etkili bir biçimde kullanmasının önünde orantısız bir engel teşkil etmesi halinde, başvuranın bu koşulu yerine getirme zorunluluğunun olmadığını belirtmektedir.¹¹⁹⁶ Öte yandan iç hukuk yollarının tüketilmesi ilişkin iddialarda, AİHM, ispat külfetini hükümetin üzerine bırakmıştır.

¹¹⁹² *Bellet v. Fransa*, AİHM Başvuru No: 23805/94, 4 Aralık 1995, § 38.

¹¹⁹³ *Kozacıoğlu v. Türkiye*, AİHM Başvuru No: 2334/03, 19 Şubat 2009, § 40.

¹¹⁹⁴ *Sejdovic v. İtalya*, AİHM Başvuru No: 56581/00, 1 Mart 2006, § 55.

¹¹⁹⁵ *Aksoy v. Türkiye*, AİHM Başvuru No: 21987/93, 18 Aralık 1996, § 52.

¹¹⁹⁶ *Veriter v. Fransa*, AİHM Başvuru No: 31508/07, 14 Ekim 2010, § 27.

AİHM'ye göre hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia ediyorsa, başvuranın hem mevcut hem de etkili bir hukuk yoluna başvurmadığını ispatla mükelleftir.¹¹⁹⁷

Uluslararası hukuk kapsamında iç hukuk çözümlerin olmadığı, çözümlerin gereğinden fazla ya da anlamsızca uzadığı veya etkili bir çözüm getirmenin mümkün olmadığı durumlarda, iç hukuk yollarına başvurulmadan uluslararası önlemlere başvurulabilir.¹¹⁹⁸

Yatırım tahkiminde bazı hakem heyetleri, yerel hukuk yollarının tüketilmesinin adaletin reddi veya AHM ihlali iddiası için gerekli bir maddi unsur olduğunu ve bu nedenle diplomatik korumanın kullanılması veya dava açılması için usuli bir ön koşul olarak yerel hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin geleneksel kuraldan farklı olduğunu ileri sürmüştür. *Chevron v. Ekvador (I)* davasında, hakem heyeti, “Uluslararası hukuktaki geleneksel yerel hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ile burada ele alınacak olan itiraz arasında bir ayrım yapılmalıdır... Davacı, bir devletin adaletin reddi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için öncelikle [yerel] mahkeme sistemi içerisinde kendisine sunulan hukuk yollarını tüketmelidir... Bu tüketme gerekliliği, hem uluslararası teamül hukuku kapsamında adaletin reddi hem de ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ gibi maddi bir BIT yükümlülüğünün ihlali için gerekli bir unsur olarak görülebilir. Bununla birlikte, her iki durumda da soru, mahkemeye sunulan taleplerin özüyle ilgilidir. İtirazını olgunluk ve kabul edilebilirlik diliyle ifade etmesine rağmen, davalının gündeme getirdiği konu sorumluluğu etkileyen bir konudur. Dolayısıyla, bu bağlamda yerel hukuk yollarının tüketilmesi, yargı yetkisine değil esasa ilişkin bir meseledir”¹¹⁹⁹ tespitini yaparak yerel hukuk yollarının tüketilmesi esasa ilişkin bir mesele olduğunu belirtmiştir.

AES v. Arjantin davasında, hakem heyeti, yerel hukuk yollarının önceden tüketilmesi gerektiği şeklinde bir kural bulunmadığını belirtmiştir: “Hukuki bir uyuşmazlığın ICSID’e götürülebilmesi için, yatırımcı ile ev sahibi devletin yetkilileri arasındaki müzakereler de dahil olmak üzere, yerel hukuk yollarının önceden tüketilmesi gerektiği şeklinde bir kural bulunmamaktadır. Aksine, ICSID sistemi

¹¹⁹⁷ *Dalia v. Fransa*, AİHM No: 154/1996/773/974, 19 Şubat 1998, § 38.

¹¹⁹⁸ *Robert E. Brown (ABD) v. Büyük Britanya*, Karar, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Sayı:6, 23 Kasım 1923, s. 120.

¹¹⁹⁹ *Chevron v. Ekvador [I]*, Ara Karar, § 232-3.

tersine çevrilmiş bir yerel hukuk yollarının tüketilmesi kuralı temelinde kurulmuştur. Sözleşme'nin 26. maddesi uyarınca, taraflardan birinin Sözleşme uyarınca tahkime rıza göstermesinin bir koşulu olarak, yerel hukuk yollarının tüketilmesi açıkça aranmaktadır. Bu gerekliliğin yokluğunda, yerel hukuk yollarının tüketilmesi ICSID Mahkemesinin yargı yetkisine sahip olması için bir ön koşul olamaz."¹²⁰⁰

ICSID dışı davalarda, mahkemeler genellikle, ilgili yatırım antlaşmasında açıkça belirtilmemiş olsa bile, yerel hukuk yollarını tüketme zorunluluğu olmadığını düşünmüşlerdir. Bazı NAFTA mahkemeleri, NAFTA m. 1121'in yerel hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğini ortadan kaldırdığını öne sürmüştür. *Waste Management v. Meksika* davasındaki hakem heyetinin tespiti bu yöndedir: "*Genel anlamda, yerel hukuk yollarının tüketilmesinin uluslararası bir talepte bulunulması için usule ilişkin bir ön koşul olduğu ve NAFTA'nın 11. Bölümü ile bu ön koşuldan vazgeçildiği doğrudur.*"¹²⁰¹

CME v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, ilgili yatırım antlaşmasının yerel hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğü konusunda sessiz kalması sebebiyle yerel hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin ilgili yatırım antlaşmasına dahil edilmesini reddetmiştir.¹²⁰²

Binder v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, yerel hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği konusunu ele almıştır. Hakem heyeti, bir yatırımcının adli veya idari sisteme bir bütün olarak itiraz edebilmesi için ev sahibi devlette mevcut tüm adli veya idari yolları denemiş olması gerektiği fikrini reddetmiş ve bu durumun adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabileceğini belirtmiştir. Bunun yerine, hakem heyeti, adaletten mahrumiyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek için adli ve idari sistemin bir bütün olarak başarısızlığına odaklanmıştır: "*Ancak, gerekli olan, adli ve idari sistemin bir bütün olarak başarısız olduğunun kanıtlanmasıdır. Örneğin, adli veya idari bir organın ağır bir hata yaptığı ve bu hatayı gidermek için yeterli ve etkili bir hukuk yolunun mevcut olmadığı münferit bir durum testi karşılamayacaktır. Buna karşılık, aynı yatırımcı (veya yatırımcı sınıfı) veya aynı konu ile ilgili bir dizi karar veya prosedür, tüm yerel çözüm yollarının takip edilip*

¹²⁰⁰ *AES v. Arjantin*, Yargı Yetkisi Kararı, § 69.

¹²⁰¹ *Waste Management v. Meksika [II]*, Karar, § 116.

¹²⁰² *CME v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 417.

edilmediğine bakılmaksızın, açıkça kusurlu bir adli veya idari süreç durumunu ortaya koyduğunda; test karşılanacaktır."¹²⁰³

ECE Projektmanagement v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, açıkça iç hukuk yollarının tüketilmesini şart koşmamış, ancak ilk derece mahkemesinde verilen ve daha sonra temyizde bozulan ve bu nedenle etkileri yalnızca geçici olan kusurlu bir kararda AHM'nin ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir: "*Mahkemenin, idari veya adli işlemlerde gerekli sürecin sağlanmamasının, giderilmediği ve yeterli ciddiyete sahip olduğu takdirde, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlaline yol açabileceğinden şüphesi yoktur. Bununla birlikte, adil yargılamanın amacı, karar vericinin idari veya adli yetkilerini kullanmasını sağlarken, bunun bir yatırımcının çıkarlarına adil bir şekilde yapılmasını sağlamaktır; ilk derece mahkemesinde verilen ve daha sonra temyizde bozulan ve bu nedenle etkileri yalnızca geçici olan kusurlu bir kararda adil ve hakkaniyete uygun muamele ihlali olamayacağı sonucuna varılmaktadır.*"¹²⁰⁴

Sonuç olarak, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğine ilişkin farklı yaklaşımlar olmakla beraber temelde bu farklılıkların sebebi ilgili yatırım antlaşması metnidir.

2. Adil Yargılanma Yükümlülüğünün Kapsamı

AİHM kapsamında adil yargılanma ilkesi, tarafların sıfatından, uyuşmazlığın medeni, ticari veya idari hukukla ilişkili olmasından bir başka deyişle hükme bağlanmasını düzenleyen yasaların ve bu konuda yargılama yetkisine sahip makamın niteliğinden bağımsız olarak uygulanmaktadır.¹²⁰⁵ İdari kararların iptaline ilişkin süreçler adil yargılanma ilkesine ilişkin iddiaları içermektedir.¹²⁰⁶ Ancak, idari bir kararın sınırlı yargı denetimine tabi tutulduğu örnekler de mevcuttur.¹²⁰⁷ Öte yandan,

¹²⁰³ *Rupert Joseph Binder v. Çek Cumhuriyeti*, UNCITRAL, Nihai Karar, 15 Temmuz 2011, § 451.

¹²⁰⁴ *ECE v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 4.805.

¹²⁰⁵ *Georgiadis v. Yunanistan*, AİHM Başvuru No: 21522/93, 29 Mayıs 1997, § 34.

¹²⁰⁶ *De Geouffre de la Pradelle v. Fransa*, AİHM Başvuru No: 12964/87, 16 Aralık 1992.

¹²⁰⁷ *Fazia Ali v. Birleşik Krallık*, AİHM Başvuru No: 40378/10, Karar, 20 Ekim 2015.

AİHM, idari bir organ tarafından verilen karar için idari yargıda bir başvuru yolu varsa, öncelikle bu yola başvurulması gerektiğini belirtmektedir.¹²⁰⁸

Adaletin reddi geleneksel olarak yerel mahkemeler tarafından adaletin sağlanması ile ilişkilendirilmektedir.¹²⁰⁹ Ancak, bütün adli ve idari süreçlerde adil yargılama ilkesine uyulması gerektiği aşikardır. Yatırım faaliyetlerine ilişkin özellikle hukuk mahkemeleri önündeki yargılamalar ve idari işlemler göze çarpmaktadır. Ancak, buna yatırımcıya karşı yürütülen cezai kovuşturmalar da dahildir.¹²¹⁰

Yatırım tahkimi hakem heyetleri, AHM standardında yer alan usule ilişkin güvencelerin ev sahibi devletin idari makamlarının faaliyetlerini de kapsadığını kabul etmiştir.¹²¹¹ Ancak, bazı yatırım tahkimi hakem heyetleri, idari işlemlere ilişkin güvencelerin adli süreçlere ilişkin güvencelerden birtakım farklıklar sahip olduğunu belirtmiştir. *Glencore v. Kolombiya* davasında, hakem heyeti, adil yargılanma

¹²⁰⁸ *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz*, AİHM Başvuru No: 55391/13, 57728/13 ve 74041/13, 6 Kasım 2018, § 132.

¹²⁰⁹ *Grand River v. ABD*, Karar, § 222-36.

¹²¹⁰ *Tokios Tokelès v. Ukrayna*, ICSID Dava No. ARB/02/18, Karar, 26 Temmuz 2007, § 133; *Rompotrol v. Romanya*, Karar, § 278. “Rosinvest Mahkemesinin de kabul ettiği gibi, bir dizi haksız fiilin ‘kümülatif etkisi’, bu serinin münferit bileşenleri ihlal etmese bile, bir antlaşma ihlali anlamına gelebilir. Benzer şekilde, bu Mahkemenin görüşüne göre, bir devlet, bir yatırım antlaşması kapsamında korunan bir yatırımcıya adil ve hakkaniyete uygun muamele etme yükümlülüğünü, bir ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında, soruşturma ve kovuşturmanın kendisi haksız olmasa bile, bir dizi haksız davranış nedeniyle ihlal ettiği için uluslararası sorumluluğa maruz kalabilir. Bununla birlikte, söz konusu davranış biçiminin yeterince ciddi ve ısrarlı olması, yatırımcının menfaatlerinin etkilenmesi ve bu koşullarda söz konusu menfaatlerin usulüne uygun olarak nasıl korunması gerektiğine ilişkin yeterli özenin gösterilmemesi gerekmektedir. Mahkemenin görüşüne göre, korunan bir yatırımcının meşru beklentilerinin bir parçası - ev sahibi devletin ceza hukukunu belirleme ve uygulama egemenlik hakkına hiçbir şekilde halel getirmeksizin - menfaatlerinin doğrudan veya dolaylı olarak cezai sürece dahil olması halinde, ev sahibi devletin yetkilileri tarafından bu menfaatler üzerinde gereksiz yere olumsuz bir etkiden kaçınmak veya en azından olumsuz etkileri en aza indirmek veya hafifletmek için yollar aranacaktır.” ; *Al-Warraq v. Endonezya*, Nihai Karar, 15 Aralık 2014, § 621: “Bununla birlikte, Mahkeme, adaletin inkar edilmesinin AHM standardının açık bir ihlalini teşkil ettiği görüşündedir. Bir yatırımcıya karşı cezai kovuşturma yürütülürken adaletin en temel unsurlarına uyulmaması, yatırım antlaşmasının ihlali anlamına gelir. Mahkeme, mevcut davada, Davacı’nın kendisine yöneltilen cezai suçlamalardan gerektiği şekilde haberdar edilmediği, gıyabında yargılanıp mahkum edildiği ve cezanın Davacı’ya gerektiği şekilde tebliğ edilmediği sonucuna varmıştır. Davacı avukat tayin edememiş ve cezasını temyiz edememiştir. Bu nedenle Mahkeme, Davacı’nın yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı - ve Davacı’nın ileri sürdüğü diğer nedenlerden dolayı değil - MSHS’de yer alan adil ve hakkaniyete uygun muamele görmediği sonucuna varmıştır. Buna göre, Davacının adil ve hakkaniyete uygun muamele talebi onanmıştır.”

¹²¹¹ *Genin v. Estonya*, Karar, § 364; *Rumeli v. Kazakistan*, Karar, § 615, 617-618, 623; *Chemtura v. Kanada*, Karar, § 211-224; *AES v. Macaristan*, Karar, § 9.3.36-9.3.73; *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 292; *Bosh v. Ukrayna*, ICSID Dava No. ARB/08/11 Karar, 25 Ekim 2012, § 145, 214; *TECO v. Guatemala*, ICSID Dava No. ARB/10/23, Karar, 19 Aralık 2013, § 454-465; *Corona v. Dominik Cumhuriyeti*, Karar, § 248; Öte yandan, bazı hakem heyetlerine göre AHM standardı temelinde adil bir usul sağlama gerekliliği bir devlet kuruluşunun yatırımcı ile olan sözleşmeye dayalı ilişkisini yönetmesini kapsamamaktadır. *Bayındır v. Pakistan*, Karar, § 343-348.

standardının farklı ortamlarda farklı şekilde işlediğini belirtmiştir: “İster adli işlemlerde ister idari işlemlerde olsun, adil yargılama sürecinin ihlalinin AHM standardının ihlaline yol açabileceği tartışmasızdır. Ancak, adil yargılanma standardı farklı ortamlarda farklı şekilde işlemektedir. Contraloría’da olduğu gibi idari yargılamalarda, karar mercii genellikle soruşturmacı, suçlayıcı ve yargılayıcıdır ve ilgili bir memur (karar merciinin kıdemli memuru olabilir) genellikle temyizde karar veren kişidir. Nihai idari kararın tam yargı denetimine tabi olması koşuluyla, adil yargılama süreci bu işlevlerin katı bir şekilde birbirinden ayrılmasını gerektirmez. Özel şahıs, davanın bu kez bağımsız ve tarafsız bir yargıç tarafından, resmi bir çekişmeli usul güvencesiyle yeniden ele alınması fırsatına sahip olmalıdır.”¹²¹²

Genel olarak, yabancı yatırımlara ilişkin adil yargılama sadece adaletin yerine getirilmemesini değil, aynı zamanda dinlenilme hakkı olarak da ifade edilen idari işlemlerde adaleti de içerecek şekilde geniş bir anlam kazanmıştır.¹²¹³ *Rumeli Telekom v. Kazakistan* kararında idari organların da adaletin reddine sebep olabileceği vurgulanmıştır: “Davranışları adaletin reddi anlamına gelebilecek tek devlet organı mahkemeler değildir. İdari organlar da adaleti inkar ederek devletin uluslararası sorumluluğunu yerine getirebilir.”¹²¹⁴

Genin v. Estonya davasında uyuşmazlık, Estonya yasalarına göre kurulmuş bir finans kuruluşu olan ve davacıların hissedarı olduğu EIB’nin (Estonya İnovasyon Bankası) sahip olduğu faaliyet lisansının Estonya Merkez Bankası tarafından iptal edilmesinden kaynaklanmıştır. Davacıların iddiasına göre, EIB’ye, belirli düzeltici önlemler alınmadığı takdirde lisansının iptal edilme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu konusunda hiçbir bildirim yapılmamış ve EIB’ye bu konuda beyanda bulunma fırsatı verilmemiştir.¹²¹⁵ Hakem heyeti, Kredi Kuruluşları Kanunu’nun 16. maddesinin, iptalin gerçekleşmesi için idari kararlara halkın herhangi bir şekilde katılımını gerektirmediği varsayımına dayanarak, ulusal makamların eylemini hukuka uygun olarak değerlendirmiştir. Bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Hakem heyetinin kendisinin de çelişkili bir argümanla açıklığa kavuşturduğu üzere, Estonyalı yetkililer tarafından gerçekleştirilen eylem bir yandan Estonya yasalarıyla uyumluyken, diğer yandan genel

¹²¹² *Glencore v. Kolombiya*, Karar, § 1319.

¹²¹³ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 75.

¹²¹⁴ *Rumeli Telekom A.Ş. ve diğerleri v. Kazakistan*, Karar, § 623.

¹²¹⁵ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. ve A.S. Baltoil v. Estonya*, Karar, § 358.

kabul görmüş bankacılık ve düzenleyici uygulamalara aykırı olarak değerlendirilebilir.¹²¹⁶ Bu davaya çok benzeyen bir durumda, 2016 yılında *Urbaser v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, tam tersi bir sonuca varmıştır. Davacı, ev sahibi devletin, bir tedarik sözleşmesinin yeniden müzakere edilmesine ilişkin olarak şeffaflık eksikliğini ileri sürmüş ve hakem heyeti bu eksikliği AHM standardının ihlali olarak değerlendirmiştir.¹²¹⁷

Metalclad v. Meksika davasında, hakem heyetinin görüşüne göre, idari süreç şeffaflıktan yoksundu: “Antlaşmayı tanıtan ilke ve kurallar beyanında öne çıkan husus şeffaflığa yapılan atıftır (NAFTA m. 102(1)). Mahkeme bunu, Antlaşma kapsamında yapılan veya yapılması planlanan yatırımların başlatılması, tamamlanması ve başarılı bir şekilde işletilmesi amacıyla ilgili tüm yasal gerekliliklerin diğer Tarafın etkilenen tüm yatırımcıları tarafından kolayca bilinebilir olması gerektiği fikrini içerecek şekilde anlamaktadır. Bu tür konularda şüpheye veya belirsizliğe yer olmamalıdır. Herhangi bir Tarafın merkezi hükümetinin yetkilileri (bu tür konularda uluslararası sorumluluğu bir önceki bölümde tanımlanmıştır) bu bağlamda herhangi bir yanlış anlama veya karışıklık durumunun farkına vardıklarında, yatırımcıların ilgili tüm yasalara uygun hareket ettiklerine emin bir şekilde tüm uygun seferlere devam edebilmeleri için doğru pozisyonun derhal belirlenmesini ve açıkça ifade edilmesini sağlamak onların görevidir.) zira davacının ulusal hukuk önünde pozisyonunu savunma imkanı yoktu.”¹²¹⁸

Middle East Cement Shipping v. Mısır davası, idari süreçlere ilişkin eksikliklerle ilgiliydi. Dava konusu olan olayda, yatırımcının gemisi gerekli tebligat yapılmadan haczedilmiş ve açık artırmaya çıkarılmıştır; gerçekten de hem haciz emri hem de açık artırma ilanı Poseidon’un güvertesindeki yetkili makam tarafından uygulanmış, Süveyş limanı polis şefine bildirilmiş ve yerel bir gazetede yayınlanmıştır. Böylesine ciddi bir yaptırımın davacıya doğrudan bir tebligatla bildirilmesi gerektiğini göz

¹²¹⁶ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. ve A.S. Baltoil v. Estonya*, Karar, § 364.

¹²¹⁷ *Urbaser S.A. et al. v. Arjantin*, Karar, § 842 ve devamı.

¹²¹⁸ *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 76; *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 91. ‘İzin, Metalclad’ın haberdar edilmediği, davet edilmediği ve kendisine katılma fırsatı verilmediği bir Belediye Meclisi toplantısında reddedilmiştir’

önünde bulunduran hakem heyeti, açık artırma prosedürünü hukuka ve dolayısıyla AHM ilkesine aykırı bulmuştur.¹²¹⁹

Tecmed v. Meksika davasında verilen karar idari süreçlerle ilgilidir. Bu dava, tehlikeli atık depolama sahası işletmek için lisans almış olan iki Meksikalı iştiraki bulunan bir İspanyol şirket ile ilgilidir. Kasım 1998’de, düzenli depolama sahasının işletilmesindeki bir dizi ihlal nedeniyle, yatırımcının ruhsat yenilenmesi talebi yetkili federal makam tarafından reddedilmiştir. Hakem heyeti, yabancı yatırımcının kendisini etkileyen kararların alınmasına katılımının çok az olduğu veya hiç olmadığı ve bu kararların sonucunda yatırımın tamamen kaybedildiği göz önüne alındığında, usuli adalet açısından bir AHM ihlali tespit etmiştir.¹²²⁰

Thunderbird v. Meksika davasında, hakem heyeti, bir devlet kurumunun işlemlerinin idari yetkililer için geçerli olan adil yargılanma ve usuli adalet standartlarına göre test edilmesi gerektiğini belirtmiş, ancak, idari yargı süreci ilişkin testin, adli yargı sürecine ilişkin testten daha düşük olduğunu vurgulamıştır: “Mahkeme, SEGOB işlemlerinin bazı usulsüzlüklerden etkilenmiş olabileceğini göz ardı etmemektedir. Daha ziyade, Mahkeme, kayıtlarda, yargısal dürüstlük duygusunu sarsacak ve dolayısıyla asgari muamele standardının ihlaline yol açacak kadar ciddi herhangi bir idari usulsüzlük bulamamıştır. Thunderbird tarafından da kabul edildiği üzere, SEGOB işlemleri idari görevliler için geçerli olan adil yargılanma ve usuli adalet standartlarına göre test edilmelidir. İdari yargı süreci gerekliliği, adli yargı sürecinden daha düşüktür. Dolayısıyla, örneğin, (İdari Emri imzalayan) Lic. Aguilar Coronado’nun 10 Temmuz’daki duruşmaya katılmaması idari bir usulsüzlük olarak görülse bile, bu koşullar altında NAFTA’nın m. 1105 uyarınca gerekli olan asgari ağırlık seviyesine ulaşmamaktadır.”¹²²¹ Davacıya dinlenmek ve delil sunmak için tam bir fırsat verildiğinden¹²²² ve yargılamalar mahkemeler tarafından yargı denetimine tabi olduğundan,¹²²³ tespit edilen usule ilişkin eksikliklerin AHM ihlali anlamına gelmediği tespit edilmiştir.¹²²⁴

¹²¹⁹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co.S.A. v. Mısır*, Karar, § 143: “Mahkeme [...] burada uygulanan açık artırma usulünün ‘hukuka uygun’ olmadığını (BIT m. 4a) ve özellikle bildirim usulünün yeterli olmadığını tespit etmiştir.”

¹²²⁰ *Tecmed S.A. v. Meksika*, Karar, § 122.

¹²²¹ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Karar, § 200.

¹²²² *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Karar, § 198.

¹²²³ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Karar, § 201.

¹²²⁴ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Karar, § 200.

Adil yargılama, sadece dar anlamda idari işlemlerde gerekli değildir. Aksine, bir dizi davada, idari kurumların yatırımcılara yönelik eylemleri genellikle adil yargılanma standartlarına göre ölçülmektedir. Örneğin, *PSEG v. Türkiye* davasında, hakem heyeti, davacılarla müzakerelerin yürütülmesinde idarenin açık ihmali temelinde bir AHM ihlali tespit etmiştir. Söz konusu olay, yatırımcının taraf olduğu bir idari süreç değildir. Uyuşmazlık daha ziyade, Türk idari organları tarafından ciddi idari ihmal ve tutarsızlık gösterecek şekilde yürütülen sözleşme müzakereleri etrafında şekillenmekteydi: *“Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edildiğini ve bu ihlalin sorumluluk doğuracak kadar ciddi olduğunu iddia etmektedir. Kötü niyet dışında, mevcut davada ilk olarak Davacılar ile müzakerelerin yürütülmesinde idarenin bariz bir ihmali söz konusudur. Kilit anlaşmazlık noktalarının cevapsız kalması ve zamanında ifşa edilmemesi, bu tür ısrarlı ve ağırlaştırıcı anlaşmazlıklara dair kanıtlar varken sessiz kalınması, önemli yazışmalara hiç bakılmaması ve hiçbir yere varmayan müzakerelere son verme ihtiyacını ele almayan sistematik bir tutum sergilenmesi, ciddi idari ihmal ve tutarsızlığın tezahürleridir. Davacılar, müzakerelerin, zaman zaman olduğu gibi, yetkin ve profesyonel bir şekilde ele alınmasını bekleme hakkına sahiptir.”*¹²²⁵

Rumeli Telekom v. Kazakistan davasında, bir yatırım sözleşmesinin feshine yol açan idari prosedür, AHM kapsamında adil yargılanma ilkesini ihlal edilmesine yol açmıştır.¹²²⁶ Hakem heyeti, kararın adil bir süreçten yoksun olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından 9 Haziran 2003 tarihinde atanan çalışma grubunun kararına yol açan sürecin şeffaflıktan ve usuli gerekliliklerden yoksun olduğuna karar verilmiştir.¹²²⁷

TECO v. Guatemala davasında, hakem heyeti, idari bir kurum olan elektrik düzenleyicisinin eylem ve ihmallerini değerlendirmiştir: *“[AHM], Devlete atfedilen ve yatırımcıya zarar veren davranışların keyfi, büyük ölçüde adaletsiz veya kendine özgü olması, ayrımcı olması veya yargı adabını ihlal eden bir sonuca yol açan adil yargılama sürecinin eksikliğini içermesi halinde ihlal edilir...”*¹²²⁸ Düzenleyici

¹²²⁵ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 246.

¹²²⁶ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 615.

¹²²⁷ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 617.

¹²²⁸ *TECO v. Guatemala*, Karar, § 454.

*çerçevenin dayandığı temel ilkelerin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi, düzenleyicinin yatırımcı ile ilişkilerinde tamamen samimiyet veya iyi niyetten yoksun olması ve aynı zamanda tamamen muhakeme eksikliği asgari standardın ihlalini teşkil edecektir.*¹²²⁹ “

Hakem heyeti, bağımsız bir komisyonun tavsiyelerini göz ardı ederek oranları tek taraflı olarak belirlemenin ve bunun için herhangi bir gerekçe sunmamanın AHM’nin adil yargılanma boyutunun ihlalini teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Frontier Petroleum Services v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, ciddi idari ihmal ve tutarsızlık ile idari temyiz sürecinde dosyaya erişimin engellenmesinin AHM standardını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²³⁰ *Deutsche Bank v. Sri Lanka* davasında, hakem heyeti, Sri Lanka’nın AHM’yi yalnızca yüksek mahkemesinin adli işlemleri yürütme şekli yoluyla değil, aynı zamanda merkez bankası tarafından uygunsuz saiklerle başlatılan, şeffaflıktan ve adil yargılanmadan yoksun bir şekilde yürütülen ve nihayetinde ultra vires olan soruşturmalar yoluyla da ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²³¹

Infinito Gold v. Kosta Rika davasında, hakem heyetinin çoğunluğu, AHM ihlali kararı vermiştir. Kosta Rika zamanaşımı kuralları nedeniyle sorumluluktan kurtulurken, hakem heyeti, idari süreçleri bir “*hatalar komedisi*” olarak tanımlanmıştır.¹²³² Kosta Rika adli makamlarının eylemlerini ele alan hakem heyeti, Kosta Rika mahkemesinin gerekçelerinin ve sonuçlarının, hukukun yanlış uygulanmasıyla sonuçlanmasa bile, şekilci olarak nitelendirilebileceğini belirterek,¹²³³ mahkemenin hatalı muhakemesine işaret etmeyi uygun bulmuştur. Hakem heyeti, Kosta Rika Yüksek Mahkemesi Anayasa Dairesi tarafından projenin çevresel uygulanabilirliğine ilişkin olarak yapılan çok sayıda durum tespiti meseleyi çözmek için kesinlikle gerekli olmadığını belirterek, bu tespitleri neden yaptığını anlayamadığını belirtmiştir.¹²³⁴ AHM ihlali tespitine rağmen tazminat ödenmesine hükmetmeyen kararda, hakem heyetinin ulusal hukuk tarafından yapılan yasal ve idari süreçlere ilişkin birçok nitelendirmeye yorum yaptığı gözlemlenmektedir.

¹²²⁹ *TECO v. Guatemala*, Karar, § 458.

¹²³⁰ *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 292.

¹²³¹ *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, Karar, § 474-91.

¹²³² *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 545.

¹²³³ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 502.

¹²³⁴ *Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti*, Karar, § 467.

Görüldüğü üzere, hakem heyetleri, temelde her tür adli, idari, cezai sürecin adil bir süreç şeklinde yönetilmesi gerekliliğini teyit etmiştir.

B. Adil Yargılanma Yükümlülüğünün İçeriği

AHM standardında yer alan adil yargılanma veya usuli adalet yükümlülüğünün kesin içeriği tartışmalıdır. Mahkemelere veya diğer yargılama organlarına erişimin tamamen engellenmesinin, adil yargılanma hakkının ve dolayısıyla AHM'nin ihlali anlamına geleceği açıktır. Asıl mesele usuli adaletin ihlalini teşkil eden işlemlerin yetersizlik veya eksiklik derecesidir.

UNCTAD 2012 tarihli raporunda adaletin inkârı olarak kabul edilmesi muhtemel durumları sıralamıştır; adalete erişimin engellenmesi ve mahkemelerin karar vermeyi reddetmesi, işlemlerde makul olmayan gecikme, bir mahkemenin devletin yasama ve yürütme organlarından bağımsız olmaması, kesin hükümlerin veya hakem kararlarının yerine getirilmemesi, bir yargıcın yolsuzluğu, yabancı davacıya karşı ayrımcılık, yargılamaların bildirilmemesi ve dinlenilme fırsatı verilmemesi gibi temel adil yargılanma güvencelerinin ihlali.¹²³⁵

AİHM içtihatları incelendiğinde, adil yargılamaya ilişkin çağdaş insan hakları talepleri, adil yargılamanın mahkemeye erişim hakkı, dinlenilme hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme hakkı, adil ve aleni duruşma hakkı ve makul bir süre içinde karar verilmesi hakkı gibi bir dizi önemli usuli hakkı içerdiğini göstermektedir.¹²³⁶ *Iberdrola v. Guatemala* davasında, hakem heyeti, benzer bir liste sunmuştur: “Uluslararası hukuka göre adaletin reddi: (i) bir mahkemenin yetkisi dahilindeki bir meseleyi görmeyi haksız yere reddetmesi veya adalete erişimi engelleme etkisine sahip başka bir devlet eylemi; (ii) adaletin uygulanmasında aşırı gecikme ve (iii) devlet organlarının açıkça keyfi, haksız, kendine özgü veya gecikmiş kararları veya eylemleri. Bu konuda Mahkeme, ‘... adaletin reddi, yerel hukukun yorumlanmasındaki basit bir hata değil, sadece yetkili bir hakimin yapamayacağı ve asgari düzeyde yeterli bir adalet sisteminin sağlanmadığını gösteren bir hatadır’ şeklinde Davacının görüşünü

¹²³⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 80.

¹²³⁶ Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a Fair Trial (civil limb), <https://rm.coe.int/1680700aaf> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

paylaşmaktadır.”¹²³⁷ Ancak, yatırım tahkimi hakem heyetleri genellikle sadece açık, kabul edilemez veya ağır yargısal eksiklikleri adil yargılanma sürecinin ihlali olarak nitelendiren karşılanması zor bir standarda bağlı kalmıştır.¹²³⁸ Bu anlayış, UAD’nin, Elettronica Sicula SpA (ELSI) davasında keyfi yargısal davranışın “*hukuki yerindelik duygusunu sarsan ya da en azından şaşırtan,... hukuka uygun yargılama sürecinin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi*” olduğu yönündeki yaklaşıma açıkça ya da farkında olmadan atıfta bulunmaktadır.¹²³⁹

Lion Mexico Consolidated LP v. Meksika davasında, hakem heyeti adaletin engellenmesi yasağı esasen üç grup usuli hakla ilgili olduğu belirtmiştir. Bu haklar, delil sunma hakkını da içeren dinlenilme hakkı, davasını sunma hakkı ve gereksiz gecikme olmaksızın karar alma hakkıdır.¹²⁴⁰ Bu anlayış, adaletin reddinin esasa veya usule ilişkin olmaktan ziyade her zaman usule ilişkin olduğu anlamına gelir: “*Hakem Heyeti, “esaslı bir adalet reddi” olmadığını ikna edici bir şekilde savunan Davalı ile aynı fikirdedir. Maddi ve usuli adalet reddi arasındaki ikilem gerçekten de bazı hakem heyetleri tarafından (az ya da çok onaylanarak) benimsenmiş olsa da bu ayrım kullanışlı değildir. Bir kararın esastan çirkin veya kabul edilemez olup olmadığını belirlemek, bir mahkemenin ulusal hukuk kapsamında karar verme sürecini incelemesini gerektirecektir - uluslararası mahkemelerin yerel temyiz mahkemeleri olamayacağını ve oluşturmadığını tekrarlamak basmakalıptır.*”¹²⁴¹ Sonuç olarak, hakem heyeti, “*İlk olarak Mahkeme, adaletin reddinin her zaman usule ilişkin olduğu yönündeki görüşünü yinelemektedir*”¹²⁴² tespitini yapmıştır. Bu nedenle, hakem heyetine göre, esasa ilişkin değerlendirme, yalnızca önyargı, dolandırıcılık, sahtekârlık veya tarafsızlık eksikliğine dair kanıt sağladığı ölçüde önemlidir: “*Uluslararası mahkeme, kararın önyargı, hile, sahtekârlık veya tarafsızlık eksikliğine dair kanıt sunup sunmadığını araştırmak amacıyla kararın esasını değerlendirebilir. Başka bir deyişle, kararın kendisi adil yargılama sürecinin eksikliğine işaret edebilir.*

¹²³⁷ *Iberdrola Energía v. Guatemala*, ICSID Dava No. ARB/09/5, Karar, 17 Ağustos 2012, § 432.

¹²³⁸ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 404.

¹²³⁹ *ELSI (ABD v. İtalya)*, (Karar), 1989, ICJ Reports 15, § 128 (‘*Keyfîlik bir hukuk kuralına karşıt bir şey değil, hukukun üstünlüğüne karşıt bir şeydir. Bu bir hukuka uygunluk ilkesinin kasten göz ardı edilmesi, yargısal yerindelik duygusunu sarsan ya da en azından şaşırtan bir eylem.*’); *Loewen Group v. ABD*, Karar, 26 Haziran 2003, § 132; *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Karar, 26 Ocak 2006, § 194; *Dan Cake v. Macaristan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, 24 Ağustos 2015, § 117.

¹²⁴⁰ *Lion Mexico Consolidated LP v. Meksika*, ICSID Dava No. ARB(AF)/15/2, Karar, 20 Eylül 2021, § 220.

¹²⁴¹ *Lion Mexico Consolidated LP v. Meksika*, Karar, § 217

¹²⁴² *Lion Mexico Consolidated LP v. Meksika*, Karar, § 392.

Uluslararası mahkeme, ulusal hukukun doğru uygulanmasına ilişkin kendi görüşünü ulusal mahkemenin görüşünün yerine koyamaz. Bu ayırım -adil yargılamadaki temel eksikliklerin incelenmesi ile esastan inceleme arasındaki ayırım- yabancı karar ve hükümlerin tenfizinde ve yerel yargısal denetim sistemlerinde yaygın olarak yapılması gereken bir ayırımdır."¹²⁴³

Birçok yatırım tahkimi mahkemesi de adaletin reddi için yüksek eşikler belirlemiştir. *Oostergetel v. Slovakya* davasında, hakem heyeti, "*Uluslararası hukuk kapsamında adaletin reddi iddiası zorlu bir iddiadır. Uygulanabilir testi karşılamak için, ulusal hukukunun ihlal edildiğini, ulusal bir mahkemenin kararının hatalı olduğunu, adli bir prosedürün yetersiz bir şekilde yürütüldüğünü veya söz konusu yargıcın eylemlerinin muhtemelen yolsuzlukla motive edildiğini iddia etmek yeterli olmayacaktır. Adaletin reddi, ulusal sistemin bir bütün olarak asgari standartları karşılayamaması anlamına gelir*"¹²⁴⁴ sonucuna ulaşarak sistemin bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Vannessa Ventures v. Venezuela davasında, hakem heyeti, hukuk sisteminin verimliliğinden öte bir durum tespiti gerekliliğine vurgu yapmıştır: "*Sorun, ev sahibi devletin hukuk sisteminin idealde olabileceği kadar verimli çalışıp çalışmadığı değil; adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik sağlamaya yönelik antlaşma yükümlülüklerini ihlal edecek kadar kötü çalışıp çalışmadığıdır.*"¹²⁴⁵ Benzer şekilde, *Arif v. Moldova* davasında, hakem heyeti, "*Devletlerin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını adaletin reddi yoluyla ihlal etmeme sorumluluğu, yargının temelde adil olmayan ve önyargılı yargılamalar sonucunda nihai ve bağlayıcı kararlar vermesi veya hukuku hiçbir dürüst ve yetkili mahkemenin yapamayacağı kadar kabul edilemez derecede yanlış bir şekilde uygulaması durumunda devreye girer*"¹²⁴⁶ sonucuna varmıştır.

Mahkemeler, adaletin inkarını, adli veya telafi edici sürecin idaresinde büyük eksiklik, adaletin düzgün idaresi için genel olarak vazgeçilmez kabul edilen güvencelerin sağlanmaması veya açıkça adaletsiz bir karar olarak nitelendiren

¹²⁴³ McLachlan vd., *International Investment Arbitration*, s. 304.

¹²⁴⁴ *Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 273.

¹²⁴⁵ *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Karar, § 227.

¹²⁴⁶ *Arif v. Moldova*, Karar, § 442.

kavrama dayanan bu kriteri, çeşitli şekillerde formüle etmişlerdir.¹²⁴⁷ Yatırım tahkimi hakem heyetleri adaletin “*ciddi bir yetersizlik şekilde*”¹²⁴⁸, “*adli işlemlerde doğal adaletin açıkça ihlal edilmesi*”¹²⁴⁹, “*temelde adil olmayan ve önyargılı işlemler*”¹²⁵⁰ veya “*devlet organlarının açıkça keyfi, adil olmayan, kendine özgü kararları veya eylemlerine*”¹²⁵¹ atıfta bulunarak adil yargılanma hakkı ihlalinin tanımlanmışlardır.

Yerel mahkemeler tarafından uygulanan usul hukuku, AHM’de yansıtılan hukukun üstünlüğü gerekliliklerine uygun olmalıdır. Bu da mahkemelerin davalara zamanında bakmasını gerektirmektedir, yabancı yatırımcıya temel sorular hakkında adil bir duruşma yapılması, bir kararın beklenmedik yasal gerekçelere dayandırılmaması ve alınan kararlar için gerekçeler gösterilmesi beklenmektedir.¹²⁵² Sonuç olarak, hakem heyetleri, adil yargılamanın bulunmamasının veya usule ilişkin ciddi eksikliklerin AHM standardının ihlal edildiğinin tespitinde önemli unsurlar olduğuna,¹²⁵³ ancak usule ilişkin uygunsuzluk tespitine ilişkin standardın AHM kapsamında yüksek bir standart olduğuna karar vermiştir.¹²⁵⁴ İlgili davalar genellikle mahkemelere erişim, aşırı gecikmeler, adil yargılanma ve adli veya idari işlemlerde dinlenilme hakkı ile ilgilidir.

1. Mahkemeye Erişim

Mahkemelere veya diğer yargısal ve hatta idari karar alma organlarına erişim hakkı adil yargılamanın temel bir unsuru olarak görülmektedir. Birçok uluslararası belgede de adil yargılanma kapsamında mahkemeye erişimin önemi vurgulanmaktadır. AİHM Golder davasında, mahkemeye erişim hakkının AİHS m. 6 ilk paragrafında belirtilen hakkın doğasında bulunan bir unsur olduğunu açıklamıştır.¹²⁵⁵ AİHS m.6’nin ilk paragrafı herkese medeni hak ve yükümlülükleriyle

¹²⁴⁷ Harvard Devlet Sorumluluğu Hukuku Araştırma Taslağı m. 9

¹²⁴⁸ *Azinian v. Meksika*, Karar, § 102.

¹²⁴⁹ *Waste Management v. Meksika [II]*, Karar, § 98.

¹²⁵⁰ *Arif v. Moldova*, Karar, § 442.

¹²⁵¹ *Iberdrola Energía v. Guatemala*, Karar, § 432.

¹²⁵² Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 760.

¹²⁵³ *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 292; *Apotex v. ABD*, Karar, § 9.16-9.65; *Bear Creek v. Peru*, Karar, § 205; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 436; *Glencore v. Kolombiya*, Karar, § 1318-1319.

¹²⁵⁴ *Belenergia v. İtalya*, Karar, § 609. Ayrıca bkz. *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 442-448, 631.

¹²⁵⁵ *Golder v. Birleşik Krallık*, AİHM, Başvuru No. 4451/70, 21 Şubat 1975, § 36.

ilgili her türlü talebini bir mahkeme veya yargı merciî önüne getirme hakkını güvence altına almaktadır.

Birçok yatırım tahkimi hakem heyeti de ilgili mahkemelerin bir davaya bakmayı reddetmesinin adaletin reddi olacağını belirtmektedir.¹²⁵⁶ *Mondev v. ABD* davasında, davacı, NAFTA kapsamında m.1105'nin adaletten mahrum bırakma açısından ihlal edildiği iddiasıyla bir dava açmıştır. Hakem heyeti, ilk olarak Massachusetts mahkemeleri tarafından verilen yargı kararlarının açıkça adaletsiz olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirmiştir: *“Test, belirli bir sonucun şaşırtıcı olup olmadığı değil, bir yandan uluslararası mahkemelerin temyiz mahkemeleri olmadığı, diğer yandan da NAFTA'nın 11. Bölümünün (yatırımların korunmasına yönelik diğer antlaşmalar gibi) gerçek bir koruma sağlama amacı taşıdığı göz önünde bulundurulduğunda, tarafsız bir mahkemede meydana gelen şok veya şaşkınlığın, sonucun hukuki niteliğine ilişkin haklı endişelere yol açıp açmadığıdır. Nihayetinde soru, uluslararası düzeyde ve genel kabul görmüş adalet yönetimi standartlarını göz önünde bulunduran bir mahkemenin, mevcut tüm olgular ışığında, itiraz edilen kararın açıkça uygunsuz ve itibarsız olduğu ve bunun sonucunda yatırımın haksız ve adaletsiz muameleye maruz kaldığı sonucuna varıp varamayacağıdır. Kuşkusuz bu biraz açık uçlu bir standarttır, ancak uygulamada olasılıklar yelpazesini kapsayacak daha kesin bir formül sunulamayabilir.”*¹²⁵⁷

AIHS m. 6 ilk paragrafı kapsamındaki adalete erişim hakkı, her şeyden önce, Sözleşme'nin kendisi veya devleti tarafından korunan diğer medeni haklar söz konusu olduğunda başvurulabilecek usuli bir güvenceyi temsil edecektir. Ancak, aynı hüküm, yorum yoluyla ilgili devlette yasal dayanağı olmayan maddi bir medeni hak yaratmak için kullanılamaz. Aynı şekilde, *Mondev v. ABD* davasındaki hakem heyeti, m. 1105(1)'in ve dolaylı olarak öngördüğü adalete erişim hakkının, sözleşme ilişkilerine haksız müdahaleden dolayı BRA'ya dava açmak için yeni bir maddi hak yaratacak şekilde okunamayacağı görüşündedir çünkü bu tür bir hakkın Massachusetts hukukunda hiçbir temeli yoktur¹²⁵⁸: *“Mahkeme, yasal bir makama sözleşmeye dayalı ilişkilere müdahale nedeniyle dava açılmasına karşı sınırlı bir bağımsızlık tanınmasının bu davada 1105 (1) maddesinin ihlali anlamına geldiği konusunda ikna olmamıştır.*

¹²⁵⁶ *Azinian v. Meksika*, Karar, § 102; *Iberdrola Energía v. Guatemala*, Karar, § 432.

¹²⁵⁷ *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 127.

¹²⁵⁸ *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 142-3.

Elbette böyle bir bağışıklık, bir Taraf Devleti, NAFTA standartlarını esaslı bir şekilde ihlal eden bir davranış iddiasından koruyamaz -, ancak NAFTA, yatırımcıya NAFTA'nın yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen davranışlarla ilgili olarak doğrudan uluslararası tahkime gitme hakkı verdiği için, bu konuda kendi çözümünü sağlamaktadır. Bir 11. Bölüm tahkiminde, yerel yasal bağışıklık geçerli olmayacaktır. Öte yandan, geniş sınırlar dahilinde, bir devletin düzenleyici makamları sözleşme ilişkilerine müdahale davalarından ne ölçüde muaf tutmaya karar vereceği, devletin yetkili organlarının karar vereceği bir konudur.”¹²⁵⁹ Bu nedenlerden ötürü, yatırımcının iddiaları tümüyle reddedilmiştir. Özetle, mahkemeye erişim hakkı teyit edilmiş, ancak ulusal hukukta mevcut olmayan bir yolun yatırım tahkimi sistemi aracılığıyla yaratılamayacağı belirtilmiştir.

2. Geçerli Olmayan Gecikme

Adaletin engellenmesinin, aşırı gecikmeden, yani mahkeme işlemlerinin aşırı uzun sürmesinden kaynaklanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.¹²⁶⁰ AİHM de bu görüştedir.¹²⁶¹ AİHM içtihadı, uyuşmazlıkların makul bir süre içerisinde görülmesini öngörmekte, adaletin etkililiğini ve güvenilirliğini gölgeleyecek gecikmeler olmaksızın uygulanmasının önemini vurgulamaktadır.¹²⁶² AİHM içtihadı, yargılamanın uzunluğunun adil yargılama ilkesinin ihlaline esas teşkil edebilmesi noktasında, davanın karmaşıklığı¹²⁶³ ve başvuranın davranışı¹²⁶⁴ ölçütleri göz önünde bulundurmaktadır.

Birtakım yatırım tahkimi uyuşmazlığında, davacılar yerel mahkemelerdeki yargılama süreçlerinin uzunluğundan şikayetçi olmuşlar ve bu süreçlerin bazı durumlarda yıllar sürdüğünü belirtmişlerdir. Hakem heyetleri, gecikmeleri eleştirmekle birlikte, bunların her zaman AHM standardının ihlali anlamına

¹²⁵⁹ *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 154.

¹²⁶⁰ *Azinian v. Meksika*, Karar, § 102; “İlgili mahkemelerin bir davaya bakmayı reddetmesi, davayı aşırı gecikmeye maruz bırakması veya adaleti ciddi şekilde yetersiz bir şekilde yerine getirmesi durumunda adaletin reddedildiği ileri sürülebilir.”

¹²⁶¹ *Milasi v. İtalya*, AİHM, Başvuru No. 10527/83, 25 Haziran 1987, § 13-20; *Ruiz-Mateos v. İspanya*, AİHM, Başvuru No. 12952/87, 23 Haziran 1993, § 31-53; *Hunguest Zrt v. Macaristan*, AİHM Başvuru No. 66209/10, 30 Ağustos 2016, § 14-17.

¹²⁶² *H. v. Fransa*, AİHM Başvuru No: 10073/82, 24 Ekim 1989, § 58.

¹²⁶³ *Tierce v. San Marino*, AİHM Başvuru No: 69700/01, 3 Aralık 2003, § 31.

¹²⁶⁴ *Unión Alimentaria Sanders S.A. v. İspanya*, AİHM Başvuru No:11681/85, 7 Temmuz 1989, § 35.

gelmediğine¹²⁶⁵ ve gecikmelerin adaletin reddi anlamına gelip gelmediğini değerlendirmek için belli kıstaslara bakılması gerektiğine¹²⁶⁶ karar vermişlerdir. Hakem heyetleri, meselelerin karmaşıklığı¹²⁶⁷ veya ilgili ülkedeki siyasi durumla ilgili özel koşulları göstermişler¹²⁶⁸ ve özellikle de teknik konuların yoğun olduğu uyuşmazlıklar söz konusu ise gecikmelere geniş bir toleransla yaklaşmışlardır.¹²⁶⁹ Yerel yargılamalardaki gecikmeler, nadiren AHM ihlali sonucuna yol açmaktadır.¹²⁷⁰

Toto Costruzioni v. Lübnan davasındaki hakem heyeti, yargı yetkisine ilişkin kararında, aşırı gecikme kavramı ile ilgili olarak, adaletin makul bir gecikme içerisinde sağlanıp sağlanmadığı sorusunun davanın koşullarına ve bağlamına bağlı olduğunu vurgulamış ve bu koşullara örnek olarak konunun karmaşıklığı, hızlı karar verme ihtiyacı ve davacının davasını sürdürmek için gösterdiği gayreti belirtmiştir.¹²⁷¹

AMTO v. Ukrayna davasında da hakem heyeti, davacının davasını sürdürmek için gösterdiği gayrete vurgu yapmıştır: “Bir hukuk sistemi içinde haklarını kullanmayan veya akılsızca kullanan yatırımcı, sonuçla ilgili kendi sorumluluğunu adalet yönetimine ve oradan da uluslararası hukukta ev sahibi devlete aktaramaz.”¹²⁷² Benzer şekilde, *Oostergetel v. Slovakya* davasında, hakem heyeti, aşırı gecikmenin adaletten mahrumiyet teşkil edebileceğini prensipte kabul etmiştir, ancak davanın karmaşıklığı, ilgili davacıların davranışları, söz konusu menfaatlerin önemi ve yatırımcının davranışlarının, bir gecikmenin gerçekten yersiz olup olmadığının analizinde dikkate alınması gereken faktörler olduğunu kabul etmiştir.¹²⁷³

Roussalis v. Romanya davasında, hakem heyeti, bir uyuşmazlık hakkında karar vermede aşırı gecikmenin adaletin reddi anlamına gelebileceğini kabul etmiştir. Hakem heyeti, on yılın önemli bir süre olduğuna karar vermekle birlikte, uzun bir gecikmenin otomatik olarak adil yargılamanın ihlali sonucunu doğurmayacağını da

¹²⁶⁵ *Roussalis v. Romanya*, Karar, § 602-604; *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Karar, § 226-7; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 455-460.

¹²⁶⁶ *Toto Costruzioni v. Lübnan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 155.

¹²⁶⁷ *Jan de Nul v. Mısır*; Nihai Karar, § 202-204; *White Industries v. Hindistan*, UNCITRAL, Nihai Karar, 30 Kasım 2011, § 10.4.10-10.4.24; *Oostergetel v. Slovakya*, Nihai Karar, § 290.

¹²⁶⁸ *Toto v. Lübnan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 165; *Olin v. Libya*, Nihai Karar, § 350.

¹²⁶⁹ *Jan de Nul v. Mısır*, Karar, § 204.

¹²⁷⁰ *Pey Casado v. Şili*, ICSID Dava No. ARB/98/2, Karar, 8 Mayıs 2008, § 659-660; *Chevron v. Ekvador I*, Esasa ilişkin Kısmi Karar, § 250; *Valores Mundiales v. Venezuela*, Karar, § 583.

¹²⁷¹ *Toto Costruzioni v. Lübnan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 163.

¹²⁷² *AMTO v. Ukrayna*, Nihai Karar, § 76.

¹²⁷³ *Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 290.

belirtmiştir ve gecikmenin yersiz olup olmadığını belirlemek için gecikmenin nedenlerine ilişkin kanıtların da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁷⁴ Hakem heyeti, uyuşmazlığın ceza davası olması, çatışan menfaatlerin büyüklüğü, davacının mahkemeye işbirliğinden kaçması, on yıllık yargılama sürecinin temyizi de kapsamı¹²⁷⁵ sebebiyle nihai kararın verilmesindeki gecikmenin makul olma eşiğini aşmadığı belirtmiştir.¹²⁷⁶

Chevron v. Ekvador (I) davasında, hakem heyeti, makullüğe vurgu yapmıştır: “Herhangi bir hak talebinde bulunma veya hakları uygulama “aracının” etkili olabilmesi için, süresiz veya aşırı gecikmeye tabi olmaması gerekir. Aşırı gecikme, bu araçlara erişimin engellenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle Mahkeme, m. II(7) ’nin davacıların Ekvador mahkemelerindeki yedi davalarında usulsüz gecikmeye ilişkin iddiaları için geçerli olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, Ekvador hukuk sistemi, m. II(7) uyarınca, yabancı yatırımcılara meşru haklarını makul bir süre içerisinde kullanabilmeleri için gerekli araçları sağlamalıdır. Makuliyetin sınırı davanın koşullarına bağlıdır. Uluslararası teamül hukuku kapsamında adaletin reddedilmesinde olduğu gibi, dikkate alınabilecek faktörlerden bazıları davanın karmaşıklığı, ilgili davacıların davranışları, davada söz konusu olan menfaatlerin önemi ve mahkemelerin kendi davranışlarıdır. Dolayısıyla Mahkeme, tüm bu koşullar ışığında, gecikmenin m. II(7) kapsamında izin verilen eşiği aşmış ve ne zaman aştığı konusunda bir sonuca varmalıdır.”¹²⁷⁷ Hakem heyeti, yedi davanın her birine ilişkin gecikmenin makul olmaması sebebiyle ihlal tespit etmiştir.¹²⁷⁸

Jan de Nul v. Mısır davasında, hakem heyeti, ilk derece kararının alınması için geçen 10 yıllık sürenin kesinlikle tatmin edici olmadığı, ancak konuların karmaşık ve son derece teknik olduğu, iki davanın söz konusu olduğu, tarafların sunumlar açısından özellikle üretken oldukları ve kapsamlı raporlar sundukları göz önünde bulundurulduğunda, bunun adaletin reddi seviyesine yükselmediği tespit edilmiştir.¹²⁷⁹ Hakem heyeti, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının, yargılamalardaki

¹²⁷⁴ Roussalis v. Romanya, Karar, § 602.

¹²⁷⁵ Roussalis v. Romanya, Karar, § 603.

¹²⁷⁶ Roussalis v. Romanya, Karar, § 604.

¹²⁷⁷ Chevron v. Ekvador [I], Kısmi Esas Hakkında Karar, § 250.

¹²⁷⁸ Chevron v. Ekvador [I], Kısmi Esas Hakkında Karar, § 251.

¹²⁷⁹ Jan de Nul v. Mısır, Karar, § 204.

gecikmelerden kaynaklanan adaletin reddi iddiaları için geçerli olmadığını değerlendirmiştir.¹²⁸⁰

3. Usuli Adalet

Usuli adalet, hukukun üstünlüğünün temel bir gerekliliği ve AHM'nin hayati bir unsurudur. Bu nedenle, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcılara tanınan maddi hakların etkili bir şekilde kullanılmasına olanak tanıyan bir yargı sistemi kurma yükümlülüğü altındadır. Bu, tüm hükümet eylemlerinin yargı denetimine tabi olması gerektiği anlamına gelmez. Bu gerekliliğin sınırları, karşılaştırmalı bir analiz¹²⁸¹ yardımıyla ve uluslararası insan hakları belgelerine başvurularak çizilebilir.¹²⁸²

NAFTA mahkemeleri, m. 1105 kapsamında bir usul yükümlülüğünün varlığını tutarlı bir şekilde kabul etmiştir.¹²⁸³ Hakem heyetleri, bir yatırımcı bilgilendirilmediğinde ve izin başvurusunun görüşüldüğü bir duruşmaya davet edilmediğinde ve idari bir organın önüne çıkma ve delil sunma fırsatı verilmediğinde bu tür bir yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹²⁸⁴

İznin onaylanması veya yenilenmesi ile ilgili olarak, NAFTA içtihadına göre, salt idari usulsüzlükler yapıldığında, bu usulsüzlükler yargısal yerindelik duygusunu sarsacak kadar ciddi olmadıkça, bir devlet adil yargılanma yükümlülüğünü ihlal etmemektedir.¹²⁸⁵ Bir yatırımcının iznin verilmesine ilişkin mevcut belirli gerekliliklerle ilgisi olmayan nedenlere dayalı olarak izninin reddedilmesi,¹²⁸⁶ örneğin idari bir kararın yeterince ayrıntılı ve gerekçeli olmaması durumunda ihlal söz konusu

¹²⁸⁰ *Jan de Nul v. Mısır*, Karar, § 195 ve 256; ayrıca bkz. *Chevron v. Ekvador [I]*, Kısmi Esas Hakkında Karar, § 321- 32.

¹²⁸¹ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 111.

¹²⁸² *Rompetrol v. Romanya*, Karar, § 89(c), 168-172; *Al-Warraq v. Endonezya*, Nihai Karar, § 556-621; *Chevron v. Ekvador II*, İkinci Kısmi Karar, § 8.57-8.58.

¹²⁸³ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 22; *Waste Management, Inc. v. Meksika ('No 2')*, Karar, § 98; *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, § 145; *Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc v. ABD*, Karar, bölüm IX, § 9.41 ve 9.49.

¹²⁸⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, 198.

¹²⁸⁵ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, 200; *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 91. Bu kararlar, UAD tarafından ELSI davasında yapılan bir tespite atıfta bulunmaktadır: *ELSI (ABD v. İtalya)*, (Karar), 1989, ICJ Reports 15, § 128: "Keyfilik bir hukuk kuralına karşıt bir şey değil, hukukun üstünlüğüne karşıt bir şeydir... Adil yargılama sürecinin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi, yargısal uygunluk duygusunu sarsan ya da en azından şaşırtan bir eylemdir."

¹²⁸⁶ *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 93.

olacaktır.¹²⁸⁷ NAFTA mahkemeleri, adil yargılanmanın tamamen eksikliğine atıfta bulunarak yüksek bir ağırlık eşiği gerektirmiştir.¹²⁸⁸ *Bilcon v. Kanada* davasındaki hakem heyeti ise diğer NAFTA mahkemelerine göre daha düşük bir standart öngörmüştür.¹²⁸⁹

Uluslararası hukuk kapsamında, yerel mahkemelerin eylemlerinin devlet sorumluluğu açısından devlete atfedilebilir olduğu şüphe götürmez. Usuli adalet, adaletin reddi kavramının doğal bir parçasıdır.¹²⁹⁰

4. Dinlenilme Hakkı

Adli işlemlerde taraflara eşit muamele edilmesi gerektiği, adil yargılanma ilkesini temel bir özelliği olarak kabul edilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin herkesin tam bir eşitlik içinde adil ve açık bir yargılanma hakkına sahip olduğunu belirten m. 10 ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin herkesin mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit olduğunu belirten m. 14 de bu durumun bir göstergesidir. Hukuki dinlenilme hakkı da bunun bir yansımasıdır ve adil yargılamanın temel ilkelerinden biridir.

AİHM içtihadı, tarafların, görüşleri sunma hakkına sahip oldukları ve bu hakkın, sundukları görüşlerin mahkeme tarafından gereğince değerlendirilmiş olması durumunda dinlenilme hakkına saygı gösterildiğinin tespit edileceğini vurgulamaktadır.¹²⁹¹ Silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerinin de bir gereği olarak dinlenilme hakkına uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Silahların eşitliği ilkesi, her bir dava tarafının, diğer taraf karşısında önemli bir dezavantaja sokmayacak koşullar altında iddia ve cevaplarını sunması için makul bir olanak verilmesini gerektirmektedir.¹²⁹² Çekişmeli yargılama ilkesi, taraflara davada ileri sürülen deliller

¹²⁸⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, 198.

¹²⁸⁸ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 627; *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar § 296; *Loewen v. ABD*, Karar, § 132.

¹²⁸⁹ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 590 ve devamı.

¹²⁹⁰ *RosInvest v. Rusya*, Nihai Karar, SCC Dava No. V079/2005 12 Eylül 2010, § 279; *Binder v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 448; *Oostergetel v. Slovakya*, Nihai Karar, § 273; *Arif v. Moldova*, Karar, § 442; *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 498-501; *Olin v. Libya*, Nihai Karar, § 348-349, 352; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 441-450; *Chevron v. Ekvador II*, İkinci Kısmi Karar, § 8.23- 8.42; *United Utilities v. Estonya*, ICSID Dava No. ARB/14/24, Karar, 21 Haziran 2019, § 868-870.

¹²⁹¹ *Donadze v. Gürcistan*, AİHM Başvuru No: 74644/01, § 35.

¹²⁹² *Foucher v. Fransa*, AİHM Başvuru No: 22209/93, 18 Mart 1997, § 34.

ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ile bu delil ve mütalaalar hakkında yorumda bulunma fırsatı verilmesini gerektirmektedir.¹²⁹³

Yatırım tahkimi davalarında, ulusal hukuktaki yargılamaların usule uygun olmadığına dair bulgular genellikle dinlenilme hakkı ile ilgilidir.¹²⁹⁴ *Metalclad Corporation v. Meksika* davasında, ev sahibi devletin inşaat izni için idari işlemlerde yatırımcıyı dinlememesi, hakem heyetinin NAFTA m. 1105 kapsamında AHM garantisinin ihlal edildiğine karar vermesindeki unsurlardan biridir.¹²⁹⁵

Middle East Cement Shipping v. Mısır davasında davacının gemisine el konulduktan sonra açık artırmaya çıkarılmasına ilişkin doğrudan bir bildirimin yapılmaması, AHM standardının adil yargılanma gerekliliklerini karşılamamıştır.¹²⁹⁶ Dinlenilme hakkı ile ilgili olarak, hakem heyeti, “*Davacının bir gemisine el konulması ve açık artırmaya çıkarılması kadar önemli bir hususun, 308 sayılı Kanun’un 7. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen doğrudan bir tebligatla bildirilmesi gerekirdi. 7. Davacı’nın iddia ettiği gibi iadeli taahhütlü posta yoluyla yapılması yönünde yasal bir görev veya uygulama olup olmadığına bakılmaksızın (CV 4). Mahkeme, burada uygulanan prosedürün m. 2.2’nin [AHM maddesi] gerekliliklerini yerine getirmediğini tespit etmiştir. 2.2’nin [AHM maddesi] gerekliliklerini karşılamadığını tespit etmiştir*”¹²⁹⁷ sonucuna ulaşmıştır.

Rumeli Telekom v. Kazakistan davasında da hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği tespit edilmiştir: “*Karar, Davacıların pozisyonlarını sunmaları için gerçek bir fırsat olmadan alınmıştır. Çalışma Grubu toplantısından sadece iki gün önce sözlü olarak bir toplantıya davet edilmişlerdir. Toplantı, Telecom Invest’in kontrolü altında olan ve Davacıların daha önce çıkarılmış olduğu Kar-Tel’in ofislerinde gerçekleştirilecekti. Dahası, Davacılar, Davacıların yöneticilerine karşı cezai takibat başlatıldığı konusunda 1 Temmuz 2003 tarihinde, yani tam da davetin yapıldığı gün bilgilendirilmişlerdir.*”¹²⁹⁸

¹²⁹³ *Rowe ve Davis v. Birleşik Krallık*, AİHM Başvuru No: 28901/95, 16 Şubat 2000, § 60.

¹²⁹⁴ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 162; *Al-Bahloul v. Tacikistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kısmi Karar, § 221; *Gold Reserve v. Venezuela*, Karar, § 600; *Clayton/Bilcon v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Karar, § 543, 594; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 595-6.

¹²⁹⁵ *Metalclad v. Meksika*, Karar, § 91.

¹²⁹⁶ *Middle East Cement v. Mısır*, Karar, § 147.

¹²⁹⁷ *Middle East Cement v. Mısır*, Karar, § 143.

¹²⁹⁸ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 617.

Hakem heyetleri, mahkemelerin iddiaları gerçekten dinlediği, ancak esastan haklı olmadıklarına karar verdiği durumlarda, adil yargılanma yükümlülüklerinin ihlal edildiğine karar verme konusunda genellikle isteksizdir. Mahkeme tarafları dinlemiş, ancak yeterince önem vermemiş tespiti yapmak, karmaşık bir muhakeme gerektirmektedir. Hakem heyetleri, genellikle, açıkça adil olmayan sonuçlar olması durumunda AHM'nin ihlali kararı vermiştir.¹²⁹⁹

GEA Group v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, Ukrayna mahkemelerinin aslında davacının argümanlarını dikkate aldığını, ancak bunları reddettiğini ve bunun *Mondev v. ABD* davasında sunulan standart anlamında, sonucun yargısal uygunluğuna ilişkin haklı endişelere yol açmadığı sonucuna varmıştır.¹³⁰⁰ Hakem heyeti, adaletin reddi iddiasının usule ilişkin veya esasa ilişkin olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine bakılmaksızın, davacının, Ukrayna mahkemelerinin davacının argümanlarını dikkate almadan karar verdiklerini gösteremediği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, kayıtlardan mahkemelerin davacının argümanlarını dikkate aldığını ama reddettiğini belirtmiştir.¹³⁰¹

Audi alteram partem (dinlenilme hakkı) kuralının ev sahibi devletin hukuk düzeninde bir şekilde öngörülmüş olması, ancak yabancı bir yatırımcıyı ilgilendiren belirli bir idari işlemde güvence altına alınmamış olması, mutlaka bir AHM ihlalini gerektirmez. Bu amaçla, bazı hakem heyetleri ek bir şart gerektirmektedir: gıyaben verilen kararın, en azından potansiyel olarak, yatırımcıya ciddi bir ekonomik kayba neden olabilmesi gerekmektedir.¹³⁰²

5. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Adil yargılanma hakkı, davanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesini gerektirmektedir. Hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak mahkemeler ve idari kurumlar bağımsız ve tarafsız olarak görevlerini yerine getirmelidirler. AİHM

¹²⁹⁹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 421.

¹³⁰⁰ *GEA v. Ukrayna*, ICSID Dava No. ARB/08/16, Karar, 31 Mart 2011, § 319.

¹³⁰¹ *GEA v. Ukrayna*, Karar, § 318.

¹³⁰² *Amco I v. Endonezya*, 20 Kasım 1984 tarihli Karar (Uluslararası Hukuk Materyalleri 24, 1985, s. 1022 ve devamı) ve *Amco II v. Endonezya*, ICSID Dava No. ARB/81/1, 5 Haziran 1990 tarihli Yeniden Gönderilen Dava Kararı (ICSID Raporları 1, 1993, s. 569 ve devamı).

içtihadı bağımsızlık ve tarafsızlığın mahkemeler ve tüm idari tutum ile uygulamalarda uygulanması gerekliliğini vurgulamaktadır.¹³⁰³ AİHM içtihadında bağımsız ifadesi, yürütme, yasamaya ve dava taraflarına karşı bağımsızlığı ifade etmektedir. Bağımsızlık değerlendirilirken, mahkemenin üyelerinin atandığı yöntem, görev süreleri ve dışarıdan gelebilecek baskılar karşısında yeterli güvencelerinin olup olmadığı kriterleri temel alınmaktadır.¹³⁰⁴ Tarafsızlık ise hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin esas alındığı öznel yöntem ve mahkemenin, hakkındaki şüpheleri ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının esas alındığı nesnel yöntem değerlendirilerek tespit edilmektedir.¹³⁰⁵

Yatırım tahkiminde, bağımsızlık ve tarafsızlık sorunları esas olarak hakem itirazları ve iptal davaları bağlamında ele alınır ve adil yargılanma gerekliliğine uygunluğu incelenir. Ancak, yatırım tahkimi hakem heyetleri, ev sahibi devletlerin adli ve/veya yarı-adli işlemlerine yatırımcılar tarafından itiraz edildiğinde, AİHM'nin adil yargılama unsuru kapsamında bağımsız ve tarafsız yargıçlar gerekliliğinin uygunluğunu da kabul etmiştir. Yargı sisteminde genel bir bağımsızlık ve tarafsızlık eksikliğinin tespit edilmesi, belirli bir davada adaletten reddi tespiti için yeterli değildir.¹³⁰⁶ Usule ilişkin adaletsizlik tespiti için, yatırımcının, mahkeme işlemlerindeki bağımsızlık veya tarafsızlık eksikliğinden doğrudan etkilenmesi gerekmektedir.

Binder v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin önemine vurgu yapmıştır: “Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin önemli bir parçası, yatırımcının haklarını aramak ve yatırımını korumak için bağımsız ve tarafsız mahkemelere erişimidir. Eğer mahkemeler yasaları tarafsız ve adil bir şekilde uygulayamazlarsa, yatırımcı kendisini adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramıyla açıkça bağdaşmayan bir adaletten mahrumiyet durumu içinde bulabilir.”¹³⁰⁷

¹³⁰³ *Agrokompleks v. Ukrayna*, AİHM Başvuru No: 23465/03, 6 Ekim 2011, § 136.

¹³⁰⁴ *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz*, AİHM Başvuru No: 55391/13, 57728/13 ve 74041/13, 6 Kasım 2018, §§ 153-6.

¹³⁰⁵ *Micallef v. Malta*, AİHM Başvuru No: 17056/06, 15 Ekim 2009, § 93.

¹³⁰⁶ *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Karar, § 228.

¹³⁰⁷ *Binder v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 448.

Bağımsızlık ve tarafsızlığın olmadığına ilişkin iddialar ispat açısından belli bir zorluk taşımaktadır. *Vannessa Ventures v. Venezuela* davasında, hakem heyeti, “Bağımsızlık ve tarafsızlık eksikliği iddialarının ele alınması daha zordur. Bunlar genellikle mesleki kuralların ve hatta ceza kanunlarının ihlal edildiği iddiaları anlamına gelir ve kanıtların kolayca elde edilebilmesi beklenemez. Bu tür iddialar, kanıtlanmaları halinde, devletin antlaşma yükümlülüklerinin çok ciddi ihlallerini teşkil edecektir. Ancak, bu iddiaların uygun bir şekilde kanıtlanması gerekir; ve kanıt, en azından normal olarak, uygunsuzluğun gerçekleştiği iddia edilen belirli vakalarla ilgili olmalıdır. Yargıda ciddi ve endemik bir bağımsızlık ve tarafsızlık eksikliği olduğuna dair, diğer davaların incelenmesinden veya anekdot ya da ikinci dereceden kanıtlardan çıkarılan çıkarımlar, belirli bir davadaki usulsüzlük iddiasını kanıtlamak için normalde yeterli olmayacaktır. Bu davadaki deliller, Davacı tarafından açılan davalarda Venezuela mahkemelerinin verdiği kararların bağımsızlık veya tarafsızlıktan yoksun olduğu sonucuna varılmasını gerektirmemektedir ve Mahkeme, bu kararların adil ve hakkaniyete uygun muamele hakkı veya tam koruma ve güvenlik hakkının ihlali anlamına geldiğini kabul etmemektedir”¹³⁰⁸ tespitini yaparak bağımsızlık ve tarafsızlık eksikliği iddialarının karmaşıklığına vurgu yapmıştır.

Yürütmenin mahkeme işlemlerine müdahil olması¹³⁰⁹ ve bir hakimin yolsuzluk yapması bağımsızlık ve tarafsızlık ihlaline ilişkin net örneklerdendir. *Chevron v. Ekvador (II)* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin yargısının tarafsızlığının ve bağımsızlığının olmadığına dair açık bir tespitte bulunmuştur. Hakem heyeti, yerel bir yargıcın yabancı yatırımcıya karşı ulusal mahkemede görülen davada davacıların rüşvet karşılığında kararını yazmasına izin verdiğini ve bunun AHM standardının ihlali anlamına geldiğini tespit etmiştir: “Mahkeme, Yargıç Zambrano’nun Lago Agrio Davacılarının bazı temsilcileri tarafından kendisine vaat edilen rüşvet karşılığında yolsuz bir şekilde hareket ettiğini tespit etmiştir. Yargıç Zambrano’nun Lago Agrio Kararı’nın “ghostwriting” konusundaki danışıklı dövüşü Ekvador hukuku kapsamında yetkilendirilmemiştir. Uluslararası hukukta uzun süredir kabul gören yargı standartlarına göre de değildi. Kendisi, Lago Agrio Davası’nı taraflar arasında adil bir şekilde karara bağlayan bağımsız veya tarafsız bir yargıç olarak hareket etmekten

¹³⁰⁸ *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Karar, § 218.

¹³⁰⁹ *Petrobart v. Kırgızistan*, Hakem Kararı, 29 Mart 2005, s. 75; Yargısal denetim imkanı olmaksızın lisansların gizli bir şekilde verilmesi: *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 418; Bir mahkemenin önyargılı davranması: *Flughafen Zürich v. Venezuela*, Karar, § 707.

çok uzaktı; bu durum, uluslararası hukukta uzun süredir kabul gören asgari yargısal davranış standartlarına aykırıydı."¹³¹⁰ Bu nedenle, hakem heyeti şu sonuca varmıştır: *"Lago Agrio Kararı, ELSI'deki kararın sözleriyle, Davacıların yatırımlarının "haksız ve adaletsiz muameleye maruz kalması" sonucunu doğuracak şekilde "açıkça uygunsuz ve itibarsız" olmuştur. Bu karar, Lago Agrio Temyiz, Yargıtay ve Anayasa Mahkemelerinin kararları ve Davalı'nın savcılık makamları da dahil olmak üzere, Davalı'nın kendi hukuk sistemi tarafından düzeltilmeden bırakılmıştır. Bu davranış, Davalı'nın ulusal sisteminin bir bütün olarak uluslararası hukukun gerektirdiği asgari standartları karşılamada başarısız olduğu anlamına gelmektedir.*"¹³¹¹ Sonuç olarak, hakem heyeti, ilk derece aşamasındaki bir yargıcın tek bir yanlış davranışının değil, ev sahibi devletin yargı sisteminin genel başarısızlığının, adil yargılanma hakkı ihlaline yol açtığını tespit etmiştir.

Her ne kadar, bağımsızlık ve tarafsızlık ihlaline ilişkin iddiaların delillendirilmesi ve kabul edilmesi zor gözükse de bağımsızlık ve tarafsızlık ihlaline yönelik eylemlerin açık bir adaletin reddi örneği olduğu aşikardır.

6. Açıkça Adaletsiz Sonuç

Yargı kararlarının, adaletin inkâr edilmediği durumlarda, AHM ihlali teşkil edip etmeyeceği tartışılmaktadır.¹³¹² Yatırımcıların, belirli bir yargı sonucuna veya hukuki yoruma dayalı beklentileri AHM kapsamında korunmayacaktır.¹³¹³ Yatırım tahkimi hakem heyetleri, yerel mahkemelerin temyiz incelemesi olarak işlev görmedikleri için genellikle sadece açıkça adaletsiz olarak değerlendirilebilecek bir durumun sonucu olarak adil yargılama sürecinin ihlal edildiğini vurgulamaktadırlar. Örnek olarak, bir kararın gerekçesindeki aşırı eksiklikler AHM'nin adil yargılanma unsurunun ihlali anlamına gelebilir. Bu noktada ciddi idari ihmal, tutarsızlık veya ayrımcılık ihlal anlamına gelebilecek eylemler için gerekli şartlardır.¹³¹⁴

¹³¹⁰ *Chevron v. Ekvador (II)*, İkinci Kısmi Karar, § 8.56.

¹³¹¹ *Chevron v. Ekvador (II)*, İkinci Kısmi Karar, § 8.60.

¹³¹² *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 356 vd.

¹³¹³ Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, s. 39.

¹³¹⁴ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 22.

Bazı yatırım tahkimi mahkemeleri, yerel mahkemelerin kötü niyetle veya hileyle kanunu yanlış uygulayarak zarar verme niyetine odaklanmıştır. Bu yaklaşım, *Azinian v. Meksika* davasında, hakem heyeti tarafından hukukun açık ve kötü niyetli bir şekilde yanlış uygulanması olarak belirtilmiştir.¹³¹⁵ *Al-Bahloul v. Tacikistan* davasında, hakem heyeti, adil yargılama sağlama yükümlülüğünün bir yönünün de maddi hukuku kötü niyetle yanlış uygulamama yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir.¹³¹⁶

Mondev v. ABD davasında, hakem heyeti, belirli bir sonucun şaşırtıcı olup olmadığının belirlenmesi için “kuşkusuz biraz açık uçlu bir standart” olarak adlandırdığı bir standart kullanmış ve “Nihayetinde soru, uluslararası düzeyde ve genel kabul görmüş adalet yönetimi standartlarını göz önünde bulunduran bir mahkemenin, mevcut tüm gerçekler ışığında, itiraz edilen kararın açıkça uygunsuz ve itibarsız olduğu ve bunun sonucunda yatırımın haksız ve adaletsiz muameleye maruz kaldığı sonucuna varıp varamayacağıdır”¹³¹⁷ tespitini yapmıştır.

Arif v. Moldova davasında, hakem heyeti, aşırı derecede yanlış, nihai ve bağlayıcı kararlarının AHM ihlali teşkil edebileceğine hükmetmiştir.¹³¹⁸ Hakem heyeti, “Adaletin inkârı, yargının, dürüst ve yetkin hiçbir mahkemenin yapamayacağı kadar kabul edilemez derecede yanlış bir şekilde hukuku yanlış uygulayan ... nihai ve bağlayıcı kararlar vermesi durumunda söz konusudur”¹³¹⁹ tespitini yapmıştır.

Yatırım antlaşması ihlali için her hatalı karar tek başına yeterli değildir.¹³²⁰ *Energía Iberdrola v. Guatemala* davasındaki hakem heyeti de bu duruma dikkat çekmiştir: “Devlet organlarının açıkça keyfi, haksız, kendine özgü veya gecikmeli kararları veya eylemleri anlamına gelebileceği sonucuna varmıştır. Bu konuda Mahkeme, “... adaletin reddi, yerel hukukun yorumlanmasındaki basit bir hata değil, sadece yetkili bir yargıcın yapamayacağı ve asgari düzeyde yeterli bir adalet sisteminin sağlanmadığını gösteren bir hatadır” şeklindeki Davacının görüşünü paylaşmaktadır.”¹³²¹

¹³¹⁵ *Azinian v. Meksika*, Karar, § 103.

¹³¹⁶ *Al-Bahloul v. Tacikistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kısmi Karar, § 221.

¹³¹⁷ *Mondev v. ABD*, Karar, § 127.

¹³¹⁸ *Arif v. Moldova*, Karar, § 445.

¹³¹⁹ *Arif v. Moldova*, Karar, § 442.

¹³²⁰ *Roussalis v. Romanya*, Karar, § 315; *Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 273; *Pantechniki v. Arnavutluk*, Karar, § 94.

¹³²¹ *Energía Iberdrola v. Guatemala*, Karar, § 432.

Pantechniki v. Arnavutluk davasındaki hakem heyeti, gerekli olan yüksek eşiği teyit ederek, “Genel kural şudur: ‘ulusal hukukun yorumlanmasındaki salt hata tek başına sorumluluk doğurmaz’. Yasanın yanlış uygulanması yine de ‘adaletin inkârının kanıt unsurlarını’ sağlayabilir. Ancak, bu aşırı bir test gerektirir: hata, hiçbir ‘yetkili yargıcın makul bir şekilde yapamayacağı’ türden olmalıdır. Böyle bir bulgu, devletin asgari düzeyde bile yeterli bir adalet sistemi sağlamadığı anlamına gelecektir”¹³²² sonucuna ulaşmıştır.

Philip Morris v. Uruguay davasında, hakem heyeti, davacının iki farklı yerel mahkemenin birbirinin aksine karar vermesi nedeniyle adil yargılanmadığı yönündeki argümanı reddetmiştir ve hukuk sistemleri içerisindeki hak çatışmaları üzücü olabilir, ancak bunlar duyulmamış şeyler değildir ve kendi başlarına adaletin inkârını teşkil edecek kadar ciddi değildir sonucuna varmıştır.¹³²³

Hakem heyetleri bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmeyecek ve yerel bir mahkemenin kararının hatalı olup olmadığına veya hukukun başka bir görüşün tercih edilip edilmeyeceğine karar vermeyecektir. Yerel bir mahkemenin, iç hukuktaki tekdüze emsallere aykırı bir hukuki yorumu dahi AHM ihlali oluşturmayabilir.¹³²⁴

Sonuç olarak, olağan bir hata ile hukukun üstünlüğüne aykırı ağır bir adaletsizlik arasında fark bulunmaktadır. Bu fark, üçüncü bir tarafın, tarafsız bir yargıcın söz konusu sonuca nasıl ulaşmış olabileceğini anlamasının mümkün olmadığı durumlarda aşılmış olacaktır. Böyle bir durumda kötü niyetin ispatı önemli olabilir, ancak zorunlu değildir.¹³²⁵ Bu nedenle, açıkça yanlış veya adaletsiz kararlar yoluyla maddi hukuk sürecinin ihlal edildiği iddiaları yüksek bir eşiği aşmak zorundadır ve nadiren başarılı olmuştur.¹³²⁶

¹³²² *Pantechniki v. Arnavutluk*, Karar, § 94.

¹³²³ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 529; Bu sonucun eleştirel bir değerlendirmesi için, eş hakem Gary Born tarafından eklenmiş olan mutabık ve muhalif görüşe bakınız, § 6 ve devamı.

¹³²⁴ Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, s. 37.

¹³²⁵ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 221.

¹³²⁶ *Mondev v. ABD*, Karar, § 127; *Ares v. Gürcistan*, ICSID Dava No. ARB/05/23, Karar, 26 Şubat 2008, § 9.3.41-9.3.42; *AMTO v. Ukrayna*, Nihai Karar, § 80; *Oostergetel v. Slovakya*, Nihai Karar, § 273; *Iberdrola v. Guatemala*, Karar, § 432; *Arif v. Moldova*, Karar, § 442, 445; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, § 468-472, 486-490, 584, 612, 629; *Marfin v. Kıbrıs*, Karar, § 1272.

II. Taciz ve Güç İstismarı Yasağı

Devlet görevlilerinin baskı ve tacizi, AHM standardının açık ve ağır ihlalidir.¹³²⁷ Hakem heyetleri, taciz, zorlama veya gücün kötüye kullanılmasının AHM tarafından talep edilen iyi niyetli davranışın ihlali anlamına geleceğini tespit etmişlerdir. Sonuç olarak, yatırımcıya yönelik taciz, tehdit ve baskının AHM standardını ihlal ettiğine karar vermişlerdir.¹³²⁸ Yatırım antlaşmalarında da iyi niyetle ilgili hakların kötüye kullanılması, zorlama ve taciz yasaklarına uyulmaması, AHM yükümlülüğünün ihlali olarak tanımlanmıştır. Örneğin, CETA’da, zorlama, baskı ve taciz gibi yatırımcılara kötü muamele, AHM ihlali olarak yer almaktadır.¹³²⁹

Waste Management v. Meksika davasında, hakem heyeti, “Devletin m. 1105(1) kapsamındaki temel yükümlülüğü... iyi niyetle ve usulüne uygun olarak hareket etmek ve yatırımı uygun olmayan yollarla yok etmeye veya engellemeye kasten kalkışmamaktır”¹³³⁰ tespitini yapmıştır. *Lemire v. Ukrayna* davasındaki hakem heyetinin görüşüne göre bir AHM talebini ele alırken değerlendirilmesi gereken faktörler listesinde, “Ev sahibi devlet tarafından taciz, zorlama, yetkinin kötüye kullanılması veya diğer kötü niyetli davranışların olup olmadığı”¹³³¹ yer almaktadır. *Mobil v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, “AHM standardının yatırımcıya yönelik taciz ve zorlama durumlarında da uygulanabileceğini” tespit etmiştir.¹³³² *Micula v. Romanya* davasında, hakem heyeti, “İyi niyetle ve baskı ve tacizden uzak bir şekilde hareket etmelidir” tespitinde bulunmuştur.¹³³³ *Al-Bahloul v. Tacikistan* davasında, hakem heyeti, yatırımcıya belirli hedeflere ulaşması için makul olmayan baskı uygulamama yükümlülüğünün, AHM kapsamındaki adil yargılanma şartının bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.¹³³⁴

¹³²⁷ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 163; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 308; *Pope & Talbot Inc v. Kanada*, Tazminata İlişkin Karar, § 68.

¹³²⁸ *Al-Bahloul v. Tacikistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kısmi Karar, § 221; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 129, 338; *Mobil v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 938-940; *Stati v. Kazakistan*, Karar, § 1095; *Tatneft v. Ukrayna*, Esas Hakkında Karar, § 396-397; *Burlington v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/08/5, Yeniden İnceleme Kararı ve Karar, 7 Şubat 2017, § 171-2; *Olin v. Libya*, Nihai Karar, § 326-345.

¹³²⁹ CETA (2016) m. 8.10(2).

¹³³⁰ *Waste Management v. Meksika [II]*, Karar, § 138.

¹³³¹ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 284.

¹³³² *Mobil Exploration v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 938.

¹³³³ *Micula v. Romanya*, Nihai Karar, § 519.

¹³³⁴ *Al-Bahloul v. Tacikistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kısmi Karar, 2 Eylül 2009, § 221.

Desert Line v. Yemen davasında, hakem heyeti, “Davalının davacıya nihai ve bağlayıcı Yemen Hakem Kararı yerine Uzlaşma Antlaşmasını kabul etmesi ve imzalaması için kabul edilemez bir şekilde baskı yapması, BIT’in [AHM yükümlülüğünün] ihlali anlamına gelmiştir”¹³³⁵ sonucuna ulaşmıştır. Dava, yol inşaatı sözleşmeleri ile ilgilidir. Ödenmemiş ödemelerle ilgili bir anlaşmazlık, aynı zamanda devletin silahlı tehditlerini ve yatırımcının bazı personelinin tutuklanmasını içermekteydi. Yerel tahkimden doğan bir karar, davalının, davacıya önemli bir borcu olduğunu kabul etmiştir. Ev sahibi devletin Başkanı ise bu karara uymayı reddetmiştir. Bunun üzerine yatırımcı, her iki tarafın da taleplerinin bir kısmından feragat etmeye razı olduğu bir sulh antlaşmasından çok daha az elverişli bir sulh antlaşmasına zorlanmıştır. Yatırımcı tehditler ve fiziksel saldırılar da dahil olmak üzere, uzlaşma antlaşmasını baskı altında imzalamaya zorlanmıştır. Hakem heyetinin görüşüne göre bu durum AHM’nin ihlalini teşkil etmektedir: “Davacının çalışanlarının, aile üyelerinin ve ekipmanlarının tutuklanmaya ve silahlı müdahaleye maruz bırakılmasının yanı sıra, hükmedilen miktarın yarı yarıya azaltılmasını kabul etmenin “kendi çıkarına” olduğu yönündeki müteakip kesin “tavsiye”, uluslararası hukukun asgari standartlarının çok gerisinde kalmaktadır ve gerçek bir adil ve hakkaniyetli müzakerenin sonucu olamaz.”¹³³⁶ Hakem heyeti, kararda, sadece AHM standardının ihlali nedeniyle tazminata hükmetmekle kalmamış, ayrıca 1 milyon ABD Doları tutarında manevi tazminata da hükmetmiştir.¹³³⁷

Pope & Talbot v. Kanada davasında, hakem heyeti, bir hükümet düzenleyici kurumu olan SLD’nin, yatırımcıya karşı çatışmacı ve agresif tavırları olduğu tespit edilmiştir.¹³³⁸ Hakem heyeti, ilgili soruşturmanın iş birliğine dayalı bir düzenlemeden ziyade savaşa benzediğine karar vermiştir.¹³³⁹ Hakem heyeti, düzenleyici otoritenin bu eylemlerinin, tehdit ve yanlış beyan ile külfetli ve çatışmacı olduğuna ve dolayısıyla AHM standardının ihlal ettiğine karar vermiştir.¹³⁴⁰

¹³³⁵ *Desert Line v. Yemen*, ICSID Dava No. ARB/05/17, Karar, 6 Şubat 2008, § 193.

¹³³⁶ *Desert Line v. Yemen*, Karar, § 179.

¹³³⁷ *Desert Line v. Yemen*, Karar, § 291.

¹³³⁸ *Pope & Talbot v. Kanada*, Esas Hakkında Karar, § 156-181.

¹³³⁹ *Pope & Talbot v. Kanada*, Esas Hakkında Karar, § 181.

¹³⁴⁰ *Pope & Talbot v. Kanada*, Tazminata ilişkin Karar, § 67-69.

Tecmed v. Meksika davasında, hakem heyeti, izin yenilenmesinin reddedilmesinin, yatırımcıyı yeni bir işletmenin maliyetlerini ve risklerini üstlenerek başka bir sahaya taşınmaya zorlamak için tasarlandığını tespit etmiştir: “*Bu koşullar altında, bu tür bir baskı, Antlaşmanın 4(1) Maddesi uyarınca ülkeler arası yatırımlara uygulanacak adil ve hakkaniyetli muamele ile tutarsız ve uluslararası hukuk açısından sakıncalı olarak değerlendirilebilecek zorlama biçimlerini içermektedir.*”¹³⁴¹

Inmaris v. Ukrayna davası, yabancı bir yatırımcı ile sözleşmeye dayalı ilişkilere yönelik hukuka aykırı hükümet müdahalesinin bir başka örneğini sunmaktadır. Hakem heyeti, sözleşmeye dayalı düzenlemelerin çeşitli şekillerde sorgulanmasının AHM ihlali anlamına gelmediğini tespit etmiştir. Ancak, yatırımcının yatırımı olan bir gemiye seyahat yasağı koyarak, ev sahibi devletin hükümet yetkisini kullanarak tek taraflı olarak bir sözleşmenin ifasını engellediğini ve böylece yatırıma haksız bir şekilde müdahale ettiğini tespit etmiştir.¹³⁴²

Baskı ve/veya taciz ile ilgili iddiaların temelindeki zorluk bu durumların ispatıdır. Birçok davada, baskı ve/veya tacizin kanıtlanamaması sebebiyle, AHM standardının ihlal edildiğine karar verilememiştir.¹³⁴³

III. Ayrımcılık ve Keyfilik Yasağı

Ayrımcılık ve keyfilik yasağı uluslararası hukukta kabul edilmiş kurallardır. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin m. 2 (1), “*Bu Sözleşmeye Taraf her devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder*” şeklindedir. Sözleşme m. 26, “*Herkes, hukuk önünde eşittir*

¹³⁴¹ *Tecmed v. Meksika*, Karar, §163; *Mamidoil v. Arnavutluk*, Karar, §742-9.

¹³⁴² *Inmaris v. Ukrayna*, Karar, § 273.

¹³⁴³ *Tokios Tokelès v. Ukrayna*, Karar, § 123-37; *AMTO v. Ukrayna*, Nihai Karar, § 96; *Helnan v. Mısır*, Karar, § 138-146; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Peru*, ICSID Dava No. ARB/11/17, Karar, 26 Şubat 2014, § 382; *Ampal-American v. Mısır*, ICSID Dava No. ARB/12/11, Sorumluluk ve Zarar Başlıklarına İlişkin Karar, 21 Şubat 2017, § 194-216; *CMC v. Mozambik*, ICSID Dava No. ARB/17/23, Karar, 24 Ekim 2019, § 425-7; *Levy v. Peru*, Karar, § 386; *OI European v. Venezuela*, Karar, § 537-548; *Quiborax v. Bolivya*, Karar, § 305-6, 563-72; *Al Tamimi v. Bolivya*, Karar, § 432-447; *Krederi v. Ukrayna*, Karar, 2 Temmuz 2018, § 637-40.

ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar” şeklindedir.

AİHS m. 14, *“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”* şeklindedir. AİHS m. 14 kapsamında başvuran, bir şikâyetle bulunurken, kendisine, benzer bir durumda bulunan başka bir kişi veya gruptan farklı muamele edildiği göstermelidir.¹³⁴⁴ Ayrıca, AİHS 12 No’lu Protokol m. 1, *“1. Yasayla öngörülen haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır. 2. Hiç kimseye, 1. paragrafta belirtilenler gibi herhangi bir nedenle herhangi bir kamu makamı tarafından ayrımcılık yapılamaz”* şeklindedir.

Bir yatırımcıya veya bir yatırıma yönelik keyfi, ayrımcı veya makul olmayan ev sahibi hükümet eylemleri AHM standardını ihlal eder. Devletler ilke olarak yabancı ve yerli yatırımcılar arasında farklı muamele öngören düzenlemeler yapma hakkına sahiptir. Ayrımcılıkla ilgili olarak, ırk veya din gibi temellere dayalı farklı muamele AHM ihlali teşkil ederken, milliyete dayalı farklı muamele standardı kendiliğinden ihlal etmemektedir.¹³⁴⁵ Bununla birlikte, milliyete dayalı farklı muamele, yatırımcının özellikle kötü niyetle hedef alındığı durumlarda AHM ihlali teşkil edebilir.¹³⁴⁶

Ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı standartları milliyete dayalı ayrımcılıkla ilgilenirken, AHM standardının bir parçası olan ayrımcılık yapmama şartı, yabancı bir yatırımcının cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi diğer açıkça haksız gerekçelerle özel olarak hedef alınması veya yatırımı yok etmek veya engellemek için

¹³⁴⁴ *Fabris v. Fransa*, AİHM Başvuru No: 16574/08, 7 Şubat 2013, § 69.

¹³⁴⁵ Patrick Dumbery, “Fair and Equitable Treatment (CETA)”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 19.11.2021, s. 112, <https://papers.ssrn.com/abstract=3967727>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

¹³⁴⁶ *Alex Genin v. Estonya*, Karar, § 368-71; *Pawlowski v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 306.

kasıtlı bir komplo anlamına gelen davranış türleri anlamında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bir tedbirin, davacıyı açıkça ayırması ve tedbir için meşru bir gerekçe bulunmaması halinde, AHM standardını ihlal ettiğine karar verilmesi muhtemeldir.¹³⁴⁷

Yatırım antlaşmaları, genellikle keyfi veya makul olmayan tedbirleri yasaklayan ayrı bir madde içermektedir. Bununla birlikte, daha yakın tarihli bazı yatırım antlaşmaları keyfi veya ayrımcı muameleyi AHM kapsamında açıkça listelemiştir. Örneğin, CETA, diğerlerinin yanı sıra, AHM ihlallerini “*oluşturan tedbir veya tedbirler dizisi: ... (c) açık keyfilik; (d) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça haksız gerekçelere dayalı hedefli ayrımcılık*” şeklinde tanımlamaktadır.

Bazı yatırım antlaşmaları keyfilik ve ayrımcılık kavramları ile bağlantılı olarak AHM standardını açıklamıştır. Bu maddeler, devletlerin yönetim, bakım, kullanım, yararlanma veya elden çıkarmanın yanı sıra mal ve hizmet edinimi veya üretimlerinin satışını sınırlayan keyfi veya ayrımcı tedbirler almasını yasaklamaktadır.¹³⁴⁸ Bu tür hükümler, standardın genel ifadesine daha fazla içerik kazandırmaktadır. ECT m. 10, diğer akit tarafların yatırımlarına her zaman ve en sürekli koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğünün yanı sıra, makul olmayan veya ayrımcı tedbirleri de yasaklamaktadır.¹³⁴⁹

Keyfi ve ayrımcı muamelenin antlaşmalarla açıkça yasaklanmadığı durumlarda dahi, bu tür bir yasak bazı hakem heyetleri tarafından AHM’nin unsurlarının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Örneğin *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, iki standart arasında ayrım yapmayı reddetmiştir: “*Makuliyet’ standardı bu bağlamda, ilişkili olduğu ‘adil ve hakkaniyetli muamele’ standardı bağlamından*

¹³⁴⁷ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 82.

¹³⁴⁸ Özbekistan-İsveç BIT (2011) m. 2(3): “*Akit Taraflardan her biri, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasını sağlayacak ve makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle bunların yönetimini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını veya elden çıkarılmasını, mal ve hizmet edinilmesini veya üretimlerinin satışını engellemeyecektir.*”

¹³⁴⁹ ECT m. 10: “*Her bir Akit Taraf, bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak, diğer Akit Tarafların Yatırımcılarının kendi Bölgesinde Yatırım Yapmaları için istikrarlı, adil, elverişli ve şeffaf koşullar yaratacak ve teşvik edecektir. Bu koşullar, diğer Akit Tarafların Yatırımcılarının Yatırımlarına her zaman adil ve eşit muamele gösterme taahhüdünü de içerecektir. Bu Yatırımlar aynı zamanda en sürekli koruma ve güvenlikten yararlanacak ve hiçbir Akit Taraf makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle bunların yönetimini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını veya elden çıkarılmasını hiçbir şekilde engellemeyecektir. Bu Yatırımlara hiçbir durumda, antlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az elverişli muamele yapılmayacaktır.*”

*farklı bir anlama sahip değildir; ve aynı şey ‘ayrımcılık yapmama’ standardı için de geçerlidir. Dolayısıyla ‘makuliyet’ standardı bu bağlamda da devletin davranışının bazı rasyonel politikalarla makul bir ilişki içinde olduğunun gösterilmesini gerektirirken, ‘ayrımcılık yapmama’ standardı yabancı bir yatırımcıya yönelik farklı muamelenin rasyonel bir şekilde gerekçelendirilmesini gerektirir.”¹³⁵⁰ Benzer şekilde, *Fouad Alghanim & Sons Co. v. Ürdün* davasında, hakem heyeti: “Keyfi veya ayrımcı davranışlardan korunma da adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının bir parçasını oluşturur”¹³⁵¹ sonucuna ulaşmıştır. *CMS v. Arjantin* davasında, hakem heyeti “Keyfilik ve ayrımcılığa karşı koruma standardı adil ve hakkaniyete uygun muamele standardıyla ilişkilidir. Keyfilik veya ayrımcılık içerebilecek her türlü tedbir kendi içinde adil ve hakkaniyete uygun muameleye aykırıdır”¹³⁵² tespitini yapmıştır. *CC/Devas v. Hindistan* davasında, hakem heyeti “AHM’nin makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerden daha geniş bir anlamı olsa da, bu tür tedbirlerin otomatik olarak AHM ihlali teşkil edeceğine” karar vermiştir.¹³⁵³*

Öte yandan, AHM ile keyfi ve ayrımcı tedbirlerin yasaklanması arasındaki kavramsal fark üzerinde ısrarla duran hakem heyetleri de bulunmaktadır. Örneğin, *LG&E v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, bir standardı ihlal etmeden diğerini ihlal etmenin mümkün olduğuna karar vermiştir: “Tedbirlerin keyfi olmayan olarak nitelendirilmesi, bu tedbirlerin adil ve hakkaniyete uygun olarak nitelendirildiği anlamına gelmez.”¹³⁵⁴

Ayrımcılık ve keyfilik birbirine oldukça benzer kavramlar olsa da bazı yönlerden farklılaşmaktadır. Yatırım tahkimi kararları özelinde bu fark alt başlıklarda incelenecektir.

A. Ayrımcı Tedbirler

Methanex v. ABD davasında, hakem heyeti, NAFTA m. 1105’te, yabancı yatırımcılara ulusal yatırımcılar gibi muamele edilmesine yönelik bir uluslararası

¹³⁵⁰ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 460; *Enkev v. Polonya*, İlk Kısmi Karar, § 376.

¹³⁵¹ *Alghanim v. Ürdün*, ICSID Dava No. ARB/13/38, Karar, 14 Aralık 2017, § 286.

¹³⁵² *CMS v. Arjantin*, Karar, § 290.

¹³⁵³ *Devas v. Hindistan*, Yargı Yetkisi ve Esasa İlişkin Karar, § 480.

¹³⁵⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 162.

teamül hukuku yükümlülüğü bulunmadığını vurgulamıştır: “Bir uluslararası teamül hukuku kuralının, bir antlaşma yükümlülüğünün yokluğunda, bir devletin vatandaşlarına ve yabancılara farklı muamele etmesini yasaklayıp yasaklamadığı sorusuna gelince, uluslararası hukuk açıktır. Taraf Devletler üzerinde bağlayıcı olan, ister geleneksel ister teamül kaynaklı olsun, aksine bir uluslararası hukuk kuralının yokluğunda, bir devlet vatandaşlarına ve yabancılara muamelesinde farklılaştırma yapabilir. Önceki tartışmanın gösterdiği gibi, NAFTA Taraflarını bağlayan hiçbir geleneksel kural, bu davada gündeme gelen konularla ilgili olarak aksi yönde değildir. Nitekim NAFTA metni, taraf devletlerin 1105. maddeden ayrımcılık yapmama kuralını açıkça hariç tuttuklarını göstermektedir.”¹³⁵⁵ Sonuç olarak, hakem heyeti, farklı muamelenin ayrımcı olarak değerlendirilebilmesi için “ayrımcı olması ve davacıyı kesitsel(sectional) veya ırksal önyargıya maruz bırakması” gerektiğini öne sürmüştür.¹³⁵⁶

Merrill & Ring Forestry L.P. v. Kanada kararı¹³⁵⁷ dışındaki NAFTA mahkemeleri,¹³⁵⁸ milliyet temelli ayrımcılığın, m. 1105 kapsamında olmadığı ve teamüllerin yabancı yatırımcılara karşı ayrımcılığa ilişkin genel bir yasak içermediği sonucuna varmıştır. Bazı mahkemelerin¹³⁵⁹ gerekçeleri, m. 1105’in yalnızca kesitsel veya ırksal önyargı gibi bazı özel ayrımcılık türlerini (milliyet temelli olanlar dışında) kapsadığı şeklinde yorumlanabilir.¹³⁶⁰

Saluka v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, daha geniş bir ayrımcılık kavramını benimsemiştir: “Yabancı bir yatırımcı ... [ev sahibi devletin] açıkça tutarsız, şeffaf olmayan, makul olmayan (yani bazı rasyonel politikalarla ilgisi olmayan) veya ayrımcı (yani haksız ayrımlara dayanan) bir şekilde hareket etmeyeceğini bekleme hakkına sahiptir.”¹³⁶¹ Buna ek olarak hakem heyeti, ayrımcılık

¹³⁵⁵ *Methanex v. ABD*, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Nihai Karar, Kısım IV, Bölüm C, § 25.

¹³⁵⁶ *Methanex v. ABD*, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Nihai Karar, Kısım IV, Bölüm C, § 26.

¹³⁵⁷ *Merrill & RingForestry L.P. v. Kanada*, Karar, § 208.

¹³⁵⁸ *Methanex v. ABD*, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Nihai Karar, Kısım IV, Bölüm C, § 14-27; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., ve diğerleri v. ABD*, Karar, § 208; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 542.

¹³⁵⁹ *Waste Management, Inc. v. Meksika*, Karar, § 98.; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Hakkında Karar, § 152; *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 502; *Eli Lilly and Company v. Kanada*, Nihai Karar, § 416, 431 vd.

¹³⁶⁰ *Waste Management, Inc. v. Meksika*, Karar, § 98.

¹³⁶¹ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 309.

yapmamanın yabancı bir yatırımcıya yönelik farklı muamelenin rasyonel bir şekilde gerekçelendirilmesini gerektirdiğine karar vermiştir.¹³⁶²

Lemire v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, ayrımcılığı tanımlarken farklı muameleden daha fazlasını gerektiren yaklaşıma dayanmıştır: “Ayrımcılığın söz konusu olabilmesi için, bir davanın benzer davalardan gerekçesiz olarak farklı muamele görmesi; bir tedbirin ‘ayrımcı olması ve davacıyı kesitsel veya ırksal önyargılara maruz bırakması’; veya bir tedbirin ‘davacının yatırımlarını özellikle yabancı yatırımlar olarak hedef alması’ gerekmektedir.”¹³⁶³

LG&E v. Arjantin davasında, hakem heyeti, yabancı uyruklu yatırımcılara karşı ayrımcılığa odaklanarak şunları belirtmiştir: “Bir tedbirin ayrımcı olduğunu tespit etmek için, (i) bir ulusal lehine (ii) bir yabancı yatırımcı aleyhine (iii) kasıtlı bir muamele olmalıdır ve (iv) başka bir vatandaşa karşı benzer koşullar altında alınmamış olması.”¹³⁶⁴

Eureko B.V. v. Polonya davasında, hakem heyeti, milliyet temelinde, özellikle de yabancı uyruklu olması nedeniyle yatırımcıya karşı ayrımcılık yapılmasının AHM ihlali olduğunu belirtmiştir: “Mahkeme, RoP’nin, devlet organlarının davranışları nedeniyle değil, Polonya siyasetinin ve ayrımcı nitelikteki milliyetçi nedenlerin etkileşimiyle bağlantılı tamamen keyfi nedenlerle hareket ettiğini tespit etmiştir.”¹³⁶⁵

Ayrımcılık özellikle davacıyı kesitsel (yalnızca belli bir grup özelinde) veya ırksal önyargıya maruz bırakması durumunda söz konusu olmaktadır.

B. Keyfi Önlemler

Joseph Raz’a göre hukukun üstünlüğü, hükümetlerin yasayı geriye dönük olarak, aniden ya da gizlice değiştirmek, uygunsuz bir amaçla hareket etmek ya da davranışın hukukun amacına yönelik olup olmadığı konusunda kayıtsız kalmak gibi keyfi

¹³⁶² *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 460.

¹³⁶³ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 261.

¹³⁶⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 146.

¹³⁶⁵ *Eureko v. Polonya*, Kısmi Karar, § 233.

davranışlarda bulunmasını yasaklamaktadır.¹³⁶⁶ UAD'nin ELSI davasında belirttiği gibi: “*Keyfiliği salt hukuka aykırılıkla özdeşleştirmek, onu kendi başına yararlı bir anlamdan yoksun bırakmak olur. Keyfilik, bir hukuk kuralına aykırılık değil, hukukun üstünlüğüne aykırılıktır.*”¹³⁶⁷

EDF v. Romanya davasında, hakem heyeti, makul olmayan ve ayrımcı tedbirleri yasaklayan bir yatırım antlaşması hükmünü uygularken, davacının makul olmayan ile eşdeğer gördüğü keyfi tanımını, “*a. yatırımcıya zarar veren, ancak görünürde hiçbir faydası olmayan bir tedbirdir. meşru amaç; b. Yasal standartlara değil, takdir yetkisine, önyargıya veya kişisel tercihe dayanan bir tedbir; c. Karar verici tarafından öne sürülen nedenlerden farklı nedenlerle alınan bir önlem; d. Adil yargılanma ve uygun prosedür kasıtlı olarak göz ardı edilerek alınan bir önlem*”¹³⁶⁸ şeklinde kabul etmiştir.

Lemire v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, daha spesifik olarak, “*Keyfilik, “akıl veya gerçeklerden ziyade önyargı veya tercihe dayalı”; “...hukuka aykırı çünkü... hukuka uygunluk duygusunu sarsıyor veya en azından şaşırtıyor”; veya “hukuka uygunluk duygusunu sarsan veya en azından şaşırtan bir eylem olan adil yargılamanın kasıtlı olarak göz ardı edilmesi”; veya “tutarlılık, şeffaflık, eşitlik ve ayrımcılık yapmama gerekliliklerini açıkça ihlal eden” davranış*”¹³⁶⁹ olarak tanımlamıştır.

Keyfiliğin belirlenmesi, bir tedbirin veya politikanın bir gerekçeden yoksun olup olmadığının ve sunulan gerekçe ile şartlar arasında makul bir ilişki olup olmadığının incelenmesini gerektirmektedir.¹³⁷⁰ *AES v. Macaristan* davasında, hakem heyeti, bir tedbirin rasyonel bir politika ile makul bir şekilde ilişkili olması halinde keyfi olmayacağına karar vermiştir. Bunun için iki unsurun gerekli olduğunu vurgulamıştır: “*Rasyonel bir politikanın varlığı ve devletin politikaya ilişkin eyleminin makullüğü. Rasyonel bir politika, bir devlet tarafından mantıklı (sağduyulu) bir açıklamayı takiben ve kamu yararına olan bir konuyu ele almak amacıyla alınır. Bununla birlikte, rasyonel bir politika, bir devlet tarafından kendi adına alınan tüm tedbirleri haklı çıkarmak için yeterli değildir. İtiraz edilen bir tedbirin de makul olması gerekir. Yani,*

¹³⁶⁶ Raz, *The authority of law*, s. 219.

¹³⁶⁷ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (ABD v. İtalya)* (Karar) [1989] ICJ Rep 15, § 124–8.

¹³⁶⁸ *EDF (Services) v. Romanya*, Karar, § 303.

¹³⁶⁹ *Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 262.

¹³⁷⁰ *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 579.

devletin kamu politikası hedefi ile bu hedefe ulaşmak için alınan tedbir arasında uygun bir korelasyon olması gerekir. Bu, tedbirin niteliği ve uygulanma şekli ile ilgilidir."¹³⁷¹ Benzer şekilde, *Electrabel v. Macaristan* davasında, hakem heyeti, bir tedbirin rasyonel bir politika ile makul bir şekilde ilişkili olması halinde keyfi olmayacağı sonucuna ulaşmıştır.¹³⁷² *British Caribbean Bank Limited v. Belize* davasında, hakem heyeti, amaç unsuruna vurgu yapmıştır: "Uygunsuz bir amaçla, benimsenen araçlarla ilgisi olmayan bir amaçla ya da hiçbir amaçla motive edilmeyen davranışların, fiili etkileri ne olursa olsun, adil ya da hakkaniyetli olarak nitelendirilmesi zordur."¹³⁷³

NAFTA mahkemeleri, bir devletin işlerini nasıl düzenleyeceğini ve yöneteceğini değerlendirirken borçlu olduğu hürmeti göz önünde bulundurarak alınan tedbirin ciddiyetini değerlendirmiştir.¹³⁷⁴ Buna göre, NAFTA mahkemeleri tarafından keyfi davranışa ilişkin uygulanan ciddiyet eşiği sürekli olarak yüksek olmuştur. Bu nedenle, uluslararası perspektiften kabul edilemez seviyeye yükselen,¹³⁷⁵ tamamen keyfi davranışa¹³⁷⁶ ve uluslararası standartların altında kalan açık keyfiliğe¹³⁷⁷ atıfta bulunmuşlardır. *Glamis Gold v. ABD* davasında, hakem heyeti, m. 1105 kapsamında, "Salt keyfilikten daha büyük bir şey, şaşırtıcı, şok edici veya açık bir muhakeme eksikliği sergileyen bir şey gerektirdiğini"¹³⁷⁸ belirtmiş ve sorumluluk eşiğini "açık keyfilik"¹³⁷⁹ olarak belirlemiştir. Benzer şekilde, *Cargill, Inc. v. Meksika* davasında, hakem heyeti, "idari veya yasal politika veya prosedürün sadece tutarsız veya şüpheli bir şekilde uygulanmasının ötesinde, bir politikanın amacının ve hedeflerinin beklenmedik ve şok edici bir şekilde reddedilmesi" tespitini yapmıştır.¹³⁸⁰

NAFTA mahkemeleri, keyfi bir davranış teşkil etmek için basit bir hukuka aykırılıktan daha fazlasının gerekli olduğunu tutarlı bir şekilde belirtmiştir.¹³⁸¹ NAFTA mahkemeleri, örneğin, bir hükümetin davranışının kendi kanunlarının ve

¹³⁷¹ *AES Summit v. Macaristan*, Karar, § 10.3.7-10.3.9.

¹³⁷² *Electrabel v. Macaristan*, Karar, § 179.

¹³⁷³ *British Caribbean Bank v. Belize*, PCA Dava No. 2010-18, Karar, 19 Aralık 2014, § 282.

¹³⁷⁴ *Mesa Power Group, LLC v. Kanada*, Karar, § 553.

¹³⁷⁵ *S.D. Myers, Inc. v. Kanada*, UNCITRAL, İlk Kısmi Karar, § 263.

¹³⁷⁶ *Waste Management, Inc. v. Meksika*, Karar, § 115.

¹³⁷⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Karar, § 194.

¹³⁷⁸ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 617.

¹³⁷⁹ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 626.

¹³⁸⁰ *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 296.

¹³⁸¹ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, UNCITRAL PCA Dava No. 2009-04, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 591.

düzenlemelerinin açık ve gerekçesiz bir şekilde reddedilmesi¹³⁸² anlamına gelmesini, bu tür bir mevzuat için açık bir gerekçe eksikliği¹³⁸³ olmasını veya söz konusu kanunun özellikle bir yatırımcıyı yatırımına zarar verme niyetiyle hedef almasını şart koşturmuştur.¹³⁸⁴

Sonuç olarak, yatırım tahkimi içtihadı incelendiğinde, bir hükümet tedbirini keyfi olup olmadığına karar verirken, o ülkenin özel koşullarının ve hükümetin bu eylemi gerçekleştirmesindeki hedeflerinin makullüğünün dikkate alınması gerekmektedir.¹³⁸⁵

IV. Makuliyet

UAD içtihadında, devletlerin haklarını kullanma biçimlerine ilişkin olarak belirli bir düzeyde makuliyet talep edilmiştir.¹³⁸⁶ Ev sahibi devlet tarafından alınan bir tedbir, bazı rasyonel hedeflerle makul bir ilişki içindeyse makuldür.¹³⁸⁷ Makuliyet ilkesi, ev sahibi devletin kapsam dahilindeki yatırıma yönelik muamelesinin meşru bir kamu politikası hedefiyle makul bir şekilde ilişkili olmasını gerektirmektedir.¹³⁸⁸ AHM standartlarını uygulayan mahkemeler, ev sahibi devlet tarafından alınan tedbirlerin makul¹³⁸⁹ olması gerektiğini sıklıkla belirtmiştir. Bazı yatırım antlaşmaları, keyfi ve makul olmayan ifadelerini birbirinin yerine kullanmaktadır.

Doktrinde, makuliyet ile keyfilik yasağı arasındaki bağlantı konusunda farklı görüşleri vardır. Bazı yazarlar, makuliyetin keyfilik yasağıyla özdeş olduğunu çünkü mahkemelerin genelde bir ayırım yapmadan makul davranma yükümlülüğü olarak

¹³⁸² *Gami Investments, Inc. v. Meksika*, Karar, § 91, 103.

¹³⁸³ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 759, 763-5, 803, 817.

¹³⁸⁴ *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 298, 300.; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 542, 689, 763-5, 793.

¹³⁸⁵ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 318.

¹³⁸⁶ *Seyrüsefer ve İlgili Haklara İlişkin Uyuşmazlık (Kosta Rika v. Nikaragua)* (Karar) [2009] UAD Raporları 213, 249 ve devamı. Nikaragua'nın Kosta Rika'nın 1858 Antlaşması kapsamındaki seyrüsefer özgürlüğü hakkını kullanmasını düzenleme yetkisi ile ilgili olarak, "makul olmayan şekilde olmamalıdır, yani söz konusu hakkın kullanılması üzerindeki olumsuz etkisi, başvuru amaca sağlanan koruma ile ölçüldüğünde açıkça aşırı olmamalıdır."

¹³⁸⁷ *Continental Casualty Co. v. Arjantin*, Karar, § 254.

¹³⁸⁸ Vandevelde, "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", s. 104.

¹³⁸⁹ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 309; *Biwater Gaug v. Tanzanya*, Karar, § 692; *Cargill v. Meksika*, Karar, § 291-293; *Unglaube v. Kosta Rika*, Karar, § 246-247; *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 410, 418-420; *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 463-464; *Belenergia v. İtalya*, Karar, § 601-606; *Watkins v. İspanya*, Karar, 595-603.

tanımlanan genel bir keyfi olmama ilkesi uyguladığını belirtmektedir.¹³⁹⁰ Bazıları da bunların ayrı kavramları ifade ettiklerinin belirtmektedir. V. Heiskanen, bu iki kavram arasındaki farkı, “*Bir hükümet tedbiri, tedbir için herhangi bir gerekçe veya mantık sunulmamışsa (yani tedbir ile meşru bir hükümet politikası arasında rasyonel bir ilişki bir yana, hiçbir ilişki yoksa) ‘keyfi’ olarak değerlendirilebilir; ve tedbir için gerçekten bir gerekçe veya mantık sunulmuşsa, ancak sözde gerekçe ile meşru bir hükümet politikası arasında makul (veya rasyonel) bir ilişki yoksa ‘makul olmayan’ olarak değerlendirilebilir*” şeklinde özetlemiştir.¹³⁹¹

Temelde bir devletin eyleminin mantıksız olup olmadığını belirlemek için analiz edilmesi gereken iki unsur vardır; rasyonel bir politikanın varlığı ve devletin politikaya ilişkin eyleminin makullüğü. Rasyonel bir politika, bir devlet tarafından alınan tüm tedbirleri haklı çıkarmak için yeterli değildir. Tedbirin makul olması da gerekmektedir. Sonuç olarak, devletin kamu politikası hedefi ile bu hedefe ulaşmak için alınan tedbir arasında uygun bir ilişki olması gerekmektedir. Bu ilişki, tedbirin niteliği ve uygulanma şekli ile ilgilidir.¹³⁹²

Keyfi veya makul olmayan tedbirlerin yakından ilişkili olmasına rağmen antlaşmalarda ayrı hükümlerde yasaklanması, birçok hakem heyetini asgari bir makuliyet derecesinin de AHM standardının bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Örneğin, *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, yatırımcıların ev sahibi devletin makul olmayan bir şekilde hareket etmeyeceğini bekleme hakkına sahip olduğunu belirtmiş ve “*makuliyet*” standardının, devletin davranışının bazı rasyonel politikalarla makul bir ilişki içinde olduğunun gösterilmesini gerektirdiği sonucuna ulaşırken yaptığı “*makul olmayan (yani bazı rasyonel politikalarla ilgisi olmayan) veya ayrımcı (yani haksız ayrımlara dayanan)*” vurgusu önemlidir.¹³⁹³

¹³⁹⁰ Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, s. 196.

¹³⁹¹ Heiskanen Veijo, “Arbitrary and Unreasonable Measures”, **Standards of Investment Protection**, ed. August Reinisch, Oxford University Press, 2008, s. 104, doi:10.1093/acprof:oso/9780199547432.003.0005.

¹³⁹² *AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan*, Karar, § 10.3.7-10.3.9.

¹³⁹³ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 309: “*Yabancı bir yatırımcı ... [ev sahibi devletin] açıkça tutarsız, şeffaf olmayan, makul olmayan (yani bazı rasyonel politikalarla ilgisi olmayan) veya ayrımcı (yani haksız ayrımlara dayanan) bir şekilde hareket etmeyeceğini bekleme hakkına sahiptir.*”

RREEF v. İspanya davasında, hakem heyeti, AHM standardının yorumlanmasında uygulanacak ana kriterin makuliyet olduğunu belirtmiş¹³⁹⁴ ve düzenleyici yetkinin kullanılmasında makuliyetin içeriğini detaylandırmıştır: “Mahkemenin görüşüne göre, düzenleyici yetkinin kullanılmasında makuliyet şunları içerir: Bir bütün olarak toplumun çıkarlarını temsil ettiği ve düzenlemeden etkilenen hakların özünü değiştirmede ölçüde amacın meşruiyeti. Zorunluluk, acil bir sosyal ihtiyacın varlığını ifade eder. “Gerekli” eşiği, “faydalı” veya “arzu edilir” eşiğinden daha zorludur. Uygunluk, izlenen meşru hedefe ulaşılmasını mümkün kılmalıdır.”¹³⁹⁵ Hakem heyeti, orantılılık ve makuliyet ilkelerinin ihlal edildiğinin tespitinin zararların değerlendirilmesinden ayrılamayacağını tespit etmiştir.¹³⁹⁶

Makuliyetin AHM’nin bir unsuru olarak genel kabul görmesine rağmen, ev sahibi devlet tedbirlerinin makul olmaması nedeniyle AHM’ye aykırı bulunduğunu gösteren az sayıda dava bulunmaktadır. *Eastern Sugar B.V. v. Çek Cumhuriyeti* davasında verilen karar buna bir örnektir. Yatırımcı, şeker sektörünü düzenleyen çeşitli hükümet kararnamelerinin özellikle yatırımcıyı hedef almak üzere tasarlandığını ve ayrımcı olmayı amaçladığını, dolayısıyla kendi başına makul olmayan veya ayrımcı bir tedbir olduğunu ve bunun da AHM standardı ihlalini teşkil ettiğini ileri sürmüştür.¹³⁹⁷ Hakem heyeti davalı devlete geniş bir takdir yetkisi verilmesi gerekliliğini vurgulamıştır: “Bir BIT’nin ihlali sadece bariz ve çirkin müdahaleler yoluyla gerçekleşmez. Bununla birlikte, bir devlet tarafından hukukun kusurlu olduğu veya tam olarak ve gerektiği gibi uygulanmadığı her seferinde bir BIT’ye başvurulmayabilir. Bir tarafın bir BIT’nin ihlal edildiğinden şikâyet edebilmesi için, bir ülkedeki çeşitli bileşenlerin çıkarlarını dengelemeye yönelik bir girişim, bir miktar verimsizlik, bir miktar deneme yanılma, bir miktar insani kusur aşılmış olmalıdır. Aksi takdirde, ev sahibi devletin herhangi bir mevzuatının veya uygulamasının her yönü, BIT’nin ihlali kisvesi altında uluslararası bir hakem heyetinin önüne getirilebilir. Açıkçası BIT’ler bunun için değildir.”¹³⁹⁸ Her üç kararnamede de sorun olmasına rağmen, hakem heyeti sadece üçüncü şeker kararnamesini ayrımcı olarak

¹³⁹⁴ *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 263.

¹³⁹⁵ *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 464.

¹³⁹⁶ *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 472.

¹³⁹⁷ *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 199.

¹³⁹⁸ *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 272.

nitelendirmiştir. Hakem heyeti, yatırımcının Üçüncü Şeker Kararnamesi ile haksız ve adaletsiz bir şekilde hedef alındığını belirtmiştir.¹³⁹⁹

Yatırım tahkimi hakem heyetleri, devlet tedbirlerinin makul olup olmadığını değerlendirirken, genellikle devlet politikalarını ikinci kez değerlendirmenin kendi rolleri olmadığını kabul etmişlerdir. *S.D. Myers v. Kanada* davasında, hakem heyeti, “*hükümetin karar alma sürecini ikinci kez denetlemek gibi açık uçlu bir yetkisi yoktur*” tespitini yapmıştır.¹⁴⁰⁰ Hakem heyeti, herhangi bir AHM ihlali tespitinin uluslararası hukukun genellikle yerel makamların kendi sınırları içindeki meseleleri düzenleme hakkına tanıdığı yüksek saygı ölçüsü ışığında yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁰¹

Pope & Talbot v. Kanada davasındaki hakem heyeti de ulusal hukuk makamlarının verdiği kararlara saygıyı göz önünde tutarak, “*Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin ihlali olduğu tespit edilmedikçe, bu çözümlerin seçimi konusunda kendi kararını Kanada’nın yerine koymak bu Mahkemenin görevi değildir*”¹⁴⁰² sonucuna ulaşmıştır.

Unglaube v. Kosta Rika davasında, hakem heyeti, “*Bununla birlikte, geçerli bir kamu politikasının mevcut olduğu durumlarda ve özellikle de alınan eylem veya kararın devletin ‘kamu sağlığının, güvenliğinin, ahlakının veya refahının korunmasının yanı sıra vergilendirme ve devletlerin polis yetkileriyle ilgili diğer işlevlerle’ ilgili olduğu durumlarda, bu tür tedbirlere, ulusal makamların kendi sınırlarıyla ilgili konuları düzenleme hakkının tanınması açısından önemli ölçüde saygı gösterilmektedir*”¹⁴⁰³ tespiti yaparak bazı alanlardaki düzenleme yetkisine gösterilmesi gereken yüksek saygıyı vurgu yapmıştır. Ancak, bu saygı sınırsız değildir. Bu tür tedbirler önemli bir kamusal amaç için alınmış olsa bile, hükümetlerin yabancıların korunmasında gerekli özeni göstermeleri gerekmektedir ve eylemlerinin keyfi veya ayrımcı olması durumunda sorumluluktan muaf tutulmayacaklardır.¹⁴⁰⁴

¹³⁹⁹ *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 335.

¹⁴⁰⁰ *S.D. Myers v. Kanada*, Kısmi Karar, § 261.

¹⁴⁰¹ *S.D. Myers v. Kanada*, Kısmi Karar, § 263.

¹⁴⁰² *Pope & Talbot v. Kanada*, 2. Aşama Esaslarına İlişkin Karar, § 155.

¹⁴⁰³ *Unglaube v. Kosta Rika*, Karar, § 246.

¹⁴⁰⁴ *Unglaube v. Kosta Rika*, Karar, § 247.

Makuliyet kavramı bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu tür bir terim, mantıksızlığı¹⁴⁰⁵ veya ulusal hukukun temelden incelemesi gibi potansiyel olarak kafa karıştırıcı çağrışımlara sahiptir, aynı zamanda birazdan tartışılacak olan orantılılık zaten uygunluk ile gereklilik analizi içeren ve tanımını daha net olan geniş bir standarttır.

V. Orantılılık

Bir ev sahibi devletin düzenleme yapma hakkı ile yatırımların korunması arasındaki artan gerilim, özellikle yenilenebilir enerjiler, uluslararası çevresel anlaşmazlıkları ve insan hakları anlaşmazlıklarını körüklemekte ve bu noktada orantılılık testi sıklıkla gündeme gelmektedir.¹⁴⁰⁶ Orantılılık, silahlı çatışma hukuku, antlaşmalar hukuku, insancıl hukuk, güç kullanımına ilişkin hukuk, deniz sınırlandırma hukuku ve insan hakları hukuku dahil olmak üzere hem uluslararası hem de ulusal hukukların bir dizi farklı alanında bulunan bir ilkedir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA¹⁴⁰⁷)) m. 51, karşı önlemler için orantılılığa atıfta bulunarak, *“Karşı tedbirler; uluslararası haksız fiilin ağırlığı ve söz konusu haklar dikkate alınarak, uğranılan zararlar orantılı olmalıdır”* ifadelerini kullanmıştır.¹⁴⁰⁸

Uluslararası Adalet Divanı Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons istişari görüşünde, *“Çevreye saygı, bir eylemin gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde kullanılan unsurlardan biridir”* tespitini yapmıştır.¹⁴⁰⁹ Uluslararası hukukta meşru müdafaa'nın kabul edilmesi için orantılılık

¹⁴⁰⁵ Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation, [1948] 1KB 223, Birleşik Krallık: Temyiz Mahkemesi (İngiltere ve Galler), 10 Kasım 1947, s. 6.

¹⁴⁰⁶ Xu Qian, “Revisiting Proportionality in Investment Arbitration: Theory, Methodology, and Interpretation”, **Chinese Journal of International Law**, C. 21, S. 3, 2022, s. 550, doi:10.1093/chinesejil/jmac020.

¹⁴⁰⁷ ARSIWA, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin hazırlanmış maddelerdir. Bu metnin, doğrudan bağlayıcılığı olmamasına rağmen, başta Uluslararası Adalet Divanı olmak üzere, birçok mahkeme tarafından metne doğrudan atıf yapılmaktadır.

¹⁴⁰⁸ UHK, “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Volume II, UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., s. 134.

¹⁴⁰⁹ UAD, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons adlı istişari görüşü, 8 Temmuz 1996, § 41-8.

ve gereklilik unsurları taşıması gerekmektedir.¹⁴¹⁰ Orantılılık, verilen zarar ile elde edilen menfaatin uygun orantıda olması gerekmesi anlamına gelmektedir. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons istişari görüşünde, “*Meşru müdafaa hakkının kullanılmasının gereklilik ve orantılılık koşullarına tabi tutulması, milletlerarası teamül hukukunun bir kuralıdır*” sonucuna ulaşılmıştır.¹⁴¹¹

Kıta sahanlığına ilişkin kıyı sınırı çizgilerinin belirlenmesinde orantılılığa atıfta bulunmaktadır. UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davasında, “*Hakkaniyet ilkelerine uygun olarak yapılan bir sınırlandırmanın, kıyı devletine ait kıta sahanlığı alanlarının kapsamı ile kıyı şeridinin genel yönünde ölçülen Sahil uzunluğu arasında meydana getirmesi gereken makul derecede orantılılık unsuru, bu amaçla aynı bölgedeki komşu devletler arasındaki diğer kıta sahanlığı sınırlandırmalarının fiili veya müstakbel etkileri dikkate alınır*”¹⁴¹² tespitini yapmıştır.

AİHM içtihadında da orantılılık önemli bir rol oynamıştır.¹⁴¹³ AİHM, kamu yararı ile bireyin hak ve menfaatleri arasında bir denge kurmaya çalışırken orantılılık ilkesini uygulamaktadır. AİHM, Dudgeon davasında, “*Mahkeme’nin içtihadına göre, bir Sözleşme hakkına getirilen bir kısıtlama, diğer hususların yanı sıra, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı sürece “demokratik bir toplumda gerekli” olarak kabul edilemez*” sonucuna ulaşmıştır.¹⁴¹⁴

Görüldüğü üzere, uluslararası hukukta orantılılık sıkça kullanılmaktadır. Ancak, normatif bir içeriğin yokluğunda, orantılılık basitçe ağırlıkları olmayan bir ölçek olarak işlev görür.¹⁴¹⁵ Her ne kadar kullanıldığına alana göre farklı eşiklere sahip olsa da genel bir ilke olarak orantılılık, bir devletin eylemlerinin, bireyin veya başka bir devletin korunan haklarına gereksiz yere tecavüz etmeden, izin verilen bir hedefe

¹⁴¹⁰ James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, s. 548.

¹⁴¹¹ UAD, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons adlı istişari görüşü, 8 Temmuz 1996, § 41.

¹⁴¹² Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka / Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda), 1969, ICJ Rep 44, § 101.

¹⁴¹³ James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, s. 639.

¹⁴¹⁴ Dudgeon v. Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No: 7525/76, Karar, 22 Ekim 1981, § 53.

¹⁴¹⁵ N. Jansen Calamita, “International human rights and the interpretation of international investment treaties: constitutional considerations”, **Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives**, ed. Freya Baetens, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 180, doi:10.1017/CBO9781139855921.011.

ulaşmak için araçların rasyonel ve makul bir şekilde kullanılması gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁴¹⁶

AHM ihlali olduğu iddiasında bulunulan eylemin genellikle bir yandan yabancı yatırımcıların hakları ve menfaatleri ile diğer yandan ev sahibi devlet eylemiyle korunması amaçlanan kamunun hakları ve menfaatleri arasındaki çatışmayla ilgili olduğundan, bu çatışan menfaatler arasında bir orantılılık testi yoluyla bir denge kurulması söz konusu olabilmektedir. Aslen Alman idare hukukundan (Verhältnismäßigkeit) kaynaklanan orantılılık, artık AB hukukunun genel bir ilkesi olarak kabul edilmektedir.¹⁴¹⁷ İdari eylem bağlamında orantılılığın uygulanmasına ilişkin olarak, en gelişmiş içtihat Avrupa Adalet Divanı ve AİHM¹⁴¹⁸ tarafından verilen kararlardır.¹⁴¹⁹ Orantılılık Avrupa’da hukukun üstünlüğünün genel bir ilkesi haline geldiği gibi, uluslararası düzeyde de hukukun üstünlüğüne katkıda bulunma potansiyeline sahiptir.¹⁴²⁰ Yatırım tahkimleri bağlamında, orantılılık ilkesinin iki taraflı yatırım antlaşması yükümlülüklerinin olası ihlallerine uygulanabilir olduğunu savunan ve giderek artan bir tahkim içtihadı da bulunmaktadır.¹⁴²¹

Orantılılık ilkesinin normatif içeriğinin aynı anda hem sabit hem de esnek olması nedeniyle bir karmaşıklık ortaya çıkarmaktadır. Orantılılığın sabit kısmı, genel bir hukuk ilkesi olarak tipik işlevini, yani hâkimin görevlerini yerine getirirken izlemesi beklenen bir yön tayin etme işlevini güçlendirmektedir. Bu, ilkenin iyi bilinen üç aşamalı yapısı sayesinde mümkündür; uygunluk, gereklilik ve stricto sensu orantılılık. Öte yandan, orantılılığın esnek kısmı, hakimin ilkeye, yukarıda bahsedilen

¹⁴¹⁶ Crawford E, Proportionality, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition, 2011, s. 1.

¹⁴¹⁷ Robert Bradshaw, “Legal Stability and Legitimate Expectations: Does International Investment Law Need a Sense of Proportion? – Joint 2nd Prize Winner of the Essay Competition 2020”, **European Investment Law and Arbitration Review Online**, C. 5, S. 1, 2020, s. 241, doi:10.1163/24689017_010.

¹⁴¹⁸ AİHM kapsamında ‘takdir marjı’ doktrini ile ilgili olarak, bazı özel koşulların ortaya çıkması halinde, AİHS kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirirken ulusal makamlara tanımaya istekli olduğu manevra alanına atıfta bulunur. Geleneksel bir hakkın ulusal kısıtlamasının yasal olup olmadığını değerlendirmeyi mümkün kılan koşullar: Kısıtlama kanun tarafından öngörülmesi, gerekli olmalı (kamu düzenini korumak ve/veya başkalarının haklarını güvence altına almak için) ve izlenen amaçla orantılı olmalıdır (meşru olduğu varsayılır).

¹⁴¹⁹ *Occidental Petroleum v. Ekvador*, Karar, § 403.

¹⁴²⁰ Bradshaw, “Legal Stability and Legitimate Expectations: Does International Investment Law Need a Sense of Proportion? – Joint 2nd Prize Winner of the Essay Competition 2020”, s. 260.

¹⁴²¹ *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Endonezya*, PCA Davası No. 2015-40, Karar, 29 Mart 2019, § 226-7; *Occidental Petroleum v. Ekvador*, Karar, § 404.

parametrelerin her birinin farklı değerlendirilmesine bağlı olarak değişen somut bir içerik vermesine olanak tanımaktadır.¹⁴²²

Orantılılık, kümülatif olarak tespit edilmesi gereken üç farklı unsurdan oluşmaktadır. İlk adım uygunluk değerlendirmesidir, yani belirli bir tedbirin altında yatan amacın uygun olarak kabul edilip edilemeyeceği ve olumlu değerlendirme durumunda, tedbirin kendisinin bu amaca ulaşmak için ne ölçüde uygun olduğu, bir başka deyişle tedbir ile amacı arasında nedensel bir ilişki tespit edilmelidir. İkinci adım gereklilik testi, yani en az müdahaleci alternatif. Devletin izlenen amaca ulaşmada tüm potansiyel alternatif tedbirler arasından en az müdahaleci olanı, yani vatandaşlara veya kamu yararına mümkün olduğunca az zarar vereni seçip seçmediğidir. Tedbirin uygun ve gerekli olduğu kabul edildikten sonra, *stricto sensu* orantılılığının değerlendirilmesi gerekir. Bu test, söz konusu farklı menfaatler arasında gerçek bir denge kurulmasını gerektirir. Devlet eyleminin altında yatan amacın önemi nedeniyle belirli bir menfaatin kısıtlanmasının gerçekte ne ölçüde haklı olduğu tespit edilmelidir. Bu doğrultuda belirli bir menfaatin kısıtlanması ne kadar yoğunsa, karşıt hedefin gerekçelendirilmesi de o kadar önemli olmalıdır. Buradan çıkan sonuca göre, ilk iki adım belirli bir amaca ulaşmak için seçilen araçların değerlendirilmesiyle ilgiliyken, üçüncü adım amacın kendisinin ya da daha doğrusu amacın belirli bir durumda üstlenebileceği ağırlığın değerlendirilmesini içermektedir.¹⁴²³ Bu adımlar, bir AHM standardının değerlendirilmesinde orantılılığı uygulayan mahkemeler tarafından her zaman sıkı bir şekilde takip edilmemektedir.

A. Erken Dönem İçtihadı

Orantılılık yaklaşımını açıkça içeren ilk kararlardan biri, *Tecmed v. Meksika* davasında verilen karardır. Bu davada, orantılılığın kullanılması, dolaylı bir kamulaştırma olup olmadığını doğrulamaya yönelikti. *Tecmed v. Meksika* davasında, hakem heyeti, AİHM tarafından geliştirilen orantılılık kavramını kullanarak başvuran tarafından itiraz edilen devlet tedbirini uygun şekilde nitelendirmek için, bu tedbirin etkileri ve sonucu arasında makul bir orantılılık ilişkisi olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğine işaret etmiştir: “*Düzenleyici eylemlerin ve tedbirlerin*

¹⁴²² Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 126.

¹⁴²³ a.g.e., s. 128.

başlangıçta kamulaştırıcı eylem tanımının dışında tutulmayacağını tespit ettikten sonra, bu tür eylemlerin veya tedbirlerin olumsuz mali etkisine ek olarak, Hakem Heyeti, bunların kamulaştırıcı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirlemek için, bu tür eylemlerin veya tedbirlerin, bu şekilde korunduğu varsayılan kamu yararı ve yatırımlara yasal olarak sağlanan koruma ile orantılı olup olmadığını, bu etkinin öneminin orantılılığa karar vermede kilit bir role sahip olduğunu dikkate alarak değerlendirecektir [...] Yabancı yatırımcıya uygulanan ücret veya ağırlık ile kamulaştırıcı tedbirle gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır.”¹⁴²⁴

Azurix v. Arjantin hakem heyeti, *Tecmed v. Meksika* mahkemesinin AIHM’nin orantılılık içtihadına olan güvenini onaylamış¹⁴²⁵ ve orantılılık unsurların, düzenleyici eylemlerin genişletici olup olmayacağını ve tazminata yol açıp açmayacağını belirlemek amacıyla faydalı bir rehberlik sağladığına karar vermiştir.¹⁴²⁶ *LG&E v. Arjantin* davasında, hakem heyeti de *Tecmed v. Meksika* kararına atıf yapmıştır: “Devletin kendi politikalarını benimseme yetkisine ilişkin olarak, genel olarak devletin sosyal veya genel refah amacı taşıyan tedbirler alma hakkına sahip olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda, devletin eyleminin ele alınan ihtiyaçla açıkça orantısız olduğu durumlar haricinde, önlem herhangi bir sorumluluk yüklenmeksizin kabul edilmelidir. Bu haktan yararlanırken kullanılacak orantılılık *Tecmed* davasında kabul edilmiş ve “bu tür eylemlerin veya tedbirlerin, bu yolla korunduğu varsayılan kamu yararı ve yatırımlara yasal olarak tanınan koruma ile orantılı olup olmadığı, söz konusu etkinin önemi dikkate alınarak, orantılılığa karar verilmesinde kilit bir role sahiptir” denilmiştir.”¹⁴²⁷

Tecmed v. Meksika kararında, hakem heyeti, tedbir ile izlenen amaç arasında nedensel bir bağın varlığını (uygunluk testi) başlangıçta hariç tutmuş ve tedbirin karşı taraf için en az müdahaleci olup olmadığını kontrol eden sınırlı bir orantılılık analizi yapmıştır.¹⁴²⁸ Kararda AHM unsurları arasında orantılılıktan bahsedilmemektedir, erken tarihli birçok kararda direkt olarak orantılılıktan bahsetmemek de, ancak devlet tedbirinin makul olup olmadığı, yatırımcının beklentilerinin meşruiyeti veya makul

¹⁴²⁴ *Técnicas Medioambiente Tecmed S.A. v. Meksika*, Karar, § 122.

¹⁴²⁵ *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 311.

¹⁴²⁶ *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 312.

¹⁴²⁷ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 195.

¹⁴²⁸ Kläger, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, s. 242.

olup olmadığı veya farklı muamele için makul bir temelin varlığına atıfta bulunan başka kavramlarla orantılılık tartışılmaktadır.¹⁴²⁹

Erken tarihli olup orantılılıktan bahseden kararlar da bulunmaktadır, örneğin 2004 tarihli *MTD Equity v. Şili* kararında “*Taraflar, yatırımlara adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü olduğu konusunda hemfikirdir. Taraflar ayrıca Yargıç Schwebel’in “adil ve hakkaniyete uygun muamelenin ne anlama geldiği, bu standardın bir dizi spesifik olguya uygulandığı zaman tanımlanır” şeklindeki ifadesine de katılmaktadır. Yargıç Schwebel tarafından tanımlandığı üzere, ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ ‘iyi niyet, adil yargılanma, ayrımcılık yapmama ve orantılılık gibi temel standartları kapsayan geniş ve yaygın olarak kabul gören bir standarttır’*”¹⁴³⁰ tespiti yapılmıştır.

Glamis Gold v. ABD davasında, hakem heyeti, orantılılıkla ilgili geniş bir değerlendirme yapılmıştır. AHM ile uyumlu olarak bir orantılılık değerlendirmesi yapılmış ve ihtilaflı tedbirin amacına ulaşmak için uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Hakem heyeti, itiraz edilen tedbirin belirtilen amacıyla rasyonel olarak ilişkili olduğunu ve hedeflerine ulaşmak için makul bir şekilde tasarlandığını açıkça belirtmekte ve mevzuat için açık bir gerekçe eksikliğini kanıtlamak davacının yükümlülüğü olduğunu ve davacının bu yükümlülüğü yerine getirmediğine karar vermiştir.¹⁴³¹ Hakem heyeti, zarar ile önerilen çözüm arasında makul bir bağlantı olduğuna dair yeterli iyi niyet inancına sahip olduğunu,¹⁴³² hükümetin potansiyel olarak mevcut araçlar arasında en az müdahaleci olanı seçerek metalik mineraller için açık yüzey maden kazılarının geri doldurulmasını ve sahanın yeniden işlenmesini gerektiren önerilen düzenlemenin kabul edilmesinin, kamunun genel refahının derhal korunması için gerekli olduğunu gözlemlemiştir.¹⁴³³ Hakem heyeti, kamu ve özel çıkarları dengeleme ihtiyacı doğrultusunda hükümetlerin rakip tarafların menfaatleri arasında uzlaşmaya varması gerektiğini ve her bir mevzuat parçasıyla her bir bileşeni memnun etmenin ve her bir zararı gidermek zorunda olmalarını beklemenin aşırı olacağını tespit etmiştir.¹⁴³⁴

¹⁴²⁹ a.g.e., s. 245.

¹⁴³⁰ *MTD Equity v. Şili*, Karar, § 109.

¹⁴³¹ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 803.

¹⁴³² *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 805.

¹⁴³³ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 181.

¹⁴³⁴ *Glamis Gold Ltd v. ABD*, Karar, § 804.

Saluka v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, yatırımcı ve ev sahibi devlet menfaatlerini dengeleme ihtiyacını kabul ederek AHM standardı kapsamında gerekli olan orantılılığı özetlemiştir: “Antlaşma ile korunan yabancı bir yatırımcı, her halükarda, Çek Cumhuriyeti’nin politikalarını, yatırımcıların yatırımlarını etkilediği ölçüde, kamu politikaları tarafından makul bir şekilde gerekçelendirilebilecek davranışlarla iyi niyetle uygulamasını ve bu tür davranışların tutarlılık, şeffaflık, eşitlik ve ayrımcılık yapmama gerekliliklerini açıkça ihlal etmemesini bekleyebilir. Özellikle, yabancı bir yatırımcıya yönelik her türlü farklı muamele makul olmayan ayrımlara ve taleplere dayanmamalı ve diğer yatırımların yabancı sermayeli yatırıma tercih edilmesinden kaynaklanmayan rasyonel politikalarla makul bir ilişki içinde olduğu gösterilerek gerekçelendirilmelidir.”¹⁴³⁵ Hakem heyeti, yatırımın yapıldığı tarihte mevcut olan düzenleyici çerçeveyi değiştiren devlet tedbirinin, izlenen amaca uygun, gerekli ve orantılı olması gerektiği açıkça kabul etmektedir: “Bu nedenle, Çek Cumhuriyeti tarafından m. 3.1’in ihlal edildiğinin tespiti, bir yandan Davacının meşru ve makul beklentilerinin, diğer yandan Davalının meşru düzenleyici menfaatlerinin tartılmasını gerektirmektedir... Antlaşma ile korunan yabancı bir yatırımcı, her halükarda, Çek Cumhuriyeti’nin politikalarını, yatırımcıların yatırımını etkilediği ölçüde, kamu politikaları tarafından makul bir şekilde gerekçelendirilebilecek davranışlarla iyi niyetle uygulamasını ve bu tür davranışların tutarlılık, şeffaflık, eşitlik ve ayrımcılık yapmama gerekliliklerini açıkça ihlal etmemesini bekleyebilir. Özellikle, yabancı bir yatırımcıya yönelik herhangi bir farklı muamele, makul olmayan ayrımlara ve taleplere dayanmamalı ve yabancı sermayeli yatırım yerine diğer yatırımların tercih edilmesinden kaynaklanmayan rasyonel politikalarla makul bir ilişki içinde olduğu gösterilerek gerekçelendirilmelidir.”¹⁴³⁶

B. Eklenen Kriterler

Orantılılığa ilişkin değerlendirmeler yapılırken birden çok kriterin esas alındığı gözlenmektedir. Asgari bir önyargı eşiği, yani devletin AHM standardı kapsamındaki sorumluluğunu tetikleyecek kadar ciddi bir önyargı belirleme olasılığına atıfta bulunan kararlar bulunmaktadır. *Middle East Cement Shipping v. Mısır* davasındaki hakem

¹⁴³⁵ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 305.

¹⁴³⁶ *Saluka Investments B.V. v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 306-7.

heyeti tarafından yapılan gereklilik testi buna örnektir. Mısır hukukuna uygun olarak, bir gemiye el konulması ve açık artırmaya çıkarılması gemide bildirilmiş (gemi o anda mürettebatsız olmasına rağmen), yerel polis şefine bildirilmiş ve bir gazetede yer almıştır. Hakem heyeti, AHM ihlali olup olmadığını değerlendirirken, zımnen bir orantılılık analizi yapmış ve her iki tedbirin de iç hukuka göre meşru olsa bile gereklilik testini geçemediğini belirtmiştir. Hakem heyetine göre, yatırımcının uyuğu ve yatırımın piyasa değeri göz önüne alındığında bu eylemlerin neden olabileceği ciddi önyargı göz önüne alındığında, etkilenen kişiye doğrudan bir bildirim gerekliydi: *“Davacıya ait bir gemiye el konulması ve açık artırmaya çıkarılması kadar önemli bir hususun, 308 sayılı Kanun’un 1st paragrafında öngörülen doğrudan bir tebligatla bildirilmesi gerekirdi. 7, Davacının iddia ettiği gibi iadeli taahhütlü posta yoluyla yapılması yönünde yasal bir görev veya uygulama olup olmadığına bakılmaksızın [...]. Mahkeme, burada uygulanan prosedürün BIT’in 2.2 ve 4. maddelerinin gerekliliklerini yerine getirmediğini tespit etmiştir. 2.2 ve 4. maddelerinin gereklerini yerine getirmediğine karar vermiştir.”*¹⁴³⁷

AİHM tarafından ekonomik önyargının değerlendirilmesi için benimsenen kritere (yani yatırımcının uyuğu) ek olarak, yatırımın genel piyasa değeri de dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, *EDF v. Romanya* davasında verilen karar önemlidir. Anlaşmazlığın merkezinde Romanya’nın yolsuzluğa karşı politikası yer almaktadır. Bu politika doğrultusunda ve yasal bir tedbir yoluyla, ev sahibi devlet, yatırımcıya ait olanlar da dahil olmak üzere havalimanı gümrüksüz satış mağazalarının işletilmesine ilişkin lisansları iptal etmiş ve yatırımcı bunun sonucunda AHM ihlali olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti, yabancı bir yatırımı etkileyen devlet tedbirlerinin, yalnızca kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olması ve ilgili yatırımcının aşırı derecede zarar görmemesi halinde AHM ile uyumlu olduğunu açıklamıştır.¹⁴³⁸ Bu doğrultuda, devlet tedbiri meşru bulunmuştur çünkü bu tedbir havaalanı gümrüksüz satış mağazalarının tüm işletmecilerini etkilemiştir ve başvuran tarafından yapılan yatırımın değeri üzerindeki etkisi nispeten azdır.¹⁴³⁹

¹⁴³⁷ *Middle East Cement Shipping and Handling Co.S.A. v. Mısır*, Karar., § 143.

¹⁴³⁸ *EDF v. Romanya*, Karar. § 293.

¹⁴³⁹ *EDF v. Romanya*, Karar. § 294.

Occidental v. Ekvador davasında, hakem heyeti, “Özellikle ICSID tahkimleri bağlamında, orantılılık ilkesinin iki taraflı yatırım antlaşması yükümlülüklerinin olası ihlallerine uygulanabilir olduğunu savunan ve giderek büyüyen bir tahkim hukuku bütünü bulunmaktadır. Mevcut davada, Antlaşma m. II.3(a)’da yatırımlara her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele edileceğini öngörmektedir.. Adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğü çeşitli durumlarda orantılılık yükümlülüğünü içerecek şekilde yorumlanmıştır”¹⁴⁴⁰ tespitini yapmıştır. Bu davada, ev sahibi devletin, yatırımcının sözleşmeyi ihlal etmesine tepki olarak katılım sözleşmesini fesheden Caducidad Kararnamesi’nin orantılı olup olmadığı tartışılmaktaydı. Yatırımcının menfaatlerini üçüncü bir tarafa devrederek katılım sözleşmesini ihlal ettiği iddia edilmiştir. Hakem heyeti, orantılılığı detaylandırmıştır: “Devletin uygulamayı seçtiği herhangi bir ceza, ele alınan ihlal ve sonuçları ile orantılı bir ilişki içinde olmalıdır. Devlet, (i) failin yeterince ciddi bir zarara yol açtığını ve/veya (ii) ilgili sözleşmenin/yasanın, uygulanan yaptırımı gerektirecek kadar açık veya ısrarlı bir şekilde ihlal edildiğini ve/veya (iii) caydırıcılık ve iyi yönetim nedenleriyle, belirli bir durumda maruz kalınan zarar ciddi olmasa bile, önemli bir cezanın uygulanmasının uygun olduğunu gösterebilmelidir.”¹⁴⁴¹ Hakem heyeti, ağır basan orantılılık ilkesinin, herhangi bir idari hedefin yatırımcının çıkarları ve cezalandırılan davranışın gerçek doğası ve etkisi ile dengelenmesini gerektirdiğini savunarak, ev sahibi devletin tedbirini AHM’ye aykırı bulmuş ve yatırımcıya 1,77 milyar dolar tazminat ödenmesine karar vermiştir: “Davacılar tarafından ödenen bedel - yüz milyonlarca dolar değerindeki bir yatırımın tamamen kaybedilmesi – OEPC’ye karşı iddia edilen kabahatle orantısızdır ve benzer şekilde Davalının daha geniş petrol ve gaz topluluğuna göndermek istemiş olabileceği ‘caydırıcılık mesajının’ önemi ve etkinliği ile orantısızdır.”¹⁴⁴²

Occidental v. Ekvador kararı ve bu kararın AHM bağlamında orantılılığı somutlaştırması, hakemlerin bir yatırım antlaşması kapsamındaki tüm devlet yükümlülüklerine uygulanabilir genel bir ilke olarak tedbirlerin orantılılığına hükmetmek için geniş bir kapsama sahip olduğunu göstermesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak, karardaki haliyle yapılacak bir orantılılık değerlendirmesi,

¹⁴⁴⁰ *Occidental Petroleum v. Ekvador*, Karar, § 404

¹⁴⁴¹ *Occidental Petroleum v. Ekvador*, Karar, § 416.

¹⁴⁴² *Occidental Petroleum v. Ekvador*, Karar, § 450.

yatırımcı odaklı olması sebebiyle eleştiriye açıktır.¹⁴⁴³ Orantılılık konusundaki uygulamanın genel bir değerlendirmesi, mahkemelerin bunu yalnızca bazı katı koşullar altında uygulama yönündeki tutumunu açıkça göstermektedir. Ancak, bu çaba, tazminat miktarının her zaman doğru şekilde belirlendiği anlamına gelmemektedir. *Occidental v. Ekvador* davasında kararlaştırılan tazminat miktarın 2015 yılında iptal komitesi tarafından önemli ölçüde azaltılması bunun göstergesidir.¹⁴⁴⁴

Total v. Arjantin davasında, hakem heyeti, orantılılığa ilişkin analizin geniş kapsamlı yapılması gerektiğini belirtmiştir: “Bu nedenle, [AHM] standardının ihlalinin tespiti, “bir yanda davacının makul ve meşru beklentilerinin, diğer yanda davalının meşru düzenleyici menfaatinin tartılmasını” gerektirir. Dolayısıyla, ev sahibi devletin bir yatırımcıya yönelik davranışının adil olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme, sadece ikili ilişkiler göz önünde bulundurularak tek başına yapılamaz. Ev sahibi ekonominin evrimi bağlamı, itiraz edilen normatif değişikliklerin makullüğü ve orantılılık kriteri ışığında uygunluğu da dikkate alınmalıdır.”¹⁴⁴⁵

Electrabel v. Macaristan davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin davranışının keyfi olup olmadığını değerlendirmek için bir orantılılık testi kullanmış ve AİHM’ye atıfta bulunmuştur: “Mahkemenin görüşüne göre, bu, tedbirin yatırımcı üzerindeki etkisinin hedeflenen politika amacıyla orantılı olması gerekliliğini de içermektedir. Tedbirin orantılılığının önemi, yatırım tahkimi hakem heyetleri ve AİHM de dahil olmak üzere diğer uluslararası mahkemeler tarafından giderek daha fazla ele alınmaktadır. Orantılılık testi bazı ulusal idari kanunlarından geliştirilmiştir ve tedbirin meşru bir politika hedefine ulaşmaya uygun olmasını, bu hedef için gerekli olmasını ve ilgili her bir menfaatin göreceli ağırlığı dikkate alındığında aşırı olmamasını gerektirir.”¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴³ Caroline Henckels, **Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 86.

¹⁴⁴⁴ *Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration and Production Company v. Ekvador*, ICSID Dava No. ARB/06/11, İptale İlişkin Karar, 2 Kasım 2015, § 585- 586.

¹⁴⁴⁵ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 123.

¹⁴⁴⁶ *Electrabel v. Macaristan*, Karar, § 179.

AES v. Kazakistan davasında, yatırımcıların meşru beklentileri ile ev sahibi devletin kamu yararı arasında bir dengeleme çalışması yapan hakem heyeti, tüm karların yeniden yatırılması yükümlülüğünün AHM'ye uygunluğunu değerlendirirken orantılılığa odaklanmıştır: “Mevcut davadaki kilit soru, söz konusu politikanın orantılı ve makul bir şekilde uygulanıp uygulanmadığıdır. Mahkeme ayrıca, belirli kısıtlamaların orantılılığını veya makullüğünü belirlemek için, kısıtlamanın süresinin ve izlenen amaca ulaşmak için gerekliliğinin önemli kriterler olduğunu kabul etmektedir.”¹⁴⁴⁷ Hakem heyeti, daha az müdahaleci başka tedbirlerin¹⁴⁴⁸ benimsenebileceğini ve kısıtlamaların amacının artık mevcut olmadığını tespit ettiğinden, tedbirlerin ev sahibi devletin yatırımcının meşru beklentilerine müdahale ederek orantısız bir tepki verdiğine ve bunun da AHM ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir.¹⁴⁴⁹

Philip Morris v. Uruguay davasında, ev sahibi devletin eylemi, Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi kapsamında devlet tarafından üstlenilen bir yükümlülüğün uygulanması için iyi niyetle kabul edilmiş makul bir tedbir olarak değerlendirilmiştir. Hakem heyeti bu sonuca varırken, hükümetlerin bu tür politika konularına ve bunların nasıl uygulanacağına karar verme konusunda önemli ölçüde takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır: “Mevcut dava, tütünün ölümcül etkilerine ilişkin güçlü bir bilimsel uzlaş zemininde alınan bir yasama politikası kararı ile ilgilidir. Bu bağlamda, ulusal makamların, kabul edilmiş ve önemli bir halk sağlığı sorununu ele almak için alınması gereken önlemlere ilişkin kararlarına önemli ölçüde saygı gösterilmesi gerekmektedir. Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, iyi yönetimin haklı bir standardı değildir ve mahkeme bir temyiz mahkemesi değildir. Madde 3(2), örneğin %50'lik bir sağlık uyarısı şartı adil iken %80'lik bir şartın adil olmadığını dikte etmez. Bir anlamda %80 şartı keyfidir; zira %60 ya da %75, hatta %85 ya da %90 da olabilirdi. Bir sınır belirlenmesi gerekiyordu ve çatışan hususlar arasında kurulacak denge büyük ölçüde hükümetin meselesiydi.”¹⁴⁵⁰

Marfin v. Kıbrıs davasında, hakem heyeti, itiraz edilen tedbirlerin orantılılığına ilişkin sınırlı bir analiz uygulayarak: “Bu davanın gerçekleri ışığında, Mahkeme,

¹⁴⁴⁷ *AES ve Tau Power v. Kazakistan*, Karar, § 403.

¹⁴⁴⁸ *AES ve Tau Power v. Kazakistan*, Karar, § 407.

¹⁴⁴⁹ *AES ve Tau Power v. Kazakistan*, Karar, § 412.

¹⁴⁵⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 418.

*geriye dönük bir bakış açısıyla, itiraz edilen tedbirlerin yatırımcıların menfaatlerini koruyabilecek ve izlenen meşru politika hedefine ulaşabilecek en iyi çözüm olup olmadığına karar vermemelidir. Bunun yerine, Mahkeme, itiraz edilen tedbirlerin orantılılığına ilişkin analizini, tedbirlerin “bazı rasyonel politikalarla makul bir ilişki” taşıyıp taşımadığını ve bir yatırımcıya aşırı bir yük getirmeyecek şekilde uygun bir şekilde uyarlanıp uyarlanmadığını belirlemekle sınırlayacaktır”*¹⁴⁵¹ sonucuna ulaşmıştır.

Geriye dönük etkiye sahip bazı düzenleyici değişiklik örnekleri keyfi veya orantısız olarak nitelendirilebilir ve bu nedenle AHM ihlali oluşturabilir. *ATA Construction v. Ürdün* davasında, hakem heyeti, bir hakem kararının Ürdün mahkemesi tarafından iptali halinde tahkim antlaşmalarının ipso jure ortadan kalkmasını öngören bir ev sahibi devlet kanununun, geriye dönük etkisi nedeniyle yatırım antlaşmasını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁴⁵²

İncelenen yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında görüldüğü üzere hakem heyetleri, orantılılığı, AHM’nin orantılılıktan yoksun bir şekilde hareket edilerek ihlal edilebilecek ayrı bir unsur olarak izole etme konusunda isteksiz görünmektedir.¹⁴⁵³ Daha ziyade, çoğu davada orantılılık, AHM’nin diğer unsurlarının veya diğer standartların ihlal edildiği iddia edildiğinde dikkate alınan bir husus olmuştur.¹⁴⁵⁴ Orantılılık analizi, AHM ile ilgili tahkim içtihadında kesin olarak yerleşip yerleşmediği tartışılabilir de AHM’nin temel ilkelerine aykırı olmadığı gözlemlenebilir. Orantılılığın AHM hükümlerine uygulanması mevcut içtihat ile uyumludur ve en önemli unsurlarından bazılarını analitik bir çerçeve sağlamaktadır.¹⁴⁵⁵

C. ECT Davaları Kapsamında Orantılılık

ECT kapsamındaki yenilenebilir enerji davalarında, hakem heyetlerinin düzenleyici istikrarın korunması sorununa ilişkin değerlendirmelerindeki kilit kriter, değişikliğin yatırımcıların yatırımları üzerindeki etkisi açısından orantısız olup

¹⁴⁵¹ *Marfin v. Kıbrıs*, Karar, § 1213.

¹⁴⁵² *ATA Construction v. Ürdün*, Karar, § 126-8

¹⁴⁵³ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 447.

¹⁴⁵⁴ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Umman Sultanlığı*, Karar, § 393.

¹⁴⁵⁵ Gebhard Bücheler, **Proportionality in investor-state arbitration**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015, s. 198.

olmadığıdır. Hakem heyetleri, bir devletin düzenleyici tedbirinin mevcut çerçevenin temel özelliklerinin ani ve öngörülemez bir şekilde ortadan kaldırılması anlamına geldiğinde orantısız kabul edileceğini belirtmiştir.¹⁴⁵⁶ AHM unsuru olarak tasarlanan orantılılık testi, öncelikle meşru beklentiler ilkesini tamamlamaya ve belirlemeye hizmet etmiş ve belirli bir düzenleyici çerçeve tarafından oluşturulan beklentilerin ne ölçüde meşru kabul edilebileceğini belirlemeye yardımcı olmuştur.¹⁴⁵⁷ Ancak, genel olarak, hakem heyetleri meşru beklentilerin değerlendirilmesinde orantılılık incelemesini kullanırken tutarsız davranmaktadır. İlk olarak, orantılılık ilkesinin uygulanması, bu ilkeye atıfta bulunan mahkemeler arasında farklılık göstermektedir. ECT davaları kapsamında *Charanne v. İspanya*, *Eiser v. İspanya*, *Antin v. İspanya* ve *Eurus Energy v. İspanya* gibi bazı kararlarda orantılılık ilkesine atıfta bulunulmakla birlikte yukarıda özetlenen adımları izlemeden orantılılığa atıfta bulunmuş ve orantılılığın devletin yatırımcının beklentilerini etkileyen tedbirlerine uygulanmasına ilişkin tutarlı bir açıklama yapılmamıştır. *Blusun v. İtalya* ve *RWE v. İspanya* davalarında, mahkemeler orantılılık yöntemini daha açık bir şekilde uygulamıştır.

Blusun v. İtalya davasında, hakem heyeti, yatırımcının meşru beklentilerini değerlendirirken ölçüt olarak orantılılık ilkesini kullanmıştır. Hakem heyeti, değişikliklerin gerçekleştirilme şeklinin mevzuat değişikliğinin amacıyla orantısız olması ve önceki rejime dayanarak önemli kaynaklar taahhüt edebilecek alıcıların makul güven menfaatlerini dikkate almaması halinde devletin AHM standardı kapsamındaki istikrar yükümlülüğünü ihlal edeceğini vurgulamıştır.¹⁴⁵⁸ Hakem heyeti, İtalyan hükümeti tarafından getirilen değişikliklerin devletin hedefleriyle orantılı olduğunu ve etkilerinin ciddi olduğunu, ancak yatırımcılara zarar vermediğini tespit etmiştir.¹⁴⁵⁹ Hakem heyeti, devletin aldığı tedbirlerin uygunluğunu ve gerekliliğini, *stricto sensu* orantılılığa girmeden değerlendirmiştir.

RWE v. İspanya davasında, hakem heyeti, bir yatırımcının beklentilerinin korunmaya değer olup olmadığına karar verirken, belirli bir tarife rejimindeki değişikliğin orantısız olup olmadığını değerlendirmiştir.¹⁴⁶⁰ Hakem heyeti, devlet

¹⁴⁵⁶ *Charanne Construction v. İspanya*, SCC Dava No. V 062/2012, Nihai Karar, 21 Ocak 2016, § 517.

¹⁴⁵⁷ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 136.

¹⁴⁵⁸ *Blusun v. İtalya*, Karar, § 319.

¹⁴⁵⁹ *Blusun v. İtalya*, Karar, § 343.

¹⁴⁶⁰ *RWE v. İspanya*, Karar, § 462.

yetkililerinin karar alma sürecinde yatırımcılar üzerindeki etkiyi dikkate alıp almadıklarını değerlendirmeyi önemli bulmuştur. Bu amaçla, mahkeme üç aşamalı bir orantılılık incelemesi yapmıştır: uygunluk, gereklilik ve stricto sensu orantılılık. Devletin tedbirlerine makul bir takdir payı tanıyan hakem heyeti, düzenleyici tedbirin tarife açığı sorununu ele almak için uygun olduğu ve makul ölçüde gerekli olduğu sonucuna varmıştır.¹⁴⁶¹

RWE v. İspanya davası, orantılılık testinin tüm aşamalarının uyguladığı davalardan biridir. Bununla birlikte, bir hakem heyeti tarafından yürütülen iyi yapılandırılmış analiz, uzmanlar tarafından genellikle son derece istilacı bir inceleme şekli olarak adlandırılan orantılılık stricto sensu testinin uygulanmasının uygunluğu sorusunu gündeme getirmektedir. Stricto sensu testi, yargısal kanun yapma, keyfilik ve hukukun üstünlüğüne yönelik bir tehdit gibi istenmeyen yan etkilere neden olabilir.¹⁴⁶² Bu son derece müdahaleci teknik, korunan hak veya menfaate zarar vermekten kaçınmanın öneminin, hedefe ulaşmanın öneminden daha ağır basıp basmadığına ilişkin yargıyı ikame eden bir değer yargısı ile sonuçlanabilir.¹⁴⁶³ Orantılılık stricto sensu testini uygulayarak, hakem heyetleri, devletin tedbirinin, tedbirin izlenen meşru amaca ulaşılmasına ne ölçüde katkıda bulunduğuna kıyasla yatırımcı için aşırı külfetli olup olmadığını test eder. Dolayısıyla, hakem heyetleri, orantılılık stricto sensu testini uygulayarak, itiraz edilen devletin tedbirinin bir sonucu olarak bir yatırımcı için mali ve ekonomik dezavantajların önlenmesine, devletin tedbirle izlediği kamu yararına göre öncelik verebilir. Söz konusu kamu yararına bağlı olarak, stricto sensu orantılılık, ilgili tüm menfaatlerin değerlendirilmesinde hakemlerin işine yarayabilir. Ancak, kamu sağlığının korunması gibi temel meşru kamu menfaatini ilgilendiren davalarda, stricto sensu orantılılık, devletin kamu sağlığını koruma amacının yatırım üzerinde olumsuz bir etkiden kaçınmaktan daha önemli olup olmadığını değerlendirme noktasındaki uygunluğu tartışmalıdır.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶¹ *RWE v. İspanya*, Karar, § 553.

¹⁴⁶² Bücheler, *Proportionality in investor-state arbitration*, ss. 64-65.

¹⁴⁶³ Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, s. 62.

¹⁴⁶⁴ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', in Yulia Levashova and Pascale Accaoui Lorfing (eds), *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post-Pandemic World*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2022), s. 123.

RREEF v. İspanya davasında, hakem heyeti, üç kriterli bir sorgulamaya girişerek orantılılığı detaylandırmıştır: “İtiraz edilen tedbirlerin makullüğü ve orantılılığı hakkında karar vermeden önce üç ön (ve tamamlayıcı) açıklama yapılması gerekmektedir: İlk olarak, Mahkeme, davalının ekonomi politikasını yürütürken bir takdir marjına sahip olduğu görüşündedir; bu nedenle ne söz konusu tedbirlerin uygunluğu ne de bu tedbirlere neden olan durumun nitelendirilmesi konusunda kendi görüşlerini ortaya koymayacaktır; özellikle, Mahkeme, bu durumla yüzleşmek için başka veya daha uygun olası tedbirlerin varlığı konusunda herhangi bir pozisyon almaktan kaçınacaktır; İkinci olarak, davalının takdir yetkisinin sınırsız olamayacağı da oldukça açıktır: aksi takdirde tahkim edilecek hiçbir şey olmaz ve davalının kararları tartışılmaz olurdu; “takdir yetkisi” “keyfi” ile bir tutulamaz; takdir yetkisi sınırsız takdir yetkisinden farklıdır; bu Kararın önceki paragraflarında tanımlandığı üzere AHM (ve bileşenleri), mevcut davada davalının takdir yetkisinin en açık sınırlarını oluşturmaktadır; ve Üçüncü olarak, Davalı tarafından alınan tedbirlerin sadece yatırımcıların başlangıçtaki durumunun devam etmesine yol açabileceği savunulamaz; böyle bir argümanı desteklemek, yatırımcılara uygulanan koşulların değişmezliğini iddia etmek anlamına gelecektir; Mahkeme’nin daha önce gösterdiği gibi, bu savunulabilir bir pozisyon değildir.”¹⁴⁶⁵

Watkins Holding v. İspanya davasında, hakem heyeti, davanın tüm koşullarını dikkate alarak, bir ev sahibi devlet kanununun geriye dönük etkisinin orantısız ve dolayısıyla AHM’ye aykırı hale olduğunu değerlendirmiştir.¹⁴⁶⁶

Orantılılık testi, ev sahibi devletlerin düzenleme yetkilerini kullanma gücünü sınırlamayı amaçlar, yatırımcıların meşru beklentilerini kapsar, aynı zamanda devletin davranışlarını daha yapıcı bir şekilde açıklığa kavuşturmasına ve incelemesine yardımcı olup taraflara hukuki öngörülebilirlik sağlar.¹⁴⁶⁷ Ancak, beraberinde belli tehlikeleri de getirmektedir. Orantılılık testi, bazı kararlarda, karşılanması zor ihlal şartları olan başka kavramların ispatıyla uğraşmak yerine hakemlere kısa yoldan AHM ihlali verilebilmesi için bir seçenek olabilmektedir.

¹⁴⁶⁵ *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 468.

¹⁴⁶⁶ *Watkins Holding ve diğerleri v. İspanya*, Karar, § 601.

¹⁴⁶⁷ Qian, “Revisiting Proportionality in Investment Arbitration”, s. 555.

D. Orantılılığın İhlal için Gerekli Olan Eşikleri Düşürme Riski

Infinito Gold v. Kosta Rika kararında AHM standardının ihlal edildiği tespit edilmiştir. Hakem heyeti, bu sonuca varırken, orantılılık analizini kullanmıştır. Devletlerin düzenleyici menfaatlerine ve yasal çerçevelerini değiştirme konusundaki egemenlik haklarına (yabancı yatırımcılara belirli bir istikrar vaadi olmadığı sürece) ritüel bir saygı ile başlayan hakem heyeti, yasama yasağının soyut olarak AHM ihlali teşkil etmediğine karar vermiştir. Kosta Rika'nın yasağı yürürlüğe koyarken izlemiş olabileceği meşru hedefleri kabul etse bile, hakem heyeti yasağın çevreyi koruma amacına tam olarak uymayan bir şekilde tasarlandığını belirtmiştir.¹⁴⁶⁸ Daha sonra hakem heyeti, yasağın davacıya uygulanmasının izlenen kamu politikasıyla orantısız olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁶⁹ Hakem heyeti bu tespitini desteklemek için Kosta Rika Yüksek Mahkemesi'nin projenin çevresel açıdan sağlam olduğuna dair bir karara ve davacının projesinin yasağa takılan mevcut tek proje olduğu gerçeğine dayanmıştır. Hakem heyeti, orantılı bir tedbirin davacının projesini korurken gelecekteki madencilik projelerine de uygulanacağını belirtmiştir.¹⁴⁷⁰

Infinito Gold v. Kosta Rika davasındaki hakem heyetinin tespitinin altında, davacının projesine getirilen yasağın, gücün eşit olmayan bir şekilde kullanılması olduğu şüphesi yatmaktadır. Hakem heyetinin tespiti bu yönde olsaydı yabancılara yönelik muameleye ilişkin uluslararası teamül hukuku kapsamındaki tartışmasız bir yükümlülüğün ihlali olan ayrımcılık söz konusu olurdu. Ancak, bu şüpheyeye dayanırken, orantılılık analizinin meşrulaştırıcı aracı, hakem heyetinin detaylı bir keyfilik tespiti yapmaktan kaçınmasına olanak tanımıştır.

Infinito Gold v. Kosta Rika davasındaki orantılılık analizi, yatırım tahkimi yargılamasının doğasında var olan soyutlama düzeyini güçlendirmektedir. Aynı zamanda, hakem heyetinin yasak ile amacı arasındaki ilişkinin resmi bir değerlendirmesini yapmasına olanak tanımaktadır.

Hakem heyetleri, orantılılık analizini yatırım antlaşması ihlali bulmak için aranan eşiklerin sınırlarını düşürme aracı olarak kullanmamalıdır. Bu yaklaşımla

¹⁴⁶⁸ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 560.

¹⁴⁶⁹ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 561.

¹⁴⁷⁰ *Infinito Gold v. Kosta Rika*, Karar, § 561-2.

verilen kararların yatırım tahkimine ilişkin meşruiyet tartışmalarını daha da artıracığı bir gerçektir.

E. Sonuç

Yatırım antlaşması mahkemeleri halihazırda geniş kapsamlı işlevler yürütmekte ve önemli kamu çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda çok açık dokulu standartlar uygulamaktadır. Bu gerçeklik göz önüne alındığında, bir orantılılık metodolojisinin benimsenmesi en azından mahkemelerin ilgili menfaatleri geçerli ilkeler kapsamında değerlendirmesini ve bunları yerleşik bir çerçeve kapsamında tartmasını veya dengelemesini sağlamak için kriterler ve bir çerçeve oluşturur.¹⁴⁷¹ Ancak, yatırım tahkimi hakem heyetleri ve doktrinin, orantılılık analizini toptan benimsediği söylenemez.¹⁴⁷² Yatırım antlaşması metinlerinde orantılılığa ilişkin açık atıflar nadiren bulunmaktadır.¹⁴⁷³ Bazı akademisyenler, orantılılık analizinin AHM'nin bir parçasını oluşturduğunu varsaymak için gerekli olan metinsel bir temelin eksikliğini vurgulamakta ve kaynağının belirsiz olduğunu ifade etmektedirler.¹⁴⁷⁴ Sonuç olarak, AHM'nin orantılılık ilkesini içermediğini öne sürmektedirler.¹⁴⁷⁵

Orantılılığın anayasa ve insan hakları yargılamasının kutsal tekniklerini yatırım tahkimine getirerek meşrulaştırıcı bir işlev görebileceği öne sürülebilir.¹⁴⁷⁶ Ancak, yatırım tahkimi hakem heyetlerini orantılılık analizine teşvik etmek risksiz değildir. Ad hoc mahkemelerin sosyal temelli bir anayasal düzen olmadan karar vermeleri, hakemlerin çatışan haklar ve menfaatler arasındaki dengeye ilişkin siyasi kaygılarla

¹⁴⁷¹ Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, s. 103, doi:10.1093/acprof:oso/9780199589104.003.0003.

¹⁴⁷² *Al Tamimi v. Oman*, Karar, § 261: “Ayrıca, ABD’ye göre, uluslararası teamül hukuku kapsamındaki asgari muamele standardı, genel bir orantılılık yükümlülüğü içermemektedir. Orantılılık kendi başına bir yükümlülük değildir. Uluslararası teamül hukuku bir kez tesis edildikten sonra, davacı devletin bu hukuku ihlal eden bir davranışta bulunduğunu göstermelidir. Söz konusu ihlal, uluslararası hukukun kendi sınırları içerisindeki meseleleri düzenleme konusunda devletlere tanıdığı yüksek itibar ölçüsü ışığında ortaya konmalıdır.”

¹⁴⁷³ Qian, “Revisiting Proportionality in Investment Arbitration”, s. 562.

¹⁴⁷⁴ M. Sornarajah, ‘Developing Countries in the Investment Treaty System: A Law for Need or a Law for Greed?’, s. 64.

¹⁴⁷⁵ Xiuli Han, “The Application of the Principle of Proportionality in *Tecmed v. Mexico*”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 04.07.2008, s. 639, <https://papers.ssrn.com/abstract=1154972>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

¹⁴⁷⁶ David Schneiderman, “Global Constitutionalism and its Legitimacy Problems: Human Rights, Proportionality, and International Investment Law”, **The Law and Ethics of Human Rights**, C. 12, S. 2, 2018, s. 279, doi:10.1515/lehr-2018-0014.

tercihlerini belirleme riskini beraberinde getirmektedir. Hakem heyeti tarafında, bir devletin düzenleyici ve yeniden dağıtıcı menfaatleri lehine uygun şekilde yeniden dengeleme yapmak ve dolayısıyla ahlaki meşruiyeti sorgulamak tartışmalı bir girişimdir.¹⁴⁷⁷

Orantılılık testi hakemlere egemen politika kararlarını ikinci kez değerlendirmek için çok fazla takdir yetkisi sağlayabilir. Yerel mahkemeler bu konularda devlete geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Devletin siyasi ve sosyal bağlamı içerisindeki iç durumuna yeterince hakim olmamaları sebebiyle, karmaşık değer yüklü böyle bir uygulamayı gerçekleştirmek için pek de nitelikli olmayan hakemler,¹⁴⁷⁸ kendilerine böyle bir işlevi yerine getirme yetkisi vermişlerdir. Özellikle bir devletin alternatif politika önlemlerini ikinci kez değerlendirmek ve somut sosyal bağamlardan soyutlamak açısından orantılılık analizine girmenin tuzakları vardır; bunlar denetlenecek hükümet eylemindeki denetimin içeriği ve yoğunluğu meselesi ile devletlerin ne ölçüde bir takdir marjına sahip olduğu tespitidir.¹⁴⁷⁹ Bu denli geniş sorgulamalar, devletleri yatırım tahkiminden daha da uzaklaştırma potansiyeline sahiptir. Orantılılık analizine dayanan yargılama usulleri, bir devletin düzenleyici tercihlerine yönelik yüksek saygı kuralları veya takdir marjları olmaksızın, bir devletin anlamlı düzenleyici ve yeniden dağıtıcı tedbirler alma kabiliyetine yeniden kısıtlamalar getirmeye hizmet edebilme potansiyeline sahiptir.¹⁴⁸⁰

Orantılılık analizi normatif bir arka plan gerektirir ve yatırım uyumsuzlukları söz konusu olduğunda, merkezi norm yatırımcıların mülkiyetinin korunmasıdır. Bununla birlikte, çoğu yatırım hukuku akademisyeni tarafından önerildiği ve mahkemeler tarafından uygulandığı şekliyle orantılılık analizi, yatırımcı hakları ile bir devletin düzenleyici çıkarları arasındaki denge konusunda yeni bir çılgır açmamaktadır. Bunun yerine, neoliberal politika reçeteleri göz önüne alındığında, orantılılık analizi, yatırımcının korunmasını daraltma ve bir devletin politika tercihlerinin incelenmesi

¹⁴⁷⁷ Steven R Ratner, “Fair and Equitable Treatment and Human Rights: A Moral and Legal Reconciliation”, *Journal of International Economic Law*, C. 25, S. 4, 2022, s. 590, doi:10.1093/jiel/jgac045.

¹⁴⁷⁸ Jürgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 2, 2010, s. 367, doi:10.1017/S0020589310000047.

¹⁴⁷⁹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 325.

¹⁴⁸⁰ Das, “Fine Balance”, s. 678.

için daha fazla gerekçe yaratma riski taşımaktadır.¹⁴⁸¹ Orantılılık analizi kapsamında menfaatlerin dengelenmesi vakadan vakaya değişebileceği gibi zaman zaman hakemden hakeme de değişebilmektedir. Bu durumun keyfilğe yol açabilmesi, hukukun üstünlüğüne bir tehdittir.¹⁴⁸²

Orantılılık kavramının hakem heyetleri tarafından uygulanmasındaki önemli eksikliklere rağmen, bu kavramın hakem kararlarının meşruiyetini ve denetim standardının tanımını güçlendirmek için itici güç sağladığı ileri sürülebilir. Orantılılık, hakemlere, yatırımcıların yasal istikrara ilişkin meşru beklentileri ile devletlerin düzenleme yapma haklarını tartmak için en uygun araçlardan biri olup, devletlere de makuliyet gibi açık uçlu kavramlardan daha katı bir çerçevede takdir marjı tanımaktadır.¹⁴⁸³ Dolayısıyla, orantılılık kavramı, AHM'nin sürdürülebilir kalkınma boyutunu desteklemek için önemli bir potansiyel ortaya koymaktadır.¹⁴⁸⁴ Bütün risklerine rağmen mevcut içtihat, bugün için orantılılığın yatırım taleplerinin AHM değerlendirmesi kapsamında yerleşik bir özellik haline geldiğini göstermektedir.¹⁴⁸⁵

VI. İyi Niyet

Uluslararası hukukta pacta sunt servanda ilkesi uyarınca antlaşmalar iyi niyet esasında yürütülmelidir. Pacta sunt servanda uluslararası hukukun genel ilkelerinden biridir.¹⁴⁸⁶ Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 2 (2), “Bütün üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve çıkarlardan tüm üyelerin yararlanmasını sağlamak için işbu antlaşmaya

¹⁴⁸¹ Das, “Fine Balance”, s. 686.; “Adil ve hakkaniyetli terimlerinin kullanımı, yabancı yatırımcılara yönelik muamele standardını, tam tazminat gibi resmi kurallara bağlamak yerine, yatırımın yapıldığı somut koşullara bağlı kılmak içindi. Modern yatırım hukukunda adalet ve eşitlik, somut bağlamlardan tamamen koparılarak, bir devletin eylemlerinin soyut bir şekilde değerlendirilmesinin araçları haline gelmiştir... Adalet ve eşitliğin ne anlama geldiğindeki bu dramatik değişim, yatırım tahkimi yargılamasında yer alan iki emperyal mantıktan kaynaklanmıştır: birincisi, soyut bir anayasal ütopya ile karşılaştırmaya güvenmek ve ikincisi, kalkınmacı devlete karşı derin bir şüphe. Bu mantıklar, yatırım tahkimi yargılamasında belirli ‘ekonomik’ veya ‘muhasabe’ ilkelerinin fetişist bir şekilde ele alınması, bu ilkelerin nesnellığe yükseltilmesi ve altta yatan siyasi tercihlerin gizlenmesi şeklindeki paralel süreçle seçmeli bir yakınlık taşımaktadır. Yatırımcı hakları ile devletlerin düzenleyici çıkarlarını dengelemenin bir yolu olarak önerilen orantılılık analizinin de aynı yöne giden güçlü bir ok olduğu ortaya çıkmaktadır.”

¹⁴⁸² Martti Koskeniemi, “The Politics of International Law”, **European Journal of International Law**, C. 1, S. 1, 1990, s. 16, doi:10.1093/oxfordjournals.ejil.a035781.

¹⁴⁸³ Bradshaw, “Legal Stability and Legitimate Expectations: Does International Investment Law Need a Sense of Proportion? – Joint 2nd Prize Winner of the Essay Competition 2020”, s. 259.

¹⁴⁸⁴ Kläger, “Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development”, s. 80.

¹⁴⁸⁵ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 453.

¹⁴⁸⁶ James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, s. 363.

uygun olarak üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirirler” şeklindedir. 1970 yılındaki Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon’da, “(f) Her devletin, kendi uluslararası yükümlülüklerini iyi niyet çerçevesinde ve tamamen yerine getirmek ve diğer devletler ile barış içinde yaşamak görevi vardır” ifadesi yer almaktadır. VAHS m. 31, “Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır” şeklindedir. Görüldüğü üzere, iyi niyet, uluslararası hukukta antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında önemli bir yer tutmakta ve birçok uluslararası hukuk kuralını desteklemektedir.¹⁴⁸⁷

AHM standardı, devletlerin korunan yatırımlara ve yatırımcılara karşı iyi niyetle hareket etmelerini gerektirmektedir.¹⁴⁸⁸ Ev sahibi devletler tarafından yaratılan bir güven söz konusu olması sebebiyle, meşru beklentilerin korunmasının uluslararası kamu hukuku ilkeleri olan estoppel ve venire contra factum proprium yasağı ile yakından ilişkili olduğu açıktır. Bu ilkelerin her ikisi de iyi niyet ilkesine dayanmaktadır.¹⁴⁸⁹ İyi niyet genel bir hukuk ilkesidir ve genel olarak uluslararası hukukun, özel olarak da yabancı yatırım hukukunun temellerinden biridir.¹⁴⁹⁰ Yatırım hukukunda iyi niyetin önemine ilişkin olarak, bu ilkenin yatırımcının korunmasına ilişkin tüm yaklaşıma nüfuz ettiği¹⁴⁹¹ ve özellikle de AHM kavramının kalbinde yer alan bu yükümlülüğün¹⁴⁹² diğer yükümlülükler için yol gösterici bir işaret¹⁴⁹³ olduğu belirtilmiştir.

Genel olarak, AHM standardı ve özel olarak iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü, bir yatırıma kasıtlı olarak zarar vermeme yükümlülüğünü içermektedir.¹⁴⁹⁴ İyi niyet, tamamen keyfi iç politika nedenleriyle değil, bir nedene bağlı olarak hareket etme yükümlülüğüdür.¹⁴⁹⁵ İyi niyet, keyfi muamele kuralıyla ve

¹⁴⁸⁷ a.g.e., s. 578.

¹⁴⁸⁸ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 322.

¹⁴⁸⁹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 501.

¹⁴⁹⁰ *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 187; *Devas v. Hindistan*, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Karar, § 467; *Bear Creek v. Peru*, Karar, 30 Kasım 2017, § 524, 527; Hakem heyetleri iyi niyetin AHM’nin doğasında olduğunu teyit etmişlerdir. *Genin v. Estonya*, Karar, § 367; *Siag v. Mısır*, Karar, § 450.

¹⁴⁹¹ *Sempra Energy v. Arjantin*, Karar, § 299.

¹⁴⁹² *Sempra Energy v. Arjantin*, Karar, § 298.

¹⁴⁹³ *Sempra Energy v. Arjantin*, Karar, § 297.

¹⁴⁹⁴ *Vivendi v. Arjantin*, Yeniden Sunulan Dava: Karar, § 7.4.39.

¹⁴⁹⁵ *Eureko B.V. v. Polonya Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 233.

genellikle tutarlılık gibi diğer bileşenlerle örtüşebilir. Birçok durumda, iyi niyet alt başlık olarak ele alınmakta ve sadece diğer bileşenler ile tartışılmaktadır.

Hakem heyetleri iyi niyet ile AHM arasında bağlantı kurmaktadır. *Waste Management v. Meksika* davasında, hakem heyeti, iyi niyetle hareket etme yükümlülüğünü AHM standardı kapsamında temel bir yükümlülük olarak değerlendirmiştir.¹⁴⁹⁶ Benzer şekilde, *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, AHM standardında iyi niyet gerekliliğinin merkezi rolünü vurgulamıştır: “Antlaşma ile korunan yabancı bir yatırımcı, her halükarda, Çek Cumhuriyeti’nin politikalarını, yatırımcıların yatırımlarını etkilediği ölçüde, kamu politikaları tarafından makul bir şekilde gerekçelendirilebilecek davranışlarla iyi niyetli bir şekilde uygulamasını ve bu tür davranışların tutarlılık, geçişkenlik, eşitlik ve ayrımcılık yapmama gerekliliklerini açıkça ihlal etmemesini bekleyebilir.”¹⁴⁹⁷

AHM’nin uluslararası hukukta tanınan iyi niyet ilkesinin bir ifadesi ve parçası olarak nitelendirenler mevcuttur.¹⁴⁹⁸ İyi niyet objektif bir gereklilik olarak ve hakların kötüye kullanılması yasağının bir ifadesi olarak anlaşılmaktadır. Ancak, iyi niyetin kendi başına yükümlülükler doğurmadığını, daha ziyade diğer birincil kuralların uygulanma şeklini belirlediğini unutmamak gerekir.¹⁴⁹⁹

İlgili, ancak farklı bir soru da AHM standardının her ihlalinin kötü niyet gerektirip gerektirmediğidir. Ev sahibi devletin kötü niyetli eylemi, yasal araçların oluşturulma amaçları dışında kullanılmasını içerir.¹⁵⁰⁰ Ayrıca, devlet organlarının yatırıma zarar vermek veya yatırımı bozmak için komplo kurmasını kötü niyete örnektir. Kötü niyet iddiaları yüksek bir ispat standardı gerektirir ve genellikle başarısız olmaktadır.¹⁵⁰¹

Tahkim uygulaması, kötü niyet söz konusu olmasa bile AHM standardının ihlal edilebileceğini açıkça göstermektedir. *Mondev v. ABD* davasında, hakem heyeti, kötü

¹⁴⁹⁶ *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 138.

¹⁴⁹⁷ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 307.

¹⁴⁹⁸ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 153; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 302-3.

¹⁴⁹⁹ Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, s. 245.

¹⁵⁰⁰ *Flemingo v. Polonya*, Karar, 12 Ağustos 2016, § 554-560.

¹⁵⁰¹ *Nordzucker v. Polonya*, İkinci Kısmi Karar, § 92-95; *Chemtura v. Kanada*, Karar, § 143-8, 158, 184; *Oostergetel v. Slovakya*, Nihai Karar, § 300-301; *Micula v. Romanya I*, Karar, § 836; *Gosling v. Mauritius*, Karar, § 250; *Micula v. Romanya II*, Karar, § 378.

niyetin gerekli olmadığını vurgulamıştır: “*Modern bakış açısına göre, haksız ya da adaletsiz olanın aşırı ya da kabul edilemez olanla eşit olması gerekmez. Özellikle, bir devlet kötü niyetle hareket etmek zorunda olmaksızın yabancı yatırımlara haksız ve adaletsiz davranabilir.*”¹⁵⁰² Bunun aksine tek gösterge *Genin v. Estonya* davasındaki kararda vardır: “*Mevcut olabilecek herhangi bir usuli eksiklik, kötü niyet, hukuka uygun yargılama sürecinin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi veya aşırı bir eylem yetersizliği anlamına gelmelidir.*”¹⁵⁰³ Ancak, bu pasaj adil ve hakkaniyete uygun muamele ile ilgili değil, Estonya-ABD BIT (1994) m. II(3)(b)’de yer alan keyfi ve ayrımcı tedbirler standardı ile ilgilidir. Diğer hakem heyetleri tutarlı bir şekilde AHM ihlali için kötü niyet gerekmediği yaklaşımı benimsemiştir.¹⁵⁰⁴ Kararların ortak noktası kötü niyetinin kanıtlanmasına gerek olmamasıdır, ancak kötü niyetin ispatı AHM ihlalinin gerçekleştiğini kesinleştirecektir.¹⁵⁰⁵

Sonuç olarak, iyi niyet AHM standardının merkezi bir unsurudur. Ev sahibi devletin kötü niyetle hareket etmesi neredeyse kesinlikle AHM’nin ihlali anlamına gelecektir. Ancak, kötü niyetin olmaması AHM standardına uygunluğun garantisi değildir. AHM için iyi niyetin esas olduğu, ancak kötü niyet olmadan da AHM standardının ihlal edilebileceğine dair geniş bir otorite bulunmaktadır.¹⁵⁰⁶

VII. Şeffaflık

Şeffaflık kavramı, asgari olarak üç temel gereklilik içermektedir; ilgili kanun ve yönetmelikler ile diğer politikalara ilişkin bilgilerin kamuya açık hale getirilmesi, ilgili kanun ve yönetmeliklerin ve bunlarda yapılan değişikliklerin ilgili taraflara

¹⁵⁰² *Mondev v. ABD*, Karar, 11 Ekim 2002, § 116.

¹⁵⁰³ *Genin v. Estonya*, Karar, 25 Haziran 2001, § 371.

¹⁵⁰⁴ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 153; *Occidental Exploration v. Ekvador*, Nihai Karar, § 186; *Loewen v. ABD*, Karar, § 132; *CMS v. Arjantin*, Karar, § 280; *Azurix v. Arjantin*, Karar, § 372; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 129; *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 245-246; *Siemens v. Arjantin*, Karar, § 299-300; *Enron v. Arjantin*, Karar, § 263; *Biwater Gaug v. Tanzania*, Karar, § 602; *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 341; *National Grid v. Arjantin*, Karar, § 173; *Jan de Nul v. Mısır*, Karar, § 185; *Invesmart v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 419-22; *Bayındır v. Pakistan*, Karar, § 181; *Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 249; *RSM v. Grenada II*, ICSID Dava No. ARB/10/6, Karar, 10 Aralık 2010, § 7.2.24; *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, Karar, § 420; *Micula v. Romanya I*, Karar, § 524; *UAB E energija v. Letonya*, ICSID Dava No. ARB/12/33, Karar, 22 Aralık 2017, § 839; *Crystallex v. Venezuela*, Karar, § 543; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 372; *Mobil v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 934.

¹⁵⁰⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 58.

¹⁵⁰⁶ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 228.

bildirilmesi ve kanun ve yönetmeliklerin yeknesak, tarafsız ve makul bir şekilde uygulanmasının sağlanması.¹⁵⁰⁷

Uluslararası yatırım hukuku kapsamında ev sahibi devletler için herhangi bir şeffaflık yükümlülüğü olup olmadığı sorusu tartışmalıdır.¹⁵⁰⁸ Bazı mahkemeler, şeffaflığın AHM'nin ayrı bir unsuru olarak varlığını sorgulamıştır. Şeffaflığın AHM'nin bir yönünü oluşturması, özellikle NAFTA uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında sorgulanmıştır. Şeffaflık kavramını inceleyen nerdeyse tüm NAFTA mahkemeleri, bunun AHM standardının bir unsuru olmadığı ve m. 1105 kapsamında ev sahibi devletlere herhangi bir yükümlülük getirmediği sonucuna varmıştır.¹⁵⁰⁹ Bunun tek istinası *Metalclad v. Meksika* kararıdır.¹⁵¹⁰ *Cargill v. Meksika* davasında, hakem heyeti, davacının şeffaflığın m. 1105 AHM gerekliliği uyarınca yabancı yatırımcılara borçlu olunan uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardına dahil olduğunu kanıtlayamadığını belirtmiştir.¹⁵¹¹ *Glamis Gold v. ABD* davasında, hakem heyeti, şeffaflığı sadece meşru beklentiler kavramının bir parçası olarak değerlendirmiştir.¹⁵¹² Bu fikir doğrultusunda, şeffaflık kendi başına bir amaç değil, daha iyi bir yönetim elde etmek ile keyfi ve ayrımcı davranışlardan kaçınmak için bir araçtır.¹⁵¹³

Bazı yatırım antlaşmaları AHM maddelerinden ayrı olarak özel şeffaflık hükümleri içermektedir.¹⁵¹⁴ ECT'nin AHM maddesi, devletleri, diğerlerinin yanı sıra, Yatırımcılar için şeffaf koşullar yaratmakla yükümlü kılan özel bir dil içerir. ECT m.

¹⁵⁰⁷ UNCTAD, *Transparency*, UN, 2013, s. 1.

¹⁵⁰⁸ Dumbery, *The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, s. 171.

¹⁵⁰⁹ *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 561; *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 294; Bununla birlikte, bkz. *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Kanada*, Karar, § 231: “*Metalclad*’ın yargısal incelemesinin haklı olarak sonuçlandığı gibi, şeffaflık gerekliliğinin şu anda teamül hukuku standardının bir parçası olduğu kanıtlanmamış olabilir, ancak yine de bu aşamaya yaklaşılmaktadır”; *Waste Management, Inc. v. Meksika*, Karar, § 98.

¹⁵¹⁰ *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 70, 76, 88, 99.

¹⁵¹¹ *Cargill v. Meksika*, Karar, § 294.

¹⁵¹² *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 561.

¹⁵¹³ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 72.

¹⁵¹⁴ Kanada-Venezuela BIT (1996) m. XV: “*Akit Taraflardan her biri, uygulanabilir olduğu ölçüde, bu Antlaşma kapsamındaki herhangi bir konuya ilişkin genel uygulamaya yönelik kanunlarının, yönetmeliklerinin, usullerinin ve idari kararlarının, ilgili kişilerin ve diğer Akit Tarafın bunlardan haberdar olmasını sağlayacak şekilde derhal yayımlanmasını veya başka bir şekilde erişilebilir olmasını sağlayacaktır*”; Avustralya-Hindistan BIT (1999) m. 7: “*Her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımcıları tarafından kendi topraklarındaki yatırımlarla ilgili olan veya bu yatırımları etkileyen kanunlarının anlaşılmasını teşvik etmek amacıyla, bu kanunları kamuya açık ve kolay erişilebilir hale getirecektir*.”

10(1): “Her bir Akit Taraf, bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak, diğer Akit Tarafların Yatırımcılarının kendi Bölgesinde Yatırım yapmaları için istikrarlı, adil, elverişli ve şeffaf koşullar yaratacak ve teşvik edecektir.” Yatırım antlaşmalarında şeffaflık daha açık şekilde yer almaya başlamıştır. Örneğin 2019 Hollanda Model Yatırım Antlaşması, yasaların, yönetmeliklerin ve yargı kararlarının erişilebilirliği¹⁵¹⁵ ve idari süreçlerde hukukun üstünlüğünün bir unsuru olarak, yargı kararları ve işle ilgili insan hakları ihlallerine yönelik telafi mekanizmaları¹⁵¹⁶ bakımından şeffaflık öngörmektedir.

Doktrinde şeffaflığın AHM’nin kavramsal olarak en sorunlu unsurunu oluşturduğunu öne sürenler mevcuttur. Sebebi olarak ise birçok yatırım tahkimi hakem heyetinin AHM standardının şeffaflık gerektirdiğini kabul ettiğini, ancak gerekli şeffaflığın kapsamını tanımlayan bir kural ortaya koymadıklarını öne sürmektedirler.¹⁵¹⁷ Yatırım tahkimi hakem heyetleri, ev sahibi devletlerden istenen şeffaflık düzeyine ilişkin farklı yaklaşımlarda bulunmaktadır.

NAFTA dışındaki birçok yatırım tahkimi mahkemesi şeffaf bir yasal çerçeve sağlama yükümlülüğünün AHM standardının bir parçası olduğunu tespit etmiştir.¹⁵¹⁸ Birçok mahkeme, şeffaflık yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etseler de, gerekli şeffaflığın kesin seviyesini daha fazla detaylandırmadan şeffaflığın AHM’nin bir parçası olduğunu beyan etmektedir.¹⁵¹⁹ *Olin Holdings v. Libya* davasında, hakem heyeti, “Şeffaf bir şekilde hareket etme yükümlülüğünün AHM standardından kaynaklandığı gerçeğinin yatırımcı-devlet tahkiminde büyük ölçüde kabul edildiğini ve bu Mahkeme tarafından da onaylandığını” belirtmiştir.¹⁵²⁰ *Rumeli Telekom v. Kazakistan* davasında, hakem heyeti, yatırımcı ile yapılan sözleşmenin feshedilmesi kararının davalı tarafından kurulan bir devlet organı tarafından şeffaf olmayan ve adil

¹⁵¹⁵ Hollanda Model Yatırım Antlaşması (2019) m. 4.

¹⁵¹⁶ Hollanda Model Yatırım Antlaşması (2019) m. 5.

¹⁵¹⁷ Vandeveld, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, s. 83.

¹⁵¹⁸ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 131; *Cargill v. Polonya*, Nihai Karar, § 511, 515, 517; *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 178; *Nordzucker v. Polonya*, İkinci Kısmi Karar, § 14, 84, 95; *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 418; *Levy v. Peru*, Karar, § 322, 327-328; *Gold Reserve v. Venezuela*, Karar, § 570; *Crystallex v. Venezuela*, Karar, § 579; *Bear Creek v. Peru*, Karar, § 523; *Olin v. Libya*, Nihai Karar, § 320; *InfraRed v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/12, Karar, 2 Ağustos 2019, § 372, 468-475; *CMC v. Mozambik*, Karar, § 421-424; *Watkins v. İspanya*, Karar, 21 Ocak 2020, § 590-594; *Eskosol v. İtalya*, Karar, 4 Eylül 2020, § 416-422. Ancak, bkz. *Cargill v. Meksika*, Karar, 18 Eylül 2009, § 294.

¹⁵¹⁹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 454.

¹⁵²⁰ *Olin Holdings v. Libya*, Nihai Karar, § 320; *Crystallex v. Venezuela*, Karar, § 579; Benzer şekilde, *Levy de Levi v. Peru*, Karar, § 322, 327-8; *Urbaser v. Arjantin*, Karar, § 628.

olmayan bir şekilde gözden geçirilmesinin AHM ihlali teşkil ettiğine karar verirken inceleme sürecinin şeffaflıktan ve adil yargılanmadan yoksun olduğunu belirtmiştir.¹⁵²¹ *Lemire v. Ukrayna* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin AHM standardını ihlal ettiğine karar verirken şeffaflığa vurgu yapmıştır: “*lisansların şeffaflık olmaksızın, hukuk sürecini tamamen göz ardı ederek ve herhangi bir yargı denetimi imkanı olmaksızın gizli bir şekilde verilmesini kolaylaştırmıştır.*”¹⁵²²

Şeffaflık gerekliliğini vurgulayan ve daha ayrıntılı bir şekilde ele alan NAFTA davası *Metalclad v. Meksika* yüksek düzeyde bir şeffaflık talep etmiştir: “*Antlaşma kapsamında yapılan veya yapılması planlanan yatırımların başlatılması, tamamlanması ve başarılı bir şekilde işletilmesi amacıyla ilgili tüm yasal gerekliliklerin diğer Tarafın etkilenen tüm yatırımcıları tarafından kolayca bilinebilir olması gerektiği fikrini içermelidir. Bu tür konularda şüpheye veya belirsizliğe yer olmamalıdır. Herhangi bir Tarafın merkezi hükümetinin yetkilileri (bu tür konularda uluslararası sorumluluğu bir önceki bölümde tanımlanmıştır) bu bağlamda herhangi bir yanlış anlama veya karışıklık durumunun farkına vardıklarında, yatırımcıların ilgili tüm yasalara uygun hareket ettiklerine emin bir şekilde tüm uygun seferlere devam edebilmeleri için doğru pozisyonun derhal belirlenmesini ve açıkça ifade edilmesini sağlamak onların görevidir.*”¹⁵²³ Şüphe veya belirsizliğe yer bırakmayacak derecede şeffaflık talep eden *Metalclad v. Meksika* kararının bir Kanada mahkemesi tarafından kısmen iptal edilmesine yol açmıştır. British Columbia Yüksek Mahkemesi, hakem heyetinin kararını şeffaflık temelinde verdiği hükmetmiş ve bu konunun tahkim başvurusunun kapsamı dışında olduğunu çünkü 11. Bölümde şeffaflık yükümlülüğü bulunmadığını belirtmiştir.¹⁵²⁴

AHM kavramının doğasında bulunan yüksek düzeyde şeffaflık ve öngörülebilirliğe ilişkin bir başka örnek *Tecmed v. Meksika* kararıdır: “*Yabancı yatırımcı, yatırımını planlayabilmesi ve bu düzenlemelere uyabilmesi için, ev sahibi devletin yabancı yatırımcı ile ilişkilerinde tutarlı, belirsizlikten uzak ve tamamen şeffaf bir şekilde hareket etmesini bekler; böylece yatırımlarını yönetecek her türlü kural ve düzenlemenin yanı sıra ilgili politikaların ve idari uygulamaların veya direktiflerin*

¹⁵²¹ *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 617.

¹⁵²² *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 418.

¹⁵²³ *Metalclad v. Meksika*, Karar, § 76.

¹⁵²⁴ *Mexico v. Metalclad*, British Columbia Yüksek Mahkemesi Kararı, 2 Mayıs 2001, 2001, BCSC 664., § 72.

hedeflerini önceden bilebilir."¹⁵²⁵ Özellikle *Tecmed v. Meksika* davasındaki hakem heyeti tarafından ortaya konan yüksek şeffaflık düzeyi, herhangi bir devletten beklenebilecek gerçekçi bir standart olmadığı daha ziyade mükemmel bir dünyada tüm devletlerin arzulaması gereken, ancak çok azının (eğer varsa) ulaşabileceği mükemmel bir kamu düzeninin tanımı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁵²⁶

MTD Equity v. Şili davasında, hakem heyeti, *Tecmed v. Meksika* kararındaki standarda atıfta bulunarak AHM'nin sadece yatırımcıların hak ve menfaatlerine yersiz müdahaleden kaçınmayı değil, ev sahibi devletlerin aktif bir yükümlülüğünü gerektirdiğini belirtmiştir: "*Adil ve hakkaniyete uygun muamele, yabancı yatırımların teşvik edilmesine yardımcı olacak şekilde eşit ve adil bir şekilde muamele olarak anlaşılmalıdır. Terimleri, devletin pasif davranışı veya yatırımcılara karşı önyargılı davranışlardan kaçınılması için reçeteler yerine pro-aktif bir ifade - 'teşvik etmek', 'yaratmak', 'teşvik etmek' - olarak çerçevelenmiştir.*"¹⁵²⁷ Bu paragrafta ifade AHM standardı, iptal davasında sorgulanmıştır. Bununla birlikte, ad hoc komite eleştirel olmasına rağmen, yaklaşımı yetkilerin açıkça aşılması olarak değerlendirmemiştir: "*Paragraf 113'te formüle edilen standart savunulabilir niteliktedir. Şüphesiz, bir devletin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı kapsamında ne ölçüde proaktif olmak zorunda olduğu tartışmaya açıktır, ancak bu, formülasyondan ziyade standardın uygulanmasına ilişkin bir sorundur. Her halükârda, Mahkeme'nin formülasyonundaki vurgu 'eşit ve adil bir şekilde muamele' üzerinedir.*"¹⁵²⁸

Cargill v. Polonya davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletten yüksek düzeyde bir şeffaflık beklemiştir. Hakem heyeti, ilgili antlaşmanın açıkça şeffaflık yükümlülüğü öngörmediğini belirtmiş, ancak bunun AHM'nin bir parçasını oluşturduğunu kabul etmektedir.¹⁵²⁹ Hakem heyeti, yanlış bilgilendirme veya kotaların belirlenmesine ilişkin metodolojiyi çevreleyen netliğin şeffaflık yükümlülüğüne aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹⁵³⁰ Hakem heyeti, Polonya kota rejimindeki değişikliğin yatırımcının meşru beklentilerini ihlal etmediğine karar verirken bu sonuçların şeffaflık yükümlülüğünün ihlal edilmesi ihtimalini tamamen ortadan kaldırmadığını

¹⁵²⁵ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154.

¹⁵²⁶ Douglas, "Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration", s. 28.

¹⁵²⁷ *MTD v. Şili*, Karar, § 113.

¹⁵²⁸ *MTD v. Şili*, İptal Kararı, § 71.

¹⁵²⁹ *Cargill v. Polonya*, Nihai Karar, § 511.

¹⁵³⁰ *Cargill v. Polonya*, Nihai Karar, § 517.

belirtmiştir.¹⁵³¹ Bu kararda da değinildiği üzere şeffaflık, yatırımcının meşru beklentilerinin korunması ile de yakından ilgilidir.¹⁵³² Şeffaflık, yatırımcının faaliyetlerine ilişkin yasal çerçevenin kolayca görülebilmesi ve yatırımcıyı etkileyen her türlü kararın bu yasal çerçeveye dayandırılabilmesi anlamına gelmektedir.¹⁵³³

LG&E v. Arjantin davasında, hakem heyeti, ev sahibi devlet davranışının belirsizlikten uzak olması gerekliliğini vurgulamıştır: “*Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlalinin bir devletin şeffaflıkla hareket etmemesinden kaynaklanabileceği - yani, bir yatırım antlaşması kapsamında yapılan veya yapılması planlanan yatırımların başlatılması, tamamlanması ve başarılı bir şekilde işletilmesi amacıyla ilgili tüm yasal gerekliliklerin etkilenen tüm yatırımcılar tarafından kolayca bilinebilir olması gerektiği.*”¹⁵³⁴

Nordzucker v. Polonya davasında, hakem heyeti, AHM’nin şeffaflık yükümlülüğünün sadece bir devletin yasama ve idari işlemleri için değil, tüm devlet işlemleri için geçerli olduğuna karar vermiştir.¹⁵³⁵ Hakem heyeti, yatırımcı ile sözleşme yapılmasına yönelik olası onay reddinin gerçek nedenlerine ilişkin bilgi eksikliğinin şeffaflık yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır.¹⁵³⁶

AES v. Macaristan davasında, yatırımcı, hükümetin iki elektrik sektörü fiyat kararnamesini yürürlüğe koyma sürecinde adil ve şeffaf davranmadığını iddia etmiştir.¹⁵³⁷ Düzenleyici kurum, davacı da dahil olmak üzere sektörle istişarede bulunmuş ve kararnamede değişiklik yapılmasına karar vermiştir. Davacı istişare süresinin çok kısa olduğunu ileri sürmüştür. Hakem heyeti, “*Mahkeme bu soruya, adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlamada başarısızlık anlamına gelecek her süreç başarısızlığı veya kusurunun olmadığı temelinde yaklaşmıştır. Standart mükemmellik değildir. Sadece bir devletin eylemleri veya usule ilişkin ihmalleri, gerçeklere ve yargıcın önündeki bağlama göre, açıkça adaletsiz veya mantıksız olduğunda (hukuka uygunluk duygusunu şok edecek veya en azından şaşırtacak şekilde) standardın ihlal*

¹⁵³¹ *Cargill v. Polonya*, Nihai Karar, § 515.

¹⁵³² Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 212.

¹⁵³³ *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 285; *Micula v. Romanya I*, Karar, § 530.

¹⁵³⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, 3 Ekim 2006, § 128.

¹⁵³⁵ *Nordzucker v. Polonya*, İkinci Kısmi Karar (Esaslar), § 12.

¹⁵³⁶ *Nordzucker v. Polonya*, İkinci Kısmi Karar (Esaslar), § 84.

¹⁵³⁷ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan*, Karar, § 9.1.6.

edildiği söylenebilir”¹⁵³⁸ tespitini yapmıştır. Ayrıca hakem heyeti, “*Fiyat Kararnameleri konusunda Davacılarla yaptığı istişareler optimal olmasa da, iddia edildiği gibi kusurlu bir “uygun şekilde istişare etmeme” anlamına gelmemektedir*”¹⁵³⁹ sonucuna ulaşmıştır.

RWE v. İspanya davasında, hakem heyeti, davacıların bazı enerji santrallerini olumsuz etkileyen yenilenebilir enerji teşvik rejimindeki değişikliklerin, şeffaf davranılmaması nedeniyle AHM’yi ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Herhangi bir şeffaflık eksikliğinin bir ihlal oluşturması için yüksek bir eşiğe sahip olması gerektiğine dikkat çeken hakem heyeti, tedbirlerin kamuya danışıldıktan ve çok sayıda taslak yinelenmesinin yayınlanmasından sonra kabul edildiğini ve hükümetin danışanların geri bildirimlerini nihai tedbirlere dahil ettiğini belirtmiştir.¹⁵⁴⁰

Philip Morris v. Uruguay davasında söz konusu tedbirlerden biriyle ilgili olarak istişarede bulunulmaması, hakemlerden birinin kısmen muhalefet şerhi koymasında etkili olmuş ve istişarede bulunulmamasını AHM standardını ihlal eden açıkça keyfi bir davranış olarak nitelendirmiştir.¹⁵⁴¹

Bazı hakem heyetleri, AHM gereklilikleri kapsamında eksiklik olarak yalnızca tam bir şeffaflık eksikliğine atıfta bulunmaktadır. Bu yaklaşım daha düşük düzeyde bir şeffaflık beklemektedir. Örneğin, *Waste Management v. Meksika* davasında, hakem heyeti, “*Adil ve hakkaniyete uygun muameleyle ilişkin asgari standart... idari bir süreçte şeffaflık ve dürüstlükten tamamen yoksun olunması nedeniyle ihlal edilmektedir*”¹⁵⁴² tespitini yapmıştır. Benzer bir tam şeffaflık eksikliği gerekliliği *Al Tamimi v. Oman* davasında da uygulanmıştır. Hakem heyeti, şeffaflık iddiasıyla ilgili olarak, “*Taş ocağı projesinin izin verilen kapsamı ve yeri ile ilgili olarak Davalı tarafından Davacıya sağlanan tutarlılık ve şeffaflık standardı kesinlikle arzulanan bir şeydi. Ancak, Mahkeme, bu davranışın asgari muamele standardının ihlali için gerekli*

¹⁵³⁸ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan*, Karar, § 9.3.40.

¹⁵³⁹ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan*, Karar, § 9.3.70.

¹⁵⁴⁰ *RWE v. İspanya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Tazminat Bazı Sorunları Hakkında Karar, § 660-1.

¹⁵⁴¹ *Philip Morris v. Uruguay*, Katılan ve Karşı Görüş Hakem Gary Born, § 5, 99.

¹⁵⁴² *Waste Management v. Meksika [II]*, Karar, § 98.

olan ‘açık keyfilik’ veya ‘şeffaflık ve samimiyetten tamamen yoksunluk’ seviyesine ulaştığına ikna olmamıştır”¹⁵⁴³ tespitinde bulunmuştur.

Şeffaflık yükümlülüğünün sınırları vardır.¹⁵⁴⁴ Ev sahibi devletleri gizli bilgileri ifşa etmeye zorlamaz. Şeffaflık gerekliliği, ev sahibi devletleri, sağlık endişeleri nedeniyle bir ilacın ithalatının yasaklanması gibi tedbirlere itiraz etmek için idari usuller mevcut olduğunda, yatırımcılara önceden bildirimde bulunma ve dinlenilme fırsatı verme yükümlülüğüne de tabi tutmamaktadır.¹⁵⁴⁵ *Micula v. Romanya* davasında, hakem heyeti, şeffaflığı tanımlamıştır: “Şeffaflık, yatırımcının faaliyetlerine ilişkin yasal çerçevenin kolayca görülebilmesi ve yatırımcıyı etkileyen her türlü kararın bu yasal çerçeveye dayandırılabilmesi anlamına gelir.”¹⁵⁴⁶ Hakem heyeti, uygunsuz ve gerçekçi olmayan bir şeffaflık standardı konusunda uyarıda bulunmuştur: “Bu tür önermeler uygun bağlamda değerlendirilmelidir; “çok harfî harfine ele alındıklarında, ev sahibi devletlere uygunsuz ve gerçekçi olmayan yükümlülükler yükleyecektir. Bir devletin yasa ve yönetmelikleri konusunda şeffaf davranmayarak veya bunların uygulanmasında muğlak ve tutarsız davranarak haksız ve adaletsiz davranıp davranmadığı, söz konusu davranışı çevreleyen tüm olgusal koşullar ışığında değerlendirilmelidir... Romanya’nın diplomatik müzakereler bağlamında kamuoyuna karşı tamamen şeffaf olmasını talep etmek gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla, Mahkeme önündeki soru, Romanya’nın hassas bilgileri tam olarak ifşa edip etmediği veya bu bilgilere tam erişim sağlayıp sağlamadığı değil; Romanya’nın bunu yapmaması durumunda Davacılar karşı haksız ve adaletsiz davranıp davranmadığıdır.”¹⁵⁴⁷

Şeffaf olmadığı gerekçesiyle itiraz edilen hükümet eyleminin makul olup olmadığını belirlemeye çalışılırken, rehber olarak diğer ülkelerin uygulamalarına da bakılarak davalı devletin karşı karşıya olduğu duruma bağlı olarak karar verilecektir.¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴³ *Al Tamimi v. Umman*, Karar, § 399.

¹⁵⁴⁴ *Al Tamimi v. Umman*, Karar, § 399.

¹⁵⁴⁵ *Apotex v. ABD*, Karar, § 9.53, 9. 58, 9. 61, 9. 65.

¹⁵⁴⁶ *Micula v. Romanya*, Nihai Karar, § 530.

¹⁵⁴⁷ *Micula v. Romanya*, Nihai Karar, § 533.

¹⁵⁴⁸ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 316.

Şeffaflığa ilişkin bir başka tartışma noktası, ev sahibi devletin düzenleyici çerçevesinde yapacağı değişiklikler konusunda yatırımcı ile müzakerede bulunup bulunmaması gerekliliğidir. Ev sahibi devletin kanun yapma sürecinde yatırımcı ile istişare yükümlülüğü, ilgili antlaşma hükmünde belirtilmediği sürece AHM ihlali değildir ve böyle bir yükümlülüğün uluslararası teamül hukuku kuralı veya genel bir hukuk ilkesi niteliği de bulunmamaktadır.¹⁵⁴⁹ Ancak, ev sahibi devletin iç hukukundan kaynaklanan herhangi bir istişare yükümlülüğünün varlığı, AHM standardına uygunlukla ilgili olabilecek bir faktör olarak değerlendirilebilir.¹⁵⁵⁰

NAFTA dışındaki antlaşmalara dayanan davalara bakan birçok mahkeme şeffaflığı AHM'nin bir unsuru olarak nitelendirmiştir.¹⁵⁵¹ Şeffaflık gerekliliği, ECT'ye dayalı davalara bakan hakem heyetleri tarafından da değerlendirilmiş ve bazen AHM'nin bir parçası olarak sunulmuştur, ancak ECT m. 10(1) açıkça AHM'den bağımsız olarak şeffaflıktan bahsetmektedir.¹⁵⁵² AHM'nin bir şeffaflık gerekliliği içerip içermediği büyük ölçüde ona atfedilen içeriğe bağlıdır. Şeffaflık ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında sağlanacak dengeye katkı sağlamakla birlikte hukukun üstünlüğünün de bir gereğidir.¹⁵⁵³ Şeffaflık, yetkinin şeffaf ve kamuya açık bir şekilde kullanılması, bu tür eylemlere itiraz etmek için temel bir gereklilik olması ve dolayısıyla yasallığa yardımcı olduğu için hukukun üstünlüğünün merkezi bir yönü olarak değerlendirilmektedir.¹⁵⁵⁴ Sonuç olarak, yatırım tahkimi kararlarında, NAFTA bağlamı dışında, şeffaflık AHM'nin kabul edilmiş bir unsuru haline gelmiş gibi görünmektedir.¹⁵⁵⁵ Bu kapsamda şeffaflık AHM standardının doğal bir unsuru olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁵⁶

¹⁵⁴⁹ Caroline Henckels, "A Duty to Consult Foreign Investors When Changing the Regulatory Framework? Implications for Non-Communicable Disease Prevention and Beyond", **The Journal of World Investment & Trade**, C. 21, S. 5, 2020, s. 699, doi:10.1163/22119000-12340192.

¹⁵⁵⁰ a.g.e., s. 723.

¹⁵⁵¹ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company ve CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan*, Karar, § 253; *Rumeli Telekom v. Kazakistan*, Karar, § 609; *Ioan Micula ve diğerleri v. Romanya*, Karar, § 530.

¹⁵⁵² *Foresight Luxembourg Solar 1 SÀRL v. İspanya*, Karar, § 361; *RREEF Infrastructure (GP) Limited v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 260, 415; *Watkins Holding Sàrl and others v. İspanya*, Karar, § 590.

¹⁵⁵³ Manjiao Chi, "Regulatory Transparency in International Investment Law: From an Investment Protection Requirement to a Rule-of-Law Requirement", **Investment Protection Standards and the Rule of Law**, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 141, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0007.

¹⁵⁵⁴ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 733.

¹⁵⁵⁵ Reinisch, Schreuer, "Fair and Equitable Treatment", 2020, s. 461.

¹⁵⁵⁶ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 51.

VIII. İstikrar ve Öngörülebilirlik

Genellikle yatırım antlaşmalarının girişleri açıkça istikrar ve öngörülebilirliğe atıfta bulunur. Örnek olarak, Arjantin-ABD BIT (1991) önsözü, “*Yatırımlar için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların azami düzeyde etkin kullanımı için yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmasının arzu edildiği hususunda mutabık kalınması*” ifadelerini içermektedir. Aynı zamanda, yatırım antlaşması hükümlerinde de istikrar ve öngörülebilirliğe yer verildiği gözlemlenmektedir. ECT’nin AHM maddesi, diğerlerinin yanı sıra devletleri yatırımcılar için istikrarlı koşullar yaratmakla yükümlü kılan özel bir dil içerir. ECT m.10(1), “*Her bir Akit Taraf, bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak, diğer Akit Tarafların Yatırımcılarının kendi Bölgesinde Yatırım yapmaları için istikrarlı, adil, elverişli ve şeffaf koşullar yaratacak ve teşvik edecektir*” şeklindedir.

Yatırımların korunması büyük ölçüde öngörülebilir ve istikrarlı bir yatırım çerçevesiyle ilgilidir. Yatırım antlaşmaları temel olarak siyasi riski azaltmayı ve ilgili yatırım ortamının güvenilirliğini güçlendirmeyi amaçlamaktadır.¹⁵⁵⁷ Yatırımın vadeli niteliği, belirli bir düzeyde istikrar ve öngörülebilirlik gerektirmektedir.¹⁵⁵⁸ Bu durum, *Total v. Arjantin* davasında, hakem heyeti tarafından açıkça kabul edilmiştir: “*Mevzuat ve düzenlemelerin istikrarı, öngörülebilirliği ve tutarlılığı, özellikle iş planları birkaç yıla yayılıyorsa, yatırımlarını planlamak için yatırımcılar için önemlidir. Ekonomilerinde yabancı yatırımı teşvik etmek amacıyla BIT imzalayan devletlerin yetkili makamları, yatırımcılar için ticari faaliyetlerini yürütmeye elverişli bir yasal ortamın sürdürülmesinin öneminin farkında olmalıdır.*”¹⁵⁵⁹

İstikrar ve öngörülebilirliğin herhangi bir hukukun üstünlüğü sisteminin temel unsurları arasında olup yine çoğu hukuk sisteminde aşına olunan hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik olarak ifade edilen hukukun üstünlüğü kavramlarına dayanmaktadır.¹⁵⁶⁰ Hukuki güvenlik, yasal çerçevenin belirli bir sürekliliğini, hukuki belirlilik ise öngörülebilir ve anlaşılabilir kurallar ile bunların tutarlı bir şekilde

¹⁵⁵⁷ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 728.

¹⁵⁵⁸ a.g.e., s. 729.

¹⁵⁵⁹ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 114.

¹⁵⁶⁰ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 729.

uygulanmasını gerektirmektedir.¹⁵⁶¹ Tartışmalı olan, ev sahibi devletlerin hukuk sistemlerinin kamu yararına düzenleme ve uyarlama ihtiyacı göz önünde bulundurulduğunda, bu devletlerden beklenebilecek istikrar derecesidir.

Uluslararası yatırım tahkimi bağlamında, AHM standardının ihlaline ilişkin uyuşmazlıkların çoğunun ev sahibi devlet tarafından alınan bazı düzenleyici eylemler nedeniyle ortaya çıkması, değişim ve istikrar arasındaki gerilim yaratmaktadır. Bu durum, ev sahibi devlet, örneğin bir kriz durumuna karşılık olarak veya önemli bir kamu yararı için, yabancı yatırımı etkilemesi muhtemel düzenleyici politikayı değiştirmeye çalıştığında doğal bir gerilim yaratmaktadır. Diğer tarafta ise yatırımcılar, yatırımlarının etkilenmemesi için yatırım yaptıkları yasal ortamın istikrarlı kalmasını talep etmektedir.¹⁵⁶² Hakem heyetlerinin sürekli olarak belirttiği gibi, bir yatırımcı, hukuk sisteminin donup sabit kalmasını bekleyemez. Kanunlar her zaman gelişir ve değişir. Buradaki zorluk, bir mevzuat değişikliğine AHM standardı kapsamında ne ölçüde izin verilebileceğini belirleyebilmektir.¹⁵⁶³

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardın Bir Parçası Olarak İstikrar ve Öngörülebilirlik

Hakem heyetleri, yasal çerçevenin istikrarı ve öngörülebilirliğinin AHM'nin temel bir unsuru olduğunu sıklıkla vurgulamış ve AHM standardının uygulanmasında ev sahibi devletin yasal çerçevesinin istikrarının önemine atıfta bulunmuştur.¹⁵⁶⁴ Doktrinde birçok yazar istikrar ve öngörülebilirliğin AHM'nin ayrı bir unsuru olarak var olduğu belirtirken, bazıları ise istikrar ve öngörülebilirliğin yalnızca meşru beklentilerin unsurları olarak var olabileceğini öne sürmüşlerdir.¹⁵⁶⁵ Bu kapsamda yatırımcılar iç hukuk kapsamında haklar elde ettiklerinde, AHM standardı bu hakların kullanımı ve bunlardan yararlanılmasına ilişkin meşru beklentileri koruyacak ve bu da

¹⁵⁶¹ a.yer.

¹⁵⁶² Islam, The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration, s. 17.

¹⁵⁶³ Yulia Levashova, "Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law", *Netherlands International Law Review*, C. 67, S. 2, 2020, s. 250, doi:10.1007/s40802-020-00170-7.

¹⁵⁶⁴ *Occidental Exploration v. Ekvador*; Nihai Karar, § 183-184; *CMS v. Arjantin*, Karar, § 274-276; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 124; *Sempra v. Arjantin*, Karar, § 300; *BG Group v. Arjantin*, Nihai Karar, § 307; *Bayındır v. Pakistan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 239; *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 173; *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 232; *Unglaube v. Kosta Rika*, Karar, § 248.

¹⁵⁶⁵ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 286.

yasal çerçevede temel düzeyde bir istikrar ve öngörülebilirlik gerektirecektir. Bunun sonucu olarak, yasal çerçevede meşru olarak kazanılmış hakların içeriğini boşaltan köklü değişikliklerin AHM standardını ihlal etmesi muhtemeldir.¹⁵⁶⁶

Yasal ve ticari çerçevenin istikrarı, AHM'nin temel bir unsuru belirten kararlar bulunmaktadır.¹⁵⁶⁷ *PSEG v. Türkiye* davasında, hakem heyeti, “Yasanın, yorumlanması ve uygulanmasında olduğu gibi, sürekli ve durmaksızın değiştiği bir durumda [istikrar] var olamaz. Bu davada değişen sadece yasalar değil, özellikle de yönetimin tutum ve politikalarıydı”¹⁵⁶⁸ tespitini yapmıştır ve aynı zamanda yatırımları ev sahibi tarafın ulusal kanunları ve idaresinin olası değişkenliklerine karşı korumanın AHM standardının bir parçası olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁶⁹ İlgili AHM hükmünde istikrara açıkça atıfta bulunulmasa bile, hakem heyeti istikrarı AHM'nin temel bir unsuru olarak görmüştür.¹⁵⁷⁰

CMS v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM'nin istikrar ve öngörülebilirlikten ayrılamayacağına hükmetmiştir. Hakem heyeti, davacının yatırımı için öngörülebilir bir çerçeve sağlanmadığından, AHM standardının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵⁷¹ Hakem heyeti, ev sahibi devletin tedbirlerini bir bütün olarak değerlendirirken AHM'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır: “*Şikâyet edilen tedbirler aslında yatırımın kararlaştırıldığı ve yapıldığı yasal ve ticari ortamı tamamen dönüştürmüş ve değiştirmiştir. Yukarıda, tarife rejimi ve bunun dolar standardı ve ayarlama mekanizmaları ile ilişkisi hakkında yapılan tartışma, bu unsurların Davacının ticari faaliyetlerini yöneten rejimde artık mevcut olmadığını açıkça göstermektedir. Ayrıca, yasal çerçeve ve çeşitli bileşenleri kapsamında bu bağlamda verilen garantilerin yatırım kararı için çok önemli olduğu tespit edilmiştir.*”¹⁵⁷² Hakem heyeti, AHM standardının anlamını yorumlarken, yatırım antlaşmasının giriş bölümünde ifade edilen amaçlarından biri olan yatırımlar ve ekonomik kaynakların

¹⁵⁶⁶ a.yer.

¹⁵⁶⁷ *CMS v. Arjantin*, Karar, § 274; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 124; *Occidental Exploration v. Ekvador*, Nihai Karar, § 183.

¹⁵⁶⁸ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 254.

¹⁵⁶⁹ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 253.

¹⁵⁷⁰ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 205.

¹⁵⁷¹ *CMS v. Arjantin*, Karar, § 276.

¹⁵⁷² *CMS v. Arjantin*, Karar, § 275.

azami etkin kullanımı için istikrarlı bir çerçeve sağlamak ifadesine dayanarak istikrarlı bir yasal ve ticari ortamın AHM'nin temel bir unsuru olduğu sonucuna varmıştır.¹⁵⁷³

LG&E v. Arjantin davasında, hakem heyeti, Arjantin'in aldığı tedbirlerin, yatırımın başlangıçta yapıldığı yasal ve ticari ortamı tamamen dönüştürdüğü ve değiştirdiği için geçerli AHM standardını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, gerekli öngörülebilirlik ve istikrara ters düşmüşlerdir.¹⁵⁷⁴ Hakem heyetine göre taraf devletteki yasal ve ticari çerçevenin istikrarı, AHM standardının temel bir unsurudur.¹⁵⁷⁵ Davacılar, Arjantin hükümetinin, özel olarak garanti edilen tarife ayarlamalarının askıya alınmasına yol açan Olağanüstü Hal Kanunu ve Döviz Kuru Kanunu'nu yürürlüğe koyarak yatırım antlaşmasını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

LG&E v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, AHM ihlali sonucuna, ilgili yatırım antlaşmasının giriş bölümünün yatırım için istikrarlı bir çerçevenin sürdürülmesine atıfta bulunduğunu vurgulayarak varmıştır: “*Arjantin ve Amerika Birleşik Devletleri'nin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını dahil ettiği bağlamı ve bu standardın hedef ve amacını değerlendiren Mahkeme, Antlaşma'nın Giriş bölümünde iki ülkenin “yatırımlar için istikrarlı bir çerçevenin korunması ve ekonomik kaynakların azami düzeyde etkin kullanımı için yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele edilmesinin arzu edilir olduğu” konusunda mutabık kaldıklarını gözlemlemektedir. İkili Antlaşma'yı bir bütün olarak kabul ederken taraflar “daha fazla ekonomik iş birliğini teşvik etmek” ve “özel sermaye akışını ve tarafların ekonomik kalkınmasını teşvik etmek” istemişlerdir. Belirtilen bu hedefler ışığında, bu Mahkeme, ev sahibi devletin varlığı için herhangi bir tehlike oluşturmaması koşuluyla, yasal ve ticari çerçevenin istikrarının bu davada adil ve hakkaniyete uygun muamelenin temel bir unsuru olduğu sonucuna varmalıdır.*”¹⁵⁷⁶ *Unglaube v. Kosta Rika* davasındaki hakem heyeti de *LG&E v. Arjantin* davasındaki AHM standardı onaylayarak, yasal ve ticari çerçevenin istikrarının AHM'nin temel bir unsuru olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁷⁷

¹⁵⁷³ *CMS v. Arjantin*, Karar, § 274.

¹⁵⁷⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 132-3.

¹⁵⁷⁵ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 125.

¹⁵⁷⁶ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 124.

¹⁵⁷⁷ *Unglaube v. Kosta Rika*, Karar, § 248.

Total v. Arjantin davasında, hakem heyeti, “Mahkemeler, yatırımcının meşru beklentilerinin korunması ilkesine, özellikle de ev sahibi devletin yatırıma uygulanabilir yasal çerçevesinin ‘istikrarına’ atıfta bulunarak, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının bir parçası olarak sıklıkla atıfta bulunmuşlardır”¹⁵⁷⁸ vurgusunu yapmıştır. Ancak, hakem heyeti, Arjantin-Fransa BIT’sinin (1991) istikrar konusunda sessiz kalması ve hatta giriş bölümünde bu amaca atıfta bulunmaması nedeniyle, yatırım antlaşmasının bu amaca hizmet etmediğine karar vermiştir: “Yasal iç çerçevenin istikrarı, Akit Tarafların kendi yatırımcılarına sağlamayı taahhüt ettikleri iç hukuk rejiminin özel bir unsuru olarak öngörülmemiştir.”¹⁵⁷⁹

Sempra v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM standardındaki istikrar unsurunun önemini vurgulamıştır. AHM’nin adaletin amacına hizmet eden bir standart olduğunu ve hukuka aykırı olan ve aksi takdirde gözetimsiz geçecek olan zararı kendi başına telafi edebileceğini vurguladıktan sonra “Önemli olan, sonuçta hukukun istikrarının ve yasal yükümlülüklerle uyulmasının güvence altına alınması ve böylece antlaşmayla amaçlanan korumanın hedef ve amacının korunmasıdır”¹⁵⁸⁰ tespiti yapmıştır

BG Group Plc v. Arjantin davasında, hakem heyeti, istikrar ve öngörülebilirliğin hukuk sisteminin dondurulması anlamına gelmesi de AHM standardının doğasında olduğunu teyit etmiştir. Arjantin’in istikrar ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal eden ve Arjantin tarafından temsil edilen belirli taahhütleri hayal kırıklığına uğratan bir dizi radikal önlem olarak yasal ve ticari ortamı tamamen değiştirmesi nedeniyle ev sahibi devletin AHM yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵⁸¹

Hochtief v. Arjantin davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin pesifikasyon yoluyla dolar garantisinden vazgeçmesinin AHM’yi ihlal etmediğine, ancak davalının finansal krizin sona ermesinin ardından yatırımcının beklediği ticari dengeyi yeniden

¹⁵⁷⁸ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 114; ayrıca bkz. *Enron v. Arjantin*, Karar, § 259-62; *Cargill v. Polonya*, Nihai Karar, § 456; *Continental Casualty v. Arjantin*, Nihai Karar, § 258; *Mobil Investments v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 153; *TECO v. Guatemala*, Karar, § 629-30; *Mamidoil v. Arnavutluk*, Karar, § 598-621; *UAB E Energija v. Letonya*, Karar, § 836.

¹⁵⁷⁹ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 116.

¹⁵⁸⁰ *Sempra v. Arjantin*, Karar, § 300.

¹⁵⁸¹ *BG Group v. Arjantin*, Nihai Karar, § 307.

sağlamak için etkilenen imtiyaz sözleşmesini yeniden müzakere etmeyi reddetmesinin AHM ihlali teşkil ettiğine karar vermiştir.¹⁵⁸²

Impregilo v. Arjantin davasında, hakem heyeti, acil durum önlemlerinin bir sonucu olarak istikrarın ihlal edildiğine karar vermemiş, bunun yerine, “*Arjantin’in imtiyazda makul bir dengeyi yeniden tesis edemeyerek, durumunu BIT kapsamındaki Impregilo’nun yatırımına adil ve hakkaniyetli bir muamele sağlama yükümlülüğünün ihlalini teşkil edecek ölçüde ağırlaştırdığına*” karar vermiştir.¹⁵⁸³

Arjantin davalarının ötesinde, istikrar ve öngörülebilirlik, ilgili yatırım antlaşmasının istikrara açık bir atıf içermediği durumlarda bile, AHM’nin kabul edilen unsurları gibi görünmektedir. Örneğin, *Bayındır v. Pakistan* davasındaki yargı yetkisine ilişkin kararda, hakem heyeti “*Pakistan’ın adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün yatırım için istikrarlı bir çerçeve sağlama yükümlülüğünü içerdiğinin ilk bakışta göz ardı edilemeyeceğini*” değerlendirmiştir.¹⁵⁸⁴

NAFTA mahkemeleri de istikrarı AHM’nin bir parçası olarak görmüştür. *Merrill & Ring Forestry LP v. Kanada* davasında, hakem heyeti, “*Yasal ortamın istikrarı da adil ve hakkaniyete uygun muamele açısından dikkate alınması gereken bir husustur. Devlet uygulaması ve içtihadı, yatırımı düzenleyen yasal çerçevede ani ve keyfi değişikliklerden kaçınmak için böyle bir gerekliliği sürekli olarak desteklemiştir*”¹⁵⁸⁵ sonucuna ulaşmıştır.

Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan davasında, hakem heyeti, yasaların geriye dönük uygulanmasının AHM ihlali olacağını tespit etmiştir: “*Geriye dönük vergilendirmenin haklı görülebileceği tüm olası senaryoları sıralamak gerçekçi olmasa da, ulusal ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarından alınan yukarıdaki örnekler, bir yandan bireyin hukuki belirlilik/istikrar/öngörülebilirlik menfaatleri ile diğer yandan devletin kamu yararına düzenleme yapma yetkisi arasındaki uygun dengenin, Mahkemenin ad hoc olduğu, devletin yargı mekanizmasının bir parçası olmadığı ve yasama veya politika oluşturma yetkisine sahip olmadığı akılda tutularak,*

¹⁵⁸² *Hochtief v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/07/31, Sorumluluk Kararı, 29 Aralık 2014, § 251.

¹⁵⁸³ *Impregilo v. Arjantin*, Karar, § 331.

¹⁵⁸⁴ *Bayındır İnşaat v. Pakistan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 239.

¹⁵⁸⁵ *Merrill & Ring v. Kanada*, Karar, § 232.

makuliyet ve orantılılık ilkelerine atıfta bulunularak sağlanması gerektiğini göstermektedir. Bu dengeleme, vergi tedbirlerinin geriye dönük olarak uygulanmasını haklı çıkarmak için verilen özel nedenlerin değerlendirilmesiyle sağlanabilir. “Geriye dönük uygulamaya özgü” geçerli bir gerekçe yoksa, tedbirler muhtemelen vergi mükellefinin hukuki belirlilik menfaatine makul olmayan ve orantısız bir müdahale teşkil edecektir. Bu tür tedbirler, VAHS m. 31.3.(c) uyarınca bu genel ilkeler doğrultusunda yorumlanan AHM standardına da aykırı olacaktır.”¹⁵⁸⁶

B. Meşru Beklentilerin Bir Parçası Olarak İstikrar ve Öngörülebilirlik

ECT’nin AHM maddesi, antlaşma tarafların yatırımcıların yatırım yapmaları için istikrarlı, hakkaniyetli, elverişli ve şeffaf koşullar yaratmalarını ve bu koşulların AHM taahhüdünü içermesini öngörmektedir. Bu durum, istikrar sağlama yükümlülüğünün AHM’den ayrı mı yoksa onun bir parçası mı olduğu konusunda bir tartışmayı tetiklemiştir. ECT kapsamındaki davalara bakan hakem heyetleri, büyük ölçüde istikrar sağlama yükümlülüğünün AHM’nin parçası olduğu görüşünü benimsemiş görünmektedir. *Charanne v. İspanya*, *Blusun v. İtalya*, *RREEF v. İspanya* davasındaki yaklaşımlar buna yaklaşıma örnektir.¹⁵⁸⁷ Ancak, istikrar yükümlülüğünü meşru beklentilerin bir parçası olduğunu belirten kararlar da mevcuttur.

Isolux v. İspanya davasında, hakem heyeti, istikrarlı koşullar yaratma yükümlülüğünün yatırımcının meşru beklentilerine saygı gösterme yükümlülüğünün bir örneğinden başka bir şey olmadığını belirtmiştir.¹⁵⁸⁸

Plama v. Bulgaristan davasında, hakem heyeti, istikrarlı ve hakkaniyete uygun koşulların açıkça ECT kapsamındaki AHM standardın bir parçası olduğuna karar vermiş¹⁵⁸⁹ ve böylece davalının ECT’nin istikrar yükümlülüğünün sadece yatırım öncesi konulara uygulandığı yönündeki argümanını reddetmiştir.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁸⁶ *Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan*, Karar, § 1802.

¹⁵⁸⁷ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 476-514; *Blusun v. İtalya*, Karar, § 312-19; *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 314.

¹⁵⁸⁸ *Isolux v. İspanya*, SCC Dava V2013/153, Karar, 12 Temmuz 2016, § 765.

¹⁵⁸⁹ *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 171.

¹⁵⁹⁰ *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 173.

Eiser v. İspanya davasında, hakem heyeti, AHM'nin istikrar unsurunun mevzuat değişiklikleri yoluyla ihlal edilebileceğine karar vermiştir: “*Adil ve hakkaniyete uygun muamele, yatırımcıları, önceki rejime güvenerek yapılan mevcut yatırımların koşullarını dikkate almayan bir şekilde düzenleyici rejimde yapılan temel bir değişikliğe karşı korur.*”¹⁵⁹¹ Hakem heyeti, “*Bağlamı ve ECT'nin amaç ve hedefini dikkate alan Mahkeme, m. 10(1)'in adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün, yatırımcıların uzun vadeli yatırım yaparken güvendikleri yasal rejimin temel özelliklerinde temel bir istikrar sağlama yükümlülüğünü zorunlu olarak kapsadığı sonucuna varmıştır. Bu, düzenleyici rejimlerin gelişemeyeceği anlamına gelmez. Elbette gelişebilirler. “Herhangi bir yatırımcının meşru beklentileri [...] yetkili makamlar tarafından kanunla kendilerine verilen yetkilerin sınırları dahilinde yasal çerçevede makul değişiklikler ve düzeltmeler yapılması olasılığını da içermelidir.” Ancak, m. 10(1)'in adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğü, mevcut yatırımlara uygulanan düzenleyici rejimlerin, bu rejimlere güvenerek yatırım yapan yatırımcıları yatırımlarının değerinden mahrum bırakacak şekilde kökten değiştirilemeyeceği anlamına gelmektedir*”¹⁵⁹² sonucuna ulaşmıştır.

Novenergia v. İspanya davasındaki hakem heyeti, *Isolux v. İspanya*, *Plama v. Bulgaristan* ve *Eiser v. İspanya* davalarındaki hakem heyetleriyle aynı sonuca varmıştır: “*İstikrar ve şeffaflık yükümlülüğü, ayrı veya bağımsız bir yükümlülük olmaktan ziyade, AHM standardı aracılığıyla yatırımcının meşru beklentilerine saygı gösterme yükümlülüğünün bir örneğidir.*”¹⁵⁹³

C. İstikrarın Sınırı

Öngörülebilirlik, yatırım korumasının temel taşıdır. Buradaki fikir, yatırımları daha hesaplanabilir hale getirerek siyasi riski azaltmaktır. İstikrar öncelikle ev sahibi devletin yasal çerçevesinin kalitesiyle ilgilidir.¹⁵⁹⁴ Ancak, yatırımcının istikrar bekleme hakkı mutlak değildir. AHM'nin ev sahibi devletin hukukunu değiştirmemeyi, yani istikrarlı tutmayı açıkça taahhüt ettiği açık bir istikrar hükmünün yerine geçmemesi gerektiği açıktır. Bu durum, yatırım tahkimi hakem heyetleri

¹⁵⁹¹ *Eiser v. İspanya*, Karar, § 363.

¹⁵⁹² *Eiser v. İspanya*, Karar, § 382.

¹⁵⁹³ *Novenergia II v. İspanya*, SCC Dava No. 2015/063, Nihai Karar, 15 Şubat 2018, § 646.

¹⁵⁹⁴ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 205.

tarafından da kabul edilmiş ve düzenleyici alandaki her değişikliğin, AHM'nin istikrar unsurunun ihlali anlamına gelmeyeceği, yalnızca köklü veya ayrımcı değişikliklerin AHM kapsamında istikrar ihlali oluşturabileceği belirtilmiştir.¹⁵⁹⁵

Yatırımcılar, düzenleyici çerçevedeki her olumsuz değişikliğe karşı değil, yalnızca altında faaliyet gösterdikleri düzenleyici çerçevedeki temel değişikliklere karşı korunmaktadır. Önemli olan, tedbirlerin normal düzenleyici yetkileri aşp aşmadığı ve yatırım için düzenleyici çerçeveyi kabul edilebilir bir değişiklik marjının ötesinde temelden değiştirip değiştirmediğidir.¹⁵⁹⁶ Hakem heyetleri, yatırımcının istikrar hakkı ile devletin düzenleme hakkı arasında karar verirken, yatırımcının meşru beklentileri ile devletin kamu yararına hareket etme yükümlülüğü arasında bir denge kurmaktadır.¹⁵⁹⁷

Toto v. Lübnan davasında, hakem heyeti, düzenleyici çerçevedeki temel özelliklerin değişikliğine vurgu yapmıştır: “Mevcut davada verilmemiş olan bir istikrar hükmü veya benzer bir taahhüdün yokluğunda, düzenleyici çerçevedeki değişiklikler, yalnızca işlemin temel özelliklerinde ciddi veya ayrımcı bir değişiklik olması durumunda tam koruma ve adil ve eşit muamele sağlama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecektir.”¹⁵⁹⁸

EDF v. Romanya davasında, hakem heyeti, yatırım antlaşmasının sigorta poliçesi olmadığını belirtmiştir: “Meşru beklentilerin ve dolayısıyla AHM'nin yasal ve ticari çerçevenin istikrarı anlamına geldiği fikri, aşırı geniş ve niteliksiz bir formülasyonla ifade edilirse doğru olmayabilir. Bu durumda AHM, devletin normal düzenleme

¹⁵⁹⁵ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 471.

¹⁵⁹⁶ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 402; *Toto v. Lübnan*, Karar, § 244; *Charanne v. İspanya*, Karar, § 517; *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 423; *Eiser v. İspanya*, Karar, § 363; *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 656; *Masdar v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/1, Karar, 16 Mayıs 2018, § 484; *Antin v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/13/31, Karar, 15 Haziran 2018, § 531; *Foresight v. İspanya*, Nihai Karar, § 359, 397-398; *RWE v. İspanya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Tazminata İlişkin Bazı Hususlar Hakkında Karar, § 610-2.

¹⁵⁹⁷ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 306; *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 177; *Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 273; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 123-4, 162, 309, 429; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 358; *EDF v. Arjantin*, Karar, § 1005; *Electrabel v. Macaristan*, Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Kararı, § 7.77; *Arif v. Moldova*, Karar, § 537; *Micula v. Romanya I*, Karar, § 529; *Perenco v. Ekvador*, Kalan Yetki ve Sorumluluk Konuları Hakkında Karar, § 560; *Urbaser v. Arjantin*, Karar, § 622-623; *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 360(9); *Greentech v. İtalya*, SCC Dava No. 2015/095, Nihai Karar, 23 Aralık 2018, § 454; *Stadtwerke München v. İspanya*, Karar, § 264.

¹⁵⁹⁸ *Toto Costruzioni v. Lübnan*, Karar, § 244.

gücünün ve ekonomik hayatın evrimsel karakterinin aksine, ekonomik faaliyetlerin yasal düzenlemesinin fiilen dondurulması anlamına gelebilir. Devlet tarafından yatırımcıya özel vaatlerde veya beyanlarda bulunulduğu durumlar hariç olmak üzere iki taraflı bir yatırım antlaşmasına, ev sahibi devletin yasal ve ekonomik çerçevesindeki herhangi bir değişiklik riskine karşı bir tür sigorta poliçesi olarak güvenemez. Böyle bir beklenti ne meşru ne de makul olacaktır.”¹⁵⁹⁹

AHM'nin bir başarı veya karlılık garantisi olarak görülemeyeceği fikri, *Vannessa Ventures v. Venezuela* davasında vurgulanmıştır: “AHM standardının kesin içeriğine ilişkin farklı formülasyonlar’ olduğunu kabul eden mahkeme tarafından da vurgulanmıştır, ancak şu gözlemde bulunmuştur “Hepsinin ortak noktası, standardın bir yatırımın başarısını veya karlılığını garanti etmemesi, ancak yatırımlara yönelik muamelenin tüm yatırımcıların bekleme hakkına sahip olduğu asgari bir adalet ve hakkaniyet standardının altına düşmemesini gerektirmesidir.”¹⁶⁰⁰

Renée Rose Levy v. Peru davasında, hakem heyeti, istikrar kavramının değişiklik yapılmasını tamamen imkansız hale getirmediğini tespit etmiştir: “İstikrar, hukuk sisteminin dondurulması veya devletin yatırımcının yatırımı yaptığı tarihte yürürlükte olan kanun ve diğer düzenlemelerde reform yapmasının imkansız hale getirilmesi anlamına gelmez.”¹⁶⁰¹

Saluka v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, yatırımcı beklentilerinin koşullar ışığında meşruiyet ve makuliyet seviyesine yükselmesi gerektiğini¹⁶⁰² ve aynı zamanda “Hiçbir yatırımcı, yatırımın yapıldığı tarihte geçerli olan koşulların tamamen değişmeden kalmasını makul bir şekilde bekleyemez. Yabancı yatırımcının beklentilerinin engellenmesinin haklı ve makul olup olmadığını belirlemek için, ev sahibi devletin daha sonra iç meseleleri kamu yararına düzenleme meşru hakkı da dikkate alınmalıdır”¹⁶⁰³ tespitini yaparak sınırsız bir istikrar beklenemeyeceğini belirtmiştir.

¹⁵⁹⁹ *EDF (Services) v. Romanya*, Karar, § 217.

¹⁶⁰⁰ *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Karar, § 221.

¹⁶⁰¹ *Levy de Levi v. Peru*, Karar, § 319.

¹⁶⁰² *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 304.

¹⁶⁰³ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 305.

El Paso v. Arjantin davasında, hakem heyeti, AHM'nin yasal ve ticari çerçevenin istikrarını ima ettiği düşünülen davalar silsilesine kesin bir şekilde karşı çıkmış ve ekonomik ile hukuki yaşamın doğası gereği evrimsel olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁰⁴ Hakem heyeti, yasal ve ticari çerçevenin istikrarı AHM'nin temel unsurudur ifadesin katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği ve yatırım antlaşmalarının amacının da devletlerin yatırımların gerçekleştiği ekonomik ve yasal koşulların sonsuza kadar değişmeden kalacağını garanti etmek olmadığını belirtmiştir.¹⁶⁰⁵ Hakem heyeti, istikrar beklentilerinin objektif olarak makul olması gerektiğinde ısrar ederek, istikrar unsurunu açıkça meşru beklentiler konusuna bağlamış ve ev sahibi devletin hukuk sistemini değiştirmeyeceğine dair sözde genel bir taahhüdüne dayanmanın mantıksız olacağına ısrar etmiştir. Dolayısıyla, bu tür bir istikrar yükümlülüğünün bir yatırım antlaşmasının girişinde genel olarak istikrar terimleriyle ifade edilmesini de reddetmiştir: *“Bir AHM hükmü kapsamında, yabancı bir yatırımcı, ekonomik, sosyal veya diğer nitelikte bir gerekçe olmaksızın kuralların değiştirilmeyeceğini bekleyebilir. Buna karşılık, bir devletin tüm yabancı yatırımcılara koşullar ne olursa olsun mevzuatını asla değiştirmeyeceğine dair genel bir taahhütte bulunması düşünülemez ve bir yatırımcının böyle bir dondurmaya güvenmesi mantıksız olacaktır. Bu nokta Continental davasında, hakem heyeti, tarafından da belirtilmiştir: ‘... bir ülkenin zaman ve ihtiyaçlar değiştikçe mevzuatını değiştirmeyeceğine dair söz vermesi, hatta herhangi bir türde veya kaynaktan bir kriz ortaya çıkması durumunda böyle bir şartla elini kolunu bağlaması mantıksız olacaktır. BIT'nin Giriş bölümünde istikrara ilişkin böyle bir ima, Antlaşmanın etkili bir şekilde yorumlanmasına aykırı olacaktır; yabancı bir yatırımcının böyle bir imaya güvenmesi yersiz ve gerçekten de mantıksız olacaktır.”*¹⁶⁰⁶

Total v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, istikrar için açık bir taahhüt aramış ve *“Ev sahibi devlet tarafından verilmiş bir ‘söz’ veya ikili yatırım antlaşmasının kendisinde özel bir hüküm bulunmaması halinde, yatırımın yapıldığı tarihte ev sahibi devlette yürürlükte olan yasal rejim, sırf ev sahibi devlet yabancı yatırımcının ülkesiyle ikili bir yatırım antlaşması imzaladı diye otomatik olarak bir istikrar ‘garantisine’ tabi değildir”*¹⁶⁰⁷ tespitinde bulunmuştur.

¹⁶⁰⁴ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 352.

¹⁶⁰⁵ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 350.

¹⁶⁰⁶ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 372.

¹⁶⁰⁷ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 117.

AES v. Macaristan davasında, hakem heyeti, ECT'nin AHM maddesinde yer alan açık istikrar yükümlülüğü üzerinde durmuştur. Bununla birlikte, AHM kapsamındaki istikrar yükümlülüğünün, sözleşmesel bir istikrar hükmüne benzetilmemesi gerektiğini vurgulamıştır: “ECT'nin bahsettiği istikrar koşulları, yatırımın gerçekleştiği çerçeve ile ilgilidir. Bununla birlikte, bu bir istikrar hükmü değildir. Yasal çerçeve tanımı gereği değişime tabidir çünkü her geçen gün yeni koşullara uyum sağlar ve bir devlet yasama faaliyetlerini de içeren yetkilerini kullanma konusunda egemenlik hakkına sahiptir.”¹⁶⁰⁸ Bu nedenle hakem heyeti: “Bir devletin teşvik etmesi ve yaratması gereken istikrarlı koşulların kapsamını belirlemek, her zaman yatırımcının yatırım yapma kararını çevreleyen özel koşullara ve devlet tarafından kamu yararına alınan tedbirlere bağlı olacağı için karmaşık bir iştir.”¹⁶⁰⁹ Hakem heyeti, istikrarlı bir yasal ve ticari çerçeve sağlanması konusunda herhangi bir başarısızlık olmadığına hükmetmiş ve Macaristan tarafından, egemenlik hakkını kanunlarını değiştirmekle sınırlayabilecek (istikrar maddesi gibi) veya yatırımcıyı kanunda herhangi bir değişiklik olmayacağına meşru bir şekilde inandırabilecek herhangi bir özel taahhütte bulunulmadığını vurgulamıştır.¹⁶¹⁰

Eiser v. İspanya davasında, hakem heyeti, AHM'nin yatırımcıları, önceki rejime güvenerek yapılan mevcut yatırımların koşullarını dikkate almayan bir şekilde düzenleyici rejimde yapılan temel bir değişikliğe karşı koruduğunu belirtmiş ve bu temelde, davacıların maruz kaldıkları toptan ve makul olmayan değişikliğe karşı korundukları sonucuna varmıştır.¹⁶¹¹ Hakem heyeti, ev sahibi devlet tarafından güneş enerjisi sektörüne getirilen düzenleyici değişiklikleri analiz ederken, bunların küçük uyarlamalar değil, aslında yatırımcıların tüm işlerini yok eden radikal değişiklikler olduğunu vurgulamıştır: “ECT'nin 10(1) Maddesi, İspanya'nın, yatırımlarının bağlı olduğu rejimi, değerini yok edecek şekilde büyük ölçüde ve aniden değiştirmeyeceğini beklmelerini gerektirmektedir.”¹⁶¹²

Novenergia v. İspanya davasında, hakem heyeti, *Eiser v. İspanya* mahkemesi ile aynı sonuca varmış ve İspanya Krallığı tarafından 2013 ve 2014 yıllarında yürürlüğe

¹⁶⁰⁸ *AES Summit v. Macaristan*, Karar, § 9.3.29.

¹⁶⁰⁹ *AES Summit v. Macaristan*, Karar, § 9.3.30.

¹⁶¹⁰ *AES Summit v. Macaristan*, Karar, § 9.3.31.

¹⁶¹¹ *Eiser v. İspanya*, Karar, § 363.

¹⁶¹² *Eiser v. İspanya*, Karar, § 387.

konan radikal değişikliklerin sabit uzun vadeli yenilenebilir enerji kaynaklarına verilen orijinal tarife garantisini (FIT) kesin olarak ortadan kaldırdığına ve bunu geriye dönük olarak yaptığına, dolayısıyla ECT kapsamındaki AHM yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁶¹³

Antin v. İspanya davasında, hakem heyeti, *Charanne v. İspanya* ve *Eiser v. İspanya* mahkemelerine dayanarak, ECT kapsamındaki istikrar yükümlülüğüne ilişkin anlayışını özetlemiştir: “ECT’nin 10(1) maddesi kapsamındaki korunan yatırımlara AHM sağlama yükümlülüğü, yatırımcıların uzun vadeli yatırımlar yaparken güvendikleri yasal rejimin temel özelliklerinde temel bir istikrar sağlama yükümlülüğünü içermektedir. Bu, yasal çerçevenin gelişemeyeceği veya ECT’ye Taraf bir devletin, rejimi kamu yararına değişen koşullara uyarlamak için düzenleyici yetkilerini kullanmaktan alıkonulduğu anlamına gelmez. Bu daha ziyade, enerji sektöründe yatırımları teşvik etmek için özel olarak oluşturulan bir düzenleyici rejimin, bu rejimlere güvenerek yatırım yapan yatırımcıları etkileyecek şekilde mevcut yatırımlara uygulanırken radikal bir şekilde değiştirilemeyeceği - yani temel özelliklerinden arındırılmayacağı - anlamına gelir.”¹⁶¹⁴ *Eiser v. İspanya* ve *Novenergia v. İspanya* kararlarında olduğu gibi *Antin v. İspanya* davasındaki hakem heyeti de İspanyol mevzuat değişikliklerinin ECT kapsamındaki istikrar yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Hakem heyeti, yatırımcıların yenilenebilir enerji tesisleri için makul bir getiri oranı hesaplamaya yönelik yeni rejimin artık objektif ve tanımlanabilir kriterlere dayanmadığını vurgulamıştır.¹⁶¹⁵

Masdar v. İspanya davasında, hakem heyeti, AHM’nin istikrar unsuruna ilişkin, “AHM, bir yatırımcının (i) yatırımın yapıldığı yasal çerçevenin makul olmayan veya gerekçesiz değişikliklere tabi tutulmayacağından emin olmasını sağlamayı amaçlayan bir standart teşkil etmektedir”¹⁶¹⁶ tespitini yapmıştır.

Foresight v. İspanya davasında, hakem heyetinin çoğunluğu İspanyol mevzuat değişikliklerinin yasal ve düzenleyici çerçevede, telafi edilemez bir düzenleyici tedbirden ECT’deki AHM standardının telafi edilebilir bir ihlaline giden çizgiyi aşan

¹⁶¹³ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 697.

¹⁶¹⁴ *Antin v. İspanya*, Karar, § 532.

¹⁶¹⁵ *Antin v. İspanya*, Karar, § 568.

¹⁶¹⁶ *Masdar v. İspanya*, Karar, § 484.

temel bir değişiklik teşkil ettiği sonucuna varmıştır.¹⁶¹⁷ Hakem heyeti, ECT’deki AHM standardının yatırımcıları yatırımların yapıldığı yasal veya düzenleyici çerçevedeki radikal veya temel bir değişikliğe karşı koruduğunu belirtmiştir.¹⁶¹⁸ Hakem heyeti, tartışmalı İspanya tedbirlerinin radikal ve beklenmedik olması sebebiyle AHM’nin istikrar unsurunu ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁶¹⁹

RREEF v. İspanya davasında, hakem heyeti, istikrarın sınırsız olmadığını belirtmiştir: “İstikrar mutlak bir kavram değildir; açık bir istikrar hükmü olmadıkça, değişmezlikle aynı anlama gelmez... Bununla birlikte, istikrarlı bir ortam yaratma yükümlülüğü, yatırımların koşullarında öngörülemeyen radikal bir dönüşümü kesinlikle dışlamaktadır.”¹⁶²⁰

Wirtgen v. Çek Cumhuriyeti davasında, güneş enerjisi sektöründeki yatırımcılar için geçerli olan düzenleyici rejimde yapılan değişikliğin kapsamı söz konusuydu. Hakem heyeti, yenilenebilir enerji kaynaklarına verilen orijinal tarife garantisinde (FIT) yapılan değişikliklerin ciddi olmadığını ve başlangıçta öngörülen getirileri 15 yıllık bir süre boyunca koruduğunu tespit ettiğinden, AHM’nin istikrar unsurunun ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir.¹⁶²¹

İstikrara ilişkin sınırın nerede çizileceği tartışmalıdır. İç hukukun istikrarı ve öngörülebilirliği sadece hükümetin hukuk ve politika oluşturma süreçlerinin normal işleyişiyle ilgili olabilir ve hukukun üstünlüğünün anayasal bağlamlardaki işlevine uygun olarak, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletteki mevzuat değişikliklerinden tamamen muaf olması gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. AHM kapsamında istikrar ve öngörülebilirlik, yasal çerçevenin asla değişmeyeceğine dair değişmez bir taahhüt değildir ve yatırım projeleri için bir iş veya kar garantisi olarak hizmet etmemelidir.¹⁶²²

D. Ev Sahibi Devletin Düzenleyici Çerçeve Değişiklik Yapma Hakkı

¹⁶¹⁷ *Foresight vd. v. İspanya*, Nihai Karar, § 398.

¹⁶¹⁸ *Foresight vd. v. İspanya*, Nihai Karar, § 359.

¹⁶¹⁹ *Foresight vd. v. İspanya*, Nihai Karar, § 397.

¹⁶²⁰ *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 315.

¹⁶²¹ *Wirtgen v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 406.

¹⁶²² Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 731.

Hakem heyetleri, ev sahibi devletin kamu yararına düzenleme hakkının dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, istikrar ihtiyacı, ev sahibi devletin hukuk sistemini değişen koşullara uyarlamak için her türlü fırsattan mahrum bırakılması anlamına gelemmez.¹⁶²³ *Electrabel v. Macaristan* davasında, hakem heyeti, bunu çok açık bir şekilde ifade etmiştir: “Yatırımcıya adil olmayan değişikliklere karşı koruma vaat edilirken, ev sahibi devletin kamu yararına değişen koşullara cevap verebilmek için makul derecede düzenleyici esnekliği muhafaza etme hakkına sahip olduğu iyi bilinmektedir. Sonuç olarak, adil olma gerekliliği yasal çerçevenin değişmezliği olarak değil, yatırımın içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak müteakip değişikliklerin adil, tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde yapılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.”¹⁶²⁴

Yuri Bogdanov ve Yulia Bogdanova v. Moldova davasında, hakem heyeti, yatırımcıların çevresel suçlamalara maruz kalmayacaklarına dair meşru bir beklentileri olup olmadığını değerlendirirken düzenleme hakkına vurgu yapmıştır: “Çevrenin korunması meşru bir amaçtır ve bu yöndeki mevzuatın nesnel ve makul bir gerekçesi vardır. Bu aynı zamanda, bu tür ücretlerin uygulanmasının kendi başına hiçbir şekilde adil ve hakkaniyetli standardı ihlal edemeyeceği anlamına gelir.”¹⁶²⁵

Micula v. Romanya davasında, hakem heyeti, istikrar konusunu ele almış ve bir yatırım antlaşmasının hukuki ve ticari ortamın istikrarını korumasının bir istikrar hükmü ile eşdeğer olarak yorumlanamayacağını vurgulamıştır: “Devlet, aşağıdakilerin farkında olarak ve dolayısıyla bunları dikkate alarak mevzuatını her zaman değiştirebilir: (i) bir yatırımcının meşru beklentileri korunmalıdır; (ii) devletin davranışı maddi açıdan uygun olmalıdır (örneğin, keyfi veya ayrımcı olmamalıdır); ve (iii) devletin davranışı usul açısından uygun olmalıdır (örneğin, yasal sürece ve adil yönetime uygun olmalıdır).”¹⁶²⁶

¹⁶²³ *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 332-8; *BG Group v. Arjantin*, Nihai Karar, § 298; *Plama v. Bulgaristan*, Karar, § 219; *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 258; *AES v. Macaristan*, Karar, § 9.3.27-9.3.35; *Paushok v. Moğolistan*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 302; *Impregilo v. Arjantin*, Karar, § 290-1; *Ulysseas v. Ekvador*, Nihai Karar, § 240- 56; *TECO v. Guatemala*, Karar, § 629; *Mobil & Murphy v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 153; *Levy v. Peru*, Karar, § 319; *Mamidoil v. Arnavutluk*, Karar, § 614, 617; *Teinver v. Arjantin*, Karar, § 668.

¹⁶²⁴ *Electrabel v. Macaristan*, Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Kararı, § 7.77.

¹⁶²⁵ *Iurii Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Moldova (IV)*, SCC Dava No. 091/2012, Nihai Karar, 16 Nisan 2013, § 193.

¹⁶²⁶ *Micula v. Romanya*, Nihai Karar, § 529.

Philip Morris v. Uruguay davasında, hakem heyeti, kamu yararına vurgu yapmıştır: “Genel mevzuatta yapılan değişiklikler (en azından bir istikrar hükmünün yokluğunda), ev sahibi devletin normal düzenleme yetkisinin kamu yararı gözetilerek kullanılmasını aşmıyorsa ve yatırımcının yatırım yaptığı sırada dayandığı düzenleyici çerçeveyi’ kabul edilebilir değişiklik marjının dışında’ değiştirmiyorsa, adil ve eşit muamele standardı tarafından engellenmez.”¹⁶²⁷

Eiser v. İspanya davasında, hakem heyeti, düzenleme hakkı vurgulamıştır: “Yatırımcılara doğrudan verilen ve devletlerin kanunlarını veya düzenlemelerini değiştirmeyeceklerini garanti eden açık taahhütler olmadıkça, yatırım antlaşmaları devletlerin değişen koşulları ve kamu ihtiyaçlarını karşılamak için düzenleyici rejimlerini değiştirme hakkını ortadan kaldırmaz. Diğer mahkemelerin de gözlemlediği gibi, “değişen ekonomik, siyasi ve hukuki koşullara uyum sağlamak için devletin düzenleyici yetkileri hala yürürlüktedir.” “Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı kendi başına düzenleyici istikrar hakkı vermez. Devletin düzenleme yapma hakkı vardır ve yatırımcılar, bir istikrar maddesi veya meşru bir istikrar beklentisine yol açan başka bir özel güvence olmadığı sürece mevzuatın değişeceğini beklemelidir.” Burada ortaya konan soru, antlaşma korumalarının ve özellikle de ECT kapsamındaki yatırımcılara adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün ne ölçüde devreye girebileceği ve bir devletin kabul edilmiş düzenleme hakkının kullanılması sonucunda bir tazminat hakkı doğurabileceğidir.”¹⁶²⁸ Benzer şekilde, *Antin v. İspanya* davasında, hakem heyeti, “ECT kapsamında yatırımcılar için koşulların istikrarına ilişkin özel yükümlülük, devletlerin düzenleyici yetkilerini ortadan kaldırmaz veya kesin olarak sınırlamaz ya da söz konusu devletin ‘yürürlükteki düzenleyici çerçevenin temel özelliklerini aniden ve beklenmedik bir şekilde ortadan kaldırmaması’ koşuluyla, Sözleşmeciler Devletlerin mevcut düzenlemeleri değiştirmesini engellemez”¹⁶²⁹ tespitini yapmıştır.

Antaris v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, “AHM standardının tezahürleri olarak meşru beklentiler ve yasal istikrar gerekliliklerinin devletin egemenlik yetkisini kullanarak yasama yapma ve hukuk sistemini değişen koşullara uyarlama haklarını etkilemez... AHM standardının uygulanması, devlet tarafından bir

¹⁶²⁷ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 423.

¹⁶²⁸ *Eiser v. İspanya*, Karar, § 362.

¹⁶²⁹ *Antin v. İspanya*, Karar, § 531; *Charanne v. İspanya*, Karar, § 517.

dengeleme veya tartma uygulamasına izin verir ve AHM standardının ihlalinin tespiti, uluslararası hukukun genellikle ulusal makamların kendi sınırları içindeki meseleleri düzenleme hakkına tanıdığı yüksek hürmet ölçüsü ışığında yapılmalıdır”¹⁶³⁰ tespitini yaparak istikrar ile ev sahibi devletin düzenleme hakkı arasındaki dengeye vurgu yapmıştır.

Kararlardan anlaşıldığı üzere, hakem heyetleri, ev sahibi devletin kamu yararına düzenleme hakkını elinde bulundurduğunu ifade etmektedir. AHM hükmü kapsamındaki istikrar yükümlülüğü sınırları olan bir kavramdır ve AHM’den bağımsız olarak düzenlenen istikrar hükümleriyle eş değildir. İstikrar kaydı hükümleri, yatırımın yapıldığı andaki hukuki düzenin ilgili yatırım için dondurulması sonucunu doğurmaktadır.¹⁶³¹

IX. Kanunilik ve Tutarlılık

İstikrar ve öngörülebilirlik fikirleriyle ilgili bir başka kavram da kanunilik ilkesidir ve ev sahibi devletin eylemlerinin, iç hukukta ve uluslararası antlaşmalarda yer alanlar da dahil olmak üzere, yasal yükümlülüklerle uygun olması gerekliliği anlamına gelmektedir.¹⁶³² Kanunilik ilkesi uluslararası antlaşmalarda yer almaktadır. AİHS’nin mülkiyetin korunması kapsamında atıf yaptığı noktalardan birisi de kanuniliktir ve bu bağlamda mülkiyete ilişkin müdahaleler yasaya uygun şekilde yapılmalıdır.¹⁶³³ AİHS Ek 1. Protokol m. 1, “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*” şeklindedir. Kanunilik ilkesi, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğünün de bir gereğidir.¹⁶³⁴ Öte yandan, iç hukukta yasal temelin varlığı, kendi başına, hukuka uygunluk ilkesi için yeterli değildir. Yasal temelin, hukukun üstünlüğü ile uyumlu bir niteliğe sahip olması gerekmektedir.¹⁶³⁵ Kanunilik ilkesi, iç hukuk hükümlerinin

¹⁶³⁰ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 360.

¹⁶³¹ Ali Osman Karaoğlu, **Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2019, s. 163.

¹⁶³² Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 719.

¹⁶³³ *Béláné Nagy v. Macaristan*, AİHM Başvuru No: 53080/13, Karar, 13 Aralık 2006, § 112.

¹⁶³⁴ *Iatridis v. Yunanistan*, AİHM Başvuru No: 31107/96, Karar, 25 Mart 1999, § 58.

¹⁶³⁵ *Špaček, s.r.o., v. Çek Cumhuriyeti*, AİHM Başvuru No: 26449/95, Karar, 9 Kasım 1999, §

erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir¹⁶³⁶ ve böylelikle keyfiliğin engellenmesini de sağlamaktadır.¹⁶³⁷

Bazı yatırım tahkimi hakem heyetleri, ev sahibi devletin kendi ulusal hukukunu ihlal etmesinin AHM ihlali teşkil edip etmediğini incelemiştir. Hukukun uygulanmasındaki bir hata normalde bir antlaşma ihlali anlamına gelmeyecek olsa da, devlet organlarının ev sahibi devletin hukukunu sistematik ve kasıtlı olarak uygulamamasının AHM standardının ihlali anlamına gelebilmektedir.¹⁶³⁸ *Gami v. Meksika* davasında, hakem heyeti: “*Bir hükümetin kendi yasalarını yabancı bir yatırımcıyı olumsuz etkileyecek şekilde uygulamaması veya bunlara uymaması 1105. maddenin ihlaline yol açabilir, ancak mutlaka yol açmayacaktır*”¹⁶³⁹ sonucuna ulaşmıştır. Benzer şekilde, birçok hakem heyeti de bir yatırıma yönelik muamelede kasıtlı ve sürekli hukuka aykırılığın, uygun koşullarda, AHM standardının karşılanmadığına işaret edebileceğini tespit etmiştir.¹⁶⁴⁰

Gavrilović v. Hırvatistan davasında, hakem heyeti, hukukun uygulanmamasının AHM ihlali anlamına gelebilmesi için belli şartlar sıralamıştır: “*Bir devlet tarafından hukukun hatalı uygulanması, uygulanabilir hukukun açıkça göz ardı edildiğinin, hukukun açık ve kötü niyetli bir şekilde yanlış uygulandığının veya hukukun uygulanmasında samimiyet veya iyi niyetten tamamen yoksun olunduğunun tespit edilmesi halinde, antlaşma standartlarını uygulamak için yeterli olabilir. Hukuk hatası, ortaya çıkan sonucun hukuki uygunluğuna ilişkin haklı endişelere yol açacak nitelikte olmalıdır.*”¹⁶⁴¹

Micula v. Romanya II davası, hükümetin yasadışı alkol üreticilerine karşı vergi mevzuatını uygulamadığı ve böylece davacıların işini sürdürülemez hale getiren bir

¹⁶³⁶ *Beyeler v. İtalya*, AİHM Başvuru No: 33202/96, Karar, 5 Ocak 2000, § 109.

¹⁶³⁷ *East West Alliance Limited v. Ukrayna*, AİHM Başvuru No: 19336/04, Karar, 2 Haziran 2014, § 167.

¹⁶³⁸ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 221.

¹⁶³⁹ *GAMI v. Meksika*, Nihai Karar, § 91.

¹⁶⁴⁰ *Rompetrol v. Romanya*, Karar, § 177; ayrıca bkz. *Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 385; *Lemire v. Ukrayna*, Karar, § 43; *TECO v. Guatemala*, Karar, § 458; *Clayton/Bilcon v. Kanada*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 602; *Dan Cake v. Macaristan*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 24 Ağustos 2015, § 145.; Yatırımcılar, ev sahibi devletin kendi kanun ve yönetmeliklerine uymasını bekleme hakkına sahiptir. *Tenaris v. Venezuela I*, ICSID Dava No. ARB/12/23, Karar, 29 Ocak 2016, § 490-496; *Teinver v. Arjantin*, Karar, § 679; *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 287.

¹⁶⁴¹ *Gavrilović v. Hırvatistan*, Karar, § 878.

karaborsaya göz yumduğu iddiasından kaynaklanmıştır ve hakem heyeti, “*Mahkeme, yasaların uygulanmamasının meşru beklentilerin reddi ve dolayısıyla adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebileceği durumlar olabileceğini kabul etmektedir*”¹⁶⁴² tespitini yapmıştır.

Garanti Koza v. Türkmenistan davasında, hakem heyeti, mevcut içtihatlarla atıfta bulunarak, “*Bir devletin mahkemelerinin ve diğer kurumlarının eylemlerinin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını ihlal edip etmediğini değerlendirirken, mahkemeler ... ‘hukuka uygunluk sürecinin kasıtlı olarak göz ardı edilip edilmediği, yargıya uygunluk duygusunu sarsan veya en azından şaşırtan bir eylem’ olup olmadığı ve ‘aynı hükümetin iki kolu arasında aynı yatırımcıya karşı eylem tutarsızlığı’ olup olmadığı, yani hükümetin tutarlı davranıp davranmadığı ve politikalarını tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı gibi sorulara odaklanmıştır*”¹⁶⁴³ tespitini yapmıştır.

İstikrar ve öngörülebilirlik öncelikle ev sahibi devletin yasal çerçevesinin kalitesiyle ilgiliyken, tutarlılık, bu yasal kuralların, ev sahibi devletin idari ve yargı organları tarafından uygulanmasını ifade etmektedir. Yabancı bir yatırımcı için sadece hukukun belirli bir istikrar ve öngörülebilirlik sergilemesi değil, aynı zamanda bu hukukun mahkemeler ve idari kurumlar tarafından öngörülebilir, tutarlı ve istikrarlı bir şekilde uygulanması da önemlidir.¹⁶⁴⁴

A. Tutarlılık

Yabancı bir yatırımcı için sadece hukukun belirli bir istikrar derecesi göstermesi değil, aynı zamanda hukukun mahkemeler ve idari kurumlar tarafından tutarlı ve istikrarlı bir şekilde ve dolayısıyla öngörülebilir bir şekilde uygulanması da önemlidir. Devlet makamlarının çelişkili ve tutarsız eylemleri, yatırımcının etkin bir şekilde planlama yapma kabiliyetini zayıflatır.¹⁶⁴⁵ Hakem heyetleri, ev sahibi devletin organlarının tutarsız davranışlarının AHM standardının ihlali anlamına gelebileceğini tespit etmiştir.¹⁶⁴⁶ *Lauder v. Çek Cumhuriyeti* davasında, hakem heyeti, tutarsız

¹⁶⁴² *Micula v. Romanya II*, ICSID Dava No. ARB/14/29 , Karar, 5 Mart 2020, § 367.

¹⁶⁴³ *Garanti Koza v. Türkmenistan*, Karar, § 381.

¹⁶⁴⁴ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 468.

¹⁶⁴⁵ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 207.

¹⁶⁴⁶ *Lauder v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 290; *EnCana v. Ekvador*, LCIA Dava No. UN3481, UNCITRAL, Karar, 3 Şubat 2006, § 158; *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 249; *Binder v. Çek*

davranışlarda bulunan bir ev sahibi devletin AHM standardında yer alan istikrar yükümlülüğünü ihlal edebileceğini kabul etmiştir.¹⁶⁴⁷

Tutarsız ev sahibi devlet eyleminin AHM ihlalini tetikleyebileceği *MTD v. Şili* davasında açıkça görülmüştür. Hakem heyeti, ev sahibi devletin başlangıçta kendi imar kurallarına aykırı bir gayrimenkul geliştirme projesini onaylamış olması nedeniyle AHM standardının ihlal edildiğine karar vermiştir: “*Mahkemenin burada vurguladığı husus, ülkenin yasal çerçevesi bir koordinasyon mekanizması öngörse bile, aynı Hükümetin iki kolu arasında aynı yatırımcıya yönelik eylemlerin tutarsızlığıdır.*”¹⁶⁴⁸ Davada, Şili hükümetinin bir organı olan Yabancı Yatırım Komisyonu (FIC) yatırımı onaylayan bir sözleşme imzalamıştı. Yatırımcılar projeye yatırım yaptıktan sonra, proje için satın aldıkları arazinin uygunsuz ve Şili yasalarına aykırı olacağı gerekçesiyle yeniden imara açılmayacağı konusunda bilgilendirilmişlerdir. Hakem heyeti, bir projenin onaylanmasının yatırımcıya projenin uygulanabilir olduğuna dair prima facie bir beklenti verdiğini tespit etmiştir: “*Ülkenin yasal çerçevesi bir koordinasyon mekanizması öngörse bile, aynı Hükümetin iki kolu arasında aynı yatırımcıya karşı eylem tutarsızlığı... Şili’nin ayrıca, bir yatırımcının ne kadar gayretli olduğundan bağımsız olarak, tutarlı hareket etme ve politikalarını tutarlı bir şekilde uygulama yükümlülüğü vardır. Uluslararası hukuk uyarınca, Şili Devleti’nin Mahkeme tarafından bir birim olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Hükümetin kentsel politikasına aykırı bir proje için FIC tarafından bir yatırımın onaylanması, yatırımcıya adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün ihlalidir.*”¹⁶⁴⁹

Garanti Koza v. Türkmenistan davasında, hakem heyeti, *MTD v. Şili* kararının yukarıda alıntılanan gerekçesine atıfta bulunmuş ve buna dayanmıştır: “*Tamamlanan işin yüzdesine dayalı bir ödeme sistemini kabul eden Türkmenistan Hükümeti’nin bir kurumu ile Smeta’ya uymak için gerekli olduğu üzere, ödemenin yalnızca maliyetlerden ve sınırlı bir kar marjından oluşan faturalar karşılığında yapılabileceği konusunda ısrar eden aynı Hükümetin diğer kolları arasındaki davranış tutarsızlığı,*

Cumhuriyeti, Nihai Karar, § 446; *Arif v. Moldova*, Karar, § 547(b); *Crystallex v. Venezuela*, Karar, § 579; *Garanti Koza v. Türkmenistan*, Karar, § 381-2; *Olin v. Libya*, Nihai Karar, § 347; *Glencore v. Kolombiya*, Karar, § 1419-20.

¹⁶⁴⁷ *Lauder v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 290.

¹⁶⁴⁸ *MTD v. Şili*, Karar, § 163.

¹⁶⁴⁹ *MTD v. Şili*, Karar, § 163, 165-6.

Davacıya adil ve hakkaniyetli davranılıp davranılmadığını sorgulamak için tek başına yeterli olurdu."¹⁶⁵⁰

PSEG v. Türkiye davasında, hakem heyeti, ev sahibi devlet organlarının tutarsız eylemlerinin, özellikle idari organların ev sahibi devlet anayasa mahkemesinin bir kararını görmezden gelmesinin, AHM ihlali anlamına geldiğini tespit etmiştir: “Benzer bir durum, ETKB’nin Davacılarla olan ilişkilerinde göz ardı ettiği, bir sözleşme kapsamında kazanılan hakları onaylayan Anayasa Mahkemesi kararı için de geçerlidir. Bu tür tutarsız eylemler Türk hukukuna göre hukuka aykırı olabilir, ancak Antlaşma hükümleri ışığında adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını da ihlal etmektedir.”¹⁶⁵¹ Hakem heyeti, özellikle ev sahibi devlet hukukuna aykırı oldukları ölçüde, çeşitli tutarsız idari eylemleri AHM ihlali olarak tespit etmiştir: “Bu davada bazı konularda tutarsız idari eylemler de görülmektedir. İdare zaman zaman politika veya uygulama gereği kanunla verilen hakları görmezden gelmiştir. Bu durum, özellikle, kanun, Uygulama Sözleşmesi, Taahhütname ve Danıştay tarafından tanınan, ancak ETKB tarafından Şubat 1998’den itibaren bir Türk şirketinin kurulmasını talep ettiğinde görmezden gelinen yurtdışı şube kurumsal yapısı için geçerlidir.”¹⁶⁵²

LESI v. Cezayir davasında, hakem heyeti, AHM’nin, ev sahibi devletin tutarlı, belirsiz olmayan ve şeffaf bir şekilde hareket etmesi ve aynı zamanda makul ölçüde gayretli bir yatırımcıya ticari stratejisini benimseme ve daha sonra uygulama fırsatı verecek şekilde yeterince istikrarlı bir yatırım ortamı sağlaması gerektiği anlamına geldiği görüşünü onaylamıştır.¹⁶⁵³

EnCana v. Ekvador davasında, hakem heyeti, AHM standardı kapsamında tutarlılığa vurgu yapmıştır: “Devlet, yatırımlara yönelik muamelesinde makul bir tutarlılıkla ve keyfilikten uzak bir şekilde hareket etmelidir. Devletin bir kolu, diğer bir

¹⁶⁵⁰ *Garanti Koza v. Türkmenistan*, Karar, § 382; *Garanti Koza v. Türkmenistan*, Karar, § 383: “Türkmenistan’ın Smeta faturalandırması konusundaki ısrarı, Garanti Koza’yı doğru faturalar sunmak ve sonuç olarak pazarlık ettiğinden daha az tazminat kabul etmek veya TAY’ın ödemeyi kabul ettiği tam tazminatı almak için faturalarını manipüle etmek arasında seçim yapmaya zorladı. Mahkeme, bir yatırımcıyı böyle bir duruma sokmak için devletin zihinsel gücünü kullanmanın, kendi başına adil ve hakkaniyetli muamelenin inkarı anlamına gelecek kadar temelden adaletsiz olduğunu düşünmektedir.”

¹⁶⁵¹ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 249.

¹⁶⁵² *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 248.

¹⁶⁵³ *LESI ve ASTALDI v. Cezayir*, Karar, § 151.

kolunun yabancı yatırımcının aleyhine olacak şekilde reddettiği bir şeyi nihai olarak onaylayamaz.”¹⁶⁵⁴

Olin Holdings v. Libya davasında, hakem heyeti, farklı Libya hükümet birimlerinin çelişkili yaklaşımları sebebiyle, tutarlılık eksikliği kapsamında AHM ihlali tespit etmiştir: “*Mahkeme, Libya makamlarının karar alma sürecinin şeffaf olmadığına ilişkin bulgularının, Davacı tarafından gösterildiği üzere farklı Libya hükümet birimlerinin çelişkili yaklaşımları ve Kamulaştırma Emri’nin Libya Yatırım Kanunu’na uygun olarak verilmemesi ile birleştiğinde, Mahkeme’nin Davalı’nın idari yargı sürecinin gerekliliklerini yerine getirmediği sonucuna varmasına yol açtığını düşünmektedir.*”¹⁶⁵⁵

Uygulamada, davacılar, düzenli olarak AHM’nin birkaç alt unsurunun ihlaline ilişkin iddialarını aynı olaylara dayandırmaktadırlar. Bu gibi durumlarda, hakem heyetleri her bir unsurun ihlalini ayrı ayrı analiz etmeyi gerekli görmemiş, bunun yerine genellikle iddiaların aynı olaylara dayandığını veya iki iddia arasında önemli bir örtüşme olduğunu kaydetmiş ve aynı olayların farklı bir kurucu unsur altında daha önce yapılan analizine atıfta bulunarak iddiaları bertaraf etmişlerdir. Bu anlamda iyi bir örnek *Garanti Koza v. Türkmenistan* davasındaki karardır. Hakem heyeti, davacının yatırımının makul olmayan ve keyfi tedbirlerle bozulduğu iddiasını ya temelsiz ya da mükerrer olarak reddederken,¹⁶⁵⁶ yine de hükümetin davranışlarında tutarlılık olmadığı argümanlarıyla ikna olmuş ve nihayetinde bu temelde AHM’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁵⁷

AHM standardı, idari kurumların takdir yetkilerini yeknesak standartlara göre kullanmalarını ve geçerli bir sebep olmaksızın standart usullerden veya karşılaştırılabilir durumların olağan değerlendirmesinden sapmamalarını gerektirmektedir.¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁴ *EnCana v. Ekvador*, Karar, § 158; *Crystallex v. Venezuela*, Karar, § 579, 606-14.

¹⁶⁵⁵ *Olin Holdings v. Libya*, Nihai Karar, § 347.

¹⁶⁵⁶ *Garanti Koza v. Türkmenistan*, Karar, § 399.

¹⁶⁵⁷ *Garanti Koza v. Türkmenistan*, Karar, § 382.

¹⁶⁵⁸ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 759.

B. İç Hukukun Ev Sahibi Devletler Tarafından Her İhlali AHM Standardını İhlal Etmez

Hakem heyetleri, ev sahibi devletin davranışının kendi iç hukukuna ne ölçüde uygun olduğunu dikkate alırken, ev sahibi devlet hukukunun her ihlalinin AHM’yi ihlal etmediği belirtmişlerdir. Çoğu zaman, sadece iç hukukun nitelikli bir ihlalinin AHM ihlali teşkil edebileceği tespit edilmiştir.¹⁶⁵⁹

GAMI v. Meksika davasında davacı, ev sahibi devletin kendi şeker rejimini düzgün bir şekilde uygulamamasının AHM’yi ihlal ettiğini iddia ederken, hakem heyeti, “*Bir yatırımcı taahhütte bulunmaya karar vermeden önce mevcut olan düzenleyici bir programın içeriğini değerlendirme’ yetkisine sahip olmadığını açıklamıştır. Sorgulanması gereken, devletin bu programa uyup uymadığı veya bu programı uygulayıp uygulamadığıdır. Bu anlamda, bir hükümetin yabancı bir yatırımcıyı olumsuz etkileyecek şekilde kendi kanunlarını uygulamaması veya bunlara uymaması 1105. maddenin ihlaline yol açabilir, ancak mutlaka yol açmayacaktır*”¹⁶⁶⁰ tespitini yapmıştır. Hakem heyeti, ev sahibi devletin koşullarının kendi yasalarına uymaması için bir mazeret olamayacağını belirtmiştir: “*NAFTA mahkemelerinin görevi daha ziyade önceden var olan kanun ve yönetmeliklerin yabancı yatırımcıya uygulanıp uygulanmadığını ve nasıl uygulandığını değerlendirmektir. Düzenlemelerin maliyetli olması bir mazeret değildir. Yetkin idarecilerin azlığı ya da uyum kültürünün yetersizliği de bir savunma sağlamaz. Her ülkenin karşı karşıya olduğu yönetim sorunu budur. NAFTA ihlalleri, bir hükümetin kendi yasalarına uymasının zor olabileceği gerekçesiyle kesinlikle mazur görülemez. Aksine, her bir NAFTA Tarafı, yetkililerinin düzenlemeleri ayrımcı veya keyfi bir şekilde uygulamaması veya uygulamaması halinde sorumluluğu kabul etmelidir.*”¹⁶⁶¹

GAMI v. Meksika davasındaki hakem heyeti ihlal için gerekli eşiğin yüksek olduğunu belirtmiştir: “*GAMI, Meksika düzenlemelerinin önemli unsurlarının uygulanmasında başarısız olunduğuna dair açık örnekler ortaya koymuştur. Meksika hükümetinin anayasal olarak kendi yönetmeliklerini yürürlüğe koyması gerektiğine dair önemli kanıtlar sunmuştur. Kötü yönetim iddiaları Meksika mahkemeleri önüne*

¹⁶⁵⁹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 530.

¹⁶⁶⁰ *GAMI Investments v. Meksika*, Nihai Karar, § 91.

¹⁶⁶¹ *GAMI Investments v. Meksika*, Nihai Karar, § 94.

getirilebilir. Gerçekten de Meksika idare hukukunun ihlali olarak başka hiçbir yerde ileri sürülemezler. Ancak, GAMI'nin NAFTA'nın ihlaline ilişkin iddiaları, yerel hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmaksızın 11. Bölüm uyarınca bu Mahkemeye sunulabilir. Bu nedenle sorun, uluslararası yükümlülüklerin ihlali seviyesine yükselebilecek kötü yönetim türünü belirlemektir. Bir kötü yönetim iddiası, ilgili düzenlemelerin “açıkça ve gerekçesiz olarak reddedilmesi” anlamına geliyorsa, muhtemelen 1105. maddeyi ihlal edecektir. Daha küçük başarısızlıkların bile 1105. maddeyi tetiklemeye yeteceği durumlar olabilir. Uluslararası hukukun ihlal edilip edilmediğini belirleyen, tek başına dramatik olaylar değil, bir bütün olarak kayıtlardır.”¹⁶⁶² Sonuç olarak, hakem heyeti, yatırımcının talebini reddetmiştir.¹⁶⁶³

Lemire v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, iç ihale kanunu hükümlerine ilişkin olarak: “Her ne kadar her iç hukuk ihlali uluslararası hukuk kapsamında keyfi veya ayrımcı bir tedbir ve AHM standardının ihlali anlamına gelmese de, Mahkeme'nin görüşüne göre, ihale katılımcıları arasında adil rekabeti bozan, yürürlükteki ihale kurallarının açıkça göz ardı edilmesi bu anlama gelmektedir”¹⁶⁶⁴ tespitini yaparak her ihlalin AHM ihlali anlamına gelmediğini vurgulamıştır.

TECO v. Guatemala kararında, hakem heyeti, keyfi, büyük ölçüde adaletsiz, kendine özgü veya ayrımcı karar alma konusunda ELSI standardını onaylarken, iç hukukun temel ilkelerinin nitelikli bir ihlali olması durumunda AHM ihlalinin mümkün olduğu belirtmiştir.¹⁶⁶⁵

Luigiterzo Bosca v. Litvanya davasında, hakem heyeti, iç hukuktaki usule ilişkin hukuka aykırılığın kaçınılmaz olarak uluslararası hukuka göre bir yatırım antlaşmasının maddi hükümlerinin ihlali sonucunu doğurmayacağını belirtmiştir.¹⁶⁶⁶

Sonuç olarak, her ulusal hukuk ihlali tek başına AHM ihlali olarak nitelendirilemez. Ulusal hukuk ihlali bir ihlal bulgusunun diğer unsurları arasında bir unsur teşkil edebilirler ve ulusal hukukun ciddi ihlalleri, AHM'yi ihlal eden zorlama veya tacizi içerebilir veya kanıtlayabilir. Bir ev sahibi devlet makamının idari

¹⁶⁶² *GAMI Investments v. Meksika*, Nihai Karar, § 103.

¹⁶⁶³ *GAMI Investments v. Meksika*, Nihai Karar, § 110.

¹⁶⁶⁴ *Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 385.

¹⁶⁶⁵ *TECO v. Guatemala*, Karar, § 454.

¹⁶⁶⁶ *Bosca v. Litvanya*, Karar, § 215.

uygulamalar için herhangi bir yasal gerekçe sunmayı reddettiği, yatırıma ilişkin izin ve onayları iptal edilebileceği, azaltılabileceği veya askıya alınabileceği tehditlerine dayandığı durumlarda AHM ihlalinin var olduğu tespit edilmiştir.¹⁶⁶⁷ Ulusal hukuka uygunluk genellikle AHM'nin ihlal edilmediğine dair bir bulgu için temel olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁶⁸

C. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardı İhlallerinin Bir Göstergesi Olarak Yasal veya Yasadışı Ev Sahibi Devlet Davranışı

Genel olarak, çoğu yatırım tahkimi hakem heyetinin yaklaşımı, devlet davranışının iç hukuka göre hukukiliği veya hukuka aykırı olmasının, yalnızca bu tür bir davranışın uluslararası hukuka göre nasıl değerlendirileceğinin bir göstergesi olabileceği yönündedir. İç hukukta yasal olarak nitelendirilen bir eylem veya ihmalin bile AHM'nin ihlali anlamına gelebileceği gibi, yeterince bariz bir boyuta ulaşmayan iç hukuka aykırılıklar AHM'nin ihlali sonucu doğurmayabilir.¹⁶⁶⁹ Bu durum, VAHS m. 27 ve Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler m.3'te yer alan, ulusal yasallığın uluslararası hukuk ihlalleri için bir gerekçe olarak kullanılamayacağı ilkesiyle uyumludur. VAHS m. 27, "*Bir taraf bir antlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz*" şeklindedir.

Rompetrol v. Romanya davasında, hakem heyeti, bir yabancıyı zarar veren yerel hukuk ihlalinin kendi başına uluslararası hukukun ihlali anlamına gelmediği ve aynı zamanda yerel hukukun hükümleri veya gerekliliklerinin uluslararası bir yükümlülüğe uyulmaması için bir mazeret olarak ileri sürülemeyeceği belirtmiştir.¹⁶⁷⁰

Arif v. Moldova davasında, hakem heyeti, devletin uluslararası sorumluluğunun iç hukuktaki bir eylemin hukukiliğine göre belirlenmediğini ifade ederken, hukuki bir eylemin bile, ihlalinin sorumluluğa yol açabileceği meşru beklentiler yaratabileceğini belirtmiştir: "*Devletin uluslararası hukukta sorumlu olduğu bir organ veya yetkilinin eylemleri, yetkili veya organ iç hukukta yasal olarak hareket etmiş olsa bile, uluslararası düzlemde meşru beklentiler yaratabilir. Bir devletin uluslararası*

¹⁶⁶⁷ *Pope & Talbot v. Kanada*, 2. Aşama Esasına İlişkin Karar, § 174.

¹⁶⁶⁸ Schill, *International investment law and comparative public law*, 2010, s. 162.

¹⁶⁶⁹ Reinisch, Schreuer, "Fair and Equitable Treatment", 2020, s. 532.

¹⁶⁷⁰ *Rompetrol v. Romanya*, Karar, § 174.

sorumluluğu, bir eylemin iç hukuktaki yasallığına göre değil, uluslararası hukuktaki atıf ilkesine göre belirlenir.”¹⁶⁷¹

İç hukuktaki bir hukuka aykırılığın AHM’nin ihlal edildiğine dair bir gösterge olarak kullanıldığı çok az vaka vardır. *Siag v. Mısır* davasında, hakem heyeti, AHM ihlalini sadece adaletin kabul edilemez bir şekilde inkarı anlamına gelen aşırı uzun mahkeme süreçleri nedeniyle değil,¹⁶⁷² aynı zamanda Mısırlı yetkililerin yerel mahkeme kararlarına uymayı reddetmesi nedeniyle de tespit etmiştir.¹⁶⁷³

Dan Cake v. Macaristan davasında, hakem heyeti, “Ulusal bir iflas mahkemesinin borçlunun alacaklılarıyla iç hukukta öngörüldüğü şekilde bir toplantı düzenlemesine izin vermemesinin “Budapeşte Büyükşehir Mahkemesi’nin bir organı olduğu Macar Devleti’nin Portekizli yatırımcılara adil ve hakkaniyetli bir şekilde davranma yükümlülüğünü açıkça ihlal ettiği”¹⁶⁷⁴ sonucuna varmıştır.

Clayton/Bilcon v. Kanada davasında, hakem heyeti, yatırımcıya Kanada Çevresel Değerlendirme Yasası kapsamındaki temel değerlendirme standardı ve Kanada kamu idare hukukunun gerektirdiği adil bildirim standartları da dahil olmak üzere Kanada’nın kendi yasalarıyla tutarlı bir şekilde muamele edilmemiş olmasını,¹⁶⁷⁵ ev sahibi devletin AHM’yi ihlal ettiğine karar vermesinde önemli bir belirleyici olmuştur. Hakem heyetine göre, eksik olan idari işlemlerin belirli bir sonucu değil, Kanada hukuku uyarınca adil bir değerlendirmeydi: “On Birinci Bölüm kapsamındaki sorumluluğun temeli, Yatırımcıların ve yatırımlarının projeyi sürdürmek için hükümetten aldıkları tüm özel teşviklerden ve çevresel değerlendirme davalarını hazırlamak ve sunmak için harcadıkları tüm kaynaklardan sonra, Yatırımcılara ve yatırımlarına, bu davanın özelliklerinin geçerli yasalara uygun olarak dikkate alınması, değerlendirilmesi ve karara bağlanması için adil bir fırsat verilmemiş olmasıdır.”¹⁶⁷⁶

¹⁶⁷¹ *Arif v. Moldova*, Karar, § 539.

¹⁶⁷² *Siag v. Mısır*, Karar, § 455.

¹⁶⁷³ *Siag v. Mısır*, Karar, § 454.

¹⁶⁷⁴ *Dan Cake v. Macaristan*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 145.

¹⁶⁷⁵ *Clayton/Bilcon v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 602.

¹⁶⁷⁶ *Clayton/Bilcon v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 603.

Olin Holdings v. Libya davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin kendi iç hukukuna uygun bir kamulaştırma emri çıkarmaması, hakem heyetinin AHM ihlali bulmasına katkıda bulunmuştur ve ev sahibi devlet yetkililerinin şeffaflık ve tutarlılık eksikliğinin yanı sıra, “*Kamulaştırma Emrinin Libya Yatırım Kanununa uygun olarak çıkarılmamasının, Mahkemenin Davalının idari yargı sürecinin gerekliliklerini yerine getirmediği sonucuna varmasına yol açtığına*”¹⁶⁷⁷ karar vermiştir.

Gavrilovic v. Hırvatistan davasında, hakem heyeti, bir devletin kanunlarını uygulamamasının AHM standardının ihlali anlamına gelebileceği ilkesini teyit etmiştir. Hakem heyeti, devletin hukukunu uygulama yükümlülüğünün seviyesine ilişkin bir gösterge de vermiştir: “*Davalı tarafından hukukun hatalı bir şekilde uygulanmasının mutlaka bir antlaşma ihlaline yol açmayacağına; daha fazlasının gerekli olduğuna*’ karar vermiştir. Ancak, adil yargılanma standardı açısından şunları söylemeye devam etmiştir “[Bir devlet tarafından hukukun hatalı uygulanması, yürürlükteki hukukun bariz bir şekilde göz ardı edildiğinin, hukukun açık ve kötü niyetli bir şekilde yanlış uygulandığının veya hukukun uygulanmasında samimiyet veya iyi niyetten tamamen yoksun olunduğunun tespit edilmesi halinde, antlaşma standartlarını etkilemek için yeterli olabilir. Hukuk hatası, sonucun yargısal uygunluğuna ilişkin haklı endişelere yol açacak nitelikte olmalıdır ve davalarda kullanılan sıfat değiştiricilerin de gösterdiği gibi, bu, devletin ulusal hukukuna ilişkin olarak hiçbir temyiz işlevi bulunmayan uluslararası bir hakem heyetinin bu tür koşulların yokluğunda varacağı bir sonuç değildir.”¹⁶⁷⁸

Zelena v. Sırbistan davasındaki hakem heyeti, bir devletin kendi mevzuatını uygulamamasının AHM ilkesinin ihlali anlamına geldiğini açıkça belirtmiştir: “*Davacıların Sırp... mevzuatının makul bir süre içinde makul bir düzeyde uygulanacağına ve yürütüleceğine güvenmelerinin makul ve meşru olduğu ve bu meşru beklentilerin Davalı’nın davranışları tarafından engellendiği.*”¹⁶⁷⁹ Sonuç olarak, ev sahibi devlet AHM yükümlülüğünü ihlal etmiştir.¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁷ *Olin Holdings v. Libya*, Nihai Karar, § 347.

¹⁶⁷⁸ *Gavrilovic v. Hırvatistan*, Karar, § 878.

¹⁶⁷⁹ *Zelena v. Sırbistan*, ICSID Dava No. ARB/14/27, Karar, 9 Kasım 2018, § 246; ayrıca bkz. *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 287: “*Davalı’dan yine de AHM standardının bir parçası ve meşru beklentilerin temeli olarak iç hukuku gözetmesi ve uygulaması beklenmiştir*”

¹⁶⁸⁰ *Zelena v. Sırbistan*, Karar, § 267.

Liman Caspian Oil v. Kazakistan davasında, AHM'nin bir parçası olarak yolsuzluk konusu ele alınmıştır. Hakem heyeti yolsuzluğun tespit edilmesi halinde, ECT m.10(1) ikinci cümlesi uyarınca AHM standardının ciddi bir ihlalini teşkil edeceğini belirtmiştir.¹⁶⁸¹ Aynı zamanda gizlilik nedeniyle yolsuzluğun kanıtlanmasındaki pratik zorlukları kabul etmekle birlikte, karşılanması gereken yüksek ispat standardını vurgulamış ve nihayetinde davacının ispat yükünü yerine getiremediğine karar vermiştir.¹⁶⁸²

Sonuç olarak, bir devletin uluslararası sorumluluğu, ulusal hukuk tarafından belirlenmez. AHM, ulusal hukuk düzeninin belli sınırlar içinde değerlendirildiği bağımsız bir uluslararası hukuk standarttır. Dolayısıyla, yalnızca ulusal hukukun nitelikli ihlalleri AHM standardının ihlalini teşkil edecektir.¹⁶⁸³

X. Meşru Beklentiler

Yatırımcının meşru beklentileri AHM standardının merkezi bir unsurudur. Birçok yatırım tahkimi hakem heyeti, AHM'nin yatırımcıların meşru beklentilerinin korunmasını içerdiğini belirtmektedir. Yatırım tahkimi kararlarına göre meşru beklentiler, AHM'nin baskın unsuru,¹⁶⁸⁴ birincil unsuru,¹⁶⁸⁵ baskın özelliği,¹⁶⁸⁶ en önemli işlevi,¹⁶⁸⁷ ana bileşenlerinden biri¹⁶⁸⁸ veya merkezidir¹⁶⁸⁹. Meşru beklentiler

¹⁶⁸¹ *Liman Caspian Oil v. Kazakistan*, Karar, § 422.

¹⁶⁸² *Liman Caspian Oil v. Kazakistan*, Karar, § 423-4.

¹⁶⁸³ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 722.

¹⁶⁸⁴ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 302: “Adil ve hakkaniyete uygun muamele” standardı, bu nedenle, bu standardın baskın unsuru olan meşru beklentiler kavramına yakından bağlıdır. Bu nedenle, m. 3.1’de yer alan “adil ve hakkaniyete uygun muamele” standardı sayesinde, Çek Cumhuriyeti’nin yabancı yatırımcılara, yatırımcıların meşru ve makul beklentilerinin engellenmesini önleyecek şekilde muamele etme yükümlülüğünü üstlendiği kabul edilmelidir.”

¹⁶⁸⁵ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 648: “Mahkeme, AHM’nin birincil unsurunun Davacının meşru ve makul beklentileri olduğu konusunda Davalı ile hemfikir.”

¹⁶⁸⁶ *Invesmart v. Çek Cumhuriyeti*, Karar (Redakte Edilmiş), § 202: “Davalı doğru bir şekilde [AHM] standardının baskın özelliğinin yatırımcının beklentilerinin korunması olduğunu belirtmiştir; ancak bu beklentiler meşru ve makul olmalı ve yatırım yapıldığı tarihteki iç hukukun durumundan ve o tarihteki iş ortamının bütününden kaynaklanmalıdır.”

¹⁶⁸⁷ *Electrabel v. Macaristan*, Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Kararı, § 7.75: “Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının en önemli işlevinin yatırımcının makul ve meşru beklentilerinin korunması olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir.”

¹⁶⁸⁸ *EDF (Services) v. Romanya*, Karar, § 216. Ayrıca bakınız *Generation Ukraine v. Ukrayna*, Karar, § 20.37: Meşru beklentilerin korunması “iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan asgari muamele standartlarının temel bir meselesidir.”

¹⁶⁸⁹ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 348: “yatırımcıların meşru beklentileri, kapsamı ne olursa olsun, genellikle AHM’nin tanımında merkezi olarak kabul edilmiştir. Adil ve hakkaniyete uygun

doktrini, bir kamu otoritesinin davranışının, bireyin bir tür maddi fayda veya mal alacağı ya da almaya devam edeceği anlayışını taşıdığı ve daha sonra bu kamu otoritesinin önceki davranışla tutarsız davrandığı belirli durumlarda bireylere bir çözüm yolu sağlamaktadır.¹⁶⁹⁰

Uluslararası yatırım hukukunda meşru beklentiler doktrini, AHM standardının en sık tartışılan unsurudur, ancak normatif temeli belirsizdir.¹⁶⁹¹ Meşru beklentilerin net bir teorik ve doktrinel dayanaktan yoksun olduğu söylenebilecek tek alan uluslararası yatırım hukuku değildir. Meşru beklentiler doktrini, İngiliz idare hukuku temellidir. İngiliz hukuku kapsamında Elliot, meşru beklentilerin herhangi bir gerekçeyle müdahalenin etrafına yerleştirilebilecek gereksiz bir zarf haline gelme riski taşıdığını savunurken,¹⁶⁹² Forsyth ise kavramın yargı müdahalesi için belirsiz bir gerekçeye dönüşmesi gibi gerçek bir tehlike olduğunu ileri sürmektedir.¹⁶⁹³

Meşru beklentiler bir kamu otoritesi tarafından alınan pozisyona güvenin korunması olarak tanımlanabilir. Almanya’da bu ilke (Vertrauensschutz-güvenin korunması) anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır ve sadece kamu makamları tarafından alınan kararlar ve beyanlar için değil, aynı zamanda yasama tedbirleri için de geçerlidir. Aksine, diğer ülkelerde ilkenin kapsamı daha dar olma eğilimindedir. Beklentilerin yalnızca usule ilişkin haklara yol açtığı İngiltere örneğinde, bireyler kamu kurumlarının karar alma sürecine katılma hakkına sahiptir, ancak mevzuat değişikliklerine karşı korunmazlar. İtalyan hukuk düzeni de aynı düşünce doğrultusundadır. Fransa gibi bazı ülkeler ise, meşru beklentiler için açık bir koruma sağlamamaktadır, bunun nedeni de muhtemelen benzer bir işleve sahip olan hukuki

muamelenin mihenk taşının Tarafların meşru ve makul beklentileri olduğu yönünde büyük bir eğilim vardır”; Mobil Exploration v. Arjantin, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 927; *Impregilo v. Arjantin*, Karar, § 285: “*mevcut BIT’de ve diğer benzer BIT’lerde yer aldığı şekliyle “adil ve hakkaniyete uygun muamele” teriminin yatırımcının meşru beklentilerine yeterli koruma sağlama amacı taşıdığı*”; Mobil Exploration v. Arjantin, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 927: “*yatırımcıların meşru beklentilerinin, kapsamı ne olursa olsun, genellikle AHM’nin tanımında merkezi bir öneme sahip olduğunu*”.

¹⁶⁹⁰ Henckels, “Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law”, s. 45.

¹⁶⁹¹ Caroline Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law: Legal Certainty and Arbitrary Conduct”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 38, S. 2, 2023, s. 347, doi:10.1093/icsidreview/siac027.

¹⁶⁹² Mark Elliott, ‘Legitimate Expectations, Consistency, and Abuse of Power: the Rashid Case’ (2005) 10 *Judicial Review*, s. 283

¹⁶⁹³ Christopher Forsyth, ‘Legitimate Expectations Revisited’ (2011) 16 *Judicial Review*, s. 429.

belirlilik gibi diğer ilkelerin varlığıdır.¹⁶⁹⁴ ABD hukukunda, mahkemeler, davacıların yatırıma dayalı beklentilerini, ihlal olup olmadığını belirleme kapsamında ilgili bir husus olarak tanımlamıştır.¹⁶⁹⁵

Meşru beklentiler kavramı uluslararası hukukun bir eseri olmayıp, çeşitli hukuk sistemlerinden kaynaklanmakta ve genel bir hukuk ilkesine dayandığı öne sürülmektedir.¹⁶⁹⁶ Bu kapsamda meşru beklentiler uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edilmesi durumunda, bu ilke izlenmesi gereken yönü belirler ve bunun yanı sıra yargıca belirli bir davaya uygulanacak kuralları bu ilkedен çıkarma yetkisi verebilir.¹⁶⁹⁷ Uluslararası hukukun meşru beklentileri içerdiğini öne sürenler, özellikle antlaşma kurallarının meşru beklentileri içerdiğini çünkü antlaşma yükümlülüklerinin iyi niyetle yerine getirilmesini gerektiren genel teamül kuralı olan ahde vefa ilkesine dayanmaktadırlar.¹⁶⁹⁸ Meşru beklentilerin genel hukuk ilkesi niteliği tartışmalıdır çünkü birçok hukuk sisteminde farklı değerlendirilmektedir. Meşru beklentilerin ulusal düzeyde uygulanma biçimine ilişkin tutarlılık eksikliği, bazı yazarların bu ilkeyi UAD Statüsü m. 38(1)(c) kapsamında genel bir hukuk ilkesi olarak görmelerini engellememektedir.¹⁶⁹⁹

Meşru beklentiler doktrininin, hukukun genel ilkelerinde bazı temelleri olduğu açık olsa da, içeriği tartışmaya ve değişime tabidir. Yorumsal sapma, hukukun genel ilkelerine dayanan yükümlülöklere somut, uygulanabilir dış sınırlar koymanın zorluğunun bir sonucudur.¹⁷⁰⁰ Ancak, yatırım antlaşmalarının ezici çoğunluğunun metninde meşru beklentiler kavrama atıfta bulunulmadığı gibi, uluslararası teamül hukukunda da belirgin bir dayanağı yoktur ve iç hukuktaki düzensiz uygulaması göz önünde bulundurulduğunda meşru beklentilerin genel bir hukuk ilkesi olduğu söylemek zordur.¹⁷⁰¹

¹⁶⁹⁴ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 87.

¹⁶⁹⁵ *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 1978, s. 124.

¹⁶⁹⁶ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 208.

¹⁶⁹⁷ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 89.

¹⁶⁹⁸ Michael Byers, **Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 107.

¹⁶⁹⁹ Diehl, *The core standard of international investment protection*, s. 173.

¹⁷⁰⁰ Kethireddy, "Still the Law of Nations", s. 326.

¹⁷⁰¹ Henckels, "Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law", s. 46.

Meşru beklentiler, yabancı yatırımcıların maddi beklentileri (belirli bir yasal çerçevede istikrar hakkı) ve usuli beklentileri (mevzuat veya düzenlemede belirli bir tür devlet davranışı hakkı) için koruma yaratmaktadır. Meşru beklentiler doktrininin yatırım hukukuna nakledilmesi, kamu hukukuna kıyasla devletler ve yatırımcılar arasındaki farklı ilişkiye hem zayıf bir şekilde rasyonelleştirilmiş hem de zayıf bir şekilde uyarlanmış görünmektedir.¹⁷⁰²

Bu başlık altında; meşru beklentilerin temellendirilmesi, meşru beklentilere ilişkin tartışmalar, meşru beklenti için gerekli şartlar, meşru beklentilerin zamanlaması, meşru beklentiler yaratan eylemler ile kaynaklar ve son olarak ev sahibi devletin düzenleme hakkı detaylı bir şekilde incelenecektir.

A. Meşru beklentilerin Temellendirilmesi

Meşru beklentiler doktrini, hükümet davranışının bireyin önemli bir fayda elde edeceği veya elde etmeye devam edeceği anlayışını taşıdığı ve hükümetin daha sonra önceki davranışıyla tutarsız davrandığı durumlarda davacılara bir çözüm sağlamaktadır. Uluslararası yatırım hukuku literatürü, meşru beklentilerin tanınması ve korunmasına ilişkin normatif temeli tanımladığı ölçüde, bu temeli yeterince kuramsallaştırmamıştır.¹⁷⁰³

Meşru beklentiler kavramı birçok ulusal hukuk sisteminde yer almaktadır. Bu nedenle, meşru beklentilere saygı gösterilmesi ve korunması gerekliliğinin içeriğini belirlemek için karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenmiştir. AHM'nin adil yargılanma unsurunu belirlemek için karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsemiş olan *Total v. Arjantin* davasındaki hakem heyeti, meşru beklentilerin içeriğini belirlemek için de karşılaştırmalı bir analiz önermiştir: “*Meşru beklentiler kavramı, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38(1)(c)’de uluslararası hukukun bir kaynağı olarak atıfta bulunulan genel ilkelerden biri olan iyi niyet gerekliliğine dayandığından, Mahkeme bu noktada ulusal yargı sistemlerinde meşru beklentilerin korunmasına ilişkin karşılaştırmalı bir analizin haklı olduğuna inanmaktadır.*”¹⁷⁰⁴ *Total v. Arjantin*

¹⁷⁰² Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 323.

¹⁷⁰³ Teerawat Wongkaew, **Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance**, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 7.

¹⁷⁰⁴ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 128.

davasındaki hakem heyeti hukukun üstünlüğünü de vurgu yaparak detaylandırmıştır: “İç hukuk sistemlerinde meşru beklentiler doktrini, “bir bireyin, ister resmi bir karar şeklinde isterse bir temsil şeklinde olsun, bir kamu otoritesinin daha önce kamuya açık olarak belirttiği bir tutumdan geri adım atmasının neden olduğu zarara karşı yasal korunma hakkını” destekler. Hukuki belirlilik (ya da hukukun üstünlüğü) ilkesinin önemini yansıtan bu doktrin, çoğunlukla idari işlemler bakımından uygulanabilir görünmekte ve bireyi idari takdir yetkisinin tutarsız bir şekilde kullanılmasına ya da idari yetkilerin aşılmasına veya kötüye kullanılmasına karşı korumaktadır. Dolayısıyla, kamu makamlarının daha sonra iptal edilen karar ve beyanlarına dayanarak mali yükümlülük altına giren bir bireyin bir tür telafi hakkına sahip olup olmayacağını değerlendirmek için değişikliklerin nedenleri ve özellikleri (ani karakter, temel değişiklik, geriye dönük etkiler) ve ilgili kamu yararı dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, meşru beklentiler kavramının sadece istisnai olarak, bir devletin yasama faaliyeti söz konusu olduğunda tazminatın temeli olduğu görülmektedir.”¹⁷⁰⁵

Thunderbird v. Meksika davasındaki ayrı görüşte Thomas Wälde, meşru beklentilerin temellendirilmesi için geniş bir şekilde karşılaştırma hukuk kullanmıştır. İlk olarak, karşılaştırmalı sözleşme hukuku kavramları olan estoppel, meşru beklentiler, venire contra factum proprium ve Vertrauensschutz kavramlarına atıfta bulunmuş ve ardından hükümet davranışlarının yargısal denetimine ilişkin karşılaştırmalı kamu hukukunun meşru beklentilerin içeriğini belirlemek için daha uygun bir yaklaşım sağlayabileceğini belirtmiştir.¹⁷⁰⁶ Örneğin, Avrupa Birliği Adalet Divanı yerleşik içtihadında meşru beklentileri devlet ve bireyler arasındaki ilişkinin temel ilkelerinden biri olarak kabul etmiştir. Bu ilke, kamu makamlarının bireylerde yarattığı meşru beklentilere, özellikle de bu beklentiler yatırımın temeli haline gelmişse, saygı göstermesini gerektirir. ABAD içtihadına göre, kamu otoritesi bu tür yatırım destekli meşru beklentiler yarattıktan sonra rotasını kolaylıkla değiştiremez, ancak bireyler/yatırımcılar üzerinde zararlı bir etki yaratacak şekilde rotasını değiştirmeyi planlarken önceki davranışlarını dikkate almak zorundadır. Bu ilke, AİHM içtihadında da, özellikle yasal olarak korunan kazanılmış hakların varlığını tanımlamak için kabul edilmiştir. Hakem Wälde, ayrıca meşru beklenti ilkesinin birçok gelişmiş idare hukuku sisteminde¹⁷⁰⁷ ve uluslararası ekonomi hukukunda, özellikle de

¹⁷⁰⁵ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 129.

¹⁷⁰⁶ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 27.

¹⁷⁰⁷ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 28.

DTÖ içtihadında da tanındığını tespit etmiştir.¹⁷⁰⁸ Walde, “Genellikle açık uçlu bir tüzüğün belirli bir yorumuna ilişkin olarak, bu yorumun beklenmedik bir şekilde zarar verici bir şekilde değiştirilmesine karşı güvence verilmesi bu bağlamda özellikle önemlidir. Ancak, bu tür bir koruma koşulsuz ve sürekli değildir. Esnek kamu politikası ihtiyaçları ile özellikle yatırıma dayalı beklentilere duyulan meşru güven arasında bir dengeleme sürecine yol açar”¹⁷⁰⁹ sonucuna varmıştır.

Meşru beklentiler temellendirme girişimleri kapsamında farklı kavramlara atıf yapılmıştır. Meşru beklentiler hukukun genel ilkesi olduğu öne süren görüş VAHS m. 31(3)(c) maddesi uyarınca, antlaşma terimi olan AHM’nin, bir genel ilke olan meşru beklentileri dikkate alarak yorumlanması gerektiğini öne sürmektedir.¹⁷¹⁰ Antlaşma metnini genel bir ilke ışığında anlamak için antlaşma yorumlama kurallarını kullanan bir argüman, niteliksiz veya özerk AHM maddeleri için uygun olabilir, ancak meşru beklentilerin AHM’nin asgari muamele standardına bağlandığı durumlarda nasıl dahil edilebileceğini açıklamayacaktır.¹⁷¹¹ Bir diğer görüş, meşru beklentiler doktrini için en makul hukuki temelin, onu onaylayan devletler arasında uygulanan özel bir teamül kuralı olduğunu öne sürmektedir.¹⁷¹² Meşru beklentilerin genel bir teamül niteliği olmadığı açıktır. Yakın tarihli *Red Eagle Exploration v. Kolombiya* davasındaki mahkeme çoğunluğu, davacının meşru beklentilerin teamül niteliği olduğu argümanını reddetmiş ve argümanı destekleyecek herhangi bir devlet uygulaması veya opinio juris kanıtının farkında olmadığını belirtmiştir.¹⁷¹³

Meşru beklentilerin temellendirilmesi noktasında doktrinde ve yatırım tahkimi içtihadında fikir birliği olduğu söylemek güçtür. En öne çıkan bazı yaklaşımlar aşağıda tartışılmıştır.

¹⁷⁰⁸ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 29.

¹⁷⁰⁹ *Thunderbird Corporation v. Meksika*, Thomas Wälde’nin Ayrı Görüşü, § 30.

¹⁷¹⁰ Josef Ostřanský, ‘An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard’, in A. Gattini, A. Tanzivand and F. Fontanelli (eds), **General Principles of Law and International Investment Arbitration**, 2018, s. 352.

¹⁷¹¹ Jarrod Hepburn, The Legal Justification for the Doctrine of Legitimate Expectations in International Investment Law, **European Journal of International Law**, 2025, s. 5.

¹⁷¹² a.g.e., s. 7.

¹⁷¹³ *Red Eagle Exploration Ltd v. Kolombiya*, ICSID Dava No. ARB/18/22, Karar, 28 Şubat 2024, § 293.

1. Güven Temelli Meşru Beklentiler

Güven temelli bir anlayış geliştiren yatırım tahkimi hakem heyetleri¹⁷¹⁴ ve yazarlar¹⁷¹⁵ bir bireyin hükümetin davranışlarına güvenmesinin meşru beklentilerin tanınması için temel oluşturduğunu düşünmektedir .

Bu anlayış doğrultusunda uluslararası yatırım hukukunda, bir yatırımcı, ancak ev sahibi devletin davranışlarına güvenmesi sonucunda bir zarar meydana geldiğini gösterebildiği takdirde tazminat alma hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir. Ancak, uluslararası yatırım hukuku, meşru beklentileri tanıyan diğer hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Yatırım hukuku kapsamında, genellikle davacının meşru beklentiler iddiasında başarılı olabilmesi için devletin davranışına kendi zararına olacak şekilde güvendiğini göstermesi gerekmez. Bir bireyin devlet davranışına güvendiği durumlarda meşru beklentilerin tanınması için iyi nedenler olsa da, bu, güvenin meşru beklentilerin tanınması için bir gerekçe olup olmadığı sorusundan ayrı bir konudur.¹⁷¹⁶ Kavramsal olarak, güven yeterince kapsayıcı olmayabilir çünkü bir bireyin devlet davranışına güvenip güvenmediği tamamen tesadüfi olabilir, bu da benzer vakaların farklı şekilde ele alınmasına yol açabilir ve davranışa güvenerek hareket etmemiş veya henüz etmemiş olanlar yine de bundan etkilenebilmektedir.¹⁷¹⁷

Güven, meşru beklentilerin korunmasına ilişkin gerekçenin bir parçası olabilir. Ancak, bu, korumanın tek nedeni olmamalıdır çünkü davacı tarafından fiili bir güven

¹⁷¹⁴ *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 85, 87, 89; *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Arjantin*, Yetki Kararı, § 262, 264; *Waste Management, Inc v. Meksika*, Karar, § 98; *GAMI Investments, Inc v. Meksika*, Nihai Karar, § 76; *International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika*, Hakem Kararı, § 147; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. ve LG&E International Inc v. Arjantin Cumhuriyeti*, Sorumluluk Kararı, § 130; *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation, ve Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Türkiye Cumhuriyeti*, Karar, § 241-43; *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya Cumhuriyeti*, Karar, § 331; *BG Group plc v. Arjantin Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 308; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Ekvador*, Karar, § 365 ve 340; *Jan de Nul NV v. Mısır*, Karar, § 263; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua SA v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 207; *Peter A. Allard v. Barbados Hükümeti*, Karar, § 217-8; *Rusoro Mining Ltd v. Bolivarçı Venezuela Cumhuriyeti*, Karar, § 444; *Bear Creek Mining Corporation v. Peru Cumhuriyeti*, Karar, § 522; *Antin Infrastructure Services Luxembourg SARL ve Antin Energia Termosolar BV v. İspanya Krallığı*, Karar, § 532.

¹⁷¹⁵ Wongkaew, *Legitimate Expectations*, s. 264; C McLachlan, L Shore ve Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Rights*, s. 314.

¹⁷¹⁶ Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 349.

¹⁷¹⁷ Søren J. Schønberg, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000, s. 10.

söz konusu olmasa bile yasal korumanın sağlanması gereken durumların olabilmektedir.¹⁷¹⁸ Güvenin yardımcı olacağı, ancak hiçbir şekilde zorunlu olmadığı aşıkardır.¹⁷¹⁹

2. İyi Niyetin Bir İfadesi Olarak Meşru Beklentiler

Bazı yatırım tahkimi hakem heyetleri meşru beklentilerin temeli olarak iyi niyet ilkesine atıfta bulunmaktadır.¹⁷²⁰ AHM'nin değerlendirilmesinde iyi niyetin uygulanması, uluslararası yatırım hukukunu uluslararası kamu hukukunun daha geniş yapısıyla birleştirmek gibi olumlu bir etkiye sahiptir. Zaten muğlak olan bir koruma standardını aydınlatma amacına hizmet etmese de, iyi niyet ilkesi ile AHM standardı arasındaki yakın bağlantıyı kabul etmek fayda sağlamaktadır.¹⁷²¹

İyi niyet temelli meşru beklentiler yaklaşımı doğrultusunda, ev sahibi devlet tarafından meşru beklentilere yol açan güvencelerin tersine çevrilmesi iyi niyete aykırı olacak ve AHM ilkesini ihlal edecektir.¹⁷²² Meşru beklentilerin korunmasını iyi niyet ilkesine bağlayan ilk yatırım tahkimi hakem heyetlerinden biri *Tecmed v. Meksika* davasıdır: “*Hakem Heyeti, Antlaşmanın bu hükmünün, uluslararası hukuk tarafından belirlenen iyi niyet ilkesi ışığında, Akit Tarafların uluslararası yatırımlara, yabancı yatırımcının yatırım yapmak için dikkate aldığı temel beklentileri etkilemeyen bir muamele sağlamasını gerektirdiğini düşünmektedir.*”¹⁷²³

İyi niyet kavramı, bir kararı rasyonalize etmek için olaydan sonra kullanılma riski taşıyan ve farklı amaçlara hizmet etmek için manipüle edilebilen oldukça belirsiz

¹⁷¹⁸ Paul Craig, **EU administrative law**, Third edition Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 606.

¹⁷¹⁹ Paul Reynolds, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 08.10.2010, s. 346, <https://papers.ssrn.com/abstract=1689518>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

¹⁷²⁰ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154; *Thunderbird v. Birleşik Meksika Devletleri*, Hakem Walde'nin Ayrı Görüşü, § 25; *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 298; *Waguhi Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Mısır Arap Cumhuriyeti*, § 450; *Total SA v. Arjantin Cumhuriyeti*, Sorumluluk Kararı, § 128, 130; *El Paso Energy International Company v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 348; *Gold Reserve Inc v. Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti*, Karar, § 576; *Devas v. Hindistan Cumhuriyeti*, Yetki ve Esas Hakkında Karar, § 458.

¹⁷²¹ Emily Sipiorski, **Good faith in international investment arbitration**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2019, s. 186.

¹⁷²² *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154; *Siag v. Mısır*, Karar, § 450; *Charanne v. İspanya*, Karar, § 486; *Devas v. Hindistan*, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Karar, 25 Temmuz 2016, § 465-470.

¹⁷²³ *Tecmed v. Meksika*, Karar, 29 Mayıs 2003, § 154.

bir kavramdır.¹⁷²⁴ Bununla birlikte, UAD, iyi niyet ilkesinin, hiçbir hukuki yükümlülüğün bulunmayacağı durumlarda kendi başına hukuki bir yükümlülük yaratamayacağı konusunda uyarıda bulunmuştur.¹⁷²⁵ Ayrıca, iyi niyet belirli durumlarda meşru beklentileri korumak yerine neden tanımamız gerektiği konusunda bir rehberlik sağlamayacaktır. Sonuç olarak, iyi niyet, uluslararası yatırım hukukunda meşru beklentilerin korunması için tek başına bir gerekçe sunamayacaktır.¹⁷²⁶

3. Keyfi davranışların kontrolü, Gücün kötüye kullanılması veya Adaletsizlik

Birbiriyle ilişkili üç teori alternatif olarak meşru beklentilerin tanınması için bir gerekçe sağlayabileceği öne sürülmektedir. Bunlar, keyfi davranışların kontrolü,¹⁷²⁷ gücün kötüye kullanılması¹⁷²⁸ veya adaletsizliktir. Ancak, bu gerekçeler aşırı kapsayıcıdır.

Keyfilik, meşru beklentilerden çok daha geniş bir hükümet eylemi kategorisini kapsamaktadır. Aynı şekilde, gücün kötüye kullanılması kavramı da bize bir bireyin beklentilerinin hangi durumlarda tanınması gerektiğini söylemeyecektir. Adillik, bir bireyin beklentilerinin belirli bir durumda tanınıp tanınmaması ile ilgili olsa da diğer birçok durumda da aynı şekilde ilgilidir. Dolayısıyla, bu teoriler, genel anlamda yargısal incelemenin gerekçelerini sağlamanın aksine, meşru beklentilerin ne zaman tanınması gerektiğini belirlemek için gerçek bir yardım sunmamaktadır. Bununla birlikte, keyfilik kavramı hem genel olarak hem de münferit davalarda meşru beklentilerin korunup korunmayacağını belirleme bağlamında, hükümet eyleminin ne zaman AHM ile tutarsız olacağı sorusuyla ilgilidir. Yani, keyfilik meşru beklentilerin tanınmasından ziyade korunmasıyla ilgilidir.¹⁷²⁹

¹⁷²⁴ M Sornarajah, "Introduction", **Good Faith and International Economic Law**, ed. Andrew D. Mitchell, M Sornarajah, Tania Voon, Oxford University Press, 2015, s. 1, doi:10.1093/acprof:oso/9780198739791.003.0001.

¹⁷²⁵ Sınır ve Sınır Ötesi Silahlı Eylemlere İlişkin Dava (Nikaragua v. Honduras), (Karar), 1988, ICJ Rep 69, § 94; Kamerun ve Nijerya Arasındaki Kara ve Deniz Sınırına İlişkin Dava (Kamerun v. Nijerya: Ekvator Ginesi müdahil), Ön İtirazlar, 1998, ICJ Rep 275, § 39.

¹⁷²⁶ Henckels, "Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law", s. 48.

¹⁷²⁷ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154; *Frontier Petroleum Services v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 285.

¹⁷²⁸ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Hakkında Karar, § 129.

¹⁷²⁹ Henckels, "Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law", s. 350.

Sonuç olarak, sayılan sebeplerden dolayı keyfilik, gücün kötüye kullanılması, adaletsizlik kavramları meşru beklentilerin temellendirilmesi için tek başına ikna edici olmayacaktır, ancak keyfilik özelinde yardımcı bir rol oynayabilme potansiyeline sahiptir.

4. Hukuki Belirlilik

Yatırım tahkimi mahkemeleri, meşru beklentileri tanımak için bir gerekçe olarak hukuki belirlilikten nadiren bahsetmiş olsa da,¹⁷³⁰ bu kavramın en uygun gerekçe olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Bireylerin yasal hak ve yükümlülüklerini tespit edebilmeleri ve yabancı bir yatırımın gerçekleştirilmesi gibi işlerini buna göre planlayabilmeleri için hükümetin davranışları makul ölçüde kesin olmalıdır. Hukuki belirlilik kavramı, hükümetin belirli bir şekilde hareket etmeyi taahhüt ettiği durumlarda bireylerin hükümete duyduğu güven düşünüldüğünde de geçerlidir.¹⁷³¹ Wongkaew bu yaklaşımın aşırı kapsayıcı olabileceğini çünkü kuralların tutarsız veya düzensiz bir şekilde uygulanmasını içeren her durumun potansiyel olarak meşru beklentiler kapsamına gireceğini ve bu yaklaşımın aslında esasen istikrarlı bir yasal çerçeveyi sürdürme yükümlülüğü için temel oluşturabileceğini savunmaktadır.¹⁷³²

Geriye yürümezlik ilkesi, hukuki belirliliğin temel bir husustur. Geriye yürümezlik ilkesi geçmiş olayların hukuki etkisini korumak için işlemektedir. Bireyler kararlarını mevcut olgulara ve normlara dayandırdıkları için, değişikliklerin sadece gelecekte geçerli olmasını ve geçmiş kararları etkilememesini bekleme hakkına sahiptirler. Öte yandan, ev sahibi devletlerin belli durumlarda düzenleyici çerçevesinde değişiklik yapma gereklilikleri bulunmaktadır. Meşru beklentilerin tanınması, kamu yararının gerektirdiği durumlarda hükümetin bir davranış biçimini değiştirme ihtiyacı ile mevcut durum temelinde eylemlerini planlamış olan bireyler

¹⁷³⁰ *Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan Cumhuriyeti*, Karar, § 1064, 1692, 1715, 1693, 1740, 1741; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Hakkında Karar, § 129: "iç hukuk sistemlerinde meşru beklentiler doktrininin ' hukuki belirlilik ilkesinin önemini yansıttığını' ve 'sadece istisnai olarak ... bir devletin yasama faaliyeti söz konusu olduğunda tazminatın temeli olmuştur.'"

¹⁷³¹ Henckels, "Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law", s. 351.

¹⁷³² Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration*, 2019, s. 31.

için öngörülebilirliğin gerekliliği gibi birbiriyle rekabet eden zorunlulukları barındırmaktadır.¹⁷³³

Sonuç olarak, meşru beklentinin ihlali için düzenleyici ilke olarak keyfilik yasağına odaklanmak ve hukuki belirlilik ilkesinin meşru beklentiler iddiasının varlığını ve gücünü belirlemede rol oynaması, uluslararası yatırım hukukunda meşru beklentilerin tanınması ve korunması için en ikna edici gerekçelerden birisi olarak görünmektedir.¹⁷³⁴

B. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Standardının Tartışmalı Bir Yönü Olarak Meşru Beklentiler

Meşru beklentilerin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak ihtiyatlı bir yaklaşım sergileyen görüşler bulunmaktadır. Doktrinde çoğunluk, meşru beklentilerin AHM'nin kabul edilen bir unsuru haline geldiğine işaret etmektedir.¹⁷³⁵ Bazıları ise meşru beklentilerin, AHM hükmüne anlam yüklemek için yola çıkan hakemlerin, İngiliz idare hukukundaki meşru beklentilere ilişkin kuralın yanlış değerlendirmeleri sonucu uydurdukları bir kavram olduğunu öne sürmektedir.¹⁷³⁶ Yabancı yatırımcıların beklentilerinin, devlet davranışının adil ve hakkaniyetli olup olmadığına karar vermek için tamamen uygunsuz bir standart olduğunu öne sürmüşlerdir.¹⁷³⁷ Meşru beklentilerin genel bir ilke olarak yeterli kabul gördüğünü ilişkin değerlendirme yapılmadığı ve yalnızca Avrupa sistemlerinin incelenmesi söz konusu olup, ancak Amerika Birleşik Devletleri de dahil olmak üzere diğer medeni hukuk sistemlerine neredeyse hiç atıfta bulunulmadığı belirtilmiştir.¹⁷³⁸ Aynı görüş, Zeyl tarafından desteklenmektedir: “*Maddi beklentilerin hukukun genel ilkelerinin bir parçası olarak kabul edilmesinin bu noktada erken olduğu ve hukukun genel bir ilkesinin yanlış ifade edilmesi anlamına geldiği sonucuna varmaktadır.*”¹⁷³⁹

¹⁷³³ Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 351.

¹⁷³⁴ Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 358.

¹⁷³⁵ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 208.

¹⁷³⁶ Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, 2015, s. 291.

¹⁷³⁷ Campbell, “House of Cards”, s. 379.

¹⁷³⁸ Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, 2015, s. 293.

¹⁷³⁹ Trevor Zeyl, “Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law”, *Alberta Law Review*, 2011, s. 209, doi:10.29173/alr131.

W. Michael Reisman, bir hüküm ne kadar dikkatli kaleme alınırsa alınsın, kilit ve tekrar eden terimlerin amaçlanan anlamının, seri tahkimler boyunca, taraf devletler tarafından başlangıçta amaçlanandan uzaklaşabileceği endişesini dile getirmiş ve uluslararası yatırım antlaşmalarının metinsel sapmalar konusunda özellikle savunmasız olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁴⁰ Hakemlerin, neyin adil, hakkaniyetli veya meşru olduğuna dair anlayışlarında sadece antlaşma yorumlama ilkelerini değil, ahlaki düşünceleri de rol oynayabilmektedir.¹⁷⁴¹ Sornajarah’a göre, meşru beklentilerin korunması, gelişmekte olan devletlere neoliberal bir ideoloji dayatmaya çalışan bir avuç hakemin icadıdır.¹⁷⁴² Bu görüş doğrultusunda, genel ve muğlak bir meşru beklenti standardına atıfta bulunmak, sözleşmeden doğan hakların yerini tutmayacağı belirtilmektedir. Meşru beklentilerin geçerliliği, hakem heyetlerine yatırım sözleşmelerinin serbestçe müzakere edilen şartlarını yeniden yazma yetkisi vermemelidir.¹⁷⁴³

Meşru beklentiler kavramının AHM’nin muhtemelen en öne çıkan ama aynı zamanda en kutuplaştırıcı yönlerinden biridir.¹⁷⁴⁴ Bir yatırımcının meşru beklentisini boşa çıkarmama yükümlülüğünün AHM’nin olağan anlamından türetilip türetilmeyeceği şüphelidir. En güçlü inkârlardan biri *Suez v. Arjantin* davasında, muhalif hakemden Pedro Nikken’den gelmiştir: “*Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin, yatırımcının meşru beklentilerini karşılama veya boşa çıkarmama yükümlülüğünü içerdiği iddiası... hiçbir dilde, ‘adil ve hakkaniyete uygun’ terimlerine verilecek olağan anlamla örtüşmemektedir.*”¹⁷⁴⁵ Hakem Nikken, meşru beklentiler için ulusal hukuklarda tutarlı bir benzerlik olmadığını belirtmiştir: “*Meşru beklentiler kavramı, farklı derecelerde ve iyi niyet temelinde, bir hukuki ilişkinin tarafının diğer tarafın zararına olacak şekilde kendi kendisiyle çelişkiye düşmesini kınanacak bir durum olarak gören farklı hukuk sistemlerine yabancı değildir. İnsan ilişkilerinde, genel olarak, sözünüz senettir ve kim bir başkasının güvenine ihanet ederse*

¹⁷⁴⁰ Reisman, W. Michael, *Negotiating Investment Treaties: Mechanisms for Anticipating and Controlling Textual Drift* (April 19, 2016). Yale Law & Economics Research Paper No. 546, s. 4.

¹⁷⁴¹ Ratner, “Fair and Equitable Treatment and Human Rights”, s. 590.

¹⁷⁴² M. Sornajarah, ‘Developing Countries in the Investment Treaty System: A Law for Need or a Law for Greed?’, s. 55.

¹⁷⁴³ James Crawford, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, **Arbitration International**, C. 24, S. 3, 2008, s. 373, doi:10.1093/arbitration/24.3.351.

¹⁷⁴⁴ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 724.

¹⁷⁴⁵ *Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin*, Hakem Pedro Nikken’in Ayrı Görüşü, § 3.

cezalandırılmalıdır. Ancak, bu kavramın spesifik formülasyonu farklı hukuk sistemlerinde değişiklik göstermektedir. İngiliz hukukundaki estoppel kavramı bile yeknesak bir ifadeye sahip değildir veya diğer Anglosakson ülkelerinde aynı ilkeyle eşleşmez. Ne bazı medeni hukuk ülkelerinin sözleşme hukukundaki *actos propios* (estoppel'e yakın) doktrini ne de aynı ülkelerin idare hukukundaki *confianza legítima* (confidence legitime) doktrini aynıdır.”¹⁷⁴⁶ Nikken AHM'nin aşırı geniş yorumlanması olarak nitelendirdiği duruma itiraz etmiştir: “Meşru beklentiler doktrininin gelişimi, yatırımcıların taleplerinin etkileşiminin ve bunların hakem heyetleri tarafından kabul edilmesinin bir sonucudur ve karar verilen davaların varsayılan ahlaki otoritesi ile desteklenmektedir. Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının, hakem heyetlerinin Taraflara, Tarafların taahhütlerini tanımlamak için kullandıkları terimlerden hiçbir şekilde kaynaklanmayan yükümlülükler yüklemesine neden olacak kadar geniş yorumlandığına inanıyorum. Gerçekten de, Tarafların yükümlülüklerinin kapsamı olarak neyi tanımladıklarından ziyade, davacıların haklarının kapsamı olarak neyi gördüklerine daha fazla dikkat edilmiştir.”¹⁷⁴⁷

MTD v. Şili İptal davasında, hakem heyeti, beklentilerden haklar üretilmeye çalışılmasının yetki aşımıyla sonuçlanabileceği vurgulamıştır: “Komite bu eleştirilerin bazı yönlerini takdir edebilir. Örneğin, TECMED Mahkemesinin, ev sahibi devletin yükümlülüklerinin (kamulaştırma için tazminat yükümlülüğü gibi) kaynağı olarak yabancı yatırımcının beklentilerine açıkça güvenmesi sorgulanabilir. Ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara karşı yükümlülükleri, yatırımcıların sahip olabileceği veya sahip olduğunu iddia edebileceği herhangi bir beklenti setinden değil, ilgili yatırım antlaşmasının hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Bu tür beklentilerden, YTKK'da yer alan veya uygulanabilir olanlardan farklı bir dizi hak üretmeye çalışan bir mahkeme, yetkilerini aşabilir ve eğer aradaki fark önemliyse bunu açıkça yapabilir.”¹⁷⁴⁸

Omega Engineering LLC and Oscar Rivera v. Panama davasında, ABD savunmasında meşru beklentilerin asgari standart kapsamında olmadığını belirtmiştir: “Meşru beklentiler kavramı, uluslararası teamül hukuku kapsamında adil ve

¹⁷⁴⁶ Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin, Hakem Pedro Nikken'in Ayrı Görüşü, § 22.

¹⁷⁴⁷ Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin, Hakem Pedro Nikken'in Ayrı Görüşü, § 27.

¹⁷⁴⁸ MTD v. Şili, İptal Kararı, § 67.

hakkaniyete uygun muamelenin bağımsız bir ev sahibi devlet yükümlülüğü doğuran bir unsuru değildir. Amerika Birleşik Devletleri, yatırımcıların beklentilerini boşa çıkarmamak için asgari muamele standardı kapsamında bir yükümlülük tesis eden genel ve tutarlı bir devlet uygulamasından ve içtihadından haberdar değildir. Bir yatırımcı, yatırımını yöneten yasal rejime ilişkin kendi beklentilerini geliştirebilir, ancak bu beklentiler devlete asgari muamele standardı kapsamında hiçbir yükümlülük getirmez. Taraflardan birinin yatırımcının beklentileriyle uyumsuz olabilecek bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda kapsanan yatırımda kayıp veya zarar meydana gelse bile, bu Maddenin ihlalini teşkil etmez.”¹⁷⁴⁹

Uluslararası hukukta meşru beklentilerin nasıl değerlendirildiği önemli bir noktadır. Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) Pasifik Okyanusu’na Erişim Müzakere Yükümlülüğü (Bolivya v. Şili) davasında yakın zamanda teyit ettiği üzere, meşru beklentilerin korunması için genel uluslararası hukukta herhangi bir dayanak bulunmamaktadır: “*Mahkeme, adil ve hakkaniyete uygun muamele öngören antlaşma hükümlerini uygulayan yabancı bir yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyumsuzluklara ilişkin hakem kararlarında meşru beklentilere atıfta bulunulabileceğini belirtmektedir. Bu tür atıflardan, genel uluslararası hukukta meşru beklenti olarak kabul edilebilecek şeylere dayanarak bir yükümlülük doğuracak bir ilkenin var olduğu sonucu çıkmaz. Bolivya’nın meşru beklentilere dayanan argümanı bu nedenle sürdürülemez*”¹⁷⁵⁰ UAD, Bolivya’nın, Şili’nin yıllar boyunca yaptığı çok sayıda beyan ve açıklama ile Bolivya’nın denize egemen erişiminin yeniden tesis edilmesi beklentisine yol açtığı ve Şili’nin Bolivya ile daha fazla müzakereye girmeyi reddetmesinin Bolivya’nın meşru beklentilerini boşa çıkardığı iddiasını reddetmiştir. Bolivya bu bağlamda, meşru beklentiler prensibinin yatırım tahkiminde yaygın olarak uygulandığını ileri sürmüştür.¹⁷⁵¹ Diğer yandan Şili, böyle bir uluslararası hukuk kuralının var olduğuna dair hiçbir kanıt bulunmadığını savunmuştur.¹⁷⁵²

¹⁷⁴⁹ *Omega Engineering LLC ve Oscar Rivera v. Panama*, ICSID Dava No. ARB/ 16/ 42, ABD’nin Sunumu, 3 Şubat 2020, § 24.

¹⁷⁵⁰ *Pasifik Okyanusu’na Erişim Müzakeresi Yükümlülüğü (Bolivya v. Şili)* (Karar, 1 Ekim 2018) ICJ Rep 2018, 507, 559, § 162.

¹⁷⁵¹ *Pasifik Okyanusuna Erişimi Müzakere Etme Yükümlülüğü (Bolivya v. Şili)*, Karar (1 Ekim 2018) ICJ Rep 507, § 160.

¹⁷⁵² *Pasifik Okyanusuna Erişimi Müzakere Etme Yükümlülüğü (Bolivya v. Şili)*, Karar (1 Ekim 2018) ICJ Rep 507, § 161.

Şili yazılı savunmalarında, meşru beklentilerin kendi başlarına normlar olmadığı argümanını desteklemek için *Blusun v. İtalya*¹⁷⁵³ (UAD yargıçlarından biri *Blusun v. İtalya* davasında hakemlik yapmıştır) ve ECT kapsamı dışındaki diğer birçok tahkim kararına atıfta bulunmuştur. *Blusun v. İtalya* kararının Şili tarafından alıntılanan bölümünde, *Blusun v. İtalya* kararındaki gerekçesini zımnen desteklemektedir.¹⁷⁵⁴ Ancak, ECT kapsamındaki yenilenebilir enerji davalarının hiçbirisi, UAD'nin Bolivya v. Şili kararından önce veya sonra, genel uluslararası hukukta meşru beklentiler ilkesinin var olduğu ve devletlerarası ilişkilere uygulandığı argümanına destek sağlamamaktadır.

Son yıllarda, birçok yatırım antlaşmasında beklentilerin yatırım antlaşması kapsamında koruma altında olmadığı belirtilmektedir. Örnek olarak, 2018 tarihli Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) m. 9.6(4): “*Daha fazla kesinlik için, bir Tarafın bir yatırımcının beklentileriyle tutarsız olabilecek bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda kapsanan yatırımında kayıp veya zarar meydana gelse bile, bu Maddenin ihlalini teşkil etmez.*” Yatırım antlaşmalarında meşru beklentiler sadece keyfiliğin bir alt kümesi olarak tanımlayıp bağımsız bir hüküm olarak ifade etmeme yoluna gidilmektedir.¹⁷⁵⁵

Keyfi davranış yasağının uluslararası teamül hukuku asgari muamele standardı ile açık bir bağlantısı vardır oysa meşru beklentiler doktrini kendi başına bir yasal yükümlülük olarak başlangıcından bu yana ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Keyfiliğe odaklanmak hukukun üstünlüğü anlayışıyla uyumlu olmakla beraber aynı zamanda meşru beklentiler kavramının uluslararası hukuk kaynaklarında herhangi bir temeli olmadığı yönündeki eleştirilere de cevap verme potansiyeline sahiptir.¹⁷⁵⁶

C. Meşru Beklenti için Gerekli Şartlar

Meşru beklentiler, AİHS kapsamında özellikle mülkiyet hakkına ilişkin taleplerde tartışılmaktadır. Belirli durumlarda, bir malvarlığını elde etmeye ilişkin

¹⁷⁵³ *Blusun SA v. İtalya Cumhuriyeti*, Karar, § 371.

¹⁷⁵⁴ *Blusun SA v. İtalya Cumhuriyeti*, Karar, § 370-1.

¹⁷⁵⁵ Henckels, “Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law”, s. 59.

¹⁷⁵⁶ Henckels, “Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law”, s. 60.

meşru beklenti AİHS 1 No’lu Ek Protokol m. 1 korumasından yararlanabilir.¹⁷⁵⁷ AİHM yaklaşımına göre bir beklentinin meşru beklenti olabilmesi için, salt bir umuttan ziyade daha somut bir nitelik taşıması ve söz konusu mülkiyet hakkıyla ilgili bir yasal hükme veya yargı kararı gibi bir hukuki işleme dayanması gerekmektedir.¹⁷⁵⁸ AİHS kapsamında korunan meşru beklenti, sağlam bir yasal dayanağı olan ve mülkiyet haklarını ilgilendiren yasal bir işleme makul ölçüde haklı bir güvene dayanmaktadır.¹⁷⁵⁹ Davalı hükümet üyelerinin, başvuranın tazminat talepleri lehine siyasi açıklamalarda bulunmuş olmalarına¹⁷⁶⁰ veya bir taslak kanunda yer alan, ancak nihayetinde kabul edilmeyen ve ortaya çıkan kanunda yer almayan ifadelerle yönelik meşru beklentiler AİHM tarafından kabul edilmemiştir¹⁷⁶¹. AİHM yaklaşımında, meşru beklentiden oluşan bir mülkiyetin tanınması için, başvuranın, ulusal hukuk uyarınca yeterince yerleşik, esaslı bir mülkiyet hakkının gerisinde kalmayan, ileri sürülebilir bir hakkı olmalıdır.¹⁷⁶²

Meşru beklentilerin ileri sürülmesi için oldukça katı şartlar getiren AB hukukunun aksine,¹⁷⁶³ yatırım tahkimi hakem heyetleri yatırımcıların AHM standardının koruması altına girebilecek beklentilerinin kapsamına ilişkin çok daha geniş bir yorum getirmiştir. Meşru beklentiler, basiretli bir yatırımcının tahmin edebileceği şeylerdir. Beklentilere atıfta bulunulmasına rağmen, test öznel veya psikolojik olmayıp nesnel gerçeklere dayanmaktadır. Meşru beklentileri tartışan mahkemeler yatırımcıların varsayımlarına veya isteklerine değil, ev sahibi devletin yarattığı nesnel koşullara, yasal çerçevesine ve verdiği özel taahhütlere bakmaktadır.¹⁷⁶⁴ Sadece nesnel koşullardan kaynaklanan beklentilerin hayal

¹⁷⁵⁷ *Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri v. Belçika*, AİHM Başvuru No: 17849/91, Karar, 20 Kasım 1995, § 31.

¹⁷⁵⁸ *Ceni v. İtalya*, AİHM Başvuru No: 25376/06, Karar, 4 Mayıs 2014, § 39.

¹⁷⁵⁹ *Kopecký v. Slovakya*, AİHM Başvuru No: 44912/98, Karar, 28 Eylül 2004, § 47.

¹⁷⁶⁰ *Bata v. Çek Cumhuriyeti*, AİHM Başvuru No: 43775/05, Karar, 24 Haziran 2008, § 77.

¹⁷⁶¹ *Zamoyski-Brisson v. Polonya*, AİHM Başvuru No: 19875/13, Karar, 12 Eylül 2017, § 78.

¹⁷⁶² *Béláné Nagy v. Macaristan*, AİHM Başvuru No:53080/13, Karar, 13 Aralık 2016, § 79.

¹⁷⁶³ ABAD, devlet yardımı yararlanıcısının uyumsuz yardımın geri alınmasını mazur gösterebilecek meşru beklentilerinin değerlendirilmesinde katı gereklilikler belirlemiştir. Belirli bir davadaki meşru beklentileri örneklemek gerekirse, “(i) yetkili ve güvenilir kaynaklardan kaynaklanan kesin, koşulsuz ve tutarlı güvencelerin AB idaresi (örneğin, Avrupa Komisyonu) tarafından ilgili kişiye verildiği, (ii) bu güvencelerin muhatap alınan kişi açısından meşru bir beklentiye yol açacak nitelikte olduğu ve (iii) güvencelerin yürürlükteki kurallara uygun olduğu” gösterilmelidir. Dava T-177/10 *Alcoa Trasformazioni v. Avrupa Komisyonu* [2014] ECLI:EU:T:2014:897, § 60.

¹⁷⁶⁴ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 304; *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 621, 627, 799; *Invesmart v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 255; *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 356, 358, 364; *Arif v. Moldova*, Karar, § 532; *Perenco v. Ekvador*, Kalan Yetki ve Sorumluluk Meseleleri Hakkında Karar, § 560; *Charanne v. İspanya*, Karar, § 495; *Isolux v. İspanya*, Karar, § 777; *Urbaser v. Arjantin*, Karar, § 613; *Antin v. İspanya*, Karar, § 538; *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 261, 380.

kırıklığına uğraması bir AHM talebinin temelini oluşturabilir. Bu koşullar, ev sahibi devlet tarafından bireysel yabancı yatırımcıya verilen belirli güvence veya garantilere atıfta bulunabilir.¹⁷⁶⁵

Uluslararası yatırım hukukunda yatırımcıların meşru beklentilerini belirleme standardı objektif bir standarttır. Bireysel yatırımcıların sübjektif varsayımları, algıları ve beklentilerinden öte meşru beklentilerin belirlenmesi, ev sahibi devletin yatırımın yapıldığı tarihte mevcut olan yasal ve düzenleyici yatırım çerçevesine yansıyan taahhütlerine dayalı olarak yapılmalıdır. Uygulanacak kıstas, benzer konumdaki herhangi bir yatırımcı için geçerli olan makul bir yatırımcının kıstasıdır. Meşru beklentilerle ilgilenen yatırım tahkimi hakem heyetlerinin uygulamaları incelendiğinde, yatırımların yapıldığı tarihte ev sahibi devlet tarafından yaratılan objektif hukuki ve fiili koşulları inceledikleri görülmektedir.¹⁷⁶⁶

Hakem heyetleri, meşru beklentiler kavramı kapsamında yalnızca meşru¹⁷⁶⁷, haklı¹⁷⁶⁸ veya makul¹⁷⁶⁹ ise beklentileri dikkate almaktadır. Yatırımcının öznel bir umudu veya makul olmayan bir dileği korunmayacaktır. A. Newcombe ve L. Paradell makul kavramını detaylandırmıştır: “*Yabancı bir yatırımcının ev sahibi devletin davranışlarına güvenmesinin “makul” olup olmadığı son derece bağlamsal bir sorgulamadır. Mahkemeler ve yorumcular, bir yatırımcının makul güveninin değerlendirilmesinde potansiyel olarak ilgili olan bir dizi faktör belirlemiştir. Bunlar şunları içerir: (i) beyanın zamanlaması ve spesifikliği; (ii) devlet tarafından herhangi*

¹⁷⁶⁵ Ioan Micula ve diğerleri v. Romanya, Karar, § 673; White Industries Australia Ltd. v. Hindistan, Nihai Karar, § 10.3.17; Plama Consortium Ltd. v. Bulgaristan, Nihai Karar, § 176; PSEG v. Türkiye, § 241-42; Bununla birlikte, tahkim uygulamasındaki yaygın bir görüşü takiben, devletin genel yasal düzeni de meşru beklentiler yaratır. Silver Ridge Power BV v. İtalya, ICSID Dava No. ARB/15/37, Karar, 26 Şubat 2021, § 408; Continental Casualty Co. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/9, Karar, § 261.

¹⁷⁶⁶ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 487.

¹⁷⁶⁷ Biwater Gauff v. Tanzanya, Karar, § 602: “*bu beklentiler makul ve meşru olduğu sürece*”; Al-Bahloul v. Tacikistan, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kısmi Kararı, § 200: “*Meşru beklentilerin karşılanmadığının tespit edilmesi için, beklentinin niteliği, beklentiye duyulan güven ve bu güvenin meşruiyeti gibi çeşitli faktörlerin ortaya konması gerekmektedir.*”

¹⁷⁶⁸ LG&E v. Arjantin, Sorumluluk Kararı, § 131: “*yabancı yatırımcının haklı beklentilerini karşılamak için gerekli olan istikrarlı ve öngörülebilir bir yasal çerçeve.*”

¹⁷⁶⁹ Saluka v. Çek Cumhuriyeti, Kısmi Karar, § 309: “*yatırımcının meşru ve makul beklentileri*”; Electrabel v. Macaristan, Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk Kararı, § 7.74 “*yatırımcının makul ve meşru beklentiler*”; Rumeli Telekom v. Kazakistan, Karar, § 609 “*Devlet yatırımcının makul ve meşru beklentilerine saygı göstermelidir*”; Gavrilovic v. Hırvatistan, Karar, § 955 “*meşru ve makul bir beklentinin ihlali AHM standardının ihlaline yol açabilir*”; Unión Fenosa Gas v. Mısır, Karar, § 9.53 “*Davacı ayrıca aşağıdakileri de ortaya koymalıdır: (i) beklentilerinin bu koşullar altında makul olduğunu kanıtlamalıdır.*”

*bir feragat olup olmadığı; (iii) beyanda bulunan kişinin hükümet hiyerarşisi içindeki konumu; (iv) tarafların göreceli becerileri ve uzmanlıkları; (v) güvenin öngörülebilirliği; (vii) beyanların dayandığı durum veya koşullardaki değişiklikler; (viii) ne ölçüde hatalı varsayımlarda bulunulduğu; (ix) yatırımcının belirli bir risk için kendisini ne ölçüde korumaya çalıştığı; (x) yatırımcının davranışları.*¹⁷⁷⁰

Ev sahibi devletlerin yatırımcı beklentilerinin yaratılmasındaki rolü ve katılımı, bu beklentilerin meşruiyetinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır.¹⁷⁷¹ Meşru olarak beklenebilecek hukuki belirlilik derecesi, söz konusu davranışın niteliğine göre değişecektir.¹⁷⁷²

Uygulanabilir bir meşru beklentinin ortaya çıkması için, taahhüdün siyasi beyanlardan veya tanıtım materyallerinden oluşmak yerine kanuna dayanması gerektiği, yetkili bir makam tarafından yapılması gerektiği, objektif bir beklenti oluşturmak için açık ve spesifik olması gerektiği, beklentilerin makul olup olmadığının ilgili tüm koşullar ışığında değerlendirilmesi gerektiği ve sonuç olarak ev sahibi devletin politika çıkarılarının dikkate alınması gerektiği sıklıkla gözlemlenmiştir.¹⁷⁷³ Birçok hakem heyeti, yatırımcının meşru beklentilerinin ihlal edildiği sonucuna varmak için düzenleyici çerçevedeki bir değişikliğin ciddi ve/veya suç teşkil edici olması ve yatırımcı üzerinde önemli bir mali etkiye sahip olması gerektiğinin altını çizmektedir.¹⁷⁷⁴ Yatırımcının meşru beklentileri değerlendirilirken birçok koşulun bir arada bulunması gerekmektedir.¹⁷⁷⁵

Tahkim içtihadı ışığında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının belirli bir davada yatırımcının beklentilerini koruyup korumayacağını belirleyen beş bileşen öne çıkmaktadır: Ev sahibi devletin yabancı yatırımcının meşru beklentilerine yol açan objektif davranışı, yabancı yatırımcıların bu davranışa güvenmesi, yatırımcının beklentilerinin ev sahibi devletin müteakip davranışlarıyla boşa çıkarılması, ev sahibi devletin tek taraflı davranması yani yatırımcılarla anlamlı bir iletişimin ve/veya rızanın

¹⁷⁷⁰ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 286.

¹⁷⁷¹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 500.

¹⁷⁷² Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 351.

¹⁷⁷³ *Infracapital v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergelerine İlişkin Karar, § 570-4.

¹⁷⁷⁴ *Toto v. Lübnan*, Karar, § 244. Ayrıca bkz. *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 510.

¹⁷⁷⁵ Özgür Ocakhan, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, s. 92.

olmaması ve yatırımcı için zararlar meydana gelmesi.¹⁷⁷⁶ Ancak, bunlar, her hakem heyeti tarafından eşit şekilde uygulanmamaktadır.

Öte yandan, yatırımcıların meşru beklentiler için gerekli özeni göstermesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Yatırımcı açısından gerekli özen, ev sahibi devletteki fiili ve hukuki durumlar ile risklerin bir değerlendirmesidir. Ev sahibi devlet için gerekli özen ise, devletten beklenen ve uyulmaması halinde uluslararası sorumluluğa veya uluslararası hukuk kapsamında korumadan yoksun kalmaya yol açacak bir davranış standardıdır.

1. Yatırımcının Durum Tespitinin Rolü

Bazı yazarlar, yatırımcıların, ev sahibi devletin toplumuna karşı davranışlarının değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁷⁷⁷ Bu doğrultuda, beklentilerin nesnel bir temeli olmalıdır ve yatırımcıların yatırım kararlarını verirken makul derecede durum tespiti yapmaları beklenmektedir. Hakem heyetlerinin meşru beklentiler doktrini tarafından sunulan korumanın kapsamını sınırlandırmasının bir yolu, yatırımcıların yatırımlarını yapmadan önce yasal veya düzenleyici durum tespiti yapıp yapmadıklarını incelemektir.¹⁷⁷⁸ Birçok hakem heyetine göre, basiretli bir yatırımcı ilgili ulusal hukuk ve ulusal yargı kararları hakkında bilgi sahibi olmalı ve yatırım yaparken farklı bilgi kaynaklarını göz önünde bulundurmalıdır.¹⁷⁷⁹

Birçok davada, yatırımcının durum tespitinin rolü, bir yatırımcının beklentilerinin meşruiyetinin değerlendirilmesinde önemli bir faktör olmuştur. Bu durum, özellikle bir yatırımcının meşru beklentilerinin korunmasına ilişkin talebinin düzenleyici çerçevenin istikrarına dayandığı durumlarda geçerlidir. İstikrar yükümlülüğünü dengelemek için, birçok hakem heyeti, bir yatırımcının ulusal mahkeme kararları hakkında bilgi sahibi olmak ve bunları dikkate almak da dahil olmak üzere düzenleyici çerçeveye ilişkin makul bir özen göstermesini şart

¹⁷⁷⁶ Dolzer, “Fair and Equitable Treatment”, s. 20.

¹⁷⁷⁷ Muchlinski, ““Caveat Investor?””, s. 534.

¹⁷⁷⁸ Shaun Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, **The Journal of World Investment & Trade**, C. 23, S. 2, 2022, s. 314, doi:10.1163/22119000-12340231.

¹⁷⁷⁹ Levashova, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, s. 247.

koşmaktadır.¹⁷⁸⁰ İçerik açısından, bir yatırımcı, yatırım sırasında dayandığı düzenleyici çerçevenin bir değerlendirmesini yaptığını göstermek zorundadır. Ancak, böyle bir değerlendirmenin kapsamı farklılık göstermektedir. Hakem heyetleri, yatırımcı tarafından yapılan incelemenin şekline ilişkin tutarlı herhangi bir özel gereklilik belirtmemektedir.

AHM standardı bağlamında yatırımcının durum tespiti, yabancı bir yatırımcının kendi menfaati için gerçekleştirdiği risk temelli ticari durum tespiti ötesine geçmektedir. Bir devletin kamu yararına düzenleme yapma hakkı ve daha geniş bir iş sorumlulukları kavramı üzerinde etkileri vardır. Yatırımcılardan, ev sahibi devlete yatırım yapmadan önce, önerilen yatırım ile ilgili kurallar ve düzenlemeler hakkında bilgi toplamak için makul çabalar göstererek uygun bir durum tespiti yapmaları beklenir. Bazı durumlarda durum tespiti, bir yatırımcının ev sahibi devletin daha geniş ekonomik durumu ve sosyo-politik geçmişiyle ilgili olası riskleri değerlendirme görevini de kapsamaktadır.¹⁷⁸¹ Genel olarak, durum tespiti, ev sahibi devletteki ekonomik, sosyal, siyasi ve güvenlik risklerinin değerlendirilmesini içermektedir.¹⁷⁸²

Birçok davada, hakem heyetleri, ister bir hukuk firması veya nitelikli bir danışman tarafından hazırlanan hukuki bir görüş şeklinde olsun, isterse bir profesyonel olan yatırımcının düzenleyici çerçeveyi analiz etmek için makul çabayı gösterdiğini ortaya koyan başka bir kanıt yoluyla olsun, bir tür durum tespiti yapılmasını şart koşmuş ve bu doğrultuda meşru beklentiler, düzenleyici tedbirlerin yatırım sırasında makul ölçüde öngörülebilir olmaması halinde ihlal edilmiş olacaktır sonucuna ulaşmışlardır.¹⁷⁸³

Yatırım tahkimi hakem heyetleri, ev sahibi bir devlete yatırım yapan bir yatırımcının, yatırımıyla ilgili olarak belirli bir istikrar derecesine güvenebilmesi

¹⁷⁸⁰ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', in Yulia Levashova and Pascale Accaoui Lorfing (eds), *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post-Pandemic World*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2022, s.127.

¹⁷⁸¹ Levashova, "Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law", s. 234.

¹⁷⁸² Aniruddha Rajput, "Due Diligence in International Investment Law: From the Law of Aliens to Responsible Investment", **Due Diligence in the International Legal Order**, ed. Heike Krieger, Anne Peters, Leonhard Kreuzer, Oxford University Press, 2020, s. 282, doi:10.1093/oso/9780198869900.003.0016.

¹⁷⁸³ *Charanne Construction v. İspanya*, Nihai Karar, § 505.

gerektiğini düşünmüştür.¹⁷⁸⁴ Ancak, bu, yatırımcıların yasal çerçevenin hiç değişmeyeceğini beklemeleri gerektiği anlamına gelmemektedir. Hakem heyetleri, bir devletin yasal çerçevesinin tanım gereği her geçen gün yeni koşullara uyum sağlaması nedeniyle değişime tabi olduğunu ve bir devletin yasama faaliyetlerini de içeren yetkilerini kullanma konusunda egemenlik hakkına sahip olduğunu vurgulamışlardır.¹⁷⁸⁵ Ayrıca hakem heyetleri, devletin düzenleyici çerçevesini değiştirebileceğini, ancak belirli bir alanı veya sektörü düzenleyen yasal çerçevede yerleşik olan ve yatırımcının ilk etapta yatırım yaparken güvendiği temel özelliklere saygı göstermesi gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁷⁸⁶ Bu, değişikliklerin orantılı olması ve mevcut çerçevenin temel özelliklerinin ani ve öngörülemez bir şekilde ortadan kaldırılmasına yol açmaması gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁷⁸⁷

Yatırımcılar uygun bir durum tespiti yapma, yani yatırım yapmadan önce ev sahibi devletteki yasal ortam ve genel ekonomik ve siyasi koşullar hakkında bilgi edinme yükümlülüğü altında olduğunu belirten birçok karar mevcuttur.¹⁷⁸⁸ Yatırım tahkimi hakem heyetleri ayrıca, yatırımcıların meşru olarak korunabilecek beklentiler oluşturabilmeleri için ev sahibi devletteki siyasi riski ve genel ekonomik ve siyasi koşulları dikkate almaları gerektiği konusunda da uyarıda bulunmuştur.

Devletlerin siyasi istikrarı, önceden var olan uluslararası yükümlülükler ve hukukun üstünlüğü gibi temel ilkelere uyma eğilimi, hakemlerin bir davacının dikkate almasını bekleyebileceği faktörlerdir. Ancak, hakemlerin bunlarla ilgili analizi belirli olguların davacının beklentilerinin antlaşma tarafından korunup korunmadığını nasıl veya neden etkilediğine dair hiçbir açıklama olmaksızın genel ifadelerle sınırlıdır. *Toto*

¹⁷⁸⁴ *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 333: “*prensip olarak, bir yatırımcının yatırımın yasal ortamında belirli bir istikrar ve öngörülebilirlik hakkına sahip olduğunu.*”

¹⁷⁸⁵ *AES Summit v. Macaristan*, Karar, § 9.3.29; *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 258.

¹⁷⁸⁶ *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 168; *Charanne Construction v. İspanya*, Nihai Karar, § 539.

¹⁷⁸⁷ *Charanne Construction v. İspanya*, Nihai Karar, § 517; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. ve Antin Energia Termosolar B.V. v. İspanya Krallığı*, Karar, § 556; *Eiser Infrastructure Ltd. ve Energia Solar Luxembourg v. İspanya*, Karar, § 370.

¹⁷⁸⁸ *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 333; *Lemire v. Ukrayna*, Karar Yargı Yetkisi ve Sorumluluk, § 285; *Anderson v. Kosta Rika*, ICSID Dava No. ARB(AF)/07/3, Karar, 19 Mayıs 2010, § 58; *Isolux v. İspanya*, Karar, § 781; *Energija v. Letonya*, Karar, § 837; *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 679; *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 432, 435; *Gavrilović v. Hırvatistan*, Karar, § 986; *Zelena v. Sırbistan*, Karar, § 98, 377; *Cube v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/20, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Nicelik Hakkında Kısmi Karar, 19 Şubat 2019, § 394-396, 405-406; *SolEs Badajoz v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/38, Karar, 31 Temmuz 2019, § 330-331; *OperaFund v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/36, Karar, 6 Eylül 2019, § 486-7.

v. *Lübnan* davasındaki hakem heyeti analizi buna bir örnektir: “*Lübnan’daki iç savaş sonrası durumun, ciddi ekonomik zorluklar ve devasa yeniden inşa çabaları ile, gümrük vergilerinin değişmeden kalacağına dair yasal beklentileri haklı çıkarmadığını.*”¹⁷⁸⁹ Hakem heyeti, davacının gümrük vergilerine ilişkin meşru bir istikrar beklentisi olduğu iddiasına ilişkin olarak “*Lübnan’daki iç savaş sonrası durumun, önemli ekonomik zorluklar ve devasa yeniden inşa çabaları ile, gümrük vergilerinin değişmeden kalacağına dair yasal beklentileri haklı çıkarmadığını*”¹⁷⁹⁰ tespitini yapmıştır. Ancak, hakem heyeti, yatırımcının Lübnan’daki durumdan gerçekten haberdar olup olmadığını ya da haberdar olması gerekip gerekmediğini açıklamamaktadır ve yatırımcının ne kadarını bilmesi gerektiği belirsizdir. Ayrıca, Lübnan’daki durumun davacının gümrük vergilerine ilişkin özel beklentisinin neden makul olmadığı anlamına geldiğini açıklamaya yönelik bir girişimde bulunulmamıştır. Bu noktada açık ve ortak bir yaklaşımın olmaması, yatırımcıların son derece benzer koşullarda yatırım yaparken farklı standartlara tabi tutulmasına yol açabilmektedir.

Yatırımcının, ev sahibi devletteki koşulları değerlendirmesi gerekliliğine vurgu yapmayıp ev sahibi devletin koşullarına önem atfetmeyen kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, *Karadssopoulos ve Fuchs v. Gürcistan* davasında, davalı açıkça buna dayanmış olmasına rağmen, hakem heyeti Gürcistan’ın geçiş dönemi statüsünü AHM hükmü kapsamında hafifletici bir faktör olarak değerlendirmemiştir.¹⁷⁹¹ Benzer şekilde, gelişmekte olan devletleri ilgilendiren davalarda bazı hakem heyetleri ilgili ülkedeki koşulları tartışmaktan kaçınmıştır. Bazı hakem heyetleri AHM standardı üzerindeki pratik etkilerini belirtmeksizin ev sahibi devletteki koşullara atıfta bulunmuştur.¹⁷⁹²

Öte yandan, yatırımcının gerekli özeni göstermemesinin, hakem heyetinin bir devletin AHM standardını ihlal etmediğine karar vermesi için bir neden olabileceği, ancak yatırımcının sorumluluğuna yol açmayacağı da öne sürülmektedir. Bu görüş

¹⁷⁸⁹ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lübnan*, Karar, § 245.

¹⁷⁹⁰ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lübnan*, Karar, § 245.; Ayrıca bakınız, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukrayna*, Karar, §20.37.

¹⁷⁹¹ *Ioannis Kardassopoulos ve Ron Fuchs v. Gürcistan*, ICSID Dava No. ARB/05/18 ve 07/15, Karar, 3 Mart 2010, § 420, 428-52.

¹⁷⁹² *Duke Energy Electroquil Partners ve Electroquil S.A. v. Ekvador*, Karar, § 347.; Bazıları ise kriz senaryolarını yalnızca tazminata hükmederken dikkate almıştır. *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 397, 417; *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Zaire*, ICSID Dava No. ARB/93/1, Karar (21 Şubat 1997), § 7.17-18.

doğrultusunda yatırımcılar gerekli özeni gösterme konusunda pozitif bir yükümlülük altında değildir, ancak bunun yapılmaması taleplerini geçersiz kılabilir. Hakem heyetleri, gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini değerlendirirken yatırımcının kapasitesini ve kaynaklarını nadiren göz önünde bulundurmaktadır.¹⁷⁹³ Bunun yerine, hakem heyetleri yalnızca gerekli özenin gösterilip gösterilmediğine ve bu uygulamanın ne gösterdiğine bakma eğilimindedir.¹⁷⁹⁴

Genel olarak, hakem heyetleri, AHM standardı kapsamında, yatırımcılardan ev sahibi devletin koşullarını değerlendirirken gerekli özeni göstermelerini ve beklentilerini bu kıstasa göre ölçmelerini talep etmektedir.¹⁷⁹⁵ Yatırımcının ihtiyatlılığı ve makullüğü uzun zamandır meşru beklentilerin ihlali iddiasını değerlendirme formülünün bir parçası olmuştur çünkü hakem heyetleri yatırım hukukunun yatırımcıların gerçekçi olmayan umutları ve istekleri için bir sigorta poliçesi haline gelmemesi gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁷⁹⁶

Yatırımcılar halihazırda silahlı bir çatışmadan etkilenen veya örneğin tekrar eden etnik gerilimler veya komşu ülkelerle olan anlaşmazlıklar nedeniyle güvensizlik ve istikrarsızlığa eğilimli olarak öne çıkan bir ülkeye yatırım yaparlarsa, nispeten istikrarlı ve güvenli bir ortama yatırım yapan yatırımcılarla aynı beklentilere sahip olduklarını meşru bir şekilde iddia edemeyecek ve bu tür öngörülebilir riskler meşru beklentilerin oluşumunu engelleyecektir.¹⁷⁹⁷ Riskli ortamlarda spekülasyon yatırımları içeren beklentiler, istikrarlı koşullar altında yapılan yatırımlara göre daha az koruma görmesi muhtemeldir. İstikrarlı bir ülkede iş yapan yatırımcıların beklentilerini istikrarsız bir ülkede faaliyet gösteren yatırımcılarla eşitlemek pek makul değildir. Dolayısıyla, silahlı çatışma veya çatışma riskinin varlığı doğal olarak meşru beklentilerin varlığını engelleyebilir, ancak kırılgan devletlerde iş yapan yatırımcılar

¹⁷⁹³ *Antin v. İspanya*, Karar, § 537: “Buna göre, Mahkeme yatırımın ne zaman yapıldığını, o zamanki koşulların ne olduğunu ve yatırımcının gerekli özenle hareket etmiş olsaydı (uzmanlığını göz önünde bulundurarak) sahip olduğu veya makul olarak sahip olması gereken bilgileri dikkate almıştır.”

¹⁷⁹⁴ Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, s. 315.

¹⁷⁹⁵ Ocakhan, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler*, s. 91.

¹⁷⁹⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. İspanya Krallığı*, ICSID Dava No. ARB/97/7, Karar, 9 Kasım 2000, § 64; *MTD Equity Sdn ve MTD Chile SA v. Şili*, İptal Kararı, § 67; *HydroEnergy 1 ve Hrdroxana Sweden v. İspanya Krallığı*, ICSID Dava No. ARB/15/42, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, 9 Mart 2020, § 584.

¹⁷⁹⁷ Tobias Ackermann, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, s. 206.

haksız ve adaletsiz muamelelere karşı korunmaya devam eder çünkü istikrarsız koşullar makul olmayan veya keyfi davranışları meşrulaştırmayacaktır.¹⁷⁹⁸

Beklentilerin makullüğü veya meşruiyetin değerlendirilmesinde, sadece yatırımı çevreleyen gerçekler değil, aynı zamanda ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullar da dahil olmak üzere tüm koşulların dikkate alınması gerekliliği¹⁷⁹⁹ hem hakem heyetleri tarafından¹⁸⁰⁰ hem de doktrinde destek bulmuştur.¹⁸⁰¹ Ancak, bir yatırımcının beklentilerinin meşruiyetini belirlerken, hakem heyetleri genellikle ev sahibi devletin yatırım ortamına ilişkin geniş kapsamlı incelemeler yapmakta ve istikrarsız düzenleyici işlemlerin gerçek öncüllerini aramakta başarısız olmaktadır. Birçok hakem heyeti de ev sahibi devletteki koşulları değerlendirirken yatırım ortamına ilişkin yeterli düzeyde inceleme yapmamıştır.

2. ECT Davaları Kapsamında Durum Tespitinin Rolü

Gerekli durum tespiti kapsamı daha önceki yatırım tahkimi kararlarında oldukça muğlak bir şekilde ifade edilmiştir. Son yıllarda, ECT kapsamında açılan yenilenebilir enerji davalarının sayısının artmasıyla birlikte, yatırımcının durum tespiti faktörü hakem heyetleri tarafından sıklıkla ve daha detaylı olarak ele alınmıştır.¹⁸⁰² Genel yatırım ortamının değerlendirilmesi gerekliliği, genellikle yatırımın yapıldığı tarihte ev sahibi devletle ilgili olan özel koşullara göre uyarlanmıştır. Bir yatırımcının durum tespiti şekli ve içeriğine ilişkin yükümlülükler davadan davaya değişiklik gösterse de bir yatırımcının durum tespiti yapması gerekliliğinin temel özellikleri belirlenebilmektedir.

Yakın tarihli birçok karara göre, meşru beklentilerin ihlali için eşik, devletin itiraz edilen düzenleyici değişikliklerinin basiretli bir yatırımcı için makul ölçüde

¹⁷⁹⁸ Ackermann, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, s. 209.

¹⁷⁹⁹ *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 340.

¹⁸⁰⁰ *South American Silver Ltd. v. Boliviya*, Karar, § 648; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. ve Vivendi Universal S.A. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/03/19, *AWG Group v. Arjantin*, UNCITRAL, Sorumluluk Kararı, 30 Temmuz 2010, § 228; *Bayindir Insaat v. Pakistan*, Karar, § 192-3.

¹⁸⁰¹ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 181.

¹⁸⁰² Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 124.

öngörülebilir olup olmadığıdır.¹⁸⁰³ *Cavalum v. İspanya* davasında, hakem heyetinin belirttiği gibi, meşru beklentilerin varlığı, yatırımcının yatırım yaptığı anda bildiği veya makul olarak bilmesi gereken bilgiler ışığında incelenmelidir.¹⁸⁰⁴ *Hydro Energy v. İspanya* davasında, hakem heyeti, bir yatırımcının beklentilerinin değerlendirilmesinde dış koşulların rolünü vurgulamıştır: “*ekonomik, sosyal, çevresel ve yasal koşullar ve sorunlar doğaları gereği evrimsel, dinamik ve sürekli değişime bağlıdır ve başarılı kamu altyapısı ve kamu hizmetlerinin gelişen koşullardaki değişime uyum sağlayabilmesi vazgeçilmezdir*”¹⁸⁰⁵ tespitini yapmıştır.

Ancak, özenli bir araştırma yapıldığında değişikliklerin öngörülebilir olmadığını göstermek için yatırımcıya yüklenen ispat yükü farklılık göstermektedir. Bazı hakem heyetleri, durum tespiti yapmanın kapsamına ilişkin bir dizi gereklilik getirmektedir. Bu gereklilikler, bir yatırımcı tarafından gerçekleştirilmesi gereken durum tespitinin içeriği ve bir yatırımcının durum tespitini gerçekleştirirken dikkate alması gereken düzenleyici çerçeveye ilişkin bilgi türleri ile ilgilidir. İçerik açısından, bir yatırımcı, yatırım sırasında dayandığı düzenleyici çerçevenin bir değerlendirmesini yaptığını göstermelidir. Örneğin, *Stadtwerke München v. İspanya* davasında, hakem heyeti, bir yatırımcının beklentisinin makul olması için, bu beklentinin yatırımcı tarafından yürütülen titiz bir durum tespiti sürecinden de kaynaklanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁰⁶ Hakem heyeti, meşru beklentilerin yasaya dayandırılması gerektiği, yasanın ne dediğine ilişkin tanıtım broşürlerine dayanmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸⁰⁷

Sun Reserve v. İtalya davasında, hakem heyeti, yatırımcının gerekli özeni göstermesinin bir parçası olarak ilgili ulusal içtihat hakkında bilgi sahibi olması gerekip gerekmediği konusunu ele almış ve ulusal mahkemelerin kararlarının yatırımcının yatırım sırasındaki beklentilerinin belirlenmesiyle son derece ilgili

¹⁸⁰³ *Belenergia S.A. v. İtalya*, Karar, § 583-4; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. İspanya Krallığı*, Karar, § 781; *Masdar Solar v. İspanya Krallığı*, Karar, § 494; *Antaris GmbH ve Dr. Michael Göde v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, 2 Mayıs 2018, § 360; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. İtalya*, SCC Dava No. 132/2016, Karar, 25 Mart 2020, § 714.

¹⁸⁰⁴ *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 538.

¹⁸⁰⁵ *Hydro Energy v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 585; *Watkins Holdings S.à r.l. ve diğerleri v. İspanya Krallığı*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 587; *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 428.

¹⁸⁰⁶ *Stadtwerke München ve diğerleri v. İspanya*, Karar, § 264.

¹⁸⁰⁷ *Stadtwerke München ve diğerleri v. İspanya*, Karar, § 287.

olduğu¹⁸⁰⁸ ve iş adamlarının bu tür yargı kararlarını bilmesinin beklenmeyeceği, ancak avukatlarının, özellikle de uluslararası ticaret hukuku ve İspanyol enerji ve idare hukuku alanında tanınmış uzmanların, bu tür kararlar konusunda uygun bir bilgi standardına tabi tutulabileceği sonucuna varmıştır.¹⁸⁰⁹

Antaris v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, yatırımcının meşru beklentilerin korunmasına ilişkin talebini gerçek bir durum tespiti yapıldığına dair kanıt bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁸¹⁰ Yatırımcıların gerçek bir durum tespiti yapmamış olması, meşru beklentiler iddiasının reddedilmesi için bir unsur olmuştur: “*Davacıların girdiği pazarın bir balon olduğunu ve Çek Hükümetinin FIT rejiminin dengesiz olduğunu düşündüğünü ve bunun sektör tartışmalarına katılan veya uzman profesyonellerin uyarılarına dikkat eden veya yerel basını okuyan herkes için açık olduğunu belirtti.*”¹⁸¹¹ Hakem heyetine göre yatırımcılar sadece uluslararası düzeyde korunan bir beklentinin aksine spekülative bir umuda sahipti.¹⁸¹² Bu meşruiyet eksikliği, davacının AHM iddiası noktasında olumlu bir sonuç almasını engellemiştir.

Gavrilovic v. Hırvatistan davasında, hakem heyeti, bir yatırımcının beklentilerinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde, yatırımın gerçekleştirilmesinden önce yapılan durum tespitinin de dikkate alınacağını belirtmiştir.¹⁸¹³

ECT davaları kapsamında, hakemlerin, yatırımcıların durum tespiti yapma gerekliliğine ilişkin yaklaşımları farklılaşmıştır.

i. Meşru Beklentiler için Durum Tespiti Katı Bir Zorunluluk Değil Yaklaşımı (Geniş Yaklaşım)

ECT kapsamındaki yatırım tahkimi davalarında, yatırımcıların durum tespitine ilişkin iki ana yaklaşım tespit edilebilir. Birincisi ya da geniş yaklaşım, gerekli özenin katı bir gereklilik olduğunu reddetmek ve sadece davacının beklentilerinin basiretli ya

¹⁸⁰⁸ *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 532.

¹⁸⁰⁹ *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 531.

¹⁸¹⁰ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 432.

¹⁸¹¹ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 434.

¹⁸¹² *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 435.

¹⁸¹³ *Gavrilovic v. Hırvatistan*, Karar, § 986.

da makul bir yatırımcı tarafından paylaşılıp paylaşılmayacağını değerlendirmektir.¹⁸¹⁴ Bu yaklaşımı izleyen hakemler için, varsayımsal makul yatırımcının beklentilerinin ne olacağını belirlerken gerekli özen dikkate alınmalıdır, ancak gerekli özen meşru beklentilerin oluşması için belirleyici faktör değildir.¹⁸¹⁵ Bu anlayış doğrultusunda, yatırımcı beklentilerinin başka nedenlerle makul olduğunu gösterebiliyorsa, durum tespitinin yapılmamış olması sorun teşkil etmeyecektir.¹⁸¹⁶

Durum tespitine sınırlı anlam yüklenen bu davalar, yatırımcıların durum tespitinden hiç bahsedilmediği meşru beklentilere ilişkin daha önceki davaların bir devamı niteliğindedir. Özellikle, geniş yaklaşımı izleyen bir mahkemenin diğer gerekçelerle makul olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapabildiği durumlarda, yatırımcının gerekli özeni göstermesine çok az ağırlık verilebilir veya hiç ağırlık verilmeyebilir.

Bazı hakem heyetleri, bir yatırımcı tarafından herhangi bir özel durum tespiti yapılmasını zorunlu kılmamıştır.¹⁸¹⁷ Bu davalarda, durum tespiti incelemesinin rolü sınırlandırılmıştır. *SolEs Badajoz v. İspanya* davasında, hakem heyeti, AHM'nin objektif bir standart olduğunu ve bir yatırımcının beklentilerinin varsayımsal olarak ihtiyatlı bir yatırımcının yatırım tarihi itibarıyla sahip olduğu kabul edilen bilgiye göre ölçüldüğünü açıklamıştır: “Mahkeme, resmi bir durum tespiti sürecinin, meşru beklentilerin başarılı bir şekilde iddia edilmesi için bir ön koşul olmadığını düşünmektedir. Bununla birlikte, bir yatırımcı, düzenleyici ortama ilişkin öznel bilgisindeki boşluklardan yararlanamaz çünkü objektif bir standart uyarınca, yatırımcının meşru beklentileri, varsayımsal bir basiretli yatırımcının yatırım tarihi itibarıyla sahip olduğu kabul edilen bilgiye atıfta bulunularak ölçülür. Basiretli bir yatırımcıya düşen sorgulamanın kapsamı, davanın özel koşullarına bağlıdır.”¹⁸¹⁸ Benzer şekilde, *Cube v. İspanya* davasında, hakem heyeti, yatırımcının resmi bir durum tespiti süreci yürütme zorunluluğu bulunmadığını, beklentilerinin korunmasına

¹⁸¹⁴ Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, s. 318.

¹⁸¹⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti*, Karar, § 601; *Gavrilovic v. Hırvatistan Cumhuriyeti*, Karar, § 986, 987-1018.

¹⁸¹⁶ *Isolux Netherlands BV v. İspanya Krallığı*, Nihai Karar, § 781; *Wirtgen v. Çek Cumhuriyeti*, Gary Born'un Muhalif Görüşü, § 98-9; *Antaris Solar gmbH and Dr Michael Gode v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, Gary Born'un Muhalefet Şerhi, § 73-7; *Antin v. İspanya*, Karar, § 537; *SolEs Badajoz GmbH v. İspanya Krallığı*, ICSID Dava No. ARB/15/38, Karar, § 331.

¹⁸¹⁷ *SolEs Badajoz v. İspanya Kararı*, *Cube Infrastructure v. İspanya Kararı* ve *Novenergia v. İspanya Kararı*

¹⁸¹⁸ *SolEs Badajoz GmbH v. İspanya Krallığı*, Karar, § 331.

güvenme hakkının harici danışmanlar tarafından belirli bir biçim veya ölçekte yasal durum tespiti yapıldığına dair kanıt bulunmasına bağlı olmadığına karar vermiştir.¹⁸¹⁹

Foresight v. İspanya davasında, hakem heyeti, bir hukuk firmasından alınan hukuki tavsiyenin bilimsel durum tespiti teşkil edebileceğini belirtmiştir. Hakem heyeti, yatırımcı tarafından hazırlatılan durum tespit raporunun İspanyol düzenleyici çerçevesinin eksiksiz bir hukuki analizini içermediği ve bu nedenle yetersiz olduğu konusunda davalı ile aynı fikirde değildir. Hakem heyeti, yatırımcının hukuk firması tarafından yasal gelişmeler hakkında bilgilendirildiğini ve bir yatırımcının, hukuk danışmanlarının düzenleyici rejimde herhangi bir temel değişiklik riski tespit etmeleri halinde kırmızı bayrak çekeceklerini varsaymasının makul olduğunu tespit etmiştir.¹⁸²⁰

OperaFund Eco-Invest v. İspanya davasında, hakem heyeti, bir yatırımcıya kredi veren bir bankaya verilen iki hukuki görüşün bilimsel durum tespiti teşkil etmek için yeterli olduğu sonucuna varmıştır.¹⁸²¹

Bu anlayışa göre durum tespiti, bir beklentiye haklı çıkarmaya yardımcı olabileceğinden burada kanıt değeri taşıyabilir, ancak başarılı bir meşru beklentiler iddiası için ne gerekli ne de yeterlidir. Bir dereceye kadar gerekli özeni göstermiş bir davacı ile karşı karşıya kalan bir hakem heyeti, ihtiyatlı bir yatırımcının, davacının dikkate alması gereken, ancak almadığı faktörlere dayalı olarak farklı bir beklentiye sahip olacağını tespit ederse, yine de talebi reddedebilir. Buna karşılık, belirli bir gerçeğin bilinmemesi veya durum tespiti değerlendirmesinin hiç yapılmamış olması, davacının bilmesi gereken bir gerçeğin bilinmesi basiretli bir yatırımcının beklentilerini değiştirmeyecekse, bir talebi geçersiz kılmayacaktır.¹⁸²²

Geniş yaklaşımda, yatırımcının durum tespitinin, ev sahibi devletin itibarının ve durumunun soruşturmayla ilgili olup olmadığı açık değildir.¹⁸²³ Öte yandan tahkimi kararlarının çok azı bireysel davacının özelliklerine atıfta bulunmakta, ve davacının

¹⁸¹⁹ *Cube Infrastructure Fund SICAV ve diğerleri v. İspanya Krallığı*, Karar, § 396.

¹⁸²⁰ *Foresight v. İspanya*, Nihai Karar, § 380.

¹⁸²¹ *OperaFund v. İspanya*, Karar, § 487.

¹⁸²² Matos, "Investor Due Diligence and Legitimate Expectations", s. 320.

¹⁸²³ a.g.e., s. 327.

uzmanlığının ilgili olduğuna değinmektedir.¹⁸²⁴ Ayrıca, kararlarda, davacının hangi olguların farkında olması gerektiğini belirlemeye yardımcı olmak için kullanılabilir sabit bir varsayımsal yatırımcının özellikleri de tanımlanmamıştır.¹⁸²⁵ Yatırımcılar farklı seviyelerde kullanılabilir fonları olacaktır ve bazıları diğerlerine göre daha fazla yabancı yatırım deneyimine sahip olacaktır. Bazıları ev sahibi devlette birden fazla proje deneyimine sahip olabilirken, diğerleri yalnızca tamamen farklı ticari ve siyasi ortamlara sahip devletlerde faaliyet gösterme deneyimine sahip olacaktır. Varsayımsal basiretli yatırımcıya bu özelliklerin yüklenmesi, hem talep sahibinin farkında olması gereken bilgileri hem de makul olarak oluşturabileceği beklentileri etkileyebilir. Ancak, şu anda, geniş yaklaşımı izleyen mahkemelerin bu olasılıklardan hangisini benimsediği açık değildir.¹⁸²⁶

ii. Meşru Beklentiler için Durum Tespiti Şarttır Yaklaşımı (Katı Yaklaşım)

Meşru beklentiler için durum tespiti şarttır yaklaşıma göre, hakemler, meşru beklentiler iddiasında bulunan davacıların bir durum tespiti çalışması yerine getirmesini gerektiren katı bir kural olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu, katı yaklaşım olarak adlandırılabilir. ECT'nin AHM standardı ile ilgili olarak istikrarın geniş bir yorumunu benimseyen hakemler, bir yatırımcının durum tespiti ve ev sahibi devletteki özel koşullara sınırlı ağırlık verme eğilimindedir ve öncelikle değişikliğin yatırımcının yatırımı üzerindeki etkisini dikkate almaktadırlar. Bazı hakem heyetleri, meşru beklentilerin değerlendirilmesiyle ilgili diğer unsurlara, örneğin kamu politikası amaçlarının meşruiyetine, belirli temsillerin varlığına ve yatırımcının gerekli özeni göstermesine vurgu yaparak meşru beklentilerin korunmasının kapsamını sınırlandırmıştır.¹⁸²⁷

Yüksek düzeyde düzenlenen sektörlerde düzenleyici istikrara yönelik meşru beklentilerin varlığının sağlanması için yasal durum tespiti şart olduğunu belirten hakem heyetleri mevcuttur. Genel olarak, ECT davaları yasal durum tespiti olgusunu meşru beklentilerin içeriğinin oluşturulmasıyla ilgili olarak kabul etmektedir. Bu

¹⁸²⁴ *Antin v. İspanya*, Karar, § 537. Ayrıca bakınız *Metalpar v. Arjantin*, ARB/03/5, Karar, § 187-88.

¹⁸²⁵ Matos, "Investor Due Diligence and Legitimate Expectations", s. 328.

¹⁸²⁶ a.g.e., s. 327.

¹⁸²⁷ Levashova, "Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law", s. 251.

durum, gerekli özenin gösterilmesi gerekliliğine atıfta bulunan yatırım tahkimi içtihadıyla uyumludur.¹⁸²⁸ Bazı hakem heyetleri, böyle bir değerlendirmenin yokluğunda, meşru beklentilerin ihlaline dayanan bir AHM talebinin başarısızlığa mahkûm olduğunu belirtmiştir. Örneğin, *Stadtwerke München v. İspanya* davasında, hakem heyeti “Bir devletin mevzuatını yatırımcı lehine donduracağına dair sözleşmeyle üstlendiği özel bir taahhüdün yokluğunda, bir yatırımcı - burada olduğu gibi - bu tür bir beklentinin diğerlerinin yanı sıra ev sahibi devletin mevzuatından kaynaklandığını iddia ettiğinde, Mahkemenin, ihtiyatlı ve deneyimli bir yatırımcının söz konusu mevzuatın değişmezliğine ilişkin meşru ve haklı bir beklenti oluşturup oluşturamayacağını değerlendirmek için mevzuatı ve yatırımın yapılmasını çevreleyen gerçekleri objektif bir şekilde incelemesi gerekmektedir. Böyle bir beklentinin makul olabilmesi için, yatırımcı tarafından yürütülen titiz bir durum tespiti sürecinden de kaynaklanması gerekir”¹⁸²⁹ sonucuna ulaşmıştır.

Katı yaklaşımı benimseyen hakem heyetleri, gerekli özenin gösterilmesi konusunda katı bir şart getirerek, makul olup olmadığına ilişkin soruşturmaya subjektif bir unsur eklemektedir. Bu unsurun işlevi, davacının düzenleyici değişikliğin gerçekleşmesi riskini alıp almadığını belirlemek gibi görünmektedir.¹⁸³⁰ Bu, nesnel olarak bir düzenleyici değişiklik riskinin olup olmadığı sorusundan farklıdır çünkü bir durum tespiti çalışmasının tamamlanması, böyle bir riskin var olup olmadığını değiştirmez. Bunun yerine, hakemler, yatırımcının bilinçli olarak riski değerlendirmeye ve en aza indirmeye çalışıp çalışmadığına bakılmaktadır.¹⁸³¹

Katı yaklaşıma bazı eleştiriler bulunmaktadır. İlk olarak katı yaklaşımın uygulanmasında keyfilik ihtimali bulunmaktadır. Risk alma doğası gereği muğlak ve belirsiz bir kavramdır ve çeşitli şekillerde tanımlanabilir. Risk almayı ölçmek için ortak bir ölçek ve risk almanın kabul edilemez hale geldiğine dair net bir eşik yoktur. İkinci olarak, katı yaklaşım sadece yatırımcının risk alıp almadığına dair kendi algısına bakar, gerçekten risk alıp almadığına değil. Talebin etkisinin yatırım hukukunu riskli bir girişim için sigorta olarak değerlendirmek olup olmadığına dair nesnel bir değerlendirmeden ziyade, yatırım anında bir yatırımcının öznel inançlarına normatif

¹⁸²⁸ Balcerzak, “Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?”, s. 325.

¹⁸²⁹ Stadtwerke München GmbH ve diğerleri v. İspanya, Karar, § 264.

¹⁸³⁰ Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration*, 2019, ss. 166-67.

¹⁸³¹ Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, s. 322.

bir önem atfeder.¹⁸³² Ancak, bir durum tespiti çalışmasının varlığı nedeniyle risk alıcı olarak görülmeyen yatırımcılar, proje objektif olarak yüksek riskli olsa bile yatırım antlaşmasının korumasından yararlanabilmektedir. Örneğin *OperaFund v. İspanya* davasındaki ayrık görüşte, yatırımcı yatırımını yaparken mevzuat değişikliği riskini almadığına inanmış olabilir çünkü bazı durum tespitleri yapmıştır, bununla birlikte, kararın etkisi ev sahibi devleti yatırım için garantör yapmak olmuştur, oysa yatırımcı daha kapsamlı bir çalışma yapmış olsaydı düzenleyici değişiklik riskini öngörebileceği vurgulanmıştır.¹⁸³³

Katı yaklaşımın belirli durumlarda kesinlik sağlama gibi bir faydası vardır, ancak bir dereceye kadar belirsizlik devam etmektedir. Bazı durumlarda hakem heyetleri durum tespiti çalışmalarını çok sıkı bir incelemeye tabi tutmuş ve yeterince ayrıntılı olmadıklarını düşündükleri durumlarda meşru beklenti iddialarını reddetmişlerdir. Ancak, diğer davalarda, mahkemeler durum tespiti değerlendirmelerinin içeriğine çok az dikkat etmişlerdir. *OperaFund v. İspanya* davasında, hakem heyeti, yatırımcıların gerçek bir durum tespiti yapmamasının meşru beklenti iddiasını geçersiz kılacağını belirtmiştir.¹⁸³⁴ Ancak, davacının daha geniş düzenleyici çerçeveyi değil, yalnızca dayanmak istediği belirli düzenlemeleri analiz eden bir durum tespiti çalışmasının sorunlu olmadığına karar vermiştir.¹⁸³⁵ Bu belirsizlik ışığında, yatırımcılar, yatırım antlaşmasının korumasının nerede başlayıp nerede bittiğini bilmekte zorlanacaktır.

iii. Sonuç

Meşru beklentiler doktrininin kapsamını ek şartlar getirerek sınırlandırmaya yönelik yaklaşım, bir yatırımcının beklentisi her boşa çıktığında devletleri sorumlu tutmanın yerel düzenleyici ortamı dondurma ve yatırımcının menfaatlerini haksız bir şekilde kamu menfaatinin üzerine çıkarma riski taşıdığı temelinde gerekçelendirilebilir. Modern yatırımcıların genellikle güçlü ekonomik aktörler

¹⁸³² a.g.e., s. 324.

¹⁸³³ *Operafund v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/36, Philippe Sands'in Sorumluluk ve Tazminat Konusundaki Muhalif Görüşü, 13 Ağustos 2019, § 28.

¹⁸³⁴ *OperaFund v. İspanya*, Karar, § 486; Ayrıca bkz. *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya*, Karar, § 333; *Charanne BV ve Construction Investments SARL v. İspanya Krallığı*, Nihai Karar, § 505; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. İtalya Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 714; *Eurus Energy Holdings Corp v. İspanya Krallığı*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 423.

¹⁸³⁵ *OperaFund v. İspanya*, Karar, § 487;

olması, hakem heyetlerinin onlardan ev sahibi devletin düzenleyici çerçevesi hakkında detaylı bir anlayışa sahip olmalarını bekleyebileceği anlamına gelebilmektedir.¹⁸³⁶ Devletlerin tek düzenleyici otoriteye sahip olduğu kabul edilse de, yatırımcılar diğer politika kaygılarını etkileme kabiliyetine sahip, kendi başlarına güçlü ve etkili aktörler olarak algılanmaktadır. Bu durum, bazılarının, yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasındaki ilişkiyi dikey bir ilişki olarak görmenin gerçekçi olmadığını ve bu nedenle yatırım hukukunun devletlerin yanı sıra yatırımcıların davranışlarıyla da ilgilenmesi gerektiğini savunmasına yol açmıştır.¹⁸³⁷

Bir yatırımcının AHM standardı kapsamında meşru beklentilerini korumak amacıyla gerekli özeni göstermesi için resmi bir yasal gereklilik bulunmamaktadır.¹⁸³⁸ Bununla birlikte, hakemler bu görevin önemine giderek daha fazla atıfta bulunmakta, ancak bu durum tespitinin alması gereken şekle ilişkin çok az rehberlik sağlamaktadır. Özenli bir soruşturmanın içeriği açısından da hakemlerin görüşleri farklılık göstermektedir. Durum tespiti yapmak için somut çabaların sarf edilmesi gerekliliğine ek olarak, bazı hakem heyetleri ev sahibi devletin hukuki ve siyasi ortamının daha geniş bir değerlendirmesine dayanarak düzenleyici çerçevedeki değişikliklerin öngörülebilir olup olmadığını incelemiştir.¹⁸³⁹

Durum tespiti değerlendirmelerinin faydası, iddia sahibinin gerçekte ne bildiği, iddia sahibinin neyi bilmesi gerektiği ve iddia sahibinin beklentilerinin objektif olarak makul olup olmadığına dair sağlayabilecekleri kanıtlar olarak anlaşılmalıdır.¹⁸⁴⁰ Her bir yaklaşımın belirli güçlü ve zayıf yönleri olsa da, en tutarlı yaklaşım, yatırımcı durum tespitini yalnızca yatırımcının ihtiyatlılığını değerlendirmek için bir teknik olarak ele almak ve bu tür uygulamaların içeriğini yakından incelemektir.¹⁸⁴¹

Meşru beklentilerin değerlendirilmesinde gerekli özenin kapsamı belirsizliğini korumaktadır. Bunun nedenlerinden biri de hakem heyetlerinin kararlarındaki tutarlılık

¹⁸³⁶ Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, s. 326.

¹⁸³⁷ Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, 2015, ss. 279-80.

¹⁸³⁸ Levashova, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, s. 251.

¹⁸³⁹ Levashova, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, s. 246.

¹⁸⁴⁰ Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, s. 325.

¹⁸⁴¹ Matos, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, s. 328.

eksikliğidir. Yatırım tahkimi sisteminin kural koyma veya kural yorumlamada yeknesaklığı veya tutarlılığı teşvik etmek için oluşturulmadığı düşünüldüğünde bu durum şaşırtıcı değildir.¹⁸⁴² Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde, yatırımcılar tarafından gerçekleştirilmesi beklenen durum tespiti ticari bir risk değerlendirmesinin ötesine geçtiğini ve sorumlu iş davranışına yönelik önemli etkileri olduğunu göstermektedir.¹⁸⁴³

D. Meşru Beklentilerin Zamanlaması

Hakem heyetleri, sıklıkla, yatırımcının meşru beklentilerinin, yatırımcının yatırım yapma kararı verdiği tarihte mevcut olan ev sahibi devletin yasal düzenine dayandırılacağını ve o tarihte mevcut olan yasal çerçevenin herhangi bir meşru beklenti için belirleyici olduğunu vurgulamıştır.¹⁸⁴⁴

Hakemler, belirleyici olan zamanın, yatırım kararının alındığı sırada yatırımcının ev sahibi devletin beyanlarına güvenmesi olduğunu vurgulamıştır.¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴² Levashova, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, s. 251.

¹⁸⁴³ Levashova, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, s. 253.

¹⁸⁴⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, 3 Ekim 2006, § 130; *Enron v. Arjantin*, Karar, 22 Mayıs 2007, § 262; *BG Group v. Arjantin*, Nihai Karar, 24 Aralık 2007, § 297-298; *Duke Energy v. Ekvator*, Karar, 18 Ağustos 2008, § 340, 365; *Jan de Nul v. Mısır*, Karar, 6 Kasım 2008, § 265; *Bayındır v. Pakistan*, Karar, 27 Ağustos 2009, § 190, 191; *EDF v. Romanya*, Karar, 8 Ekim 2009, § 219; *AES v. Macaristan*, Karar, 23 Eylül 2010, § 9.3.8-9.3.18; *Frontier Petroleum v. Çek Cumhuriyeti*, Nihai Karar, 12 Kasım 2010, § 287-288, 468; *Micula v. Romanya I*, Karar, 11 Aralık 2013, § 722; *United Utilities v. Estonya*, Karar, 21 Haziran 2019, § 606-608; *SolEs Badajoz v. İspanya*, Karar, 31 Temmuz 2019, § 312, 418; *RWE v. İspanya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Belirli Miktar Konularına İlişkin Karar, 30 Aralık 2019, § 482-490.

¹⁸⁴⁵ *Bayındır v. Pakistan*, Karar, § 190: “Birçok kararda şu husus vurgulanmıştır dikkate alınması gereken beklentiler, yatırımcının yatırım yaptığı sırada mevcut olan beklentilerdir.”; *National Grid v. Arjantin*, Karar, § 219: “Davanın tüm koşullarından çıkarılabilecekleri üzere, ev sahibi devletin ekonomik hayatını kamu yararına düzenleme yetkisi göz önünde bulundurularak, yatırımın yapıldığı andaki beklentiler olarak incelenmelidirler”; *Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 285: “yatırımcının yatırımını yaptığı andaki meşru beklentileri”; *AES Summit v. Macaristan*, Karar, § 9.3.12; Diğer bazı mahkemeler, beklentilerin sadece yatırımın yapıldığı anda oluşabileceğini tespit etmişlerdir. Bununla birlikte, “yatırım zamanı” yorumu oldukça geniş tutulmuştur. Örneğin, *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 275: “yatırımın kararlaştırıldığı ve yapıldığı”; *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, 15 Şubat 2018, § 538-9: “Yukarıdakilere dayanarak, Mahkeme, Davacının meşru beklentilerinin değerlendirmesini yapmak için ilgili zamanın yatırımın yapıldığı zaman olduğu görüşündedir. Daha zor olan konu, gerçek bir davada bu tür bir yatırımın gerçekten ne zaman yapıldığını belirlemektir. Büyük projelerde yatırım aşamasının müzakereler, durum tespiti, şirket içi kararlar, harici sözleşme taahhütleri, finansman, satın alma, inşaat, tescil, faaliyete geçme ve ilk gelirlerin elde edilmesi gibi çeşitli aşamalardan geçmesi elbette alışılmadık bir durum değildir. Buna ek olarak, yatırım bazen, sonraki aşamalardan önce bağlayıcı taahhütler olsa bile, birbirini takip eden aşamalarda gerçekleştirilecek şekilde yapılandırılır. Mahkeme, yatırımcının yatırım yapma kararının zamanlamasının, meşru beklentilerin değerlendirilmesi için bir dayanak tarihi oluşturduğu

LG&E v. Arjantin davasında, hakem heyeti, yatırımcının meşru beklentilerinin yatırımın yapıldığı tarihte ev sahibi devlet tarafından sunulan koşullara dayandığını belirtmiştir.¹⁸⁴⁶ *BG Group Plc v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin görevlerinin, yatırımcının yatırım yapmaya karar verdiği anda kendisine sunulan yasal ve ticari çerçeve ışığında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁴⁷

Bazı hakem heyetleri, bir yatırım kararı alındıktan sonra verilen güvencelerin veya yaratılan beklentilerin, korunacak meşru beklentiler olmayacağına karar vermiştir. *Continental Casualty v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerin varlığını reddetmiştir: “genel yasal ‘güvenceler’ *Continental*’in *Arjantin*’de yatırım yaparken dayandığı temeller değildi çünkü *Continental* bu pazara bu güvencelerden önce girmişti.”¹⁸⁴⁸ Bu durumu, aşağıdaki durumların söz konusu olduğu diğer davalardan ayırmıştır: “Söz konusu olan, yasal, idari veya sözleşmeye dayalı (bazıları yerel makamlar tarafından), yatırımcıya yönelik veya yatırımcı ile mutabık kalınan, mağdur yatırımcının fiilen yatırım yaptığı ve uzun vadeli kaynakları taahhüt ettiği belirli taahhütlerdir.”¹⁸⁴⁹

Bir yatırımcının meşru beklentilerinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi için yatırım öncesi aşamanın çok önemli olması, AHM kapsamındaki garantilerin bu dönemle sınırlı olacağı anlamına gelmemektedir. *Alpha Projektholding v. Ukrayna* davasında, davalı devlet tarafından yapılan böyle bir talep reddedilmiştir: “İlk olarak ve yukarıda belirtilen itirazlara ek olarak, davalı m. 2(1) ile ilgili olarak iki yorumsal sorun ileri sürmüştür. İlk olarak, *UABIT* kapsamındaki adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin yalnızca “yatırım öncesi dönemdeki” davranışlarla ilgili olduğunu çünkü m. 2(1)’in esas olarak yabancı yatırımın “teşviki” ile ilgilendiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu yorumu kabul etmemektedir. *UABIT* m. 2(1), her bir Akit Tarafın “yatırımları teşvik edeceğini ve her durumda bu yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele edeceğini” belirtmektedir (vurgu eklenmiştir). “Ve”

görüştüğündedir”) ve § 662 (‘bir yatırımcının meşru beklentileri, ev sahibi devletin yasal çerçevesine ve yatırımcının yatırım yaptığı sırada ev sahibi devlet tarafından yapılan beyan veya taahhütlere dayanmaktadır’); *Antin v. İspanya*, Karar, § 537 ‘Yatırımcının beklentileri yatırımın yapıldığı tarihte değerlendirilmelidir’; *Gavrilovic v. Hırvatistan*, Karar, § 956: ‘İddia edilen bir beklentinin makul olup olmadığı, yatırımın yapıldığı tarihte objektif olarak belirlenmelidir.’”

¹⁸⁴⁶ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 130.

¹⁸⁴⁷ *BG Group v. Arjantin*, Nihai Karar, § 298.

¹⁸⁴⁸ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 259.

¹⁸⁴⁹ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 260.

*bağlacı bunların ayrı ve bağımsız yükümlülükler olduğunu ve adil ve hakkaniyete uygun muamele sağlama yükümlülüğünün mevcut yatırımların korunmasını da kapsadığını göstermektedir.*¹⁸⁵⁰

Horthel Systems v. Polonya davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerle ilgili zamanlamaya ilişkin olarak, yatırımın birden fazla karar ve işlemin bir sonucu olması halinde, meşru beklentilerin değerlendirilmesiyle ilgili belirli bir anın belirtilmesinin imkansız olabileceğini belirtmektedir.¹⁸⁵¹

Yeni tarihli yatırım antlaşmalarında da meşru beklentilerin zamanlamasına yönelik ifadeler bulunmaktadır. CETA m. 8.10.4, meşru beklentilerin korunmasının yalnızca yatırım yapma veya yatırımı sürdürme kararının alındığı andaki beklentilerle ilgili olduğunu öngörmektedir.

Sonuç olarak, birçok hakem heyeti meşru beklentilerin zamanlamasını noktasında yalnızca yatırım yapıldığı andaki beklentileri meşru olarak kabul etse de eğer yatırım belirli bir süreye yayılan çeşitli adımlarla gerçekleşiyorsa, belirleyici bir adımın atıldığı her aşama için meşru beklentilerin incelenmesi gerektiği tespit edilmiştir.

E. Meşru Beklentiler Yaratan Eylemler ve Kaynaklar

Meşru beklenti yaratan ev sahibi devlet eylemleri farklılaşmaktadır. Beklentinin kaynağı, beklenti yaratma derecesi için önemli bir kıstastır. Örneğin, sözleşmeye dayalı kesin bir taahhüdün meşru beklenti yaratma olasılığı yüksekken, çeşitli genel güvencelerin ise daha düşük bir ihtimalle meşru beklentilere yol açacağı veya hiç meşru beklenti yaratmayacağı gözlemlenmektedir.¹⁸⁵²

1. Sözleşmeden, Lisanstan veya İzinden Doğan Haklar

¹⁸⁵⁰ *Alpha Projektholding v. Ukrayna*, Karar, § 417.

¹⁸⁵¹ *Horthel Systems v. Polonya*, PCA Dava No. 2014-31, Karar, 16 Şubat 2017, § 244.

¹⁸⁵² Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 503.

Meşru beklenti yaratan eylemlerle ilgili ilk kategori, bir hükümetin bir yatırımcının iç hukuk kapsamında sahip olduğu belirli bir yasal hakka (sözleşmeden doğan haklar veya bir lisans veya izin uyarınca elde edilen haklar gibi) müdahale ettiği veya resmi bir idari kararı iptal ettiği durumlarla ilgilidir. İlgili karar, hak ve yükümlülükleri belirleyip belirlemediği açısından ne kadar resmi olursa, bu karardan kaynaklanan meşru beklentilerin tanınmasına ilişkin gerekçe de o kadar güçlü olacaktır.¹⁸⁵³

Ev sahibi devletin yabancı bir yatırımcıya karşı sözleşmeye dayalı geçerli bir taahhüdünün meşru beklentilere yol açabileceği¹⁸⁵⁴ bir dizi hakem heyeti tarafından teyit edilmiştir.¹⁸⁵⁵ Sözleşme hükümlerine uyma yükümlülüğü bir diğer adıyla Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi, AHM standardı kapsamında istikrar gerekliliğinin bir uygulamasıdır.¹⁸⁵⁶

Eureko B.V. v. Polonya davasında, hakem heyeti, ev sahibi devlet yetkilileri tarafından yatırımcıya sözleşmeye dayalı güvencelere aykırı olarak ilk halka arzın (IPO) reddedilmesinin sadece keyfi ve ayrımcı olmadığına, aynı zamanda yatırımcının bilinçli ve açık bir şekilde temel beklentilerini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁸⁵⁷

¹⁸⁵³ Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 352.

¹⁸⁵⁴ Ocakhan, Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler, s. 56.

¹⁸⁵⁵ *Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, 30 Temmuz 2010, § 231: “İmtiyaz Sözleşmesi, Davacıların meşru beklentilerini kesinlikle somutlaştıran bir belgedir”; *Perenco v. Ekvador*; Yargı Yetkisi ve Sorumluluğun Kalan Sorunları Hakkında Karar, § 562-3; *Hochtief v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 241, 244, 249, 251; *Teinver v. Arjantin*, Karar, § 849-51, 854-7; ayrıca bkz. *SGS v. Filipinler*, Yargı Yetkisine İtirazlar Hakkında Mahkeme Kararı, § 162: “Madde IV’e (adil ve hakkaniyete uygun muamele) dönecek olursak, durum daha az nettir. Madde IV standardının kapsamı ne olursa olsun - ki bu esasa ilişkin bir meseledir - bir hakem kararı veya sözleşme uyarınca ödenmesi gerektiği kabul edilen meblağların ödenmesinin haksız bir şekilde reddedilmesi en azından m. IV [adil ve hakkaniyete uygun muamele] kapsamında tartışılabilir hususlar ortaya çıkarmaktadır);, ancak bkz. ayrıca *Urbaser v. Arjantin*, Karar, § 606-7: “Yelpazenin diğer tarafında, Davacılar adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını ve bunun “meşru beklentiler” gibi terimlerle olası ifadesini, belirli bir davada yapılan yatırımın temeli olan yasal taahhütlerle aynı veya yakın olarak anlamaktadır. Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, yatırımcı ile ev sahibi devlet veya onun kontrolü altındaki başka bir makam arasında üzerinde mutabık kalınan yasal haklar ve yükümlülükler dizisine fiilen aktarılmış olacaktır. Mevcut davada, böyle bir tutum, yatırımcının hak ve yükümlülüklerini adil ve hakkaniyete uygun muamele maddesi şemsiyesi altında İmtiyaz Sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmesel haklar. [Davacılar] ayrıca meşru beklentilere sahip olduklarını iddia etmektedirler sözleşmeden doğan haklarının korunacağı ve muhafaza edileceği konusunda güvence verir. Adil ve hakkaniyete uygun muamele hükmü, yatırımcı için sözleşmenin istikrarına yönelik bir garanti değildir. Aksi bir anlayış, bir yatırımın tanımı gereği belirli miktarda risk içerdigine dair genel olarak paylaşılan görüşle de çelişecektir.”

¹⁸⁵⁶ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 215.

¹⁸⁵⁷ *Eureko v. Polonya*, Kısmi Karar, § 232.

Continental Casualty v. Arjantin davasında, hakem heyeti, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemini vurgulamıştır “*Hükümetler tarafından sözleşmeye dayalı taahhütlerin tek taraflı olarak değiştirilmesi... kural olarak yasal haklar ve dolayısıyla uyum beklentileri yarattığından, bağlam, nedenler ve etkiler ışığında [siyasi açıklamalar ve genel yasama güvenceleri ile karşılaştırıldığında] açıkça daha fazla incelemeyi hak etmektedir.*”¹⁸⁵⁸

Sözleşmelerin meşru beklentilere yol açabileceğini kabul etmekle birlikte, hakem heyetleri her sözleşme ihlalinin meşru beklentilerin hayal kırıklığına uğratılması ve dolayısıyla AHM ihlali anlamına gelmeyeceği de belirtmiştir. *Teinver v. Arjantin* davasında, hakem heyeti “*Mahkeme ayrıca davalının, bir devlet tarafından yapılan her sözleşme ihlalinin adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyeceği yönündeki argümanını da değerlendirmiştir. Mahkeme bu önermeyi kabul etmektedir. Ancak, Temmuz 2008 Antlaşması basit bir ticari antlaşma değildir ve Mahkeme’nin görüşüne göre, Davalı bu antlaşmanın temel bir unsuruna uymamıştır*”¹⁸⁵⁹ sonucuna ulaşmıştır.

Genel olarak, yatırım tahkimi hakem heyetleri her sözleşme ihlalinin meşru beklenti ihlali olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Birçok hakem heyeti, kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsemiş ve bir devletin sözleşmeyi basit bir şekilde ihlal etmesinin, AHM ihlaline yol açmayacağını tespit etmişlerdir.¹⁸⁶⁰ Bu şekilde, sözleşmeye dayalı taahhütlere güvenmenin, meşru beklentilerin korunmasını bir şemsiye maddeye¹⁸⁶¹ dönüştürmesini önlemeye çalışmışlardır.¹⁸⁶² Öte yandan, yatırım tahkimi hakem

¹⁸⁵⁸ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 261.

¹⁸⁵⁹ *Teinver v. Arjantin*, Karar, § 854.

¹⁸⁶⁰ *GAMI v. Meksika*, Nihai Karar, § 101; *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 344-345; *Biwater Gaug v. Tanzania*, Karar, § 636; *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 342-345, 354; *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 620; *EDF v. Romanya*, Karar, § 238-260; *Hamester v. Gana*, ICSID Dava No. ARB/07/24, Karar, 18 Haziran 2010, § 333-338; *Hochtief v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 216; *MNSS v. Karadağ*, Karar, § 328; *Urbaser v. Arjantin*, Karar, § 606-607; *United Utilities v. Estonya*, Karar, § 581-587.

¹⁸⁶¹ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 235: Antlaşmalardaki şemsiye hükümler, ev sahibi devletin iç hukuku ve uluslararası kamu hukuku arasında bir köprü olarak görülmüş ve yatırımcılara daha fazla güvenlik sağlamıştır. Bir antlaşmadaki şemsiye madde, yatırımcının ev sahibi devlet ile yaptığı bir sözleşmeyi korumaktadır ve ahde vefa ilkesinin bir ifadesidir. Bir şemsiye hükmün varlığı halinde, ev sahibi devletin yabancı yatırımcı ile yaptığı yatırım sözleşmesini ihlal etmesi devletler arasında imzalanan yatırım antlaşmasının ihlali anlamına gelir ve yatırımcı bunu uluslararası tahkimde ileri sürebilir.

¹⁸⁶² Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 504.

heyetleri, bir şemsiye maddenin yorumlanması konusunda da farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir.¹⁸⁶³

Basit bir sözleşme ihlalinin otomatik olarak AHM ihlali anlamına gelen meşru beklentilerin hayal kırıklığına uğratılması anlamına gelmediği sıklıkla ifade edilmiştir.¹⁸⁶⁴ Bu bağlamda, *Parkerings v. Litvanya* davasında, hakem heyeti, sözleşmelere dayanan beklentilere kısıtlayıcı bir yorum getirmiştir: “*Her umudun uluslararası hukuk kapsamında bir beklenti anlamına gelmediği açıktır. Bir sözleşmenin taraflarından birinin, diğer tarafın yükümlülüğünü düzenli olarak yerine getireceğine dair beklentisi, mutlaka uluslararası hukuk tarafından korunan bir beklenti değildir. Başka bir deyişle, sözleşmeler her bir tarafın uluslararası hukukta anlaşıldığı şekliyle beklenti anlamına gelmeyen içsel beklentilerini içerir. Gerçekten de, sözleşmeden doğan beklentileri boşa çıkan taraf, belirli koşullar altında, ulusal bir mahkeme nezdinde tazminat talebinde bulunmalıdır.*”¹⁸⁶⁵

Hamester v. Gana davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerin varlığı ile sözleşmeden doğan hakların varlığının iki ayrı konu olduğunu vurgulamış ve iddia edilen sözleşme ihlallerinin meşru beklentiler teorisine dayalı olarak AHM standardının ihlali anlamına gelemeyeceği sonucuna varmıştır.¹⁸⁶⁶

Bazı hakem heyetleri, AHM’nin ihlali anlamına gelen bir sözleşmeden dönüldüğüne karar vermek için bir gereklilik olarak hükümet veya egemenlik yetkisinin kullanılmasına dayanmıştır. Hakem heyetleri, AHM ihlali için devletin

¹⁸⁶³ C McLachlan, L Shore ve Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Rights*, s. 130: “(1) Birinci yaklaşımı benimseyen mahkemeler, *SGS v. Pakistan* davasını takiben, sözleşmeden doğan talepler üzerindeki tüm yargı yetkisini reddederek şemsiye hükmü pratikte etkisiz bırakmaktadır;

(2) İkinci yaklaşımı benimseyen mahkemeler, şemsiye hükmün kapsamının, sözleşme ihlalinin ev sahibi devletin egemenlik yetkilerini kullanmasından kaynaklandığı durumlarla sınırlı olduğuna karar vermiştir;

(3) Üçüncü yaklaşımı benimseyen mahkemeler, bu tür bir hükmün içeriğine ilişkin en geniş görüşü benimsemişlerdir: bu hüküm, sözleşmeden doğan yükümlülükleri ev sahibi devletin antlaşmadan doğan yükümlülüklerine dönüştürerek uluslararası hukuka ve yatırım tahkim mahkemelerinin yargı yetkisine tabi kılar;

(4) Dördüncü yaklaşımı benimseyen mahkemeler, *SGS v. Filipinler* davasını takiben, aksine, bir şemsiye hükmün sözleşmenin ihlaline ilişkin esaslı bir iddiayı karara bağlamak üzere bir antlaşma mahkemesine yargı yetkisi vermeye uygun olduğunu, ancak böyle bir hükmün tarafları veya sözleşmenin uygun hukukunu değiştirmede ve sözleşmedeki aksi yöndeki herhangi bir yargı yetkisi seçimine tabi olduğunu düşünmektedir.”

¹⁸⁶⁴ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 505.

¹⁸⁶⁵ *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 344.

¹⁸⁶⁶ *Hamester v. Gana*, Karar, § 335.

egemenlik yetkilerinin kullanması gerekliliğini vurgulayarak ihlali sınırlandırmıştır.¹⁸⁶⁷

Öte yandan, hakem heyetleri meşru bir beklentinin ihlalinin ev sahibi devlet tarafından yapılan sözleşmeye dayalı taahhüdün içeriğine de bağlı olacağını açıklığa kavuşturmuştur. *Oxus Gold v. Özbekistan* davasında, hakem heyetinin bir yatırımcının bir ön fizibilite çalışması kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmiş olması temelinde bir proje sözleşmesi imzalanması yönünde meşru bir beklentisi olup olmadığını değerlendirmesi gereken bir uyuşmazlıktır. Hakem heyeti, meşru beklentisinin olmayacağına karar vermiştir: “*Davacının sonuçtan, yani davacının öne sürdüğü imtiyaz koşulları altında Khandiza Yatağı’nı geliştirme nihai hakkının kendisine verilmemesinden şikayetçi olduğu ölçüde, yukarıda da belirtildiği üzere, davacının müzakere sürecinin belirli bir sonucuna yönelik meşru bir beklentiye sahip olduğunun kabul edilemeyeceği vurgulanmalıdır. Davacının sadece Khandiza Yatağı’nın münhasır geliştirme hakkının ‘ortak kabul edilebilir şartlar’ altında kendisine verilmesine yönelik meşru bir beklentisi vardı. Bu koşullar altında, sadece bir antlaşmaya varılamaması, ancak davacının, Davalının davanın tüm ilgili koşulları göz önünde bulundurulduğunda ‘karşılıklı olarak kabul edilebilir’ olarak değerlendirilmesi gereken bir teklifi haklı bir neden olmaksızın reddettiğini kanıtlaması halinde AHM standardının ihlalini teşkil edebilir.*”¹⁸⁶⁸

İstisnai olarak, bazı hakem heyetleri, ev sahibi devletin yabancı bir yatırımcıya karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlalinin AHM ihlali teşkil edebileceğini öne sürmüş görünmektedir. Örneğin, *Mondev v. ABD* davasında, hakem heyeti, “*Yatırım sözleşmelerini ihlal etmeye yönelik bir hükümet ayrıcalığının, 1105. maddede yer alan ilkelerle ve sözleşmenin ifasına yönelik hükümet sorumluluğuna ilişkin ulusal ve uluslararası hukukun çağdaş standartlarıyla tutarsız olduğu görülmektedir*”¹⁸⁶⁹ sonucuna ulaşmıştır.

¹⁸⁶⁷ *Consortium RFCC v. Fas*, ICSID Dava No. ARB/00/6, Karar, 22 Aralık 2003, § 33-34, 51; *Bayındır v. Pakistan*, Karar, § 180, 377; *Burlington v. Ekvador*, Yetki Kararı, § 204; *Toto v. Lübnan*, Karar, § 162; *BIVAC v. Paraguay*, ICSID Dava No. ARB/07/9, Yetki İtirazlarına İlişkin Ek Karar, 9 Ekim 2012, § 246-247; *E energija v. Letonya*, Karar, § 838; *Glencore v. Kolombiya*, Karar, § 1373-8.

¹⁸⁶⁸ *Oxus Gold v. Özbekistan*, Nihai Karar, § 330.

¹⁸⁶⁹ *Mondev v. ABD*, Karar, § 134.

Sonuç olarak, hakim görüş, her sözleşme ihlalinin meşru beklentilerin hayal kırıklığına uğratılması ve dolayısıyla AHM ihlali anlamına gelmeyeceği yönündedir. Basit bir sözleşme ihlalinin AHM standardının ihlali için yeterli olmadığı görüşü açıkça yaygındır. Ancak, devletin bağımsızlığı alanında kabul edilen egemen ve ticari eylemler arasındaki ayrım, devletin sorumluluğu alanında belirsiz bir geçerliliğe sahiptir. Ayrıca, temel ilişki ve ihlal açıkça ticari olsa bile, bir hükümetin belirli bir eylemi gerçekleştirme saikleri yine de hükümet kaynaklı olabilir.¹⁸⁷⁰

2. Tek Taraflı Vaatler (Taahhütler)

Yabancı yatırımcının meşru beklentileri idarenin bir vaadi ile de oluşabilir. Kural olarak, özel hukukta vaat, bir tarafın (vaat eden) diğer bir tarafa (vaat edilen) belirli bir eylemi yerine getirmeyi taahhüt etmesini gerektirir. Kıta Avrupası hukuk düzeni ülkelerinde vaat, ancak bir sözleşme (yani, iki taraf arasında kanunen uygulanabilir yükümlülükler yaratan gerçek bir antlaşma) bağlamında yapıldığında veya bağlayıcılığı kanunla açıkça öngörüldüğünde bağlayıcıdır. ABD doktrini ise bir tarafın ikinci bir tarafa verdiği sözü geri almasını, ikinci tarafın bu söze makul bir şekilde güvenmiş olması halinde her zaman engeller; sözün geri alınması halinde, söz verilen kişi haksız fiil davası açabilir.¹⁸⁷¹ Vaat konusunda yerel sistemlerde ortak bir genel ilke yok gözükmemektedir, asıl mesele devletler ile yabancı bir yatırımcı arasındaki ilişkide geçerli olan bir teamül olup olmadığıdır.¹⁸⁷²

Pacta sunt servanda ilkesinin katı bir yorumundan yana olan sınırlayıcı bir bakış açısı, vaatlerin bağlayıcılığı ilke olarak dışlanmayı gerektirebilir. Bu doğrultuda, bir vaat, ancak vaatte bulunanın vaadin içeriğini kabul etmeye istekli olduğu ölçüde bağlayıcı olacaktır. Aynı zamanda uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alan UAD Statüsü m.38(1) antlaşmalara büyük önem verirken, açıkça veya zımnen vaatten bahsetmemekte ve genel olarak tek taraflı eylemlere atıfta bulunmamaktadır. Öte yandan, bir devletin salt iradesinin bir vaadi bağlayıcı kılabilceği varsayılırsa, aynı irade tarafından bu vaat her zaman iptal edilebilir.¹⁸⁷³

¹⁸⁷⁰ Dolzer vd., *Principles of International Investment Law*, s. 216.

¹⁸⁷¹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, ss. 96-97.

¹⁸⁷² Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, ss. 97-98.

¹⁸⁷³ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 99.

2006 UHK Rehber İlkeleri İlke 1, “*Alenen yapılan ve bağlanma iradesini ortaya koyan beyanlar hukuki yükümlülükler yaratma etkisine sahip olabilir. Bunun için gerekli koşullar yerine getirildiğinde, bu tür beyanların bağlayıcılığı iyi niyete dayanır; ilgili devletler daha sonra bunları dikkate alabilir ve bunlara güvenebilir; bu tür devletler bu tür yükümlülüklerle saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir*” vurgusunu yapmaktadır. Uluslararası hukukta bir devlet tarafından yapılan ve yasal haklar yaratmayan veya resmi bir karar teşkil etmeyen taahhütler veya temsillerin meşru beklenti yaratması belli koşullara bağlanmış gözükmektedir. Burada, meşru beklentilerin tanınmasına yönelik gerekçenin gücü, taahhüt veya temsilin konusu ve/veya temsilci veya temsil edilenler bakımından ne kadar spesifik olduğuna bağlı olacaktır. Yasal olarak yetkilendirilmiş bir kişi veya kurum tarafından belirli bir kişiye yapılan açık bir taahhüt veya temsil, ilk bakışta geri alınamaz nitelikte görülmelidir. Buna karşılık, spesifik olmayan ve/veya gayri resmi bir taahhüt beyanının, gelecekteki hükümet eylemlerine ilişkin güçlü bir beklenti yaratamayacağı hukuki belirlilik açısından da uygundur.¹⁸⁷⁴

PSEG v. Türkiye davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerin oluşması için ev sahibi devletin bir vaatte bulunmasını şart koşmuş ve şu ifadeleri kullanmıştır: “*Tanımı gereği meşru beklentiler; Davacıların gözetilmesi gereken bir hakkı ileri sürmek için dayandıkları idarenin bir vaadini gerektirir.*”¹⁸⁷⁵

Bazı hakem heyetleri ise meşru beklentiler yaratmak için sözleşmeye dayalı veya yarı sözleşmeye dayalı bir ilişki dışında herhangi bir durumu kabul etmekte daha isteksiz görünmektedir. *Glamis v. ABD* davasında, hakem heyeti, makul, yatırıma dayalı bir beklentinin ihlal edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır: “*Eşik koşul olarak, devlet ile yatırımcı arasında en azından devletin bilerek ve özellikle yatırımı teşvik ettiği yarı-sözleşmeye dayalı bir ilişki olması.*”¹⁸⁷⁶ Hakem heyeti, yarı-sözleşmeye dayalı bir ilişki olmadığını varsayarak, bir davacının ev sahibi devletin kendisini etkileyecek yasaları geçirmeyeceği yönünde meşru bir beklentisi olamayacağını

¹⁸⁷⁴ Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 352.

¹⁸⁷⁵ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 241.

¹⁸⁷⁶ *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 766.

belirtmiştir.¹⁸⁷⁷ NAFTA mahkemelerinin tercih ettiği dar yaklaşımın *Glamis Gold v. ABD* kararında ve daha sonraki diğer mahkemeler tarafından da onaylanmıştır.¹⁸⁷⁸

Doktrin ve hakem heyetleri, yatırımcılara karşı taahhütler ne kadar spesifik ve açık olursa, sonrakilerin beklentilerinin meşru olarak kabul edilme olasılığının o kadar yüksek olduğunu vurgulamışlardır.¹⁸⁷⁹ *Continental Casualty v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, yatırımcının dayandığını iddia edilen taahhüdün spesifikliğine odaklanmıştır.¹⁸⁸⁰ Böylelikle, söz konusu taahhütleri diğer davalardakilerden ayırmıştır. “Söz konusu olan, yasal, idari veya sözleşmeye dayalı (bazıları yerel makamlar tarafından), yatırımcıya yönelik veya yatırımcı ile mutabık kalınan, mağdur yatırımcının fiilen yatırım yaptığı ve uzun vadeli kaynakları taahhüt ettiği belirli taahhütlerdir.”¹⁸⁸¹

EDF v. Romanya davasında, hakem heyeti, yatırımcı beklentilerinin meşruiyetini ve makullüğünü değerlendirmek için vaatlerin veya beyanların spesifikliğine atıfta bulunmuştur.¹⁸⁸² *Marco ve Stefano Gavazzi v. Romanya* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin özelleştirme sürecinde davacılara karşı verdiği belirli taahhütleri yerine getirmediği için davacıların meşru beklentilerini engellediği ve onlara adil ve hakkaniyetli bir şekilde davranmadığı sonucuna varmıştır.¹⁸⁸³ *Minnotte ve Lewis v. Polonya* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devlet tarafından verilen belirli taahhütler uyarınca farklı derecelerde meşru beklentileri kategorize etmiştir:

¹⁸⁷⁷ *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 813.

¹⁸⁷⁸ *Cargill, Inc. v. Meksika*, Karar, § 290; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Hakkında Karar, § 152, 170; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. ABD*, Karar, § 141; *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 766, 767, 800, 802: Bir yatırımcının beklentilerinin, ev sahibi devlet tarafından yapılan ve yatırımcıyı bilerek ve özellikle yatırıma teşvik eden kesin, açık ve tekrarlanan spesifik taahhütlere veya güvencelere dayanmasını gerektirmiştir; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı davasındaki mahkeme çoğunluğunun konuyla ilgili çok daha geniş bir yaklaşımı benimsedi. Ancak, bkz. *McRae*’nin muhalif görüşü, § 5, 33, 39.

¹⁸⁷⁹ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 727.

¹⁸⁸⁰ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 261.

¹⁸⁸¹ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 260; bkz. ayrıca *Invesmart v. Çek Cumhuriyeti*, Karar (Redakte Edilmiş), § 261; *Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 236, 254, 269; *Mobil Investments v. Kanada*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 154-70; *Micula v. Romanya*, Nihai Karar, § 674-89; *Minnotte ve Lewis v. Polonya*, ICSID Dava No. ARB (AF)/10/1, Nihai Karar, 16 Mayıs 2014, § 193; *Pezold v. Zimbabwe*, ICSID Dava No. ARB/10/15, Nihai Karar, 28 Temmuz 2015, § 547 vd.; *Electrabel v. Macaristan*, Karar, § 155-64, 174; *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Gary Born’un Muhalefet Şerhi, 2 Mayıs 2018, § 32 ve devamı.

¹⁸⁸² *EDF (Services) v. Romanya*, Karar, § 217.

¹⁸⁸³ *Gavazzi v. Romanya*, ICSID Dava No. ARB/12/25, Yargı Yetkisi Kabul Edilebilirlik ve Sorumluluk Kararı, 21 Nisan 2015, § 205.

*“Devletlerin makul tutarlılık ve şeffaflık gibi temel standartlara uyacağına dair genel bir beklenti söz konusu olsa da, daha spesifik beklentilerin özel olarak oluşturulması ve kanıtlanması gerekmektedir.”*¹⁸⁸⁴

ECT kapsamında açılan yenilenebilir enerji davalarında, hakem heyetleri giderek artan bir şekilde ev sahibi devletin açık güvencelerinin varlığını aramaktadır.¹⁸⁸⁵ Ev sahibi devlet tarafından yapılan açık taahhütler ve beyanlar meşru beklentiler için güçlü bir dayanaktır.¹⁸⁸⁶

Charanne v. İspanya davasında, hakem heyeti, belirli bir taahhüdün yokluğunda, bir yatırımcının mevcut kuralların değiştirilmeyeceğine dair meşru bir beklentisi olamayacağı sonucuna varmıştır.¹⁸⁸⁷ Hakem heyeti, her ne kadar sınırlı bir yatırımcı grubuna hitap ettiği kabul edilse de, mevzuatın belirli taahhütler yaratacak kadar spesifik olmadığını tespit etmiştir.¹⁸⁸⁸

Greentech v. İtalya davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin verdiği güvencelerin spesifikliği, yatırımcıların meşru beklentilerinin ihlal edildiği sonucuna varması açısından çok önemliydi: *“Eğer devlet yatırımcıya herhangi bir değişikliğin olmayacağına dair açık güvenceler veriyorsa, bu güvencelerin ihlal edilmesi halinde yatırımcının adil bir şekilde tazmin edilmesi gerektiğine.”*¹⁸⁸⁹ Hakem heyetine göre İtalya’nın sunduğu güvencelerin (Conto Energia kararnameleri, İtalyan yetkililerin açıklamaları ve davranışları ve bireysel GSE mektupları ve GSE Antlaşmaları) spesifikliği göz önüne alındığında, bu güvenceler bir istikrar maddesi şeklinde veya başka bir şekilde bir antlaşmanın işaretlerini taşımaktadır. Dolayısıyla İtalya, Spalma-

¹⁸⁸⁴ *Minnotte ve Lewis v. Polonya*, Karar, § 193.

¹⁸⁸⁵ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 493, 499; *Masdar v. İspanya*, Karar, § 520-1; *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 320-321; *Cube v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Tazminat Kısmi Kararı, § 388, 397; *NextEra v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/14/11, Yetki, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, 12 Mart 2019, § 587-96; *9REN v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/15, Karar, 31 Mayıs 2019, § 292-9; *SolEs Badajoz v. İspanya*, Karar, § 313; *InfraRed v. İspanya*, Karar, 2 Ağustos 2019, § 366-367, 406-436; *RWE v. İspanya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Niceliğe İlişkin Bazı Hususlar Hakkında Karar, § 453-462, 535-549; *Watkins v. İspanya*, Karar, § 495, 533.

¹⁸⁸⁶ *Eureko v. Polonya*, Kısmi Karar, § 231-4; *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 331; *OKO Pankki v. Estonya*, Karar, § 247; *Duke Energy v. Ekvator*, Karar, § 359-364; *EDF v. Romanya*, Karar, § 217; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 117, 119-120, 131; *White Industries v. Hindistan*, Nihai Karar, § 10.3.7; *Saint-Gobain v. Venezuela*, ICSID Dava No. ARB/12/13, Sorumluluk Kararı ve Tazminat İlkeleri, 30 Aralık 2016, § 531, 535; *Unión Fenosa v. Mısır*, Karar, § 9.83; *Greentech v. İtalya*, Nihai Karar, § 452-453; *United Utilities v. Estonya*, Karar, § 576-578; *Micula v. Romanya II*, Karar, § 361-2.

¹⁸⁸⁷ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 499.

¹⁸⁸⁸ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 493.

¹⁸⁸⁹ *Greentech Energy Systems v. İtalya*, Karar, § 452.

incentivi Kararnamesi ile teşvik tarifelerinin düşürmesi davacıların meşru beklentilerini boşa çıkarmıştır.¹⁸⁹⁰

Sonuç olarak, verilen taahhüt ne kadar spesifik olup yatırımcıya yönelik olursa bu taahhüdün meşru beklenti yaratma olasılığı da o denli artmaktadır.

3. Tek Taraflı Beyanlar

Uluslararası hukukta devletler tek taraflı işlemleri ile bağlı hale gelebilmektedir. UHK Devletlerin Hukuki Yükümlülük Doğurabilecek Tek Taraflı Beyanlarına Uygulanacak Rehber İlkeler Metni m. 1, açık bir şekilde yapılan ve bağlanma iradesini ortaya koyan beyanların hukuki yükümlülük yaratma etkisine sahip olduğu ve ilgili koşullar sağlandığında bu beyanların bağlayıcı niteliğinin iyi niyete dayandığı ifade edilmiştir. Devletlerin tek taraflı beyanlarının bağlayıcılık kazanması gereken şartlardan ilki, niyetin, açık ve spesifik terimlerle aktarılmasıdır.¹⁸⁹¹ Devletin yetkili bir organı veya yetkili bir kişisi tarafından yapılan ve devlete atfedilebilecek beyanların hukuki etkilerini belirlemek için; içeriklerini, yapıldıkları andaki tüm fiili durumları ve karşı tarafta bu beyanlardan ne anladıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁸⁹² Ancak, tek taraflı işlemlerin ileri sürülebilme koşullarından biri olarak devletlerin tepkilerinin esas alınmasının, tek taraflı işlemler hukukunun mantığına uygun olmadığını öne sürenler mevcuttur.¹⁸⁹³

Uluslararası mahkeme kararlarında tek taraflı işlemlere ilişkin atıflar bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Testler* davalarında, tek taraflı işlemler ile ilgili, “*Hukuki yükümlülüklerin ortaya çıkması ve isleyişindeki temel ilkelerden biri – bu yükümlülüklerin kaynağı her ne olursa olsun – iyi niyet ilkesidir. Güven ve itimat uluslararası işbirliğine- özellikle de birçok alanda bu işbirliğinin giderek çok daha önem kazandığı bir zamanda- içkindir. Tıpkı antlaşmalar*

¹⁸⁹⁰ *Greentech Energy Systems v. İtalya*, Karar, § 453.

¹⁸⁹¹ UHK, “Devletlerin Hukuki Yükümlülük Doğurabilecek Tek Taraflı Beyanlarına Uygulanacak Rehber İlkeler Metni”, Report of the International Law Commission on the Work of Its 61st Session, UN Doc A/61/10, m. 1.

¹⁸⁹² UHK, “Devletlerin Hukuki Yükümlülük Doğurabilecek Tek Taraflı Beyanlarına Uygulanacak Rehber İlkeler Metni”, Report of the International Law Commission on the Work of Its 61st Session, UN Doc A/61/10, m. 3.

¹⁸⁹³ Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Hukukta Tek Taraflı Sözvermenin Bağlayıcı Niteliği”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2013, Cilt 9, Sayı: 105-106, s. 135.

hukukundaki pacta sunt servanda kuralının iyi niyet esasına dayanması gibi, tek taraflı olarak üstlenilmiş bir uluslararası yükümlülüğün bağlayıcı niteliği de iyi niyete dayanır”¹⁸⁹⁴ tespitini yapmıştır. Kararda da ifade edildiği üzere, güven ve itimat uluslararası ilişkilerde önemli bir yer tutmaktadır.

Uluslararası yatırım hukuku kapsamında hakem heyetleri, beyanların spesifik olarak nitelendirilip nitelendirilmediğini belirlemek için, beyanların yetkili bir devlet makamı tarafından oluşturulup oluşturulmadığı, spesifik beyanın yasal şekli, içeriği ile ifadesi açısından yasal gücünün ne olduğu ve yatırımcının devletin beyanlarını nasıl belirlediğini sorgulayacaktır.¹⁸⁹⁵

Çeşitli kararlarda, hakem heyetleri, devletin beyanlarının, ancak ilgili karar verme yetkisine sahip yetkili bir devlet makamı tarafından sağlandığı takdirde spesifik olarak kabul edilebileceğini açıklığa kavuşturmuştur.¹⁸⁹⁶ Hakem heyetleri bir beyanın yasal şekli, içeriği ve ifadesini analiz ederken, bir beyanın spesifik olarak nitelendirilebilmesi için resmi bir karaktere sahip ve spesifik olarak yatırımcının teşvik edilmesine yönelik olması gerektiğini vurgulamışlardır.¹⁸⁹⁷ Bazı kararlarda, spesifik vaadin açık bir taahhüt olarak ifade edilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.¹⁸⁹⁸ Hakem heyetleri, devletin beyanlarının doğrudan belirli bir yatırımcıya yönelik olması gerektiği ve büyük veya hatta küçük potansiyel yatırımcı gruplarına yönelik olamayacağı konusunda tutarlı kararlar vermiştir.

Sözleşme, yarı-sözleşme veya vaat niteliğinde olmayan diğer ev sahibi devlet eylemlerinin korunan meşru beklentilere yol açma olasılığı daha düşüktür. Özellikle, ev sahibi devlet yetkilileri tarafından yapılan salt siyasi açıklamalar genellikle meşru beklentiler yaratmak için yeterli görülmemektedir.¹⁸⁹⁹

¹⁸⁹⁴ *Nükleer Testler (Avustralya v. Fransa)*, UAD Kararı, 1974, UAD Raporları, s. 268, §46; *Nükleer Testler (Yeni Zelanda v. Fransa)*, UAD Kararı, 1974, UAD Raporları, s. 473, §49; Kararın Türkçe çevirisi Malcolm N. Shaw, **Uluslararası Hukuk**, Editör İbrahim Kaya, 8.Baskı, Tüba Bilimler Akademisi, 2018, s. 74.

¹⁸⁹⁵ Levashova, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, s. 235.

¹⁸⁹⁶ *Metalclad Corporation v. Meksika*, Karar, § 86; *Crystallex International Corporation v. Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti*, Karar, § 561-2; *Total v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 121.

¹⁸⁹⁷ *Glamis v. ABD*, Karar, § 766.

¹⁸⁹⁸ *Mamidoil v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 648; *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 130.

¹⁸⁹⁹ *El Paso v. Arjantin*, Karar, § 378; *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 261; ayrıca bkz. *Mamidoil v. Arnavutluk*, Karar, § 643

Bazı mahkemeler üst düzey siyasi güvencelere daha fazla ağırlık vermiştir. *Kardassopoulos v. Gürcistan* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin, “Davacı için yatırımının gerçekten de Gürcistan hukukuna uygun olarak yapıldığı ve ihlal durumunda antlaşma korumasına hak kazanacağı yönünde meşru bir beklenti yarattığını” tespit etmiştir.¹⁹⁰⁰ Bu sonuca, üst düzey Gürcistan devlet yetkilileri tarafından verilen çeşitli beyanların uygunluğunu değerlendirerek varmıştır: “Davalı, JVA ve İmtiyazda belirtilen beyan ve garantilerin Gürcistan hukuku uyarınca başlangıçtan itibaren geçersiz olan antlaşmalarda yer aldığını savunarak bunların yasal etkisinden kaçınamaz. JVA ve İmtiyazın geçerliliğine ilişkin olarak Davacıya verilen güvenceler bizzat Hükümet tarafından onaylanmıştır ve Gürcistan’ın en üst düzey Hükümet yetkililerinden bazıları (diğerlerinin yanı sıra Cumhurbaşkanı Gamsakhurdia, Cumhurbaşkanı Shevardnadze, Başbakan Sigua ve Başbakan Gugushvili dahil) JVA ve İmtiyaz müzakerelerine yakından dahil olmuştur. Mahkeme ayrıca İmtiyazın Gürcistan Cumhuriyeti’nin bir organı olan Yakıt ve Enerji Bakanlığı tarafından imzalandığını ve “onaylandığını” belirtmektedir.”¹⁹⁰¹

Taahhütlerin veya beyanların meşru beklentiler için uygunluğu *Parkerings v. Litvanya* davasındaki hakem heyeti tarafından da kabul edilmiştir: “Yatırımcı ev sahibi devletten açık bir vaat veya garanti almışsa ya da ev sahibi devlet zımni olarak yatırımcının yatırım yaparken dikkate aldığı güvence veya beyanda bulunmuşsa [bir] beklenti meşrudur.”¹⁹⁰²

Alpha Projektholding v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, hükümetlerin oyunun kurallarını, bir yatırımcının meşru beklentilerini veya ona yapılan beyanları baltalayacak şekilde keyfi olarak değiştirmekten kaçınması gerektiği belirtmektedir.¹⁹⁰³

Thunderbird Gaming v. Meksika davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerin korunmasının NAFTA m. 1105(1) kapsamında yabancı yatırımcılara sunulan korumanın ilgili bir yönü olduğunu teyit etmiştir.¹⁹⁰⁴ Ancak, sonuç olarak, hakem

¹⁹⁰⁰ *Kardassopoulos ve Fuchs v. Gürcistan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 192.

¹⁹⁰¹ *Kardassopoulos ve Fuchs v. Gürcistan*, Yargı Yetkisi Kararı, § 191.

¹⁹⁰² *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 331.

¹⁹⁰³ *Alpha Projektholding v. Ukrayna*, Karar, § 420.

¹⁹⁰⁴ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, § 147.

heyetinin çoğunluğu NAFTA m. 1105(1)'in ihlal edilmediğine karar vermiştir çünkü söz konusu beyan, davacının oyun makinelerinin yasal olduğu yönünde bir beklenti yaratmamıştır.¹⁹⁰⁵ Hakem heyeti, ev sahibi devlet tarafından verilen Oficio belgesinin meşru beklenti yaratmayacağını, bu belgenin bir izin veya onay anlamına gelen bir belge olmayıp sadece tavsiye niteliğinde bir görüş olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁰⁶

Tahkim içtihağı, meşru beklentiler için özel beyanlar gerekliliğine vurgu yapılan yatırım antlaşması metinlerine yansımıştır. CETA (2016) m.8.10, *“Yukarıdaki adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünü uygularken, bir Tarafın bir yatırımcıyı kapsam dahilindeki bir yatırıma teşvik etmek için özel bir beyanda bulunup bulunmadığını ve bu beyanın meşru bir beklenti yaratıp yaratmadığını dikkate alabilir. Yukarıdaki adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünü uygularken, bir Mahkeme, bir Tarafın bir yatırımcıya, kapsam dahilindeki bir yatırımı teşvik etmek için, meşru bir beklenti yaratan ve yatırımcının kapsam dahilindeki yatırımı yapmaya veya sürdürmeye karar verirken dayandığı, ancak Tarafın daha sonra boşa çıkardığı belirli bir beyanda bulunup bulunmadığını dikkate alabilir”* şeklindedir.

Tek taraflı beyanların, tek taraflı vaatlere (taahhütlere) oranla meşru beklentiler yaratma olasılığının daha düşük olduğu aşıkâr olmakla birlikte dava özelinde ilgili şartlar oluşması durumunda tek taraflı beyanların da meşru beklentiler yaratabileceği kabul edilmektedir.

4. Düzenleyici Çerçeve ve Mevzuata Dayanan Beklentiler

Ulusal hukuk sistemleri incelendiğinde tipik olarak mevcut yasal çerçeveden kaynaklanan meşru beklentileri tanımamakta veya sadece sınırlı durumlarda tanımaktadır. Örneğin, kanunlarda ve politikalarda yapılan değişiklikler, İngiliz hukukunda meşru beklentiler doktrinine dahil değildir. AB hukuku kapsamında, davacı yetkililerle bir pazarlığa taraf olmadıkça veya yetkililer tarafından tedbirin uygulanacağına dair özel bir güvence verilmedikçe, politika ve mevzuat değişikliklerine ilişkin meşru beklentiler tanınmamaktadır. Benzer şekilde, yatırım

¹⁹⁰⁵ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, § 148-167.

¹⁹⁰⁶ *International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika*, Karar, § 141.

tahkiminde birçok hakem heyeti yalnızca düzenleyici çerçeveden kaynaklanan beklentileri meşru beklenti olarak kabul etmemiştir.¹⁹⁰⁷

İstikrarlarına ilişkin herhangi bir taahhüt veya beyanda bulunulmadığı durumlarda, ilgili mevzuat, politikalar ve prosedürler de dahil olmak üzere mevcut yasal çerçeveden kaynaklanan beklentilere dayalı talepler ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, hukuki belirlilik argümanı zayıftır çünkü meşru beklentilerin tanınması hükümetlerin politika tercihlerini kemikleştirme riskini doğurur ve böylece sosyal politikayı teşvik etmek veya çevreyi korumak gibi kamu yararına yönelik düzenleyici değişiklikleri takip etme kabiliyetlerini zayıflatabilir.¹⁹⁰⁸ *Horthel Systems v. Polonya* davasında, hakem heyeti, meşru beklentilerin AHM'nin bir parçası olarak korunduğunu kabul ettikten sonra, meşru beklentilerin bir devletin spesifik, bireyselleştirilmiş taahhütleri yoluyla oluşturulduğunu belirtmiştir.¹⁹⁰⁹ Dolayısıyla, hakem heyetine göre yasal normlar belirli bir istikrar taahhüdü içermediği sürece, genel mevzuat meşru beklentilere yol açmayacaktır.¹⁹¹⁰

Mevzuata dayanan beklentilerin bir AHM unsuru içerdiği ve bu nedenle kamu otoritesinin davranışını sınırlayabileceği görüşünü destekleyen hakem heyetleri ise, devletlerin yatırımın yapıldığı tarihte mevcut olan normatif çerçeveyi, ancak açıkça kamusal amaçlar güden ayrımcı olmayan tedbirler yoluyla değiştirme hakkına sahip olduğu görüşünü desteklemiştir. *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* kararı da bu yaklaşımın bir göstergesidir: “Bir yatırımcının yatırım yapma kararı, yatırımın yapıldığı tarihteki hukukun durumuna ve iş ortamının bütününe ve yatırımcının ev sahibi devletin yatırımdan sonraki davranışlarının adil ve hakkaniyetli olacağına dair beklentisine dayanır.”¹⁹¹¹

Genel yasal çerçeveye olan güven, bazı hakem heyetlerinin, yatırımcıların yatırım yaparken meşru olarak güvendikleri düzenleyici çerçevenin radikal bir şekilde

¹⁹⁰⁷ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 499, 503; *Blusun SA, v. İtalya*, Karar, § 371-2.

¹⁹⁰⁸ Henckels, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law”, s. 353.

¹⁹⁰⁹ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 238.

¹⁹¹⁰ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 240, 248.

¹⁹¹¹ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 301.

değiştirilmesinin bir sonucu olarak AHM ihlalleri bulduğu Arjantin davalarının bir kısmında belirgin şekilde söz konusudur.¹⁹¹²

Suez ve AWG Group v. Arjantin davasında, hakem heyeti, yasal çerçevenin beklenti yaratabileceğini kabul etmektedir: “Beklentilerini ev sahibi devlet tarafından kabul edilen yasa ve yönetmeliklerden alan yatırımcıların, bu yasa ve yönetmeliklere güvenerek hareket ettiklerini ve bunun sonucunda ekonomik konumlarını değiştirdiklerini belirtmiştir. Dolayısıyla, mahkemelerin adil ve hakkaniyete uygun muamele yapılmadığına karar vermesine yol açan tek şey yatırımcının meşru beklentileri değildir. Ev sahibi ülkenin yasaları tarafından yaratılan bu tür beklentilerin varlığı, bunlara güvenerek sermayelerini yatırma eylemi ve bu yasalarda daha sonra meydana gelen ani bir değişiklik, ev sahibi devletin yatırımcılara adil ve hakkaniyetli davranmadığının tespit edilmesine yol açmıştır.”¹⁹¹³ Hakem heyeti, birçok eylemin toplamının meşru beklenti yaratıp bunların boşa çıkarılmasının bir AHM ihlali sonucu doğurduğunu tespit etmiştir: “Davacıların Buenos Aires’in su ve kanalizasyon sistemine yaptıkları yatırıma ilişkin beklentileri, Athena’nın Zeus’un başından fırlaması gibi aniden ve şaşırtıcı bir şekilde akıllarına gelmemiştir. Arjantin, Buenos Aires su ve kanalizasyon sistemini yeniden canlandırmak ve genişletmek için ihtiyaç duyduğu sermaye ve teknolojiyi elde etmek amacıyla yasaları, imzaladığı antlaşmalar, hükümet açıklamaları ve özellikle de tasarladığı ve yürürlüğe koyduğu ayrıntılı yasal çerçeve aracılığıyla Davacılarda ve diğer potansiyel yatırımcılarda bu beklentileri kasıtlı ve aktif bir şekilde yaratmaya çalışmıştır.”¹⁹¹⁴

Yasal çerçevenin meşru beklentiler yaratabileceği konusunda daha kısıtlayıcı bir bakış açısına sahip bir karar olan *Total v. Arjantin* kararı, devletin yasama faaliyeti söz konusu olduğunda AHM ihlalinin istisnai olacağını belirtmiştir: “Dolayısıyla, kamu makamlarının daha sonra iptal edilen karar ve beyanlarına dayanarak mali yükümlülük altına giren bir bireyin bir tür telafi hakkına sahip olup olmayacağını değerlendirmek için değişikliklerin nedenleri ve özellikleri (ani karakter, temel değişiklik, geriye dönük etkiler) ve ilgili kamu yararı dikkate alınmalıdır. Bununla

¹⁹¹² CMS Gas Transmission Company v. Arjantin, Karar, § 277; Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Arjantin, Karar, § 264; Sempra Energy International v. Arjantin, Karar, § 303.

¹⁹¹³ Suez ve AWG Group v. Arjantin, Sorumluluk Kararı, § 226.

¹⁹¹⁴ Suez ve AWG Group v. Arjantin, Sorumluluk Kararı, § 227.

birlikte, meşru beklentiler kavramının sadece istisnai olarak, bir devletin yasama faaliyeti söz konusu olduğunda tazminatın temeli olduğu görülmektedir."¹⁹¹⁵

İlgili mevzuatın kabul edilmesini çevreleyen devlet faaliyetleri, ilgili mevzuatı kabul ederken bir devlet tarafından üstlenilen basın açıklamaları, düzenlemeleri teşvik eden farklı faaliyetler gibi durumlar meşru beklentiler için temel oluşturabilmektedir.¹⁹¹⁶ *Parkerings v. Litvanya* davasında, hakem heyeti, özel bir vaat veya beyanın bulunmadığı durumlarda koşulların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir: *"Ev sahibi devletin herhangi bir güvence veya beyanda bulunmadığı durumlarda, yatırımcının beklentisinin meşru olup olmadığını belirlemek için antlaşmanın yapılmasını çevreleyen koşullar belirleyicidir."*¹⁹¹⁷

PSEG v. Türkiye davasında, hakem heyeti, devam eden mevzuat değişikliklerinin *"roller-coaster"* etkisi olarak tanımladığı durumun bir sonucu olarak AHM ihlali tespit etmiştir: *"Üçüncü olarak, Mahkeme ayrıca adil ve hakkaniyete uygun muamele yükümlülüğünün, yukarıda sürekli mevzuat değişikliklerinin "roller-coaster" etkisi olarak tanımlanan durum nedeniyle ciddi şekilde ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu durum, özellikle Projenin kurumsal statüsünü düzenleyen koşullardaki sürekli değişim ve özel hukuk statüsü ile idari imtiyazlar arasında sürekli gidip gelme ile ilgili gereklilikler için geçerlidir. Bu durum, daha sınırlı bir ölçüde, vergi mevzuatındaki değişiklikler için de geçerliydi."*¹⁹¹⁸

Görüldüğü üzere, belli durumlarda meşru beklentiler genel mevzuata dayandırılabilir. Genel bir istikrar şartı yalnızca yasal çerçevenin temel özelliklerinin yerinde kalmasını gerektirmekte ve taban görevi görmektedir, yatırımcıların meşru beklentileri ise devletlere ek yükümlülükler getirebilmektedir.¹⁹¹⁹ Ancak, bu beklentilerin kapsamı, düzenleyici çerçevenin zaman içinde değişmeden kalacağına dair belirli bir taahhülle de eş değildir.¹⁹²⁰

¹⁹¹⁵ *Total S.A. v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 129.

¹⁹¹⁶ Balcerzak, "Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?", s. 322.

¹⁹¹⁷ *Parkerings v. Litvanya*, Karar, § 331.

¹⁹¹⁸ *PSEG v. Türkiye*, Karar, § 250.

¹⁹¹⁹ Jack Biggs, "The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 36, S. 1, 2021, s. 122, doi:10.1093/icsidreview/siaa047.

¹⁹²⁰ Filip Balcerzak, "Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?: Implications of the Spanish Saga for International Investment Law", *Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?*, Brill Nijhoff, 2023, s. 318, <https://brill.com/display/title/61784>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025).

İç hukukun içeriği, düzenleyici çerçeveye dayalı meşru beklentilerin kapsamının belirlenmesinde önemlidir. Bir bütün olarak iç hukuk sistemi göz ardı edilerek belirli bir mevzuat hükmüne tek başına bakılamaz. İç hukuk düzenindeki yasal hükümlerin hiyerarşisine, bu hükümleri uygulayan yerel mahkemelerin içtihatlarına ve ilgili hukuk sisteminin diğer spesifik özelliklerine gereken dikkat gösterilmelidir.¹⁹²¹ Özellikle sadece belli bir piyasa için yatırımcı çekme amacıyla düzenlenen mevzuatın meşru beklenti yaratma olasılığı yüksektir. Ev sahibi devlet için önemleri göz önüne alındığında, bazı sektörler kapsamlı bir şekilde düzenlenmektedir. Özellikle yüksek düzeyde düzenlemeye tabi sektörler (finansal hizmetler, doğal kaynakların çıkarılması, çevre koruma, tütün veya alkol üretimi ve/veya satışı, kamu hizmetleri vb.) sadece bu sektörler için geçerli olan özel yasal durum tespiti gerekliliği, ekonominin bu tür sektörlerine yatırım yapmaya karar veren yabancı yatırımcıların, kendileri için geçerli olan yüksek düzeydeki düzenlemenin farkında olmaları gerektiği anlayışına dayanmaktadır. *Grand River v. ABD* davasındaki hakem heyetinin belirttiği gibi: “Geleneksel olarak kapsamlı düzenlemelere tabi olan bir alana giren bir yatırımcı, bunu düzenleyici durumun farkında olarak yapmalıdır.”¹⁹²²

İspanya, İtalya ve diğer bazı AB Üye Devletleri aleyhine ECT kapsamında açılan davalarda mevzuat dahil olmak üzere yasal araçlardan istikrarlı bir yasal çerçeveye bağlılığa ilişkin beklentilere atıf yapılmıştır.¹⁹²³ Bu davaların çoğu, yabancı yatırımcıları güneş enerjisi sektörüne yatırım yapmaya teşvik etmek için ev sahibi devletler tarafından benimsenen garantili getiri oranları, tarife garantileri gibi bir dizi teşvik aracılığıyla benimsenen düzenleyici çerçevenin meşru beklentiler yaratmak için yeterince spesifik olup olmadığı konusuyla ilgiliydi. Özellikle yenilenebilir enerjiye yatırım yapan bir yatırımcının, bu sektörün son derece düzenlenmiş olduğunun farkında olması gerekmektedir. Örneğin, tarife garantilerinin 20 yıl süreceği beklentisi gerçekçi olmaktan uzaktır.

Charanne v. İspanya davasında, hakem heyeti, sektör analizine uygulanabilir ön ve kapsamlı bir yasal çerçevenin yatırıma devam etmek için gerekli olduğu ve enerji

¹⁹²¹ a.g.e., s. 319.

¹⁹²² *Grand River v. ABD*, Karar, § 144

¹⁹²³ *Eiser Infrastructure Limited ve Energia Solar Luxembourg Sàrl v. İspanya*, Karar, § 363; *Antin v. İspanya Krallığı*, Karar, § 532; *Novenergia II v. İspanya Krallığı*, Nihai Karar, § 681.

sektörü gibi son derece düzenlenmiş bir alanda belirli bir düzeyde özen gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹²⁴ Hakem heyeti, “*Bu durumda, Davacılar, RD 661/2007 ve RD 1578/2008 tarafından oluşturulan düzenleyici çerçevenin tesislerinin ömrü boyunca değişmeden kalacağı yönünde meşru bir beklentiye sahip olamazlar. Böyle bir beklentinin varlığını kabul etmek, aslında, koşullar değişebilse de, uygun tesisler için geçerli düzenleyici çerçeveyi dondurmakla eşdeğer olacaktır. Bu durumda tarife miktarında yapılacak herhangi bir değişiklik ya da uygun saat sayısına getirilecek herhangi bir sınırlama uluslararası hukukun ihlali anlamına gelecektir. Uygulamada durum, devletin bir istikrar maddesi imzalaması veya düzenleyici çerçeveyi değiştirmeyeceğine dair bir taahhütte bulunmasıyla aynı olacaktır. Hakem Heyeti böyle bir sonucu destekleyemez. Davacılar, düzenleyici çerçevenin değişmeden kalacağına dair meşru bir beklentiye sahip olduklarını iddia etmediklerini açıkça belirtmişlerdir*”¹⁹²⁵ tespitini yapmıştır. Bu nedenle, hakem heyeti, itiraz edilen tedbirlerin makul olmayan, keyfi, kamu yararına aykırı veya orantısız olmak suretiyle ECT kapsamındaki meşru beklentileri ihlal ettiğini gösteremediklerini tespit ettiği için yatırımcıların taleplerini reddetmiştir.¹⁹²⁶

İspanya’ya karşı açılan ve düzenleyici çerçevede daha sonra yapılan daha radikal değişikliklerle ilgili olan müteakip yenilenebilir enerji davalarında AHM ihlalleri tespit edilmiştir. Örneğin, *Eiser v. İspanya* davasında, hakem heyeti AHM’nin istikrar unsurunun yatırımcıların yaşadığı toplam ve makul olmayan değişim sonucunda ihlal edildiğine karar vermiştir: “*Adil ve hakkaniyete uygun muamele, yatırımcıları, önceki rejime dayanarak yapılan mevcut yatırımların koşullarını dikkate almayan bir şekilde düzenleyici rejimde yapılan temel bir değişikliğe karşı korur.*”¹⁹²⁷

Novenergia v. İspanya davasındaki hakem heyeti İspanya Krallığı tarafından 2013 ve 2014 yıllarında yürürlüğe konulan radikal değişikliklerin ECT kapsamındaki AHM yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁹²⁸ Hakem heyeti, özellikle yatırımcıların meşru beklentilerini ele almış ve bunların makul olup olmadığını değerlendirmiştir. Hakem heyeti, bu değerlendirmede özellikle yenilenebilir enerji sektörüne yatırım çekmek için benimsenen İspanyol düzenleyici çerçevesine

¹⁹²⁴ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 507.

¹⁹²⁵ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 503.

¹⁹²⁶ *Charanne v. İspanya*, Karar, § 539.

¹⁹²⁷ *Eiser v. İspanya*, Karar, § 363.

¹⁹²⁸ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 697.

odaklanmıştır. Hakem heyetine göre, İspanyol mevzuatı ve düzenlemeleri yenilenebilir enerji yatırımcıları için çok elverişli bir yatırım ortamı yaratmıştır ve bu yatırım ortamının çekirdeğini Özel Rejim oluşturmuştur.¹⁹²⁹ Hakem heyetine göre, 661/2007 sayılı Kraliyet Kararnamesinde (RD) yer alan garantili Tarife Garantisi'nin (FIT) şirketleri İspanya'ya elektrik sektörü için yoğun bir şekilde yatırım yapmaya teşvik etmeyi amaçlayan beyanlar veya güvenceler içermekteydi ve davacı da yatırımını RD 661/2007'de öngörülen şartlara güvenerek yapmıştır.¹⁹³⁰ Dolayısıyla, hakem heyeti, yatırımcının başlangıçtaki beklentilerinin meşru olduğunu çünkü RD 661/2007'de garanti edilen FIT ile çelişen hiçbir şey olmadığını tespit etmiş ve davacının RD 661/2007'de belirtildiği gibi Özel Rejimde herhangi bir radikal veya temel değişiklik olmayacağına dair meşru ve makul bir beklentisi olduğu sonucuna varmıştır.¹⁹³¹

Watkins Holdings SARL ve diğerleri v. İspanya davasında, hakem heyeti, yatırım antlaşmasına taraf olmanın, düzenleyici çerçeveyi değiştirme yetkilerinin sınırlandığını vurgulamıştır: “Mahkeme, İspanya'nın düzenleyici rejiminde değişiklik yapma hakkına sahip olduğunu, ancak ECT'ye taraf olduktan sonra düzenleyici çerçeveyi değiştirme yetkilerinin sınırlandırıldığını ve bu tür köklü ve radikal değişikliklerin haksız, makul olmayan ve adaletsiz olacağı ve bir yatırımcının meşru beklentisine zarar vereceği durumlarda bunu yapmaması gerektiğini belirtmektedir.”¹⁹³²

ECT kapsamında İspanya'nın taraf olduğu uyuşmazlıklarda hakem heyetleri, ev sahibi devlet yüksek yargısı tarafından verilen kararların meşru beklentilere etkisi konusunda da farklı görüşler öne sürmüştür. *Charanne v. İspanya* davasında, hakem heyeti, yatırımcının gerekli özeni gösterip göstermediğini değerlendirirken, 2005 ve 2006 tarihli Yüksek Mahkeme kararlarını, ulusal hukuk tarafından belirlenen düzenleyici çerçevedeki değişikliklerin ilgili göstergeleri olarak değerlendirmiştir. Hakem heyeti, Yüksek Mahkeme kararları da dahil olmak üzere, İspanyol hukuk sisteminin bir değerlendirmesini yaptıktan sonra, bir yatırımcının İspanyol hukuk sisteminin fotovoltaiklere uygulanabilir tazminat sisteminin değiştirilmesi olasılığına

¹⁹²⁹ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 665.

¹⁹³⁰ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 667.

¹⁹³¹ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 681.

¹⁹³² *Watkins Holdings SARL ve diğerleri v. İspanya Krallığı*, Karar, § 521.

açık olduğunu bileceğini vurgulamıştır.¹⁹³³ Benzer şekilde, *Isolux v. İspanya* davasında, hakem heyeti, yatırımcının, yatırımın yapılmasından önce ve sonra verilen Yüksek Mahkeme kararlarına dayanarak, İspanyol makamları tarafından getirilen tarife garantilerinin yatırımlarının tüm ömrü boyunca sürmeyeceği konusunda özel bilgiye sahip olduğunu kaydetmiştir.¹⁹³⁴ *Stadtwerke München v. İspanya* davasında, hakem heyeti, düzenleyici değişiklikleri öngörmede Yüksek Mahkeme kararlarının önemini vurgulamış ve Yüksek Mahkeme'nin 2006 tarihli bir kararı, istikrarlı bir rejimin enerji operatörleri ile ilgili olarak revizyondan muaftır tespiti yapılmıştır.¹⁹³⁵

ECT kapsamında İspanya'nın taraf olduğu uyuşmazlıklardaki bütün hakem heyetleri, Yüksek Mahkeme kararlarının düzenleyici bir çerçevede olası değişikliklerin önceden belirlenmesiyle ilgili olduğu konusunda hemfikir değildir. *SolEs v. İspanya* davasında, hakem heyeti, ECT kapsamındaki AHM standardının değerlendirilmesinde Yüksek Mahkeme kararlarının uygunluğunu sorgulamış ve Yüksek Mahkeme kararlarının rolüne ilişkin kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsemiştir. İlk olarak, yalnızca bir yatırımdan önce verilen kararların ilgili olabileceğini belirtmiştir. Ardından, ilgili kararların ECT'ye değil İspanyol hukukuna dayandığı için ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹³⁶ Sonuçta, hakem heyeti, Yüksek Mahkeme'nin kararlarının Özel Rejimin kaldırılmasıyla karşılaştırılabilir önemde olan mevcut bir tesisin ücretlendirilmesi ile ilgili olmadığı için çok az değere sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁹³⁷ Hakem heyeti, Yüksek Mahkeme içtihadının, basiretli bir yatırımcının makul bir getiri dışında meşru bir beklentisi olamayacağını ortaya koyduğu konusunda ikna olmamıştır.¹⁹³⁸ *OperaFund v. İspanya* davasında, hakem heyeti, İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin kararlarının geçerliliğini tamamen reddetmiştir. Hakem heyeti, yatırımdan önce verilen kararların 661/2007 sayılı Kraliyet Kararnamesinin m. 44(3) yorumlanmasıyla ilgili olmadığını ve kıyas yoluyla uygulanamayacağını belirtmiştir.¹⁹³⁹

¹⁹³³ *Charanne Construction v. İspanya*, Karar, § 505.

¹⁹³⁴ *Isolux Netherlands, BV v. İspanya*, Karar, § 787.

¹⁹³⁵ *Stadtwerke München ve diğerleri v. İspanya*, Karar, § 277.

¹⁹³⁶ *SolEs Badajoz GmbH v. İspanya Krallığı*, Karar, § 430.

¹⁹³⁷ *SolEs Badajoz GmbH v. İspanya Krallığı*, Karar, § 430.

¹⁹³⁸ *SolEs Badajoz GmbH v. İspanya Krallığı*, Karar, § 432.

¹⁹³⁹ *OperaFund v. İspanya*, Karar, § 491.

Genel olarak, meşru beklentilerin değerlendirilmesinde durum tespiti rolünün sınırlı olduğu durumlarda, Yüksek Mahkemelerin kararları, bir devletin düzenleyici değişikliklerinin öngörülebilirliğinin değerlendirilmesinde daha az öneme sahip olmuş veya hiç önem taşımamıştır.¹⁹⁴⁰ Bazı hakem heyetlerinin İspanya Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına sınırlı olarak dikkate alması eleştiriye açık bir durumdur. Hakem heyetleri, yerel kararlara resmi olarak bağlı olmadıklarını gerekçelendirebilirse de, bu durum, bu kararların meşru beklentilerin kapsamı üzerindeki etkisini göz ardı etmek için bir neden olarak kullanılmamalıdır.¹⁹⁴¹

ECT kapsamında İtalya'ya karşı verilmiş kararlar da dikkat çekicidir. *Belenergia v. İtalya* davasında, hakem heyeti, 2011 ve 2013 yılları arasında yatırım yapan bir yatırımcının teşviklerin azaltılmasına yönelik eğilimi açıkça gözlemleyebileceği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, ihtiyatlı bir yatırımcının yeterli durum tespiti yaparak yenilenebilir enerji çerçevesindeki reformlardan haberdar olacağını çünkü bu reformların sadece İtalya'da değil, tüm Avrupa'da gerçekleştiğini belirtmiştir. Hakem heyeti göre, basiretli bir yatırımcı, Avrupa'daki diğer PV teşvik programlarını ve İtalyan teşviklerinin diğer Avrupa ülkelerinden daha yüksek olduğu gerçeğini dikkate almalıydı.¹⁹⁴²

Antaris v. Çek Cumhuriyeti davasında, hakem heyeti, yatırımcıların düzenleyici çerçevenin istikrarına makul bir şekilde güvenemeyeceklerini tespit ettiği için meşru beklentiler talebini reddetmiştir. Hakem heyeti, mevzuatın meşru beklentilere temel oluşturabileceği fikrini tamamen reddetmemekle birlikte, oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsemiştir: “Çok sayıda kişi veya bir kişi kategorisi için geçerli olan genel mevzuat hükümleri, kanunda herhangi bir değişiklik olmayacağına dair meşru beklentiler yaratmaz; ve devletin düzenleme yetkileri göz önüne alındığında, meşru beklentilere dayanmak için yatırımcı, ev sahibi devletin ekonomik ve sosyal koşullarında o sırada mevcut olan veya makul olarak beklenen değişiklikler ışığında düzenleyici çerçevede bir değişiklik olasılığı hakkında önceden bilgi almalıdır.”¹⁹⁴³ Hakem heyeti, yatırımcılara verilen taahhütlerin veya yapılan beyanların, resmi açıklamalar da dahil olmak üzere, arka planı bağlamında ulusal mevzuattan

¹⁹⁴⁰ *OperaFund v. İspanya*, Karar, § 491; *Cube v. İspanya*, Karar.

¹⁹⁴¹ Balcerzak, “Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?”, s. 322.

¹⁹⁴² *Belenergia v. İtalya*, Karar, § 596.

¹⁹⁴³ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 360.

çıkarılabileceğini ve resmi açıklamaların yasal güce sahip olmasının şart olmadığını kabul etmiştir.¹⁹⁴⁴ Hakem heyeti, yatırımcıların, yasal çerçevenin koşullar ve siyasi gelişmeler ışığında değişebileceğini ve gelişebileceğini bildiklerini ısrarla vurgulamış ve her değişikliğin meşru beklentinin ihlaline dayalı bir iddiaya yol açmayacağını belirtmiştir.¹⁹⁴⁵ Hakem heyeti, aynı zamanda basiretli bir yatırımcının yatırım yapmadan önce dikkate alması gereken farklı bilgi kaynaklarının altını çizmektedir. Hakem heyeti, yatırımın yapıldığı sırada Çek Cumhuriyeti'ndeki tarife garantisi rejiminin açık bir şekilde dengesiz olması sebebiyle yatırımcının eylemlerini fırsatçı olarak nitelendirmiştir.¹⁹⁴⁶ Hakem heyeti, gerekli özeni göstermiş olan bilgili bir yatırımcının farklı bilgi kaynaklarına dayanarak yaklaşan olası değişikliklerden haberdar olacağını belirtmiştir.¹⁹⁴⁷

ECT kapsamında Avrupa Yenilenebilir Enerji Davalarında, bazı hakem heyetleri, açıkça bu ismi kullanmamış olsalar bile, meşru beklentiler için estoppel ilkesine¹⁹⁴⁸ benzer bir yaklaşım takip etmiştir.¹⁹⁴⁹ Örneğin, *Cube v. İspanya* davasında, hakem heyeti, “*Davalı, yenilenebilir enerji sektörüne yatırım yapmak için bir teşvik olarak belirli düzenleyici hükümlerin istikrarı güvencesini vermiştir ve bu güvenceden istediği zaman vazgeçme özgürlüğüne sahip değildir. Yatırımcılar bu istikrar güvencesine kesin bir taahhüt olarak güvenme hakkına sahiptir*”¹⁹⁵⁰ tespitini yaparak meşru beklentileri estoppele yakınlaştırmaktadır.

Sonuç olarak, yatırım tahkimi kararları incelendiğinde tutarlı bir yaklaşım olmamakla birlikte genel mevzuata dayanan beklentiler için birçok şartın bir araya gelmesi gerekliliği sıklıkla vurgulanmıştır. Aynı zamanda, hakem heyetleri, ev sahibi devletin düzenleme hakkı ile yatırımcının meşru beklentileri arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmektedir. AHM'nin yorumlanmasında, ulusal hedeflerin gerçekleştirilmesi ve yasaların uygulanması için yatırımların düzenlenmesindeki

¹⁹⁴⁴ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 366.

¹⁹⁴⁵ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 437.

¹⁹⁴⁶ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 435.

¹⁹⁴⁷ *Antaris v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 440.

¹⁹⁴⁸ Estoppel ilkesi basitçe: A Devleti gönüllü ve koşulsuz olarak, açık ve net olan yetkili bir olgu beyanı veya davranış yapmıştır; B Devleti, A Devleti tarafından yapılan bu açıklamaya veya davranışa iyi niyetle güvenmiştir; ve B Devletinin bu beyana güvenmesi kendi zararına olmuş ya da beyanda bulunan A Devleti için bir avantajla sonuçlanmıştır.

¹⁹⁴⁹ Biggs, “The Scope of Investors’ Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases”, s. 120.

¹⁹⁵⁰ *Cube v. İspanya*, Karar, § 397; Benzer şekilde, *RREEF v. İspanya*, Karar, § 388; *ICW Europe Investments Limited v. Çek Cumhuriyeti*, PCA Dava No. 2014-22, Karar, 15 Mayıs 2019, § 542.

meşru kamu menfaatleri dikkate alınmalıdır. Öte yandan, yatırım antlaşmalarının açık amacının yatırımları teşvik etmek ve korumak olduğu ve AHM'nin bu bağlamda okunması gerektiği unutulmamalıdır.¹⁹⁵¹

F. Ev Sahibi Devletin Düzenleme Hakkı

Catharine Titi, henüz herkes tarafından kabul edilmiş bir tanım olmasa da düzenleme hakkının ev sahibi devletin bir yatırım antlaşması vasıtasıyla üstlendiği uluslararası taahhütlere aykırı olarak, tazminat yükümlülüğü altına girmeksizin düzenleme yapmasına istisnai olarak izin veren yasal hakkı ifade ettiğini belirtmektedir.¹⁹⁵² Bu tanımlamada yer alan düzenleme hakkının yasal bir hak olduğu vurgusu ve kullanıldığında tazminattan muaf tutulması gerekliliği dikkate değerdir.

Meşru beklentiler ekonomik hayatı daha hesaplanabilir kılmak için korunmalıdır. Bir yatırımcının ev sahibi devletin hukuku tarafından oluşturulan beklentileri, aslında geleceğe ilişkin hesaplamalardır.¹⁹⁵³ Ancak, yatırımcıların meşru beklentilerini korumak için AHM'nin kullanılması, dolaylı olarak ülkelerin yatırımla ilgili politikaları değiştirme veya bireysel yabancı yatırımcılar üzerinde olumsuz etki yaratabilir ve kamu yararına olanlar da dahil olmak üzere yeni politikalar sunma yeteneğini kısıtlayabilir.

Meşru beklentiler doktrininin uygulanması, yasal ve düzenleyici ortamın istikrarına ilişkin beklenti hakkını tanıyan ilk davalardan, meşru beklentiler için daha katı kriterler belirleyen ve düzenleyici ortamın gelişebileceğini kabul eden daha yeni davalara doğru evrilmiştir.¹⁹⁵⁴ Bir devletin AHM standardını ihlal etmeden özel durumlara yanıt vermek için ne ölçüde düzenleme yapabileceği sorusu, krizin ne kadar şiddetli olduğu, devletin yatırımcıya özel beyanlarda bulunup bulunmadığı ve yatırımcının uygun bir durum tespiti araştırması yapıp yapmadığı gibi birçok unsura bağlıdır.¹⁹⁵⁵

¹⁹⁵¹ Newcombe, Paradell, *Law and practice of investment treaties*, s. 268.

¹⁹⁵² Catharine Titi, **The right to regulate in international investment law**, 1st edition Baden-Baden [Germany]: Nomos, 2014, s. 33.

¹⁹⁵³ *Suez ve Vivendi v. Arjantin ve AWG Group v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 203.

¹⁹⁵⁴ Ioana Knoll-Tudor, 'Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases', s. 261.

¹⁹⁵⁵ Levashova, "Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law", s. 238.

AHM'nin ihlal edildiğini tespit etmek için hakem heyetleri tarafından meşru beklentilere atıfta bulunulması, düzenleyici, ekonomik, sosyal ve siyasi bağlamdan soyutlanarak ve yatırımcı beklentileri ile devletlerin kamu yararının koruyucusu olarak düzenleyici hakları aracılığıyla yerine getirdikleri işlev arasındaki gerekli dengeleme dikkate alınmadan uygulanamaz. Bu durum, özellikle gelişmekte olan devletler için önemlidir. AHM standardı sadece yatırımcıların değil ev sahibi devletin de menfaatlerini dikkate almalı ve ilgili çeşitli meşru menfaatler arasında uygun bir denge kurulmalıdır.¹⁹⁵⁶ Bazı yatırım antlaşmalarında hangi konularda daha geniş bir düzenleme alanı gerekliliğiyle ilgili vurgular bulunmaktadır. Düzenleme hakkı hükümleri genellikle kamu sağlığı, işçi hakları veya çevrenin korunması gibi belirli amaçlara yönelik düzenlemeleri özel olarak vurgulamaktadır.¹⁹⁵⁷

Yatırımcılar, ülke ve mevzuat riskleri de dahil olmak üzere maruz kaldıkları risklerin kapsamını belirlemek için gerekli özeni gösterme ve her koşulda makul beklentilere sahip olma yükümlülüğüne sahiptir. Özellikle, yatırımcılar yatırımlarını planlarken, belirli bir ev sahibi devlette geçerli olan yönetim ve düzenleyici kalkınma standartları da dahil olmak üzere o devletteki koşulları dikkate almalıdır.¹⁹⁵⁸

Düzenleme hakkı, yatırım kararlarında genellikle kamu yararı kavramının dikkate alınmasıyla ele alınmaktadır. Kamu yararı, bir devletin genel kamunun refahı için aldığı tedbirleri ifade etmektedir. Hakem heyetleri tarafından tanınan kamu yararı yelpazesi, kamu sağlığının korunması, ekolojik ve çevresel değerlerin korunması, temel çalışma standartlarının sürdürülmesi, kültürel hakların ve savunmasız vatandaş gruplarının korunması, bankacılık sektörünün reformu, yolsuzlukla mücadele, tüketicilerin korunması ve farklı tüketici ve şirket grupları üzerindeki aşırı maliyetlerin ortadan kaldırılması da dahil olmak üzere oldukça geniştir.¹⁹⁵⁹

¹⁹⁵⁶ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 77.

¹⁹⁵⁷ CETA, ek 8-A(3); 2015 Norveç Model BIT m. 12; Amerika Birleşik Devletleri-Şili Serbest Ticaret Antlaşması, 6 Haziran 2003, m. 10.12

¹⁹⁵⁸ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 78.

¹⁹⁵⁹ Yulia Levashova, **The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, B.V, 2019, ss. 174-80.

Bir devletin amacının meşruiyeti, tipik olarak bir devletin davranışının hukuka uygunluğunu değerlendirmek için kullanılan kriterlerden biridir. Ancak, tüm hakem heyetleri, bir devletin amacının meşruiyetini, bir yatırımcının meşru beklentilerinin ihlalinin belirlenmesinde ilgili bir faktör olarak görmemektedir. Bazı kararlarda, devletin amacından ya hiç bahsedilmemekte ya da devletin düzenleme hakkı ile yatırımcının meşru beklentilerinin genel olarak tartışılmasında bir rol oynamamakta ya da sadece sınırlı bir rol oynamaktadır. Bazı hakem heyetleri, bir devletin davranışının orantılılığını veya makullüğünü değerlendirirken devletin amacının meşruiyetini, bir yatırımcının beklentilerinin meşruiyetinin incelenmesinin bir parçası olarak değil, bir AHM kapsamında ayrı bir gerekçe olarak değerlendirmektedir.¹⁹⁶⁰

Ev sahibi devletin düzenleme hakkı söz konusu olduğunda sıklıkla AİHM içtihadıyla özdeşleşen ve artık uluslararası hukukun pek çok alanında yer alan takdir marjı standardına dayanılmaktadır. Takdir marjı standardı, devletlere yükümlülüklerini yerine getirirken manevra alanı tanımaktadır. Bununla birlikte, yatırım tahkimi hakem heyetleri nadiren bir takdir marjına dayanmaktadır, hatta bazı hakem heyetleri yetkilerinin geniş bir takdir marjı uygulamalarını engellediğini reddetmiştir.¹⁹⁶¹ Yatırım hukuku kapsamında, uluslararası hukukun genellikle yerel makamların kendi sınırları dahilindeki konuları düzenleme hakkına tanıdığı yüksek ölçüde saygıyı kabul eden hakem heyetleri bile¹⁹⁶² ne kadar saygı gösterilmesi gerektiğine çok nadiren değinmektedir.¹⁹⁶³ Hakem heyetleri bazen takdir marjı analizlerini bağlama özgü durumlarla şekillendirerek meseleleri daha da karmaşık hale getirebilmektedir.¹⁹⁶⁴ Ayrıca, kamu hukukunda takdir marjına başvurmak için gereken koşullar olan içtihat tutarlılığı, resmi emsaller ve tutarlı hakemlerin yatırım hukukunda mevcut olmaması sebebiyle takdir marjının sağlıklı bir şekilde uygulanamayacağını öne süren görüşler de mevcuttur.¹⁹⁶⁵ Hakem heyetleri takdir marjının genişliğini belirleyebilseler bile,

¹⁹⁶⁰ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 116.

¹⁹⁶¹ *Renta 4 S.V.S.A. v. Rusya Federasyonu*, SCC Dava No. 24/2007, Karar, 20 Temmuz 2012, § 18-22, 55, 125-126 ; *RosInvest Co. UK Ltd. v. Rusya Federasyonu*, SCC Dava No. V079/2005, Nihai Karar, 12 Eylül 2010, § 567.

¹⁹⁶² *S.D. Myers, Inc. v. Kanada*, Kısmi Hakem Kararı, § 263; *Thunderbird Gaming Corp. v. Meksika*, Hakem Kararı, § 127.

¹⁹⁶³ *Glamis Gold v. ABD*, Karar, § 617.

¹⁹⁶⁴ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, § 181 (Arjantin'in ekonomik gereklilik durumu); *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 398-399 (kamu sağlığı); *Chemtura Corp. v. Kanada*, Karar, § 123 (takdir marjını "somut olarak yapılması gereken bir değerlendirme" olarak tanımlamaktadır).

¹⁹⁶⁵ Arato, Julian. "The Margin of Appreciation in International Investment Law." *Virginia Journal of International Law* 54, no. 3 (2014), s. 571.

bunu yapmamak için bir neden vardır, bu da ev sahibi devletin ne kadar düzenleyici alan talep edebileceğini tam olarak belirtmenin ahlaki bir değerlendirme taşıma ihtimalidir.¹⁹⁶⁶

Bu başlık altında, yatırım tahkimi içtihatları ile özellikle son yıllarda imzalanan yatırım antlaşmalarında düzenleme hakkına ilişkin vurgu yapan antlaşma pratiği incelenecektir.

1. Yatırım Tahkimi İchtihadı

Düzenleme hakkının sınırları vardır ve bu sınırlar hukukun üstünlüğü ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, eğer bir devlet düzenleme hakkını kullanır ve bunu yaparken istikrara yönelik meşru beklentileri ihlal ederse devletin yatırım antlaşmalarından doğan yükümlülükleri tazminat ödemesini gerektirebilir. Ev sahibi devletin sorumluluğun doğması için düzenleme hakkının meşru bir şekilde kullanılmasını ötesine geçen bir sınır aşımı söz konusu olmalıdır. ADC v. Macaristan davasında, hakem heyetinin de belirttiği gibi, *“Egemen devlet iç işlerini düzenleme hakkına doğal olarak sahip olsa da, bu hakkın kullanımı sınırsız değildir ve sınırları olmalıdır.”*¹⁹⁶⁷ Bu sınır aşmanın klasik bir örneği, mevzuatın belirli bir bireysel yatırımcıyı doğrudan hedef almasıdır.

İstikrar ve düzenleme hakkı arasındaki doğal gerilimde olduğu gibi, hakem heyetleri yatırımcıların meşru beklentileri ile ev sahibi devletlerin düzenleme hakkını dengelemeleri gerektiğini vurgulamışlardır. Bu dengeleme genellikle orantılılık analizine açık veya zımni atıfta bulunularak yapılmaktadır.¹⁹⁶⁸ Genel olarak, orantılılık: Uygunluk, (bir tedbirin objektif olarak meşru hükümet amacına ulaşmaya izin verip vermediği) gereklilik (tedbirin mevcut olanlar arasında en az kısıtlayıcı olup olmadığı) ve sensu stricto (etkilenen haklar ile kamu amacı arasında bir dengeleme yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesinden) kavramlarından oluşmaktadır.

¹⁹⁶⁶ Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 335.

¹⁹⁶⁷ ADC v. Macaristan, Karar, § 423.

¹⁹⁶⁸ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, 2020, s. 524.

Horthel Systems v. Polonya hakem heyeti, AHM'nin tedbirlerin kamu politikası hedefleri doğrultusunda alınmasını gerektirdiğini gözlemlemiştir.¹⁹⁶⁹ Bu bağlamda hakem heyeti, egemen bir devletin kamu politikalarına ilişkin tespitlerinde bir dereceye kadar saygıyı hak ettiğini vurgulamıştır.¹⁹⁷⁰ Hakem heyeti, kendi görevini Polonya'nın politikalarını seçerken gösterdiği özeni yargılamak olmadığını belirtmiş ve ihtilaflı tedbirlerin ampirik araştırmalara değil de münferit vakalara ilişkin bilgilere dayanılarak alınmış olması, bu tedbirleri keyfi kılmayacağı sonucuna ulaşmıştır.¹⁹⁷¹ Hakem heyeti, hükümetlerin politika tercihlerini incelemenin sınırları olduğunu vurgulamıştır.¹⁹⁷² Hakem heyeti, yetkisinin yürürlükteki yatırım antlaşmasının iddia edilen ihlallerini değerlendirmekle sınırlı olduğunu hatırlatmıştır: "*Polonya'nın genel olarak uluslararası hukuka ve özel olarak AB hukukuna uyumu, söz konusu ihlalin aynı zamanda BIT'nin ihlali anlamına gelebileceği tespit edilmedikçe, BIT, Akit Devletlerin uluslararası hukuk yükümlülüklerine uymalarını gerektiren ve bir yatırımcıya bu tür yükümlülüklerin herhangi birinin veya tamamının ihlal edildiği iddiasına itiraz etme hakkı veren genel bir hüküm içermemektedir.*"¹⁹⁷³ Hakem heyeti, normatif düzenlemelerin adli veya idari makamlar tarafından farklı yorumlanmasının kınanamayacağını, zira tam yargı tutarlılığının dünyanın hiçbir temel hukuk sisteminde sergilenmediğini gözlemlemiştir. Davada, Polonya hükümetinin belirli yargı kararlarına aykırı hareket etmesi kapsamında AHM standardının ihlal edildiği tespit edilebilirdi, ancak davacı tarafından böyle bir iddia ortaya konmamıştır.¹⁹⁷⁴

Yasal çerçevenin istikrarı yabancı yatırımcıların yatırım kararı için önemli bir faktör olsa da, ev sahibi devletlerin yatırım antlaşmaları imzalayarak iç hukuk kurallarını yasama ve değiştirme konusundaki egemenlik haklarını tamamen ortadan kaldırmayı amaçladıkları açıkça varsayılmaz.¹⁹⁷⁵ Bu nedenle hakem heyetleri, itiraz edilen değişikliğin kamu menfaatleri doğrultusunda düzenleyici yetkilerin makul bir şekilde kullanılması durumunda, meşru beklentilerin ihlaline ilişkin iddiaları reddetmiştir.¹⁹⁷⁶ Yatırımcıların ev sahibi devletin genel hukuk sisteminden

¹⁹⁶⁹ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 267.

¹⁹⁷⁰ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 268.

¹⁹⁷¹ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 270.

¹⁹⁷² *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 268.

¹⁹⁷³ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 283.

¹⁹⁷⁴ *Horthel Systems v. Polonya*, Karar, § 290.

¹⁹⁷⁵ Jacob, Schill, *Fair and Equitable Treatment*, 2015, s. 747.

¹⁹⁷⁶ *South American Silver v. Bolivya*, Karar, § 649; *Copper Mesa Mining Corp. v. Ekvador*, Karar, § 6.81; *Enron Corp. ve Ponderosa Assets, L.P. v. Arjantin*, Karar, § 261; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 306; Örneğin *Genin v. Estonya* davasında, hakem heyeti, bir lisansın

kaynaklanan beklentileriyle çatışsalar bile, kamusal bir amaca yönelik, adil bir süreçte ve ayrımcılık yapılmaksızın kabul edilen iyi niyetli düzenlemelerin AHM standardını ihlal etmemesi muhtemeldir. Kamu düzeni ve güvenliği de dahil olmak üzere politika menfaatleri, dengeleme egzersizinde rol oynayabilir ve normal zamanlarda AHM standardına ters düşecek radikal yasal değişiklikler ve idari tutarsızlıklar bile haklı gösterebilir.¹⁹⁷⁷

Devletin, tedbirin kamu sağlığının korunması amacıyla alındığını gerekçelendirebildiği az sayıdaki tartışmalı davada, hakem heyetleri devletin tedbirlerine bir takdir marjı ve yüksek derecede saygı gösterme eğilimindedir.¹⁹⁷⁸

Apotex v. Kanada ve *Philip Morris v. Uruguay* kararlarında, hakem heyetleri kamu sağlığının çok önemli olduğunu ve devletin bu özel kamu menfaatini düzenleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. *Apotex v. Kanada* davasında, hakem heyeti, mahkemelerin özellikle kamu sağlığının korunması ve hastaların refahını içeren hassas alanlarda, bir devlet düzenleyicisinin takdir yetkisini kullanmasını içeren davalarda dikkatli davranması gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁹⁷⁹ *Philip Morris v. Uruguay* davasında, hakem heyeti, devletin tütün endüstrisini düzenlemedeki hedeflerini gerekçelendirirken takdir marjı doktrinine dayanmıştır. AİHM'in takdir marjı doktrinine dayanan hakem heyeti, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin devletlerin kamu sağlığını koruma amacı taşıyan tercihlerine ve tedbirlerine saygı göstermesi gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁹⁸⁰

2. ECT Kapsamında Düzenleme Hakkı

ECT kapsamındaki yenilenebilir enerjiye ilişkin davalar, AHM hükmünün dengeleme egzersizi veya yabancı yatırımcının meşru menfaatleri ile ev sahibi devlet

iptalini 'açık ve meşru bir kamu amacına' dayandığı için haklı bulmuştur. *Genin v. Estonya*, Karar, § 370.; *Foresight v. İspanya* davasında verilen karar, özel taahhütler olmadıkça 'yatırımcının yasal veya düzenleyici çerçevenin dondurulmasını bekleyemeyeceğini' teyit etmiştir. Bu tür durumlarda, ev sahibi devlet, yatırımcının meşru istikrar beklentilerini ihlal etmeden yasal veya düzenleyici çerçeveyi makul bir şekilde değiştirme alanına sahiptir. *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L. ve diğerleri v. İspanya*, Nihai Karar, § 356. Ayrıca bkz. *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 423.

¹⁹⁷⁷ Ackermann, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, s. 211.

¹⁹⁷⁸ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 129.

¹⁹⁷⁹ *Apotex v. ABD*, Karar, § 9.37.

¹⁹⁸⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 399.

ve vatandaşlarının arasındaki meşru menfaatlerinin tartılmasını içerdiğini kabul eden genel yatırımcı ile devlet tahkim içtihadını doğrulamaktadır.¹⁹⁸¹ Elbette böyle bir dengeleme eylemi olağan ticari risklerle ilgili değildir. Yatırım antlaşmalarının tüm amacı ticari olmayan risklere, yani siyasi risklere karşı koruma sağlamaktır. Düzenleyici çerçevede yapılacak değişikliklere ilişkin riskler, bu tür siyasi risklerin bir kategorisidir.¹⁹⁸²

ECT kapsamında İspanya'ya karşı açılan birçok yatırım tahkimi davasında hakem heyetleri yeni düzenlemelerin geriye dönük olarak uygulanmasının düzenleme hakkı kapsamındaki kırmızı çizginin aşılması anlamına geldiğini teyit etmiştir. Bu durum, *Novenergia v. İspanya* davasında, hakem heyeti, tarafından da ifade edilmiştir: “Sonuç olarak, Mahkeme, İspanya Krallığı tarafından 2013 ve 2014 yıllarında yürürlüğe konan radikal değişikliklerin sabit uzun vadeli FIT’yi kesin olarak ortadan kaldırdığını ve bunu geriye dönük olarak yaptığını tespit etmiştir. Mahkeme, RDL 9/2013, Kanun 24/2013, RD 413/2014 ve Emir 1045/2014 ile getirilen mevzuatın, İspanya Krallığı’nın ATA m. 10(1)’de belirtildiği üzere yatırımcıya AHM sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği ve Davacıya tazminat hakkı verdiği sonucuna varmıştır.”¹⁹⁸³ Benzer şekilde, *Watkins v. İspanya* davasında, hakem heyeti: “Mahkeme, İspanya’nın mevzuatını sürekli değiştirdiği bir ortamda istikrarın var olamayacağı ve İspanya’nın Aralık 2012’den itibaren sergilediği tutumun Davacıların yatırımları için istikrarlı ve öngörülebilir bir ortam kavramını ihlal ettiği görüşündedir. Bu nedenle Mahkeme, İspanya’nın davranışının, istikrarlı ve öngörülebilir bir düzenleyici rejim sağlamada başarısız olduğunu kategorik olarak gösterdiği görüşündedir. Mahkeme, İspanya’nın istikrar taahhüdünü ihlal edecek mevzuat çıkarma hakkına sahip olduğu görüşündedir. Ancak, Mahkeme’nin görüşüne göre, İspanya’nın ECT kapsamındaki uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmesine ve böylece Davacıların yatırımlarını yapmak için güvendikleri tedbirleri ortadan kaldırmasına neden olacak İhtilaflı Tedbirleri yürürlüğe koyma hakkı yoktur. Mahkemenin görüşüne göre, İhtilaflı Önlemler, RD 661/2007 ekonomik rejiminin geriye dönük olarak revize edilmesidir”¹⁹⁸⁴ sonucuna ulaşmıştır.

¹⁹⁸¹ Balcerzak, “Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?”, s. 335.

¹⁹⁸² a.g.e., s. 336.

¹⁹⁸³ *Novenergia II v. İspanya*, Nihai Karar, § 697.

¹⁹⁸⁴ *Watkins Holdings SARL ve diğerleri v. İspanya Krallığı*, Karar, § 569.

Birçok davada dengeleme yapılırken tüm koşulların dikkate alınması gerekliliği vurgulanmıştır. *Cavalum v. İspanya* davasında, hakem heyeti, değişen ihtiyaçlar veya kriz zamanlarına vurgu yapmıştır.¹⁹⁸⁵ Hakem heyeti, devletin takdir marjının bir parçasını oluşturan kanunlarını değiştirme hakkına sahip olduğunu ve devletin düzenleyici eylemlerinde yüksek derecede saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁸⁶ Takdir marjı ve yüksek bir saygı ölçüsüne açıkça atıfta bulunulması, bir yatırımcının ticari menfaatleri ile bir devletin kamu yararına düzenleme yapma menfaatinin dengelenmesinde hakem heyeti tarafından devletin düzenleme hakkına verilen ağırlığı göstermektedir.¹⁹⁸⁷

ECT kapsamındaki davalar, bir insan hakları mahkemesi tarafından geliştirilen kavramlardan olan takdir marjının uluslararası yatırım hukukuna doğrudan aktarılıp aktarılamayacağı veya aktarılması gerekip gerekmediği tartışmasına katkıda bulunmaktadır. İncelenen davalar ya bu konuda sessiz kalmakta ya da bu olasılığı kabul eden içtihadın yanında yer almaktadır. Hiçbir dava bu olasılığı açıkça reddetmemiştir. Ancak, buradan çıkarılacak sonuç için dikkatli olmak gerekir çünkü bu durum, incelenen davaların Avrupa bağlamıyla ilgili de olabilir.¹⁹⁸⁸ Öte yandan, ev sahibi devletin Avrupa ülkelerinden olmadığı davalarda da takdir marjına ilişkin atıflar bulunmaktadır.¹⁹⁸⁹

Kamu menfaatinin varlığı, beklentilerin ilgili antlaşma kapsamında korumaya tabi olmayacağı anlamına gelmez. Diğer faktörler, örneğin güvenin kapsamı, tedbirin etkisi ve yatırımcının gerekli özeni göstermesi, ilgili kamu yararına karşı dengelenmelidir. Giderek artan bir şekilde, bu farklı hususları dengelemek için, mahkemeler kısmi veya tam bir orantılılık incelemesi yapmaktadır. Orantılılık ilkesi, özellikle kamu sağlığının korunması gibi oldukça güçlü bir kamu menfaatinin söz konusu olduğu davalarda, devlet makamlarına tanınan yüksek düzeydeki saygı ile uygun ve tutarlı bir metodolojik yaklaşım olarak hizmet edebilir.¹⁹⁹⁰ Orantılılık testinin

¹⁹⁸⁵ *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 427.

¹⁹⁸⁶ *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 430.

¹⁹⁸⁷ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 129.

¹⁹⁸⁸ Balcerzak, "Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?", s. 339.

¹⁹⁸⁹ *Continental Casualty v. Arjantin*, Karar, 5 Eylül 2008, § 181.

¹⁹⁹⁰ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 129.

yatırım hukukuna girişi başlangıçta tartışmalı olsa da, bugün AHM standardının bir parçası olarak kabul edilmektedir.

Rreef v. İspanya davasında, hakem heyeti, orantılılık testi uygulamıştır: “Mahkemenin görüşüne göre, düzenleyici yetkinin kullanılmasında makuliyet şunları içerir: Amacın meşruluğu, bir bütün olarak toplumun çıkarlarını temsil etmesi ve düzenlemeden etkilenen hakların özünü değiştirmemesi; Gerekliklik, acil bir sosyal ihtiyacın varlığını ima eder. “Gerekli” eşiği, ‘faydalı’ veya ‘arzu edilir’ eşiğinden daha zorludur; Uygunluk, izlenen meşru hedefe ulaşmayı mümkün kılması gerekir.”¹⁹⁹¹ Benzer şekilde, *RWE v. İspanya* davasında, hakem heyeti de orantılılığa başvurmuştur: “Mevcut bağlamda orantısızlık sorunu, değişikliklerin yasama amacına ulaşmak için uygun ve gerekli olup olmadığının ve Özel Rejim temelinde çok önemli kaynaklar taahhüt etmiş olan Davacılar aşırı bir mali yük getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, İspanya tarafından benimsenen tedbirlerin gerekli olup olmadığının / orantısız olup olmadığının değerlendirilmesinde, eğer varsa, hangi takdir marjının tanınması gerektiğine ilişkin bir ilk soru da bulunmaktadır.”¹⁹⁹²

Greentech v. İtalya davasında, hakem heyeti, Spalmaincentivi Kararnamesinin etkinliğini de sorgulamıştır. İtalya, Kararnamenin amacının fotovoltaiik (PV) teşviklerine duyulan ihtiyaç ile PV yatırımcılarına aşırı tazminat ödemekten kaçınma ve tüketicileri yüksek maliyetler ödemekten koruma ihtiyacını dengelemek olduğunu savunmuştur.¹⁹⁹³ Hakem heyeti, devletin düzenleyici çerçevede değişiklik yapma gerekçelerinin basitçe hizmet sağlayıcıya ödeneceği iddia edilen tazminat ve tüketicilere ödenecek marjinal maliyet ile ilgili olduğu için haklı gösterilemeyeceğinin altını çizmiştir.¹⁹⁹⁴ Hakem heyeti, devletlerin yasalarını değiştirme konusunda egemenlik ayrıcalığına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak, eğer devlet bir yatırımcıya değişiklik yapılmayacağına dair açık güvence verirse, bu güvencelerin ihlal edilmesi halinde yatırımcı adil bir şekilde tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁹⁵ Hakem heyeti, ev sahibi devletin güvencelerine karşı düzenleme hakkının dengelenmesinin, değişiklikler için makul ve geçerli bir politika gerekçesini gerektirdiği konusunda ısrar

¹⁹⁹¹ *RREEF v. İspanya*, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, § 464.

¹⁹⁹² *RWE v. İspanya*, Karar, § 551.

¹⁹⁹³ *Greentech Energy Systems A/S, vd. v. İtalya Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 428.

¹⁹⁹⁴ *Greentech Energy Systems A/S, vd. v. İtalya Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 451.

¹⁹⁹⁵ *Greentech Energy Systems A/S, vd. v. İtalya Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 452.

etmiştir.¹⁹⁹⁶ Hakem heyeti, yatırımcı üzerindeki olumsuz etki karşısında devletin hedeflerinin gerekliliğini sorgulamış ve böylece bir tür *stricto sensu* orantılılık analizi yapmıştır.

Orantılılık testi uygulanmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin bir başka yenilenebilir enerji davası olan *ESPF v. İtalya* davasında, hakem heyeti, ev sahibi devlet tarafından alınan tedbirin orantılılığının, meşru beklentilerin değerlendirilmesi için ilgisiz bir kriter olarak değerlendirmiştir.¹⁹⁹⁷

Hakem heyetleri, bir yatırımcının beklentilerinin değerlendirilmesinde devletin meşru amaçlarının rolü ve kapsamı konusunda tutarlı olmamıştır. *Blusun v. İtalya* davasında, hakem heyeti, yenilenebilir enerji üreticileri için tarife garantilerini önemli ölçüde azaltan Romani Kararnamesi ve Dördüncü Enerji Hesabı gibi devlet tedbirlerinin hedeflerini incelemiştir. Hakem heyeti, tarife garantisi alma koşullarının değiştirilmesinin devletin kamu yararı hedefiyle orantılı bir tedbir olduğunu, yani daha önceki Enerji Hesapları kapsamındaki büyük alım göz önüne alındığında gerçek bir mali ihtiyaca cevap verdiğini belirtmiştir.¹⁹⁹⁸ Hakem heyeti, kamu yararı kavramının büyük ölçüde belirsiz ve her halükarda ev sahibi devletin yetkililerine emanet edilen bir yargı olduğunun altını çizmiştir.¹⁹⁹⁹ Hakem heyeti, bu nedenle, kamu yararının, yasal çerçevede yapılan değişikliklerin yatırımcının meşru beklentilerini boşa çıkarıp çıkarmadığını belirlemek için doğru kriter olmadığını açıklamıştır.

Bir kamu yararı hedefine atfedilen ağırlık, mahkemeler tarafından kullanılan inceleme standardına bağlıdır. Bir devletin kararına ne kadar yüksek derecede saygı gösterilirse, değişikliğin arkasındaki meşru amaçların meşru beklentilerin değerlendirilmesinde dikkate alınma olasılığı da o kadar artar.²⁰⁰⁰ Bazı hakem heyetleri istikrar yükümlülüğünün nispeten yüksek bir eşiğe sahip olduğunun ve yalnızca temel değişikliklere karşı koruma sağladığının altını çizmektedir.²⁰⁰¹ Başka bir grup hakem

¹⁹⁹⁶ *Greentech Energy Systems A/S, vd. v. İtalya Cumhuriyeti*, Nihai Karar, § 454.

¹⁹⁹⁷ *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH ve InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. İtalya Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/16/5, Karar, 14 Eylül 2020, § 584.

¹⁹⁹⁸ *Blusun S.A. v. İtalya*, Karar, § 342.

¹⁹⁹⁹ *Blusun S.A. v. İtalya*, Karar, § 318.

²⁰⁰⁰ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 119.

²⁰⁰¹ *Cavalum SGPS, S.A. v. İspanya*, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 406; *Hydro Energy v. İspanya*, ICSID Dava No. ARB/15/42, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. İtalya*, SCC Dava No. 132/2016, Karar.

heyeti ise, bir devletin ekonomik ve hukuki rejime temel istikrar sağlama yükümlülüğü olduğunu ve AHM'nin yatırımcıların güvendiği düzenleyici rejimin temel özelliklerindeki değişikliklere karşı koruma sağladığını belirterek biraz daha düşük bir eşik benimsemiştir.²⁰⁰² İzin verilen düzenleyici değişikliklerin kapsamı belirsizliğe tabidir ve bu da hakem heyetlerinin benzer olgusal arka plana sahip davalarda neden farklı sonuçlara ulaştığını kısmen açıklamaktadır. Özellikle ECT kapsamındaki davalarda bu durum göze çarpmaktadır. Her davada bazı farklılıklar olsa da aynı devletin aynı dönemde gerçekleştirdiği reformlarla ilgili birkaç karar, izin verilen değişikliklerin kapsamı konusunda zıt sonuçlar içermektedir.²⁰⁰³

Sonuç olarak, hakem heyetlerinin dengeleme egzersizini gerçekleştirme şekli değişiklik göstermektedir. Genellikle, hakem heyetleri bir yatırımcının beklentileri ile devletin düzenleyici davranışını tartarken belirli bir metodoloji izlememektedir. Devletin düzenleyici yetkileri karşısında düzenleyici çerçevenin istikrarına dayalı olarak yatırımcıların beklentilerinin meşruiyetini incelerken mahkemelerin dikkate alma eğiliminde olduğu birkaç faktör vardır. Devletin yasal çerçeveyi değiştirmeye yönelik düzenleyici yetkileri, meşru devlet hedeflerinin varlığı ve ev sahibi devletteki özel koşullar, alınan tedbirin orantınlılığı ve yatırımcının davranışı ile durum tespitinin ne ölçüde yapıldığı bu faktörlerden bazılarıdır. Bu faktörler kümülatif değildir ve hakem heyetleri tarafından tutarlı bir şekilde veya belirli bir sırayla uygulanmaz. Bu faktörler yalnızca, hakem heyetlerinin yatırım ortamının istikrarı ile devletin kamu yararına düzenleme yapma hakkı arasında denge kurması gereken çok sayıda AHM davasında ortaya çıkan göstergelerdir.²⁰⁰⁴

3. Yatırım Antlaşması Metninde Düzenleme Hakkı

Son zamanlarda, yatırım antlaşması metinlerinden meşru beklentilerin çıkarılması özellikle devletlerin düzenleyici çerçevelerine ilişkin değişiklikler konusunda kısıtlanmalarına bir tepki olarak görülmektedir. CETA (2016) ve AB-Vietnam Yatırım Koruma Antlaşması (2019), bir hükümetin, diğerlerinin yanı sıra,

²⁰⁰² *Opera Fund v. İspanya Krallığı*, Karar, § 508; *Antin v. İspanya Krallığı*, ICSID Dava No. ARB/13/31, Karar, § 556.

²⁰⁰³ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 115.

²⁰⁰⁴ Yulia Levashova, 'Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath', s. 114.

davranışının açıkça keyfi olduğu durumlarda AHM standardına aykırı davranacağını öngörmektedir.²⁰⁰⁵ Meşru beklentilere atıfta bulunmaksızın açık keyfilik de dâhil olmak üzere AHM’yi ihlal eden davranışların kapsamlı bir listesini içeren yatırım antlaşmaları da bulunmaktadır.²⁰⁰⁶ Bu durum, tarafların meşru beklentileri, AHM’nin bağımsız bir unsuru olmaktan ziyade, belirli sınırlı durumlarda açıkça keyfi davranış anlamına gelebilecek bir durum olarak gördüklerini göstermektedir.²⁰⁰⁷

AB-Singapur Yatırım Koruma Antlaşması (2018) da benzer şekilde ifade edilmekle birlikte, bir yatırımcıya yapılan belirli veya açık beyanların meşru beklentilere yol açabileceğini öngörmekte,²⁰⁰⁸ ve meşru beklentilerin engellenmesinin tek başına AHM’yi ihlal etmeyeceğini açıklığa kavuşturmaktadır. Benzer şekilde, AB-Meksika Serbest Ticaret Antlaşması için Prensipten Antlaşması (2018): “*Taraflardan birinin yatırımcının meşru beklentilerine aykırı olabilecek bir eylemde bulunması veya bulunmaması, bunun sonucunda kapsanan yatırımda kayıp veya zarar meydana gelse bile, bu Maddenin ihlalini teşkil etmez.*”²⁰⁰⁹ Bu antlaşma hükümleri, meşru bir beklenti oluşturabilecek davranış türünü, bir yatırımın yapılmasını veya devam etmesini teşvik etmek için yapılan belirli temsil biçimleriyle sınırlandırarak ve ihlal için gereken kötü muamele eşiğini netleştirerek, hakem heyetlerinin takdir yetkisine önemli kısıtlamalar getirmektedir.

Devletler, yeni model antlaşmalarında ve imzaladıkları yatırım antlaşmalarında özellikle belli alanlarda düzenleme yapma hakkına vurgu yapmaktadır. Örneğin, Kanada Hükümeti 2021 Model FIPA m. 3 düzenleme hakkı hükmü: “*Taraflar, çevrenin korunması ve iklim değişikliğinin ele alınması; sosyal veya tüketicinin korunması veya sağlık, güvenlik, Yerli halkların hakları, toplumsal cinsiyet eşitliği ve kültürel çeşitliliğin teşvik edilmesi ve korunması gibi meşru politika hedeflerine ulaşmak için her bir Tarafın kendi topraklarında düzenleme yapma hakkını teyit eder*”

²⁰⁰⁵ Kanada-Avrupa Birliği Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Antlaşması (30 Ekim 2016) m. 8.10(2)(c)(4); Avrupa Birliği-Vietnam Yatırım Koruma Antlaşması (30 Haziran 2019) m. 2.5(2)(c),(4).

²⁰⁰⁶ Kolombiya-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (12 Kasım) m. 5; Moldova-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (10 Temmuz 2017) m. 3(2); Litvanya-Türkiye BIT (28 Ağustos) m. 5(2)(c); Sırbistan-Türkiye BIT (30 Ocak 2018) m. 3(3)(c); Belarus- Macaristan BIT (14 Ocak 201) m. 2(3)(c); Cabo Verde-Macaristan BIT (28 Mart 2019) m. 2(3)(c); Macaristan-Kırgızistan BIT (29 Eylül 2020) m. 2(3)(c); İsrail-Birleşik Arap Emirlikleri BIT (20 Ekim 2020) m. 2(3)(c).

²⁰⁰⁷ *Waste Management v. Meksika*, Karar, § 98.

²⁰⁰⁸ Avrupa Birliği ve Üye Devletleri ile Singapur Cumhuriyeti arasında Yatırım Koruma Antlaşması (19 Ekim 2018’de imzalandı, m. 2.4(2) ve (3).

²⁰⁰⁹ AB-Meksika Serbest Ticaret Antlaşması için Prensipten Antlaşması (2018) 17. Bölüm (Yatırım), m. 15(2)(c), (4).

şeklindedir. Aynı zamanda, 2021 Model FIPA, CETA’da olduğu gibi, korunan yatırım tanımına bir kanunilik şartı eklemiştir. Bu nedenle, kapsanan yatırım, yatırımın yapıldığı tarihte tarafın yürürlükteki iç hukukuna uygun olarak yapılmalıdır.²⁰¹⁰ Devletlerin belli konularda düzenleme hakkını mutlak olarak elinde bulundurma gerekliliklerini tekrarlaması hakem heyetlerinin AHM hükmü aracılığıyla bu düzenleme alanlarına müdahaleye bir tepkidir.²⁰¹¹

Düzenleme hakkını güçlendirmek isteyen ev sahibi devletlerin düzenleyici çerçevede daha rahat hareket etmeye sağlamak için kullandıkları bir diğer yol ise yatırım antlaşmalarına genel istisna hükümleri koyarak, belli alanlardaki yasal düzenlemelere ilişkin haklarını saklı tutma gayretleridir. Genel istisnalar hükümleri, genellikle Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması (GATT) genel istisnalar maddesinden sonra modellenmiştir ve yatırım antlaşmasının diğer bölümleri tarafından ev sahibi devlete yüklenen yükümlülüklerle getirilen sınırlı istisnalardır.²⁰¹²

Genel istisna hükümleri de yatırım antlaşmalarında giderek daha yaygın hale gelmektedir.²⁰¹³ Örnek olarak, *Philip Morris v. Uruguay* davasındaki anlaşmazlığa yanıt olarak, son yatırım antlaşmaları bütün düzenlemeleri için istisnalar içermeye başlamıştır.²⁰¹⁴ Bölgesel Kapsamlı Ekonomik Ortaklık 2020 (RCEP), m.10.15(b)’de taraf devletlere kendi güvenlik çıkarlarının ne zaman söz konusu olduğunu belirleme konusunda takdir yetkisi tanıyan ortak bir yaklaşımı örneklemektedir: “*Bu Bölümdeki hiçbir husus, bir Tarafın ... gerekli gördüğü tedbirleri uygulamasını engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır: (i) uluslararası barış veya güvenliğin korunması veya yeniden tesis edilmesine ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi; veya (ii) kendi temel güvenlik çıkarlarının korunması.*” Trans-Pasifik Ortaklığı Antlaşması (CPTPP) m. 29.2 bir başka genel istisna örneğidir: “*Bu Antlaşmadaki hiçbir hüküm aşağıdaki şekilde yorumlanamaz: (a) bir Tarafın, ifşa edilmesinin temel güvenlik çıkarlarına*

²⁰¹⁰ 2021 Model FIPA m.1; CETA m.8.1

²⁰¹¹ Céline Lévesque, Christian Schmid, “The 2021 Canadian Model FIPA: More Than Meets the Eye”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 38, S. 3, 2023, s. 692, doi:10.1093/icsidreview/siad032.

²⁰¹² Japonya Hükümeti ile Malezya Hükümeti Arasında Ekonomik Ortaklık Antlaşması, 13 Aralık 2005, m. 10; Hindistan Cumhuriyeti ile Singapur Cumhuriyeti Arasında Kapsamlı Ekonomik İşbirliği Antlaşması, 29 Haziran 2005, m. 6.11; 2004 Kanada Model FIPA, m. 10; Ürdün Haşimi Krallığı Hükümeti ile Singapur Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İkili Yatırım Antlaşması, 16 Mayıs 2004, m. 18; Japonya ile Singapur Cumhuriyeti Arasında Yeni Çağ Ekonomik Ortaklık Antlaşması, 13 Ocak 2002, m. 83; CCIA m. 22.

²⁰¹³ Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, s. 81.

²⁰¹⁴ TPP m. 29.5; Singapur-Avustralya FTA (2016) m. 22.

aykırı olduğunu belirlediği herhangi bir bilgiyi vermesini veya bu bilgiye erişime izin vermesini talep etmek; veya (b) bir Tarafın, uluslararası barış veya güvenliğin sürdürülmesi veya yeniden tesis edilmesine ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi veya kendi temel güvenlik çıkarlarının korunması için gerekli olduğunu düşündüğü tedbirleri uygulamasını engellemek.”

Her ne kadar genel istisna hükümleri muğlak bir düzenleme hakkından daha net bir metinsel temel sağlasa da, dar yorumlandıkları takdirde devletin kullanabileceği meşru amaçlar yelpazesini sınırlandırmak gibi istenmeyen bir sonuç yaratarak, politika alanının genişlemesinden ziyade sınırlandırılmasıyla sonuçlanabilir ve hükümetin düzenleme yapma kabiliyetini daha da kısıtlayabilir.²⁰¹⁵

4. Sonuç

AHM hükmü aracılığıyla, görünürde kamu yararı ve kamu refahı hedeflerini teşvik etmek için mevcut olan kavramların uygulamada göz ardı edildiğini veya bir istisnaya indirildiği ve ulusal ekonomik düzenin kritik meselelerinde bireysel yatırımcılara ve kurumsal ekonomik aktörlere öncelik veren bir ekonomi politikası ortaya koyduğu ileri sürülmektedir.²⁰¹⁶ AB hukuku kapsamında, başvuru sahibi meşru bir beklentiye sahip olduğunu kanıtlayabilse bile, beklentinin önüne geçen ondan ağır basan bir kamu yararı varsa, bu beklentinin reddedilebileceği tartışmasız iken bazı yatırım tahkimi kararları, beklentilerin meşru niteliği değerlendirirken, beklentinin boşa çıkmasını haklı çıkarabilecek üstün bir kamu yararının var olup olmadığına ilişkin bir tartışma içermemektedir.²⁰¹⁷

Meşru beklentilerin korunması, kamu gücünün kullanılmasını gereksiz yere kısıtlamamasını sağlamak için kamu ve özel çıkarlar arasında dengeleme içermelidir.²⁰¹⁸ Bir yatırımcının yasal kesinliğe dayalı güçlü bir iddiası olsa da, bu her

²⁰¹⁵ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, s. 133.

²⁰¹⁶ Ostránský, “Fair and Equitable Treatment”, s. 151.

²⁰¹⁷ Federico Ortino, “The Public Interest as Part of Legitimate Expectations in Investment Arbitration: Missing in Action?”, in Charles N. Brower, and others (eds), **By Peaceful Means: International Adjudication and Arbitration - Essays in Honour of David D. Caron** (Oxford, 2024; online edn, Oxford Academic, 22 Şubat 2024), s. 400.

²⁰¹⁸ *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, Yetki ve Sorumluluk Kararı, § 273; *Total v. Arjantin Cumhuriyeti*, Sorumluluk Hakkında Karar, § 121; *El Paso v. Arjantin Cumhuriyeti*, Karar, § 358; *Mobil Exploration and Development Inc Suc Arjantin and Mobil Arjantin SA v. Arjantin*, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, § 942; *Copper Mesa Mining Corporation v. Ekvador*, Karar, § 6.81.

durumda böyle bir beklentinin korunmayı gerektirdiği anlamına gelmez. Devletin zaman içinde ortaya çıkabilecek ve önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan durum ve sorunlarla başa çıkması gerekmektedir. AHM standardı, yatırımcının, ev sahibi devletin kamu menfaatlerine uygun olarak bu tür durumlarla başa çıkma çabalarından tamamen izole ve bağışık kalacağı bir standart sağlamaz. Bununla birlikte, belirli yatırımları teşvik etmek amacıyla yürürlüğe konulmuş önceki bir mevzuatın varlığı halinde, AHM standardı devletin düzenleme yetkisini en azından üç açıdan sınırlandırabilir. İlk olarak, bu yetki sadece normatif değişiklikler talep eden kamu menfaatinin çok önemli olduğu durumlarda kullanılabilir. Örneğin, çok sayıda insanın sağlığına yönelik salgın bir tehdit söz konusu olduğunda bu durum geçerli olacaktır. İkinci olarak, yatırımcının yatırımının akıbetine ilişkin temel beklentileri, öngörülemeyen durumlara tepki verirken ev sahibi devlet tarafından yine de dikkate alınmalıdır. Üçüncüsü, bu menfaatlere saygı göstererek ilerlerken, ev sahibi devlet yetkilileri koşullar izin verir vermez yatırımların etkin bir şekilde korunmalarını sağlamakla yükümlüdür.²⁰¹⁹ Yabancı yatırımın korunması ile ulusal mevzuatı düzenlemeye yönelik politika alanının sürdürülmesi arasındaki doğru denge, yatırım antlaşmalarının temel amacı olan potansiyel yatırım artırıcı etkisine zarar vermeden sağlanmalıdır.²⁰²⁰

Devletlerin yatırım tahkimine daha eleştirel yaklaşımlarının yaygın nedeni, yabancı bir yatırımcının yatırım tahkimine başvurma tehdidinin devletleri kamu yararına düzenleme yapmaktan caydıracağı inancıdır.²⁰²¹ Devletlerin düzenleyici alanına saygı, devam etmekte olan yatırım tahkimi sisteminin reform sürecinde ivme kazanmaktadır.²⁰²²

Son zamanlarda, devletler, yatırım antlaşmalarına düzenleme hakkını giderek daha fazla dahil etmektedirler.²⁰²³ Bu noktada, devletler, yatırım antlaşmalarına, istisna hükümlerinin dahil edilmesi, temel güvenlik çıkarlarına ilişkin istisnaların dahil

²⁰¹⁹ Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, ss. 118-19.

²⁰²⁰ UNCTAD, *Investment Policy Framework For Sustainable Development*, s. 78.

²⁰²¹ Leon Trakman, David Musayelyan, "Caveat investors – where do things stand now?", *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, ed. C. L. Lim, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 78, doi:10.1017/CBO9781316488317.004.

²⁰²² Kabir Duggal, Crina Baltag, Riddhi Joshi, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 38, Issue 2, Spring 2023, s. 382.

²⁰²³ Ocakhan, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler*, s. 126.

edilmesi, yatırım antlaşmanın giriş bölümünde düzenleme hakkına atıfta bulunulması, düzenleme hakkına açıkça atıfta bulunan bağımsız hükümlerin hazırlanması ve devletin yetkilerini koruyan hükümler ekleme yoluna gitmektedirler.²⁰²⁴

Devletler için düzenleme hakkını da detaylandıran AHM maddesinin kaleme alınışında dikkat edilmesi gereken üç yenilik vardır: birincisi, imzacı devletlerin düzenleme özerkliğini güvence altına alarak düzenleme hakkına açıkça atıfta bulunmaktadır. İkinci olarak, bir yatırımcının kar beklentisini olumsuz etkileyen düzenlemenin AHM standardını ihlal etmediğini açıkça ortaya koymaktadır. Üçüncü olarak, sübvansiyonların verilmemesi, yenilenmemesi veya sürdürülmemesi kararlarının, kanun veya sözleşme kapsamında özel bir taahhüt olmaması veya söz konusu sübvansiyonun hüküm ve koşullarına uygun olması halinde antlaşmanın ihlali anlamına gelmeyeceğini açıklığa kavuşturmuştur.²⁰²⁵

²⁰²⁴ Divya Kesar, “In Pursuit of Sustainable Development: Safeguarding the Right to Regulate”, **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, 2024, s. 378.

²⁰²⁵ Ioana Knoll-Tudor, ‘Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases’, s.255.

ALTINCI BÖLÜM: ADİL ve HAKKANİYETLİ MUAMELE STANDARDININ DEĞERLENDİRİLMESİNDE DİKKATE ALINABİLECEK ÖZEL DURUMLAR

AHM standardının uygulanması kapsamlı bir dengeleme süreci gerektirmektedir ve bu hüküm adalet ve hakkaniyet fikirlerine dayandığından, yatırımcının davranışı bir hakem heyeti tarafından dikkate alınması gereken ilgili bir unsur olabilir. Bununla birlikte, bu konunun hukuki gerekçede açıkça tartışıldığı çok az sayıda hakem kararı bulunmaktadır. Bu durum, ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyinin dikkate alınıp alınmayacağı sorusuyla ilgili olarak daha da geçerlidir.²⁰²⁶ Uluslararası yatırım hukuku işleyen bir devlet yapısını varsayar. Etkili bir hükümet, idare ve mahkeme sisteminin yanı sıra istikrarlı bir ekonomi yabancı yatırımların gelişmesi için hayati önem taşımaktadır. Aynı zamanda bunlar, devletlerin yatırım antlaşmaları imzalayarak verdikleri garantilerin uygulanması için vazgeçilemez koşullardır.²⁰²⁷

Devletler, yatırımcılara yabancı yatırımlara yönelik muamele konusunda son sözü kendi hükümetlerinin söylemeyeceğine dair güvence vermek için egemenliklerinden bir ölçüde vazgeçmişlerdir. Devletler bunu yaparak muamele yükümlülüklerinin içeriğine ilişkin kesinlik sağlamayı hedefleyip sermaye akışına katkıda bulunur ve ekonomik kalkınmayı teşvik eder.²⁰²⁸ Bunu yaparken temel amaç yatırımcılar açısından riski en aza indirmektir. Ancak, yatırımların korunması, devletlerin daha yüksek sosyal kalkınma seviyelerine ulaşmalarının önünde engel teşkil etmemelidir.²⁰²⁹ Özellikle bazı sektörler için düzenleme yapılma gerekliliği yatırımcıların korunması gerekliliğinde ağır basabilmektedir. Yatırımlar uzun süreli girişimlerdir ve bu süreç boyunca iş hukuku, çevre hukuku gibi alanlarda iç hukuk gerekliliklerinin makul sınırlar dahilinde değişimi olağandır. Yatırım tahkimi hakem heyetleri, örneğin bir ülkenin bankacılık sektöründeki ekonomik ve siyasi geçiş sorunlarının üstesinden gelmeyi amaçladığı için²⁰³⁰, çevreyi korumak için yasal

²⁰²⁶ *Pantechniki SA Contractors and Engineers v. Arnavutluk*, Karar, § 76-7.

²⁰²⁷ Johanna Baumann, “Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment”, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2020, s. 458, doi:10.1163/9789004442832_016.

²⁰²⁸ Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 316.

²⁰²⁹ Ursula Kriebaum, “The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, C. 10, S. 3, 2011, s. 404, doi:10.1163/157180311X594122.

²⁰³⁰ *Alex Genin ve diğerleri v. Estonya Cumhuriyeti*, Karar, § 370.

gerekliliklere uyulmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirildiği için²⁰³¹, veya tedbirler bir ülkenin kültürel mirasını korumayı amaçladığı için²⁰³² yabancı bir yatırımcının işini engelleyen devlet tedbirlerinin haklı olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, tahkim uygulamasından da aynı derecede açıktır ki, düzenleme hakkı veya meşru amaçların izlenmesi, ev sahibi devletler tarafından bu amaçlara ulaşmak için kullanılan tüm araçları haklı göstermek için kötüye kullanılamaz. Bunun ev sahibi devletin düzenleme özgürlüğüne belirli sınırlar getirmesi, uluslararası yatırım antlaşmalarının akdedilmesinde temel bir ilkedir.²⁰³³

CMS v. Arjantin davasında, hakem heyeti, Arjantin'in ekonomik ve mali krize maruz kaldığını iddia ederek, hakemlerin yetkisinin, ilgili zaman diliminde var olmayan cennet gibi bir istikrar döneminde değil, Arjantin'i kasıp kavuran kriz sırasında neyin adil ve hakkaniyete uygun olduğunu belirlemekle sınırlı olduğunu savunmuştur.²⁰³⁴ Hakem heyetleri düzenli olarak neyin adil ve hakkaniyete uygun olduğunun her davanın kendine özgü koşullarına bağlı olduğunu ileri sürerken,²⁰³⁵ ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyinin veya istikrarsızlık ve krizlerin yaygınlığının dikkate alınıp alınmayacağı ve alınacaksa nasıl alınacağı konusunda üzerinde uzlaşılmış bir yaklaşım bulunmamaktadır.²⁰³⁶

Bu başlık altında, ev sahibi devletin özel koşullarının sorumluluk ve tazminat yönünden etkileri tartışılacaktır. Bu kapsamda, SDT hükümlerinin etkisi incelenecektir. Aynı zamanda, insan hakları ve çevre hukukuna ilişkin kural ve ilkelerin yatırım tahkimi bağlamında önemi ve kullanımı detaylandırılacaktır.

I. Ev Sahibi Devletlerin Özel Koşulları

Uluslararası yatırım hukuku hakkında farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bir yandan uluslararası hukuk tarihinde uluslararası hukuk ve ilişkilerde en ilercisi

²⁰³¹ *Emilio Augustín Maffezini v. İspanya Krallığı*, Karar, § 67, 71.

²⁰³² *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya Cumhuriyeti*, Karar, § 392.

²⁰³³ Kläger, "Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development", s. 76.

²⁰³⁴ *CMS Gas Transmission Co. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/8, İptal Başvurusu ve Yürütmenin Durdurulması Talebi, 8 Eylül 2005, § 58. İptal komitesi şikayeti reddetmiştir. *CMS Gas Transmission Co. v. Arjantin*, ICSID Dava No. ARB/01/8, İptal, 25 Eylül 2007, § 85.

²⁰³⁵ *Ulysseas, Inc. v. Ekvador*, Nihai Karar, § 249; *Waste Management, Inc. v. Meksika*, Karar, § 99; *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 118.

²⁰³⁶ Ackermann, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, s. 201.

gelişmelerden biri²⁰³⁷ olduğu öne sürülürken diğer yandan yüzlerce ülkeyi tuzağa düşürdüğü ve şirket kârını insan hakları ve çevrenin önüne koyduğunu²⁰³⁸ belirtenler mevcuttur. Yabancı yatırımcılar yatırım yaptıktan sonra, ev sahibi devletler, dışarıdan dayatılan inandırıcı bir ceza tehdidi olmadığında sınırlı bir öz disiplin teşvikine sahiptir. Yatırım tahkimi sistemi, yabancı yatırımcılara ev sahibi devletlere karşı maddi ve usuli dava sebeplerini takip etmeleri için bir başvuru yolu sağlayarak inandırıcı bir tehdit yaratmaktadır.²⁰³⁹

1997 yılında Dünya Bankası tarafından firmalar ve yatırımcılarla yapılan görüşmelere dayanan rapor, gelişmekte olan birçok devletin kanunsuzluk sendromu ile karakterize edildiğini, endemik suç, yolsuzluk ve önemli ölçüde zayıf ve keyfi devlet kurumlarının mülkiyet haklarının zayıf adli yaptırım ile istikrarlı bir piyasa düzeninin yasal temellerinin veya özel yatırım için gerekli koşulların bulunmadığı anlamına geldiğini belirtmiştir.²⁰⁴⁰ Birçok yazar, böyle durumlarda iç hukukun işlevsizliğini vurgular: “*Uluslararası tahkimin aksine, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik ‘iç’ siyasi yöntemler, ister bağımlı yargı sistemlerine başvurma isterse iç siyasi aktörlerle uzlaşma girişimleri yoluyla olsun, hukukun üstünlüğünün zayıf olduğu birçok devlette var olan yerleşik yolsuzluğa kapı açmaktadır.*”²⁰⁴¹ Açıkçası, uluslararası yatırım hukuku rejimi bu boşluğa adım atmaktadır: “*Bir dereceye kadar, ülke dışı ve uluslararası kısıtlamalar, ulusal kurumların kuralları uygulama ya da kuralların zaman içinde makul ölçüde istikrarlı kalacağına dair inandırıcı sinyaller verme kabiliyetine getirilen sınırlamaların yerini alabilir.*”²⁰⁴²

Tüm ticari işlemler bir dereceye kadar risk içermektedir. Ticari işlemler uluslararası sınırlar ötesinde gerçekleştiğinde, yerel işlemlerde bulunmayan ek riskler taşımaktadırlar. Ülke riskleri olarak adlandırılan bu ek riskler tipik olarak ekonomik yapılar, politikalar, sosyo-politik kurumlar, coğrafya ve para birimlerindeki çeşitli

²⁰³⁷ Stephen M. Schwebel, “The outlook for the continued vitality, or lack thereof, of investor-State arbitration”, **Arbitration International**, C. 32, S. 1, 2016, s. 1, doi:10.1093/arbint/aiv079.

²⁰³⁸ Pia Eberhardt, Cecilia Olivet, **Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom**, Brussels: Corporate Europe Observatory : Transnational Institute, 2012, s. 7.

²⁰³⁹ Kethireddy, “Still the Law of Nations”, s. 317.

²⁰⁴⁰ World Bank, **The State in a Changing World**, New York: Published for the World Bank, Oxford University Press, 1997, s. 43.

²⁰⁴¹ Charles N. Brower, Sadie Blanchard, “What’s in a Meme?: The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 52, 2014, s. 756.

²⁰⁴² a.yer.

ulusal farklılıklardan kaynaklanan riskleri içermektedir.²⁰⁴³ Uluslararası yatırım hukukunun temel işlevlerinden biri de yabancı yatırımın doğasında var olan siyasi riskleri azaltmaktır.²⁰⁴⁴

AHM standardı, yatırım antlaşmasında lafzından öte olarak daha geniş kurumsal, ekonomik ve işlevsel yatırım ortamından etkilenmektedir.²⁰⁴⁵ Bazı devletlerde, o devletteki ilgili koşullar gereği verimsizlikler ortaya çıkabilmektedir. Tüm devletlerin aynı verimlilik standardına sahip olmasını beklemek kabulü zor bir durumdur ve özellikle geçiş ekonomisine sahip olan devletler ile yeterli idari imkânlara sahip olmayan gelişmekte olan devletlerde, diğer devletlere oranla verimsizlik daha olağandır. Sornajarah'ın ifadeleriyle: *“İstikrarsızlığından kar elde etmeyi beklediği bir ülkenin sorunlu sularında avlanırken aynı zamanda istikrar beklentisine de güvenemez... sorunlu sularda balık avlamak isteyen bir yatırımcının çok yüksek beklentileri sahip olmaması gerekir.”*²⁰⁴⁶

Yatırımcının ev sahibi devletin hukuki düzeninde bir istikrar beklentisine sahip olması doğaldır, ancak bu beklenti hiçbir koşulda ev sahibi devletin hukuki düzenin değiştirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ev sahibi devletler, başta kamu yararı olmak sebebiyle değişiklik yapma hakkını elinde bulundurmaktadır. Yatırım antlaşmasına taraf olmak, ev sahibi devletlerin bu haklarından tamamen vazgeçtiği anlamına gelmemektedir.²⁰⁴⁷

Yabancıların ev sahibi devlete girerek vatandaş gibi muamele görme riskini zımnen kabul ettikleri önermesi, 1970 tarihli Barcelona Traction kararındaki tespitlerle uyumludur: *“Bir devlet, ister gerçek ister tüzel kişi olsun, yabancı yatırımları veya yabancı uyrukluları ülkesine kabul ettiğinde, onlara yasanın korumasını sağlamakla yükümlüdür ve onlara sağlanacak muameleyle ilişkin yükümlülükler üstlenir. Ancak,*

²⁰⁴³ Meldrum, Duncan H. “Country Risk and Foreign Direct Investment.” *Business Economics* 35 (2000), s. 33.

²⁰⁴⁴ Stephan W. Schill, “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2011, s. 59.

²⁰⁴⁵ Kläger, “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*, s. 23.

²⁰⁴⁶ Sornajarah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, 2015, ss. 281-82.

²⁰⁴⁷ Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law*, C. 107, S. 1, 2013, s. 66, doi:10.5305/amerjintelaw.107.1.0045.

bu yükümlülükler ne mutlak ne de niteliksizdir...²⁰⁴⁸ Bununla birlikte, bu yatırımların temsil ettiği başka bir devletin servetinin bir kısmının sigortacısı haline gelmez. Bu türden her yatırım belirli riskler taşır...²⁰⁴⁹ Yabancı bir ülkede bir şirket kurulurken, şirketin destekleyicileri normal olarak belirli mülahazalar tarafından yönlendirilir; bu genellikle ev sahibi devlet tarafından sunulan vergi veya diğer avantajlarla ilgili bir sorundur. Bu şekilde elde edilen avantajların, şirketin ve dolayısıyla hissedarlarının korunmasının hissedarların ulusal devletinden başka bir devlete emanet edilmesinden kaynaklanan risklerle dengelenmesi hiçbir şekilde adaletsiz görünmemektedir.²⁰⁵⁰”

Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı'na göre siyasi riskler, özellikle gelişmekte olan devletlerde yabancı yatırımların önündeki olası engeller arasında ikinci sırada yer almaktadır.²⁰⁵¹ Gelişmekte olan devletlerin çoğu devlet kırılganlığından etkilenen devletlere ait olduğundan siyasi riskler ve bunların gerçekleşmesi bu açıdan özellikle önemlidir. Siyasi risk, MIGA tarafından genel olarak, ister ev sahibi devletlerde meydana gelsin ister uluslararası ortamdaki değişikliklerden kaynaklansın, politik güçler veya olaylar nedeniyle çok uluslu işletmelerin faaliyetlerinin kesintiye uğrama olasılığı olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁵²

Yatırım tahkimi kararlarında da ülke riskine atıf yapan kararlar bulunmaktadır. *Generation Ukraine, Inc v. Ukrayna* davasında, hakem heyeti, Ukrayna'ya ilişkin risklere dikkat çekmiştir: “Yatırımcının meşru beklentilerini belirlerken yatırıma ev sahipliği yapan devletin ekonomisindeki değişimleri göz önünde bulundurmak önemlidir; bu beklentilerin korunması, iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan asgari muamele standartlarının temel kaygısıdır. Davacı, daha gelişmiş ekonomilerdeki diğer yatırım fırsatlarına kıyasla sermayesinden önemli ölçüde fazla bir getiri elde etme olasılığı nedeniyle Ukrayna'ya çekilmiştir. Dolayısıyla Davacı, Ukrayna'ya hem beklentilerin hem de potansiyel tehlikelerin farkında olarak yatırım yapmıştır. Yatırımı spekülattir. Belki de tam da bu nedenle, Davacı, binanın inşasını

²⁰⁴⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belçika v. İspanya)*, Karar, 1970 ICJ Reports 3, 5 Şubat 1970, § 33.

²⁰⁴⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belçika v. İspanya)*, Karar, 1970 ICJ Reports 3, 5 Şubat 1970, § 87.

²⁰⁵⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belçika v. İspanya)*, Karar, 1970 ICJ Reports 3, 5 Şubat 1970, § 99.

²⁰⁵¹ Multilateral Investment Guarantee Agency, World Investment and Political Risk 2013 (2013), s. 18.

²⁰⁵² Multilateral Investment Guarantee Agency, World Investment and Political Risk 2013 (2013), s. 26.

finanse etmek için üçüncü taraflardan sermaye aramayı tercih ederek, girişime kendi parasından önemli miktarlarda katkıda bulunma konusunda temkinli davranmıştır. 31 Ekim 1997'ye gelindiğinde, Davacı şüphesiz bürokratik beceriksizlik ve çeşitli şekillerde inatçılıktan kaynaklanan hayal kırıklığı ve gecikme yaşamıştır. Ancak, aynı şekilde, Davacı, rekabetçi bir ihaleye katılmadan ve Ukrayna makamlarına önemli bir ödeme yapmadan Kiev'in merkezindeki birinci sınıf ticari mülk üzerinde 49 yıllık bir kira kontratı elde etmeyi başarmıştır.”²⁰⁵³

Gelişmekte olan devletler, terör saldırıları, militanlık, borç krizi, ciddi sağlık krizleri, isyanlar ve siber saldırılar gibi birçok yönetmesi zor durumla karşılaşabilme riski altındadır. Siyasi istikrarsızlık ve militanlığın yükselişi, gelişmekte olan devletlerde gelişmiş ülkelere göre daha kolay bir iç savaş haline getirebilmektedir. Gelişmekte olan devletlerde büyük olan bu tür sorunlar, ülkelerin yatırımcının arzu ettiği yabancı yatırım ortamını sağlamasını imkânsız hale getirebilmektedir. Bu tür krizler, gelişmekte olan ev sahibi devletleri şimdiye kadar öngörülemeyen zorluklara yanıt vermeye ve yatırımcıların korumacı ve çıkarlarını tehdit edici olarak görebilecekleri önlemleri almaya zorlayabilmektedir.

Hakem heyetlerinin AHM standardını yorumlarken gelişmekte olan ev sahibi devletlerin siyasi istikrarsızlığına, sosyo-politik koşullarına ve geçici statülerine ilişkin değerlendirmede bulunduğu bir dizi tahkim kararını bulunmaktadır. Hakem heyetleri, devletlerin bu özel durumlarını esasa ilişkin değerlendirmelerinde ele almada genel olarak tutarsız ve yetersiz bir yaklaşım benimsemişlerdir. Ancak, yine de yatırım tahkimi kararlarının bir kısmında da ev sahibi devletin bu özel durumlarının önemine dikkat çekilmiştir. Bazı kararlarda ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullar da dahil olmak üzere tüm koşulların dikkate alınması gerektiğini belirtilmiştir.²⁰⁵⁴ İşte bu noktada dikkat edilmesi gereken koşulların neler olabileceği incelenecektir.

Ev sahibi devletin özel koşullarının dikkate alınması devletin sorumluluğu ve karar verilecek tazminat miktarını değiştirebilmektedir. Bu noktalarda hakem heyetlerinin farklı görüşleri bulunmaktadır. Birtakım hakem heyeti ev sahibi devletin

²⁰⁵³ *Generation Ukraine, Inc v. Ukrayna*, Karar, § 20.37.

²⁰⁵⁴ *Duke Energy v. Peru*, Karar, § 340.

özel koşullarının, yalnızca tazminat miktarı hesaplanırken dikkate alınmasını gerektiğini belirtirken, bazı tahkim heyetleri ise ne sorumluluk ne de tazminat bakımından bir etkisinin olduğu yönünde görüşündedir.

A. Başarısız Devlet (Failed state) ve Çökmekte Olan Devlet (Failing State)

Devlet kırılganlığı, ev sahibi bir devlette siyasi risklerin gerçekleşmesiyle yakından bağlantılıdır. Kavramsal düzeyde, siyasi risk, ev sahibi devletin yabancı yatırımları olumsuz yönde etkileyecek olağanüstü önlemler alma olasılığını ifade etmektedir. Siyasi şiddet kavramına savaş, terörizm, devrim, ayaklanma, sivil grev ve sabotaj dahildir. Bu olaylar, ev sahibi devletin bunlar üzerinde nispeten sınırlı kontrolü olmasına rağmen, siyasi riskler olarak nitelendirilmektedir.²⁰⁵⁵ Bu riskler, ekonomik ve güvenlik açısından birçok durumu kapsamaktadır.²⁰⁵⁶

Devletin kırılganlığı senaryosunda AHM standardının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi, davanın özel koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. Özellikle yabancı bir yatırımcının meşru beklentilerinin korunmasıyla ilgili olarak “*önceki yıllardaki siyasi değişikliklerin ışığında, Davacının daha fazla siyasi değişiklik olmayacağını makul bir şekilde bekleyebilmesi mümkün değildi*”²⁰⁵⁷ tespiti yapılmıştır. Bir yandan yabancı yatırımcının yatırım yaparken sahip olduğu beklentiler öngörülemeyen değişikliklere karşı korunmalı, diğer yandan ev sahibi devletin değişen koşullara yanıt vermesi ve bu konuda gerekli önlemleri alması mümkün olmalıdır. Yabancı bir yatırımcı, ev sahibi devletin, herhangi bir düzenleyici işlemten tamamen kaçınmasını bekleyemez. Bu bağlamda, AHM ve özellikle de yatırımcının meşru beklentilerinin korunması bu iki hususu dengelemeye ve yukarıda bahsedilen gerilimi çözmeye hizmet etmektedir.²⁰⁵⁸ Bu nedenle, yabancı bir yatırımcının beklentilerinin meşruiyetinin münferit davanın koşullarına bağlı olduğu ve dolayısıyla göreceli olduğu yatırım tahkimi kararlarında da belirtilmiştir.²⁰⁵⁹ Bu durum, özellikle ev sahibi

²⁰⁵⁵ Kaj Hobér and Joshua Fellenbaum, ‘Political Risk Insurance and Investment Treaty Protection’ in Marc Bungenberg and others (eds), *International Investment Law: A Handbook* (CH Beck, Hart, and Nomos 2015) s. 1519.

²⁰⁵⁶ Baumann, “Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment”, s. 463.

²⁰⁵⁷ *Bayındır v. Pakistan*, Karar, § 197.

²⁰⁵⁸ *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 305.

²⁰⁵⁹ Yabancı bir yatırımcının meşru beklentilerinin her ülkede değiştiğini gösteren tahkim uygulaması; *MTD v. Şili*, Karar, § 114; *Generation Ukraine v. Ukrayna*, Karar, § 20.37; *Metalclad v. Meksika*, Karar, § 99.

devlette siyasi istikrarsızlık ve huzursuzluk olması halinde geçerlidir. Yabancı yatırımcının gerekli özeni gösterme yükümlülüğü nedeniyle yatırım projesine ilişkin potansiyel risklerle ilgili olarak kapsamlı bir durum tespiti araştırması yapma gerekliliği de bunun bir sonucudur.²⁰⁶⁰

Beklentilerin meşruiyetinin değerlendirileceği zaman tartışmalıdır. Çoğu mahkeme, yalnızca ilk yatırım anının belirleyici olduğu görüşündedir.²⁰⁶¹ Ancak, yatırımlar her zaman tek bir aşamada değil, bazen birkaç aşamada yapıldığından, her aşama bir yatırımcının beklentilerinin meşruiyetinin belirlenmesi için yeni bir ilgili zamanlama oluşturmaktadır.²⁰⁶² Yatırımların belirli bir süreye yayılan çeşitli adımlarla gerçekleştirildiği durumlarda, yatırımın oluşturulması, genişletilmesi, geliştirilmesi veya yeniden düzenlenmesine yönelik belirleyici bir adımın atıldığı her aşama için meşru beklentiler incelenmelidir.²⁰⁶³ Bu nedenle, yabancı bir yatırımcı, yatırıma başlamadan önce ve aynı zamanda yatırımın tüm süresi boyunca yabancı yatırımın risklerini belirleme yükümlülüğünü taşımaktadır. Yabancı yatırımcı, yatırımı olumsuz yönde etkileyebilecek öngörülebilir siyasi değişikliklerin gelişimi ve uygulanması konusunda gerekli özeni göstermesi önemlidir. Yabancı yatırımcının beklentileri, kırılgan ev sahibi devletteki koşullara uyarlanmalıdır.²⁰⁶⁴

Siyasi risklerin bir sonucu da Başarısız Devlet (Failed State) ve Çökmekte Olan Devlet (Failing State) durumlarıdır. Başarısız bir devlet için belirleyici özellik, etkin devlet gücünün tamamen kaybedilmiş olmasıdır.²⁰⁶⁵ Böyle bir durumda, devletin yürütme, yargı ve yasama erki tam olarak işlememekte ve bu da bir güç boşluğuna yol açmaktadır. Bu güç boşluğunun yerini, devlet dışı aktörler tarafından yaratılan, ancak temelde şiddet ve baskıya dayanan bir düzen almaktadır.²⁰⁶⁶ Devletin düzenli örgütlenme yapısı ve buna bağlı olarak güç kullanımı üzerindeki devlet tekeli

²⁰⁶⁰ Baumann, “Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment”, s. 470.

²⁰⁶¹ *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 340; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, Kısmi Karar, § 329; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 130.

²⁰⁶² Christoph Schreuer, Ursula Kriebaum, “At What Time Must Legitimate Expectations Exist?”, *A Liber Amicorum: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought*, ed. J. Werner, A. Ali, CMP Publishing Ltd, 2009, s. 276.

²⁰⁶³ *Frontier Petroleum Services Ltd v. Çek Cumhuriyeti*, Karar, § 287.

²⁰⁶⁴ Baumann, “Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment”, s. 471.

²⁰⁶⁵ Robin Geiss, “Failed States: Legal Aspects and Security Implications”, *German Yearbook of International Law*, C. 47, 2004, s. 461.

²⁰⁶⁶ a.g.e., s. 497.

neredeyse tamamen ortadan kalktığında, artık devlet gücünün etkili bir şekilde kullanılması söz konusu değildir ve ilgili devlet başarısız devlet olarak sınıflandırılır.²⁰⁶⁷ Etkin devlet gücünden yoksun olması nedeniyle başarısız bir devlet, bir devletin temel işlevlerini bile yerine getiremez.²⁰⁶⁸ Bu durum, başarısız devletin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirme kabiliyetini büyük ölçüde sekteye uğrattığı için diğer devletler de bu sonuçtan zarar görecektir.

Başarısız bir devlet ile çökmekte olan bir devlet arasında niteliksel bir fark vardır. Başarısız bir devletteki etkisiz hükümet, çökmekte olan bir devletteki göre çok daha belirgindir. Çökmekte olan bir devletin, başarısız bir devlet için bir ön aşama oluşturduğu varsayılabilir. Bu, devlet başarısızlığı ortaya çıkmadan önce bile, devlet kırılganlığının belirli ve önemsiz olmayan bir derecesinin zaten var olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla devlet başarısızlığı ani ve tamamen beklenmedik bir olay değildir. Başarısız bir devlet olarak nitelendirilmesinden önce bile, ilgili devlette belirli siyasi riskler zaten gerçekleşmiş ve istikrarsızlığa yol açmıştır.²⁰⁶⁹

Yabancı bir yatırımcı, ilgili devlette kırılganlık varsa, öngörülebilir ve istikrarlı bir yürütme beklemek zorunda kuşkulara sahip olmalıdır. Yatırım antlaşmaları, kötü veya riskli ticari kararlara karşı sigorta poliçeleri değildir,²⁰⁷⁰ çoğu durumda yabancı yatırımcının ev sahibi devletteki ilgili koşullara yeterince önem vermemesi, meşru beklentilerin ihlal edildiği iddiasını engellemektedir.²⁰⁷¹ Kırılgan bir devletin özelliklerinin halihazırda mevcut olduğu bir zamanda yatırım yapmış olan bir yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin ilgili durumunda herhangi bir kötüleşme olmayacağını makul bir şekilde bekleyemez. Ev sahibi devlet çökmekte bir devlet olmasına rağmen, ev sahibi devletteki yatırımla ilgili koşulların önemli ölçüde değişmeyeceğini varsayan bir yabancı yatırımcının beklentisi meşru kabul edilmemelidir.²⁰⁷²

²⁰⁶⁷ Baumann, “Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment”, s. 464.

²⁰⁶⁸ Geiss, “Failed States”, s. 467.

²⁰⁶⁹ a.yer.

²⁰⁷⁰ Emilio Agustín Maffezini v. İspanya, Karar, § 64.

²⁰⁷¹ Kendra Leite, “The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreements Comment”, **American University International Law Review**, C. 32, S. 1, 2016, s. 389.

²⁰⁷² Baumann, “Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment”, s. 472.

Yabancı bir yatırımcının, yatırıma ev sahipliği yapan devletin zaten var olan kırılganlığı nedeniyle ekonomik, siyasi ve sosyal belirsizlik içinde olduğunu farkında olması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, beklentiler, ancak ev sahibi devletin kırılganlığı bağlamında doğru bir şekilde hesaba katıldığında meşru kabul edilebilir. Başarısız bir devlet ile çökmekte olan bir devlet arasında beklentiler açısından fark vardır. Kırılganlık, başarısız bir devlet zaten olağandır ve beklentiler buna göre tasarlanır. Öte yandan, çökmekte olan bir devlette ise öngörülemez durumların çok daha ani bir şekilde ortaya çıkabilme ihtimaline sahiptir.²⁰⁷³

İstikrarlı bir devletin, çökmekte olan bir devlete dönüşmesi durumunda, eğer yatırım tek parçadan oluşuyor ve tamamı devletin istikrarlı olduğu dönemde yapılmışsa, yatırımcının yatırım yaptığı andaki meşru beklentilerinin korunması gerekmektedir. Çünkü, yatırımcı beklentilerini istikrarlı bir devlet temelinde oluşturmuştur.²⁰⁷⁴ Ancak, yatırım, başarısız bir devletin, etkin devlet gücünü yeniden kazanarak çökmekte olan bir devlete dönüşü sürecinde yapılıyorsa durum daha karmaşıktır. Geçiş dönemindeki devletler bu duruma bir örnektir. Böyle bir gelişmeyi gerçekleştiren bir ev sahibi devlet, devlet gücü ve dolayısıyla genel istikrar açısından iyileşmenin eşiğindedir. Bununla birlikte, ev sahibi devlet, potansiyel yabancı yatırımcılar için birçok iş fırsatı sunmasına rağmen önemli belirsizlikler içermeye devam eden bir dönüşüm aşamasındadır. Böyle bir temelde, kırılgan ev sahibi devlette yasal istikrarın ve tutarlı koşulların garanti edilebileceği varsaymak zordur.

B. Gelişmekte Olan Devletler

Gelişmekte olan devletler olarak tanımlanan kategori konusunda, farklı uluslararası kuruluşların ekonomik veya sosyal kriterlere bağlı olarak benimsediği birbirinden farklı sınıflandırmalar mevcuttur. Gelişmekte olan devletler arasında büyük eşitsizlikler mevcuttur ve gelişmekte olan devletlerin kesin bir listesinin yapılmasının pek mümkün gözükmemektedir. Gelişmekte olan devletlerle ilişkilendirilen varsayımlara örnek olarak, istikrarsız siyasi ve ekonomik ortamlar, az gelişmiş piyasalar ile kurumlar ve yaygın yolsuzluklar verilebilir. Gelişmekte olan devletler etiketi “eski Sovyet ülkeleri”, “yeni bağımsız devletler”, “az gelişmiş

²⁰⁷³ a.g.e., s. 473.

²⁰⁷⁴ a.g.e., s. 474.

ekonomiler”, “geçiş sürecindeki ülkeler” gibi birçok durumu kapsayan şekilde kullanılmaktadır.²⁰⁷⁵ Gelişmekte olan devletler ile ilgili bu farklı sınıflandırmalar, bir yatırım anlaşmazlığı bağlamında ev sahibi devletin belirli yetenekleri ve eksiklikleri noktasında sınırlı bir açıklama sunmaktadır.

Gelişmekte olan devletlerde, yaygın bir yoksulluk sorunu, yolsuzluk, siyasi istikrarsızlık, çevresel bozulma ve uygun teknolojik kapasite eksikliği gibi belirli ortak sorunlar bulunmaktadır.²⁰⁷⁶ Farklı uluslararası kuruluşların ileri sürdüğü sosyal ve ekonomik kriterler, bir ülkenin ekonomik veya sosyal gelişim düzeyini açıklayabilir, ancak belirli bir ev sahibi devletin kapasitesini ve yatırım korumasına ilişkin belirli gelişim düzeylerinin zorluklarını tam olarak açıklayamaz. Bu nedenle ilgili ülkede hüküm süren sosyo-politik ve ekonomik koşullar ve bunların yatırım hukuku bağlamında yarattıkları zorluklar münferit olay özelinde değerlendirilmelidir.²⁰⁷⁷

Yatırım tahkimi kararlarında ev sahibi devletin özel koşullarına ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. *Tecmed v. Meksika* davasında, hakem heyeti, AHM analizinin bir parçası olarak ev sahibi devletin özel sosyo-politik bağlamını ve yatırımcıları düzenleme konusundaki deneyimini dikkate almayı reddetmiştir. Proje, tehlikeli endüstriyel atık içeren bir düzenli depolama sahasının işletilmesiyle ilgiliydi. Meksika, yatırımcıya verilen ruhsatı uzatmamıştır. Yerel halk, Hermosillo Belediyesine yakın olan çöp depolama alanını protesto etmişti. Meksika, ruhsatı yenilemeyi reddetmesinin keyfi olduğunu reddederek, kamu yararıyla çok yakından bağlantılı olan ve yüksek düzeyde düzenlenmiş bir sektörde takdir yetkisini kullandığını belirtmiştir.²⁰⁷⁸ Meksika, toplumun çöp depolama alanının çevreye ve kamu sağlığına yönelik tehdidine ilişkin endişelerini vurgulamıştır.²⁰⁷⁹ Hakem heyeti, Meksika’nın, yoğun, agresif ve sürekli olduğunu iddia ettiği çöp depolama alanına yönelik toplum muhalefetine ilişkin kanıt sunamadığını tespit etmiştir. Hakem heyeti, projenin çevreye ya da kamu sağlığına yönelik gerçek ya da potansiyel bir tehdit oluşturduğuna ya da kitlesel bir muhalefetin var olduğuna dair herhangi bir kanıtın

²⁰⁷⁵ Ginsburg, “Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement”, s. 430.

²⁰⁷⁶ Adam Szirmai, **The Dynamics of Socio-Economic Development: An Introduction**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 29.

²⁰⁷⁷ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (AHM) Standard in International Investment Arbitration*, s. 91.

²⁰⁷⁸ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 46.

²⁰⁷⁹ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 49.

yokluğunda, Meksikalı yetkililer üzerinde önemli bir baskı oluşturmalarına rağmen toplum baskısının yabancı yatırımcı ya da iştirakleri tarafından işlenen eylemler ya da ihmaller tarafından tetiklenen büyük boyutlarda gerçek bir kriz ya da felaket oluşturmadığına karar vermiştir.²⁰⁸⁰ Hakem heyeti, geniş bir meşru beklenti tanımı yapmıştır.²⁰⁸¹ Hakem heyetinin yatırımcı odaklı yaklaşımı ve Meksika'daki sosyo-politik koşullara karşı duyarsızlığı eleştirilmiştir.²⁰⁸²

Duke Energy v. Ekvador davasında yabancı yatırımcının meşru beklentisinin dayanağı olarak sosyo-politik koşullar tartışılmıştır. Yatırımcı, kendisine uygunsuz cezaların verildiğini ve AHM yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Hakem heyeti, Ekvador gibi sosyo-politik koşulları göz önünde bulunduran bir ülkede bir yatırımcının meşru beklentilerine ilişkin, “Yatırımcının meşru beklentilerinin korunabilmesi için, yatırımcının yatırım yaptığı tarihte meşru ve makul olması gerekir. Makuliyet değerlendirmesi veya meşruiyet, sadece yatırımı çevreleyen gerçekler değil, aynı zamanda ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullar da dahil olmak üzere tüm koşulları dikkate almalıdır”²⁰⁸³ tespitinde bulunmuştur. Bu karar, yatırımcıların şikâyetleriyle ilgili olarak her tarafı ev sahibi devletin sosyo-politik bağlamını dikkate almaya çağırmakta ve ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşulların yatırımcıların meşru beklentilerinin önemli bir parçasını oluşturduğunu vurgulamaktadır.

Gelişmekte olan devletlerin bir alt kategorisi de geçiş dönemindeki ülkelerdir. Yugoslavya ve SSCB dağılımı sonrası oluşan ülkeler özelinde yaşanan durumlar geçiş

²⁰⁸⁰ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 144.

²⁰⁸¹ *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 154: “Yabancı yatırımcı, yatırımlarını yönetecek her türlü kural ve düzenlemenin yanı sıra ilgili politikaların ve idari uygulamaların veya direktiflerin hedeflerini önceden bilebilmesi, yatırımını planlayabilmesi ve bu düzenlemelere uyabilmesi için ev sahibi devletin yabancı yatırımcıyla ilişkilerinde tutarlı, belirsizlikten uzak ve tamamen şeffaf bir şekilde hareket etmesini bekler. Devletin bu kriterlere uygun her türlü eylemi, yalnızca yayınlanan kılavuzlar, direktifler veya gereklilikler veya bunlar kapsamında onaylanan kararlarla değil, aynı zamanda bu düzenlemelerin altında yatan hedeflerle de ilgili olmalıdır. Yabancı yatırımcı ayrıca ev sahibi devletin tutarlı davranmasını, yani yatırımcının taahhütlerini üstlenmek ve ticari ve iş faaliyetlerini planlamak ve başlatmak için güvendiği, devlet tarafından önceden verilmiş kararları veya izinleri keyfi olarak iptal etmemesini bekler. Yatırımcı ayrıca devletin, yatırımcının veya yatırımın eylemlerini düzenleyen yasal araçları, genellikle bu araçlara atfedilen işleve uygun olarak kullanmasını ve gerekli tazminat ödenmeksizin yatırımcıyı yatırımından mahrum etmemesini bekler. Aslında, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya veya yatırımlarına ilişkin olarak bu tür davranış kalıplarına uymaması, yatırımcının ev sahibi devlet tarafından sağlanan muamele ve korumayı ölçme ve ev sahibi devletin eylemlerinin adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine uygun olup olmadığını belirleme kabiliyetini etkiler.”

²⁰⁸² Islam, The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration, s. 116.

²⁰⁸³ *Duke Energy v. Ekvador*, Karar, § 340.

dönemindeki ülkelere örnektir. Komünist merkezi planlı ekonomilerden serbest piyasaya dayalı ekonomilere geçiş döneminde olan ülkeler, belirli zorluklarla karşılaşmıştır. Geçiş sürecindeki bu ülkelerin zorlukları sosyal, politik ve ekonomik yaşam da dahil olmak üzere devletin tüm yönlerini etkilemiş ve bir takım yatırım anlaşmazlıklarına yol açmıştır.²⁰⁸⁴

Mamidoil v. Arnavutluk davasında, yatırımcı, 1991 yılından itibaren Arnavutluk'ta petrol ürünlerinin taşınması, depolanması ve satışı gibi önemli kamu sektörleriyle ilgili çeşitli ticari faaliyetlerde bulunmuştur. Hakem heyeti, meşru beklentinin Arnavutluk hükümetinin liman tesislerini modernize etme yönündeki kamu menfaati karşısında tartılması gerektiğini vurgulamış ve özellikle komünizm sonrası Arnavutluk'un sosyo-politik koşullarına odaklanmıştır: “*Taraflar arasındaki dengelemede Mahkeme, Arnavutluk Hükümeti'nin altyapıyı modernize etme yönündeki meşru menfaatine, nihayetinde tüm yabancı yatırımcıların menfaatlerini kapsayan genel menfaate ağırlık vermesi gerektiğine inanmaktadır. Zira Arnavutluk uzun bir komünist durgunluk, izolasyon ve komünizm sonrası kriz döneminden yeni çıkmıştı. Hem özel yatırıma hem de kamu altyapısına aynı anda ihtiyaç duyuluyordu ve bu da bir miktar itiş kakış etkisi yaratıyordu.*”²⁰⁸⁵ Hakem heyeti, koşullar altında menfaatleri tartarken, ev sahibi devletin devam eden esnekliğini ve yatırımcının kamu politikası zorunluluklarını dikkate alması gerektiğini belirtmektedir.²⁰⁸⁶ Kamu politikası konusunda hakem heyeti: “*Genel çıkarlara yönelik politika, bireysel çıkarların güvenli bir şekilde takip edilebilmesi için çeşitli sosyal ve ekonomik çıkarları dikkate almalıdır. Mahkeme bu perspektiften hareketle, hakem kararlarında yer alan ve devletlerin yükümlülüklerinin yatırım koruma antlaşmaları kapsamında sadece yabancı yatırımcıların haklarının korunması açısından değerlendirilemez. Adil ve hakkaniyetli standart, yabancı yatırımcıları genel çıkara yönelik rasyonel politikanın normatif alanına sokar. Yatırımcıların çıkarlarını diğer ekonomik ve sosyal çıkarlardan üstün tutmak anlamına gelmez. Aslında, bir sosyal grubu diğerine tercih eden tek taraflı bir politika, amaçlananın tam tersi bir etkiye sahip olabilir*”²⁰⁸⁷ sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak, hakem heyeti, Arnavutluk'un geçiş döneminden geçen ve altyapı, düzenleyici çerçeve, istikrarlı yasal çerçeve gibi birçok sorunla

²⁰⁸⁴ Islam, The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration, s. 122.

²⁰⁸⁵ *Mamidoil v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 723.

²⁰⁸⁶ *Mamidoil v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 724.

²⁰⁸⁷ *Mamidoil v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 614.

mücadele eden ve ekonomik sıkıntılar yaşayan gelişmekte olan bir ülke²⁰⁸⁸ olması nedeniyle bu koşulları ihlal değerlendirmesinde esas alarak karar vermiş ve AHM standardının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²⁰⁸⁹

EDF v. Romanya davasında, İngiliz bir yatırımcı olan EDF, 1991 yılında Romanya’da devlete ait iki şirketle ortak girişim için bir sözleşme imzaladı. EDF, Romanya havaalanlarında ve bir Romanya havayolu şirketinde gümrüksüz satış ve diğer perakende hizmetleri sağlayacaktı. Sonuç olarak, gümrüksüz satış lisansları iptal edilmiş ve bu durum EDF’nin işleri üzerinde ciddi bir etki yaratmıştır. Hakem heyeti, bir yatırım antlaşmasının ev sahibi devletteki düzenleme değişikliği riskine karşı bir sigorta poliçesi sağlayamayacağını belirtmiştir.²⁰⁹⁰ Ayrıca, AHM’nin yabancı yatırımcılara özel olarak tanınan istikrar hükümleri ile aynı amaca hizmet edemeyeceğini belirtmiştir.²⁰⁹¹ Hakem heyeti, “*Meşru beklentiler yalnızca yatırımcının sübjektif beklentileri olamaz. Bu beklentiler, yatırımın yapıldığı andaki beklentiler olarak, davanın tüm koşullarından çıkarılabilecek şekilde, ev sahibi devletin ekonomik hayatını kamu yararına düzenleme yetkisi göz önünde bulundurularak incelenmelidir*”²⁰⁹² tespitini yaparak ev sahibi devletin sosyo-politik koşullarının dikkate alınması gerekliliğini vurgulamıştır.

Parkerings v. Litvanya davasındaki hakem heyeti, ev sahibi devletin geçiş sürecinde olması nedeniyle, düzenleyici çerçevenin değişmesinin AHM standardı ihlali olmadığı sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, ev sahibi devletin yasalarını değiştirerek yatırımcının meşru beklentisini ihlal edip etmediği sorusuyla ilgili olarak şunları belirtmiştir: “*Aslında Litvanya’daki yabancı bir yatırımcının, Litvanya siyasi rejiminde ve ekonomisinde önemli değişiklikler yaşanırken, istikrarlı bir yasal zeminde ilerleyeceğine inanması aptallık olurdu*”²⁰⁹³ Ayrıca, ev sahibi devletin geçici statüsünü gözlemlemiştir: “*Antlaşmanın imzalandığı dönemde Litvanya’daki siyasi ortam, Sovyetler Birliği’nin bir parçası olmaktan Avrupa Birliği üyeliğine adaylığa geçiş sürecindeki bir ülkenin karakteristik özelliklerini taşıyordu. Dolayısıyla, mevzuat değişiklikleri öngörülemez olmaktan çok, aslında muhtemel olarak*

²⁰⁸⁸ *Mamidoil v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 625.

²⁰⁸⁹ *Mamidoil v. Arnavutluk Cumhuriyeti*, Karar, § 771.

²⁰⁹⁰ *EDF (Services) Limited v. Romanya*, Karar, § 217.

²⁰⁹¹ *EDF (Services) Limited v. Romanya*, Karar, § 218.

²⁰⁹² *EDF (Services) Limited v. Romanya*, Karar, § 219.

²⁰⁹³ *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya*, Karar, § 306.

değerlendirilmeliydi. Her iş adamının yapacağı gibi, Davacı da Antlaşma'nın imzalanmasından sonra yasalarda değişiklikler olabileceği riskinin farkındaydı. Litvanya'da yatırım yapma kararını çevreleyen koşullar kesinlikle yasal ortamın istikrarına dair bir gösterge değildi. Dolayısıyla, böyle bir durumda, yasaların değişmeden kalacağına dair hiçbir beklenti meşru değildir.”²⁰⁹⁴

Parkerings v. Litvanya davasındaki hakem heyeti, kararını verirken Litvanya'nın özel geçici statüsünü göz önünde bulundurmuş, bu statünün değişen sosyal ve siyasi koşullarda yeni yasaların kabul edilmesini gerektirdiğini kabul etmiş ve yatırımcılara bu riskin anlaşılmasını gerektiğini belirtmiştir: “Egemen yasama yetkisini kullanmak her devletin yadsınamaz hakkı ve ayrıcalığıdır. Bir devlet, kendi takdirine bağlı olarak bir kanunu yürürlüğe koyma, değiştirme veya iptal etme hakkına sahiptir. Bir istikrar hükmü şeklinde veya başka bir şekilde bir antlaşmanın varlığı dışında, bir yatırımcının yatırımını yaptığı tarihte mevcut olan düzenleyici çerçeveye getirilen değişikliğin hiçbir sakıncası yoktur.”²⁰⁹⁵ Yatırımcının, Litvanya hükümetinin yatırımlarına zarar verebilecek herhangi bir yasa çıkarmayacağına dair meşru bir beklentiye sahip olduğu iddiasını reddedilmiştir.²⁰⁹⁶

Toto v. Lübnan davası da ev sahibi devletin koşullarına bakışı açısından önemlidir. Yatırımcı, 1997 yılında bir otoyol inşa etmek üzere Lübnan devleti ile sözleşme yapmıştır. Suriye birlikleri şantiyenin bir bölümünü işgal etmiş öte yandan ve gümrük ve vergi mevzuatındaki değişiklik projeyi etkilemiştir. Lübnan, yatırımcının sözleşmeye girmeden önce sahayı ziyaret ettiğini ve Suriye ordusunun varlığından haberdar olduğunu, ayrıca Suriye Ordusunun varlığının proje çalışmalarını önemli ölçüde engelleyemeyeceğini çünkü sahanın sadece küçük bir bölümünü işgal ettiğini iddia etmiştir.²⁰⁹⁷ Hakem heyeti, Lübnan'ın Suriye birliklerinin bölgeden tahliyesine ilişkin olarak yatırım antlaşması kapsamındaki AHM yükümlülüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir.²⁰⁹⁸ Ayrıca, hakem heyeti, yatırımcıların siyasi geçiş sürecindeki bir ülkeye yatırım yaparken iş riskinin yanı sıra olası yasal ve ekonomik istikrarsızlığı da göz önünde bulundurmaları gerektiğini vurgulamış ve Lübnan'daki iç savaş sonrası ekonomik zorluklar ve devasa yeniden inşa çabaları sebebiyle gümrük

²⁰⁹⁴ *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya*, Karar, § 335.

²⁰⁹⁵ *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya*, Karar, § 332.

²⁰⁹⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya*, Karar, § 338.

²⁰⁹⁷ *Toto Costruzioni Generali S.p.A ve Lübnan Cumhuriyeti*, Karar, § 100-2.

²⁰⁹⁸ *Toto Costruzioni Generali S.p.A ve Lübnan Cumhuriyeti*, Karar, § 200, 206.

vergilerinin değişmeden kalacağı yönündeki meşru beklenti iddialarının kabul edilmeyeceğini belirtmiştir.²⁰⁹⁹ Hakem heyeti, ev sahibi devlette hüküm süren siyasi ve sosyo-ekonomik koşullar da dahil olmak üzere tüm koşullar dikkate alınarak, tehlikedeki farklı çıkarların dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir.²¹⁰⁰

Bayindir İnşaat v. Pakistan davası ev sahibi devletin koşulları açısından sıklıkla tartışılan davalardan biridir. Yatırımcı, 1993 yılında Pakistan’da bir otoyol inşa etmek üzere Pakistan Ulusal Karayolu İdaresi (NHA) ile bir sözleşme imzalamıştır. Programdaki gecikmeler nedeniyle yaşanan çeşitli anlaşmazlıklar sonucu NHA’nın sözleşmeyi feshetmesi ve Pakistan ordusunun 2001 yılında şirketin şantiyesinin kontrolünü ele geçirmesi üzerine yatırımcı, Pakistan’ın AHM, en çok gözetilen ulus kaydı ve Ulusal Muamele de dahil olmak üzere bir dizi yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle konuyu yatırım tahkimine taşımıştır.²¹⁰¹ Yatırımcı, AHM standardı kapsamında daha geniş bir istikrar ve öngörülebilirlik beklentisi olduğunu iddia etmiştir.²¹⁰² Hakem heyeti, meşru beklentilere ilişkin olarak sadece yatırımı çevreleyen gerçekler değil, aynı zamanda ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullar da dahil olmak üzere tüm koşulların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁰³

Bayindir İnşaat v. Pakistan davasındaki hakem heyeti, hükümetin hızla değiştiği ve başarılı rejimlerin yatırım projeleri hakkında farklı görüşlere sahip olabildiği durumlarda yatırımcıların hükümetten istikrarlı ve öngörülebilir kararlar almasını bekleyemeyeceği sonucuna varmıştır: “*Mahkeme, Davacının Sözleşmenin yeniden canlandırılmasını kabul ettiği sırada Pakistan’da hüküm süren siyasi koşulların değişkenliğini makul bir şekilde göz ardı edemeyeceği görüşündedir. Nitekim Davacı, önceki yıllarda Pakistan’daki siyasi değişikliklerden ciddi şekilde zarar gördüğünü açıkça kabul etmektedir.*”²¹⁰⁴ Hakem heyeti, önceki yıllarda meydana gelen siyasi değişiklikler ışığında, yatırımcının başka siyasi değişikliklerin meydana gelmeyeceğini makul bir şekilde bekleyemeyeceğini belirtmiştir.²¹⁰⁵ Sonuç olarak,

²⁰⁹⁹ *Toto Costruzioni Generali S.p.A ve Lübnan Cumhuriyeti*, Karar, § 245.

²¹⁰⁰ *Toto Costruzioni Generali S.p.A ve Lübnan Cumhuriyeti*, Karar, § 165.

²¹⁰¹ *Bayindir İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 96-100.

²¹⁰² *Bayindir İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 194-5.

²¹⁰³ *Bayindir İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 192.

²¹⁰⁴ *Bayindir İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 193.

²¹⁰⁵ *Bayindir İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 197.

hakem heyeti, yatırımcının meşru beklentinin boşa çıkarılması iddiasının sürdürülemez olduğuna karar vermiş²¹⁰⁶ ve AHM standardının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²¹⁰⁷

Toto v. Lübnan ve Bayındır v. Pakistan davalarındaki hakem heyetlerinden farklı olarak, *AMT vs. Zaire* davasında, hakem heyeti, Zaire'nin siyasi olarak istikrarsız durumunun sorumluluk tespitiyle ilgili olduğunu reddetmiştir. *AMT vs. Zaire Cumhuriyeti* davası, ev sahibi devlette silahlı kuvvetler tarafından gerçekleştirilen ayaklanmalar ve şiddet eylemlerin, yatırımcıların mülklerinin yağmalanmasına ve tahrip edilmesine yol açması sebebiyle AHM standardının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.²¹⁰⁸ Ev sahibi devlet cevabında, savunmasının gerekçesi olarak siyasi krizi göstermiştir: “Yeryüzünde hiç kimse Zaire Cumhuriyeti’nin son dört yıldır tarihinin en acı ve talihsiz dönemini yaşadığını görmezden gelemeyiz... Bu durum, talihsiz ve feci sonuçlarla karşılaşmış olanlar da dahil olmak üzere tüm ortaklarımızın hayırsever ve şefkatli bir ilgisini gerektirmektedir; zira bir zamanlar aynı kişiler Zaire Devleti’nin iyi durumundan faydalanmaktaydı.”²¹⁰⁹ Hakem heyeti, ev sahibi devletin yatırım antlaşmasında öngörülen AHM standardını sağlamadığına karar verirken yerel koşulları dikkate almamıştır²¹¹⁰: “Mahkeme, bu soru üzerinde ölçüsüz bir şekilde ısrar etmeyi gerekli görmemektedir. Gerçekte, [Zaire’nin siyasi istikrarsızlığının] Zaire’nin sorumluluğunun bir temeli olarak önemi burada tartışılmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme bu aşamada, AMT’nin uğradığı zarar nedeniyle hak kazandığı tazminat miktarının hesaplanma yöntemiyle ilgilenmeyi tercih etmektedir.”²¹¹¹

AMT vs. Zaire davasındaki hakem heyeti, ev sahibi devletin siyasi durumunun sorumlulukla ilgili olduğunu reddetmiş, ancak tazminatın belirlenmesiyle ilgili olduğunu belirtmiş²¹¹² ve ülkenin mevcut koşullarını dikkate alacağını belirtmiştir.²¹¹³ Ayrıca şunu da belirtmiştir: “AMT, İsviçre veya Federal Almanya Cumhuriyeti gibi yatırım ortamının çok istikrarlı olduğu ideal bir ülkede geçerli olan normal koşullarda uygulanabilir bir tazminat hesaplama yöntemini benimsemek isterdi. Mahkeme,

²¹⁰⁶ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 199.

²¹⁰⁷ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*, Karar, § 458, 482.

²¹⁰⁸ *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 6.04-5.

²¹⁰⁹ *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 7.17.

²¹¹⁰ *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 6.06-6.08.

²¹¹¹ *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 7.12.

²¹¹² *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 7.14-7.15.

²¹¹³ *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 7.13.

durumun istikrarsızlığını koruduğu aşikar olan söz konusu koşullarda, zararların menfaatlerle birlikte değerlendirilmesine ilişkin bu yöntemi kabul etmeyi mümkün görmemektedir...Mahkeme, haklı ya da haksız olarak Zaire gibi bir ülkeye yatırım yapmayı seçen bir yatırımcıyı haksız yere zenginleştirmeye hizmet edecek diğer tüm değerlendirme yöntemlerini reddederken, dava koşullarında en makul ve gerçekçi olan yöntemi tercih edecektir."²¹¹⁴ Yatırımcı, 14.3 milyon ABD doları artı faiz ve masraflar tutarında tazminat talebinde bulunmuştur ve nihai karar ise 9 milyon ABD doları olmuştur. Hakemlerden biri olan Kéba Mbaye ise ev sahibi devletin koşulları gereği bu miktarın daha da indirilerek 4 milyon dolara indirilmesi gerektiği belirtmiştir. Doktrinde de hakem Kéba Mbaye'ye katılan görüşler bulunmaktadır.²¹¹⁵

Geçiş döneminde ülkelere ilişkin bir başka dava *Generation Ukraine v. Ukrayna* davasıdır. Uyuşmazlık bir kamulaştırma iddiasından kaynaklanmıştır ve hakem heyeti, ev sahibi devletin ekonomik durumunu ve geçici statüsünü açık bir dille karara dahil etmiştir: *"Yatırımcının meşru beklentilerinin belirlenmesinde, yatırıma ev sahipliği yapan devletin ekonomisindeki değişimlerin göz önünde bulundurulması önemlidir; bu beklentilerin korunması, iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan asgari muamele standartlarının temel kaygısıdır. Davacı, daha gelişmiş ekonomilerdeki diğer yatırım fırsatlarına kıyasla sermayesinden önemli ölçüde fazla getiri elde etme olasılığı nedeniyle Ukrayna'ya çekilmiştir. Dolayısıyla Davacı, Ukrayna'ya hem beklentilerin hem de potansiyel tehlikelerin farkında olarak yatırım yapmıştır. Yatırımı spekülattir."*²¹¹⁶ Hakem heyeti, ev sahibi devletteki ekonomik koşullar ışığında yatırımcının meşru beklentisini incelemiştir. Hakem heyeti, yatırımcının riskli bir yatırımın sunabileceği daha yüksek getiriye aradığı için yatırım için Ukrayna'yı seçtiğini ve bunun da Ukrayna'nın istikrarlı ve sağlam bir ekonomiden yoksun olduğunu anladığını gözlemlemiştir. Hakem heyeti, meşru beklentilerin değerlendirilmesinde yatırımcının gerekli özeni göstermesinin gerekliliğini vurgulamış ve ev sahibi devletin geçici statüsü, hakem heyetinin talebi reddetme kararında rol oynamıştır.²¹¹⁷ Bu karar kamulaştırma ile ilgili olsa da, benzer mantığın AHM standardı için de geçerli olması makul görünmektedir. Eğer ticari risk bilgisi

²¹¹⁴ *American Manufacturing & Trading (AMT) v. Zaire Cumhuriyeti*, Karar, § 7.14-7.15.

²¹¹⁵ N. Gallus, "The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection", **Transnational Dispute Management (TDM)**, C. 3, S. 5, 2006, s. 729.

²¹¹⁶ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukrayna*, Karar, § 20.37.

²¹¹⁷ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukrayna*, Karar, § 20.38.

kamulaştırma iddiasının reddine katkıda bulunabiliyorsa, benzer şekilde AHM standardının ihlali iddiası da reddedilebilir.

Alex Genin v. Estonya davasındaki hakem heyeti ülkenin komünizm sonrası sürecine dikkat çekmektedir. Hakem heyeti, ev sahibi devletin ekonomik koşullarını ve gelişim aşamasını, kararın nihai sonucuyla ilişkilendirmeksizin tanımıştır. Hakem heyeti, Estonya Merkez Bankası'nın lisansı iptal etmek için belirttiği gerekçelerin son derece şekilci ve yüzeysel olduğunu, yatırımcının lisansının iptalini haklı gösteremediğini tespit etmiştir.²¹¹⁸ Hakem heyeti, iptal sürecini düzensiz olarak nitelendirmiştir ve genel kabul görmüş bankacılık ve düzenleyici uygulamalara aykırı olması sebebiyle eleştiriye açık olduğunu belirtmiştir.²¹¹⁹ Ancak, hakem heyeti AHM yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir: *“Bankacılık Denetleme Dairesi'nin AYB'nin iş ve faaliyetlerinin çeşitli yönlerini eleştirmek için haklı sebepleri olduğu açıktır. İsteddiği bilgileri talep etmekte tamamen haklıydı. Ancak, Mahkeme'nin cevaplama gereken soru, Merkez Bankası'nın AYB'nin lisansının iptaline yol açan prosedürde Davacılar adil bir süreç sağlayıp sağlamadığıdır. Bazı tereddütlerimiz olsa da, Estonya Merkez Bankası'nın eylemlerinin adaletin reddi anlamına gelmediği sonucuna varıyoruz.”*²¹²⁰

Alex Genin v. Estonya davasındaki hakem heyeti, bu tereddüdün üstesinden nasıl geldiğini açıklarken şunları belirtmiştir: *“uyuşmazlığın ortaya çıktığı özel bağlamı, yani modern finans, ticaret ve bankacılık uygulamalarının gerçekliğini ve belki de daha önce bilinmeyen faaliyet alanlarını denetlemek ve düzenlemekten sorumlu devlet kurumlarının ortaya çıkışını hızla kavramaya başlayan yeni bağımsız bir devlet bağlamını hatırlamanın zorunlu olduğunu düşünmektedir. Davacıların bilerek bir Estonya finans kuruluşu olan EIB'ye yatırım yapmayı seçtikleri bağlam budur.”*²¹²¹ Hakem heyeti, ev sahibi devletin oldukça bürokratik davranışını mazur görürken komünizmden piyasa temelli bir ekonomiye geçiş sürecinde olduğu gerçeğini dikkate almıştır.²¹²²

²¹¹⁸ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 352.

²¹¹⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 364-5.

²¹²⁰ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 357.

²¹²¹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 348.

²¹²² *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 370.

Alex Genin v. Estonya davasındaki hakem heyeti, Estonya Bankası'nın yatırımcılara yönelik muamelesinde çok sayıda eksikliğe vurgu yapmış, ev sahibi devletin kabiliyetlerini ve geçici ekonomik durumu nedeniyle zayıf idari ve teknik kapasitesini kabul etmiştir. Ancak, ev sahibi devletin AHM standardını ihlal etmediği sonucunu bu koşullara dayandırmamıştır. Bunun yerine, yatırımcının davranışını²¹²³ ve “*Bu Mahkemenin görüşüne göre, Estonya Merkez Bankası tarafından alınan karar, AYB'nin yönetimine, faaliyetlerine, yatırımlarına ve nihayetinde bir finans kurumu olarak sağlamlığına ilişkin ciddi ve tamamen makul şüphelerden oluşan uygun bağlamında değerlendirilmelidir*”²¹²⁴ görüşünü gerekçe olarak göstermiştir. Hakem heyetinin kararında tespit ettiği eksiklikler genel olarak Estonya'nın gelişmekte olan ve geçiş sürecindeki bir ülke statüsünü yansıtmaktadır. Ancak, hakem heyeti, yatırımcının meşru beklentileri ışığında bu statüyü tanımasına rağmen, kararda bu bağlantıyı doğrudan kurmamıştır.

Bütün mahkemeler geçici statüyü yani geçiş dönemi sürecinde olmaya ilişkin savunmayı AHM standardı ihlaline engel teşkil edecek şekilde yorumlamamıştır. *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna* davasındaki hakem heyetinin yaklaşımı buna bir örnektir. Yatırımcı, hükümetin sektörü özelleştirmeye açmasının ardından Ukrayna radyo yayıncılığı endüstrisi Gala Radio'ya yatırım yapmıştır. Yatırımcı, ev sahibi devletin radyo istasyonuna ek frekanslar sağlamayarak ve yayın frekanslarının verilmesi sürecinde keyfi ve ayrımcı uygulamalara maruz bıraktığını iddia ederek dava açmıştır. Hakem heyeti, Ukrayna'nın iddialara yanıt verirken bağımsızlığın ilk yıllarında sürekli savaşlar, ekonomik mücadeleler ve ekonomik istikrarsızlığın devlet organlarının faaliyetlerinde koordinasyon eksikliğine neden olduğunu ve etkili bir hükümet sistemi oluşturma kabiliyetlerini engellediğini kabul ettiğini belirtmiştir,²¹²⁵ ancak AHM standardının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Ukrayna'nın gelişmekte olan ve geçici statüsüne atıfta bulunmamıştır. Bunun yerine, hakem heyeti, “*Genel bir düzeyde, Davacı, yayıncılık sektörü için tutarlı, şeffaf, adil, makul ve keyfi veya ayrımcı kararlar olmaksızın uygulanacak bir düzenleyici sistem bekleyebilirdi*” şeklinde karar vermiştir.²¹²⁶ Hakem heyeti AHM standardı kapsamında menfaatlerin dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir: “*Devletin eyleminin değerlendirilmesi soyut*

²¹²³ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 362.

²¹²⁴ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc ve AS Baltoil v. Estonya*, Karar, § 361.

²¹²⁵ *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi Kararı, § 239.

²¹²⁶ *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi Kararı, § 267.

olarak ve sadece yatırımcının haklarını korumak amacıyla yapılamaz. Mahkeme ayrıca, tazminat gerektiren bir AHM standardı ihlalinin fiilen meydana geldiğini tespit etmeden önce, yasal olarak ilgili diğer menfaatleri dengelemeli ve bir dizi telafi edici faktörü dikkate almalıdır: Devletin, özellikle de yabancı yatırımcılar üzerinde orantısız bir etki yaratmadığı sürece, kamu menfaatlerinin korunması için yasa çıkarma ve karar alma konusundaki egemenlik hakkı; yatırımcının yatırımlarını yaptığı zamanki meşru beklentileri; yatırımcının yatırımı gerçekleştirmeden önce bir araştırma yapma yükümlülüğü; yatırımcının ev sahibi devletteki davranışları.”²¹²⁷

Joseph Charles Lemire v. Ukrayna davasındaki hakem heyeti, Ukrayna’nın içinde bulunduğu durumun sorunsuz ve etkili hükümet sistemini etkilediğini kabul etmiştir, ancak sorumluluğu belirlerken bu faktörleri dikkate almamış ve bu nedenle Ukrayna’yı AHM standardını ihlal etmekten sorumlu bulmuştur. Hakem heyeti, sorumluluğunu belirlerken Ukrayna’nın geçiş durumunu dikkate almazken, tazminatla ilgili olarak ev sahibi devletin gelişim aşamasını ve ekonomik özelliklerini ele almaktadır: “NACVA, ABD’deki ve muhtemelen diğer gelişmiş ülkelerdeki şirketlere değer vermek için uygun olan yerel bir metodolojiyi temsil eder. Bununla birlikte, ülke riskini, yani ABD’de veya Ukrayna’da bulunan aynı şirketin farklı siyasi ve düzenleyici risklere maruz kalması gerçeğini yansıtmaz; Bu farkı yansıtmak için, Ukrayna’daki iskonto oranının ABD’den daha yüksek (ve değerlemelerin daha düşük) olması gerekir, ancak NACVA yaklaşımı bu farkı kabul etmez, Damodaran metodolojisi ülke riskini yansıtacak belirli bir madde içermektedir ve bu nedenle tercih edilmelidir.”²¹²⁸ Sonuç olarak, hakem heyeti, sorumluluğunu belirlerken Ukrayna’nın geçiş dönemi statüsünü dikkate almamış olsa da zararlarla ilgili olarak ev sahibi devletin geçiş süreci aşamasını ve ekonomik özelliklerini dikkate almıştır

Joseph Charles Lemire v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, yatırımcının yatırım yaptığı risk ortamını değerlendirmesi gerektiği de gözlemlemiştir: “Bay Lemire olgun bir pazarda pasif bir yatırımcı değildi. Bir geçiş devletine girme ve sıfırdan tamamen yeni bir iş yaratma cesaretini gösterdi. Geçiş ekonomilerinin, net bir iyileşme ufku olmamasına rağmen, önemli riskler alan ve kendilerini büyük bir enerjiyle adayan bu tür yatırımcılara ihtiyacı vardır. Bu tür yatırımcılar gelir ve

²¹²⁷ *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, Yargı Yetkisi Kararı, § 285.

²¹²⁸ *Joseph Charles Lemire v. Ukrayna*, Karar, § 280.

giderler, birçoğu fikirleri sağlam olmadığı, cesaretleri çok çabuk kırıldığı ya da girişimin harekete geçirebileceklerinden daha fazla kaynak gerektirdiği ortaya çıktığı için her şeylerini riske atar ve kaybederler. Kaybettiklerinde ise tazminat alma hakları yoktur. Ev sahibi devletin hukuki sorumluluğu, ancak yasal yatırım koruma yükümlülükleri ihlal edildiğinde ortaya çıkar ve, ancak bunun sonucunda kayda değer bir kayıp meydana geldiğinde parasal tazminata dönüşür.”²¹²⁹

Alpha Projectholding GmbH v. Ukrayna davasında, hakem heyeti, tazminatı değerlendirirken ev sahibi devletin koşullarına vurgu yapmıştır. Hakem heyeti, hükümetin davacı ile otel arasındaki sözleşme ilişkisine müdahalesinin yatırımcıların meşru beklentisini ve antlaşma kapsamındaki AHM yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir: “*Vivendi mahkemesi tarafından belirtildiği üzere, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı ‘objektif bir standarttır’. Bir UNCTAD raporunda belirtildiği üzere, ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına başvurulduğunda, temel mesele, söz konusu eylemlerin her koşulda adil ve hakkaniyete uygun mu yoksa adil ve hakkaniyete uygun olmayan eylemler mi olduğudur’. Bu, kısmen, hükümetlerin oyunun kurallarını, bir yatırımcının meşru beklentilerini veya ona yapılan beyanları baltalayacak şekilde keyfi olarak değiştirmekten kaçınması gerektiği anlamına gelmektedir.*”²¹³⁰ Hakem heyeti, komünizmden piyasa temelli bir ekonomiye geçiş yapan bir ülke olarak Ukrayna’nın özel yetenek ve koşullarını veya sosyo-politik bağlamını tartışmamış, sadece yatırımcının büyük bir siyasi, hukuki ve ticari belirsizlik döneminde Ukrayna’ya yatırım yaptığını gözlemlemiştir.²¹³¹ Hakem heyeti ilgili belirsizliklerin etkisi ve tesiri hakkında daha fazla tartışmaya girmemiş olsa da, bu faktörlerin faiz oranının belirlenmesinde etkili olduğu görülmektedir. Hakem heyeti, yatırımcının, faiz oranının 12 aylık Londra Bankalararası Faiz Oranına (LIBOR) dayandırılması talebini kabul etmek yerine, daha uygun bir oran aramıştır: “*Risksiz oran artı piyasa risk primi... Ukrayna’ya yatırım yapmanın risklerine göre ayarlanmış Davacının kayıplarıyla ilişkili fırsat maliyetini daha iyi yansıtmaktadır.*”²¹³² Sonuç olarak, hakem heyeti, Ukrayna gibi bir ülkeye yatırım yapmanın içerdiği riskleri zımnen kabul etmekle birlikte, bu riskleri sorumlulukla ilgili olarak kabul etmemiş olsa bile, faiz hesaplamasında dikkate almaktadır.

²¹²⁹ *Joesph Charles Lemire v. Ukrayna*, Karar, § 303.

²¹³⁰ *Alpha Projectholding GmbH v. Ukrayna*, Karar, § 420.

²¹³¹ *Alpha Projectholding GmbH v. Ukrayna*, Karar, § 320.

²¹³² *Alpha Projectholding GmbH v. Ukrayna*, Karar, § 514.

Kardassopoulos v. Gürcistan davasındaki hakem heyetinin, ev sahibi devletin geçiş statüsünde olmasının, AHM yükümlülüğünün yerine getirilmemesi için bir savunma olmadığı sonucuna varması sebebiyle dikkat çekicidir. Yatırımcılar Ionnis Kardassopoulos ve Ron Fuchs, Trame International Oil Company'nin ortaklarıydı. 1992 yılında, Gürcistan'ın ana petrol boru hattı üzerinde bir imtiyaz için devlete ait Gürcistan Petrol Şirketi ile 30 yıllık bir ortak girişim projesine yatırım yapmışlardır. Gürcistan, 1996 yılında imtiyaz sözleşmesini feshetmiş ve yatırımcılara tazminat ödemek üzere bir hükümet komisyonu kurmuştur. Ancak, 2004 yılına gelindiğinde devlet hiçbir tazminat ödememiş ve yeni bir hükümet komisyonu yatırımcıların herhangi bir tazminat almaya hakları olmadığı sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, AHM standardını kapsamlı bir şekilde tartışmakla beraber Gürcistan'ın Sovyet döneminden geçiş sürecinde yatırımcıların makul bir şekilde istikrarlı bir siyasi ortam bekleyemeyeceği iddiasını ele almamıştır.²¹³³ Hakem heyeti, Gürcistan'ın AHM yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir ve hakem heyeti Gürcistan'ın sosyal ve siyasi geçiş sürecinin kendisini AHM yükümlülüğünden muaf tuttuğu yönündeki savunmasına ilişkin herhangi bir gözlemde bulunmamıştır.

Pantechniki v. Arnavutluk davasında birçok açıdan önemli tespitler barındırmaktadır. Yatırımcı, 1994 yılında Arnavutluk'ta köprü ve yol inşaatı projesini yürütmek üzere Arnavutluk Genel Yol Müdürlüğü ile bir sözleşme imzalamıştır. Ülkedeki siyasi huzursuzluk 1997 yılında ülkenin birçok yerinde şiddetli ayaklanmalara yol açmış projeyi etkilemiştir. Bir noktada, ekipman ve tesislerinin yağmalanması sonucu yatırımcı çalışma sahasını terk etmek zorunda kalmıştır. *Pantechniki v. Arnavutluk* davasında uyuşmazlığa bakan tek hakem (Jan Paulsson), bir ülkenin koşullarının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir: “*Davacı bugün yüksek standartta bir polis korumasına güvenme hakkına sahip olduğunu söyleyemez. (Aslında böyle bir beklentinin olmaması, İşverenin sivil kargaşadan kaynaklanan zarar riskini kabul ettiği Sözleşmelerin 11. Maddesinin mantığını ve yüklenici için değerini açıklayabilir). Polis orada olsaydı ve arkasını dönseydi görüşüm farklı olabilirdi... Kanıtlar bunun aksini gösteriyordu. [Davacılar] polisin müdahale edemeyeceklerini söylediğini ifade etmişlerdir. Bu, yağmanın boyutu göz önüne alındığında müdahale etmeyi reddetmekten çok farklıdır. Arnavutluk*

²¹³³ *Kardassopoulos ve Fuchs v. Gürcistan*, Karar, § 419-20.

makamlarının bu büyüklükteki bir toplumsal huzursuzluk karşısında güçsüz olduğu sonucuna varıyorum.”²¹³⁴

Pantechniki v. Arnavutluk davasındaki hakem, tüm iddiaları esastan reddetmiştir. Hakem, ev sahibi devletteki bir kaynak eksikliğinin ve durumundaki yetersizliğin uluslararası hukuka göre devletin sorumluluğunu belirlemede bir faktör olmadığını vurgulamıştır. Hakem, hukukun üstünlüğüne itaatin insani faktörünün değerlendirilmesinin karara rehberlik edeceği belirtmiştir: “*Bir devletin uluslararası sorumluluğu sahip olduğu kaynaklarla orantılı mı olmalıdır? Zengin bir ülke bunu yapmakta çok az zorluk çekerken, fakir bir ülke, ancak büyük fedakarlıklarla ulaşabileceği asgari bir standarttan sorumlu tutulmalı mıdır? Adaletin reddi ile ilgili olarak böyle bir orantılılık faktörü genel olarak kabul edilmemiştir. Bunun iki nedeni göze çarpmaktadır. Birincisi, uluslararası sorumluluğun fiziksel altyapı ile ilgili olmamasıdır; devletler, halkın hizmetine geniş binalar veya bilgisayarlı bilgi bankaları sunmayı göze alamadıkları için adaletin inkârından sorumlu değildir. Önemli olan daha ziyade hukukun üstünlüğüne itaat eden insan faktörüdür. Fakir bir ülkeye gelen yabancılar, kendilerine tüm adli işlemlerin kelimesi kelimesine dökümü gibi şeylerin verileceğini varsayma hakkına sahip değildir -, ancak ne yabancı düşmanı ne de keyfi olmayan karar alma hakkına sahiptirler. İkincisi, göreceli bir standardın hiçbir standart olmayacağıdır. Uluslararası mahkemeler veya mahkemeler, her bir devletin gelişiminin belirli bir anındaki kapasitesine ilişkin değerlendirmelerine dayanarak geçici değerlendirmeler yapmak zorunda kalacaklardır. Dolayısıyla uluslararası hukuk, bir devletin gelişmesi için hiçbir teşvik sağlamayacaktır. Aslında tam tersi bir etki yaratacaktır: yargısına daha fazla kaynak ayıran bir devlet daha titiz bir kategoriye girme riskiyle karşı karşıya kalacaktır.*”²¹³⁵

Hakem, ev sahibi devletin kaynaklarının uluslararası hukuka göre sorumluluğunun belirlenmesinde bir faktör olmaması gerektiğini öne sürerek, ev sahibi devletin kaynaklarının orantılılığının ampirik olarak ölçülebilir olmadığını öne sürmektedir. Böylece, yabancı yatırımcıların beklenti ve taleplerini veya yatırım anında gözlemlenebilir gerçeklere dayalı olarak yatırımcıların makul beklentilerini karşılamada ev sahibi devletin kaynaklarını ve mücadelelerini değerlendirme

²¹³⁴ *Pantechniki SA Contractors and Engineers v. Arnavutluk*, Karar, § 82.

²¹³⁵ *Pantechniki SA Contractors and Engineers v. Arnavutluk*, Karar, § 76.

yükümlülüğünü reddetmektedir. Karar, hakemin, ev sahibi devletin siyasi istikrarsızlığını yeterince ele almadığı belirtilerek eleştirilmiştir.²¹³⁶

GAMI v. Meksika davasında, hakem heyeti, Meksika'nın idari kapasitelerinin yetersiz olduğuna dayanarak yaptığı savunmasını reddetmiş ve bu yeteneklerin ev sahibi devletin sorumluluğuyla hiçbir ilgisi olmadığını belirtmiştir. Hakem heyeti, yatırımcının iddialarını reddederken, Meksika'nın idari kapasitelerine dayanan savunmasını da reddetmiştir: *"NAFTA mahkemelerinin görevi daha ziyade önceden var olan kanun ve yönetmeliklerin yabancı yatırımcıya uygulanıp uygulanmadığını ve nasıl uygulandığını değerlendirmektir. Düzenlemelerin maliyetli olması bir mazeret değildir. Yetkin idarecilerin azlığı ya da uyum kültürünün yetersizliği de bir savunma sağlamaz. Her ülkenin karşı karşıya olduğu yönetim sorunu budur... NAFTA ihlalleri, bir hükümetin kendi yasalarına uymasının zor olabileceği gerekçesiyle kesinlikle mazur görülemez. Aksine her NAFTA Tarafı, yetkililerinin düzenlemeleri ayrımcı veya keyfi bir şekilde uygulamaması veya uygulamaması durumunda sorumluluğu kabul etmelidir."*²¹³⁷ Bu tür koşulları, ev sahibi devletin NAFTA yükümlülüğü kapsamındaki sorumluluğunun belirlenmesinde önemsiz hale getirmektedir: *"Bu nedenle sorun, uluslararası yükümlülüklerin ihlali seviyesine yükselebilecek kötü yönetim türünü belirlemektir. Bir kötü yönetim iddiası, ilgili düzenlemelerin "açıkça ve gerekçesiz olarak reddedilmesi" anlamına geliyorsa, muhtemelen 1105. maddeyi ihlal edecektir. Daha hafif kusurların bile 1105. Maddeyi tetiklemeye yeteceği durumlar olabilir. Uluslararası hukukun ihlal edilip edilmediğini belirleyen, tek başına dramatik olaylar değil, bir bütün olarak kayıtlardır."*²¹³⁸ Hakem heyeti, AHM standardın bir dereceye kadar esnek olduğunu ve her davanın koşullarına uyarlandığını belirtse de²¹³⁹ sonuç olarak, Meksika'nın şeker endüstrisinde ev sahibi devletin idari kapasitesi ve sosyo-politik koşulları konusunda çok dar bir yaklaşım benimsemiş ve ev sahibi devletteki bu tür dezavantajların yatırım antlaşması ihlali için bir mazeret olamayacağını belirtmiştir.²¹⁴⁰ Hakem heyeti, ilgili sektördeki kriz durumunu göz ardı etmesi ile ev sahibi devletin sosyo-politik koşullarını ve kamu yararına müdahale etme görevini ele alma konusunda yetersiz yaklaşımı dikkat çekmektedir. Ev sahibi gelişmekte olan

²¹³⁶ İslam, *The Fair and Equitable Treatment (AHM) Standard in International Investment Arbitration*, s. 108.

²¹³⁷ *GAMI Investments Inc. v. Meksika*, Nihai Karar, § 94.

²¹³⁸ *GAMI Investments Inc. v. Meksika*, Nihai Karar, § 103.

²¹³⁹ *GAMI Investments Inc. v. Meksika*, Nihai Karar, § 96.

²¹⁴⁰ *GAMI Investments Inc. v. Meksika*, Nihai Karar, § 94.

devletlerin bu tür koşullar altında karşılaştıkları zorlukların göz ardı edilmesi, gelecekte yatırım uyumsuzluklarında ev sahibi gelişmekte olan devletlerin için endişe yaratacaktır.²¹⁴¹

GAMI v. Meksika davasında, ne düzenleme maliyetlerinin ne de yetenekli idarecilerin azlığının ya da eksik bir uyum kültürünün asgari standarttan sapmayı haklı göstermediğini belirtmiştir.²¹⁴² Aksi takdirde, *Pantechniki v. Arnavutluk* davasında belirtildiği gibi, yatırım hukuku gerçekten de devletleri iyileştirmeye teşvik etmeyecek, ancak yargı ve idarelerine daha fazla kaynak ve çaba ayıran devletleri, bunu yapmayan devletlerden daha yüksek standartlara tabi tutacaktır.²¹⁴³ Bu görüşe göre, hukukun üstünlüğüne itaatin insani faktörü söz konusu olduğunda, mevcut koşullar, adaletten mahrum bırakma yasağı veya kanunilik ilkesi gibi asgari gereklilikleri göreceli hale getiremez.

Etkili yargı yollarının bulunmaması AHM standardını ihlal edebilse de, ev sahibi devletin idari veya adli sisteminin düzenli işleyişinin genel silahlı çatışma kaynaklı kesintiye uğraması veya hatta çökmesi genellikle AHM standardı kapsamındaki güvenceleri ihlal etmeyecektir.²¹⁴⁴ Örneğin, Libya'daki iç çatışma sırasında, İnsan Hakları İzleme Örgütü, milislerin hakimlere, savcılara, avukatlara ve akıl hocalarına saldırarak Bingazi, Derna, Sirte ve Sebha'daki mahkemelerin ve savcılık ofislerinin kapanmasına ve adalet sisteminin neredeyse çökmesine neden olduğunu bildirmiştir. Bu gibi durumlar adaletin reddi anlamına gelmeyecektir. *Olin v. Libya* davasında, hakem heyeti, adaletin reddi için yüksek eşik değerini yinelemiş ve Libya Devrimi bağlamında mahkeme işlemlerindeki erteleme ve gecikmelerin adaletin reddi anlamına gelmediğine karar vermiştir.²¹⁴⁵ Bu durum, *Pantechniki v. Arnavutluk* ve *GAMI v. Meksika* davalarında verilen kararlarla çelişmemektedir. Adaletin reddi, kasıtlı olmasa bile, adaletin yerine getirilmesini engelleyen devlet eylemlerini gerektirir²¹⁴⁶ ve bu nedenle aynı şekilde hukukun üstünlüğüne itaatle ilgilidir. Bununla

²¹⁴¹ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 114.

²¹⁴² *GAMI Investments Inc. v. Meksika*, Nihai Karar, § 94.

²¹⁴³ *Pantechniki SA Contractors and Engineers v. Arnavutluk*, Karar, § 76.

²¹⁴⁴ Ackermann, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, s. 203.

²¹⁴⁵ *Olin Holdings Ltd. v. Libya*, Nihai Karar, § 350; Ayrıca bkz. *Öztaş İnşaat, İnşaat Malzemeleri Ticaret A.Ş. v. Libya*, ICC Dava No. 21603/ZF/AYZ, Nihai Karar, 14 Haziran 2018, § 170-71; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lübnan*, Yargı Yetkisi, § 165.

²¹⁴⁶ *Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca v. Meksika*, Karar, § 102.

birlikte, adaletin uygunsuz bir şekilde yerine getirilmesinin sebebinin devlet organlarının hukukun üstünlüğüne yönelik yanlış tutumlarından ziyade silahlı çatışma kaynaklı kısıtlamalardan dolayı ise ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıları adaletten mahrum bırakmaktan ya da daha genel olarak AHM standardını ihlal etmekten sorumlu olmamalıdır.²¹⁴⁷

Bu bölümde tartışılan kararlar, sorumluluk veya tazminat açısından yaptıkları değerlendirmelerde, ev sahibi devletin özel koşullarını hesaba katma gereği duyma noktasında farklılaşmıştır. Yabancı bir yatırımcı, bir devletteki sektöre yatırım yapmanın içerdiği risklerin ve o devletteki genel siyasi ve ekonomik durumun farkında olmalıdır.²¹⁴⁸ Durum tespiti, yatırımın fayda ve dezavantajlarını ortaya koyar ve yatırımcıyı potansiyel risklere karşı değerlendirir. Örneğin, yatırımcı savaştan zarar görmüş bir devlete bilerek yatırım yapıyorsa, bu durumda söz konusu risklerden habersiz olduğunu iddia edemeyecektir.²¹⁴⁹

Gelişmekte olan devletlere yapılan yatırımlar genellikle kamu hizmetleri veya doğal kaynaklar gibi siyasi ve sosyal açıdan son derece hassas sektörlerle ilgilidir. Hakem heyetlerinin bu tür siyasi açıdan hassas sektörlerden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarında, ev sahibi gelişmekte olan devletlerin koşullarını dikkate alma noktasındaki isteksizliği, bu ülkelerin yatırım kabul etme potansiyellerini sınırlandırabilmektedir. Aynı zamanda, bu faktörlerin, AHM standardının yorumlanmasında göz ardı edilmesi, standardın dengeli bir sonuca hizmet etmesini de zorlaştırmaktadır.²¹⁵⁰

C. Ekonomik Kriz Halindeki Devletler

Ekonomik krizler, ev sahibi devletin zayıf idari ve altyapı yetenekleriyle doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılıdır.²¹⁵¹ Ekonomik krizler, dünya ekonomisinde öngörülemeyen zorluklara yanıt vermek konusunda yetersiz olan devletlere büyük

²¹⁴⁷ Ackermann, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, s. 203.

²¹⁴⁸ *Churchill Mining PLC ve Planet Mining Pty Ltd v. Endonezya Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/12/14 ve 12/40, Karar, 6 Aralık 2016, § 517.

²¹⁴⁹ Rajput, "Due Diligence in International Investment Law", s. 280.

²¹⁵⁰ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 181.

²¹⁵¹ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 143.

baskı uygulayarak tarihte sık sık yinelenen olgulardır.²¹⁵² Ekonomik krizler, özellikle kırılgan bir ekonomiye sahip olan diğer gelişmekte olan devletler için önemli bir faktördür. Ekonomik kriz sonrası ekonomik toparlanma planını yabancı sermaye üzerine inşa eden ve bu amaçla yatırımcıların özel ihtiyaçlarına hitap eden kapsamlı garantiler sağlayan cazip bir yasal çerçeve oluşturan ev sahibi devletler, yatırımcılar nezdinde bir beklenti oluşturmaktadır.

Ekonomik krizin, hakem heyetleri tarafından, ev sahibi devletin sorumluluğuna ilişkin tespitlerde yeteri kadar göz önünde bulundurulmadığı ve kriz dönemlerinde devletin egemenlik hakkını kullanmasına daha çok alan bırakılması gerektiği yönünde birçok eleştiri bulunmaktadır.²¹⁵³ Bazı hakem heyetleri ise değerlendirmesini yaparken ekonomik kriz gerçeğini göz ardı etmemiş ve ev sahibi devletin, ekonomik krizden kaynaklı zorunluluk savunmasını kısmen kabul edip, acil durum sırasında belirli süreçleri tespit ederek bu süreçler kapsamında yapılan müdahalelerden doğacak sorumluluktan ev sahibi devleti muaf tutmuştur.

Waste Management No. 2 v. Meksika davasında, hakem heyeti, ekonomik krizi AHM standardının ihlali noktasında bir muafiyet gerekçesi kabul etmiştir. Arjantin davalarının aksine, hakem heyeti, NAFTA m. 1105 kapsamındaki AHM yükümlülüğünün ihlali iddiasını ele alırken Meksika'daki ekonomik kriz durumunu kabul etmiştir. Hakem heyeti, ekonomik krizin uyuşmazlığın önemli bir arka planı olduğu, para biriminde önemli ölçüde devalüasyona ve şehir üzerinde etkiye neden olduğu ve şehrin gelirlerinde düşüşe ve federal bankanın yatırımcılara ödeme yapamamasına yol açtığı gerekçesiyle AHM ihlalinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²¹⁵⁴ Hakem heyeti, yatırımcının ağır keyfi davranış ve ağır haksızlığa maruz kaldığı iddiasını reddetmiştir. Devletin gerçek anlamda zor durumda olduğunu kabul etmiş ve şehrin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememesinin mazeret olmasa da, kilit noktalarda şehrin kendi maaş bordrosunu bile ödeyemediği anlamına gelen mali krizle açıklanabileceğine karar vermiş ve Belediyenin sektörel veya yerel önyargılarla hareket ettiğine dair hiçbir kanıt bulunmadığını vurgulamıştır.²¹⁵⁵ Hakem

²¹⁵² Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, s. 248.

²¹⁵³ Teerawat Wongkaew, **Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance**, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, ss. 164-65.

²¹⁵⁴ *Waste Management Inc. v. Meksika (No.2)*, Karar, § 101.

²¹⁵⁵ *Waste Management Inc. v. Meksika (No.2)*, Karar, § 115.

heyeti, yatırımcının kendi iş tercihinden sorumlu olduğu durumlarda meşru beklentinin işlemeyeceği görüşünü benimsemiştir.²¹⁵⁶ Zararların yatırım antlaşması hükümleri uyarınca tazmin edilemeyeceği belirtilmiştir. Hakem heyeti, bu kararı kamulaştırma ile ilgili olarak vermiş olsa da, mantığı AHM standardı kapsamında tazminata da kolaylıkla uygulanabilir. AHM standardının özünde yatan dengeleme süreci göz önüne alındığında, bu standardın analiziyle uyumlu görünmektedir. Hakem heyeti, bütüncül bir yaklaşım benimsemiş ve ekonomik krize makul yaklaşım sergilemiştir.

Olguín v. Paraguay davasında, hakem heyeti, ev sahibi devletin kırılgan ekonomisini kabul etmiştir. Hakem heyeti, Paraguay'ın La Mercantil Bank'ın faaliyetlerine ilişkin genel tutumunun aşırı derecede sağlam olmadığını ve ayrıca Paraguay hukuk sisteminde ve çeşitli devlet kurumlarının işleyişinde ciddi eksiklikler olduğunu tespit etmiştir.²¹⁵⁷ Ayrıca, Paraguay'ın kamu organlarının düzensiz bir tutum sergilediğini ve önemli ihmallerin bankanın iflasına yol açtığını ve bu organların devletin mali sisteminin bütünlüğünü koruma ve yabancı yatırımı koruma görevlerine uygun hareket etmediklerini tespit etmiştir.²¹⁵⁸ Paraguay'ın davranışındaki bu ciddi eksikliklere rağmen, hakem heyeti yatırım antlaşmasının ihlal edildiğine karar vermemiştir: *“Gelecekte, mali kuruluşlarını yakından izlemeyen devletlere ekonomik yaptırımlar uygulayan katı kurallar arzu edilir olsa da, gerçek şu ki, bu kurallar şu anda ne Paraguay hukukunda ne de BIT’de mevcut değildir. Mahkeme, bu kuralların bölgedeki ülkelerin çoğunda da mevcut olmadığını eklemektedir.”*²¹⁵⁹

Olguín v. Paraguay davasındaki hakem heyeti, Paraguay'daki ekonomik krizin durumunu ve zorluklarını ve dolayısıyla yatırımcının ihtiyatlı bir iş kararı verme yükümlülüğünü kabul etmiştir: *“Ciddi ekonomik sorunlar yaşayan bir ülkeye gelen bir yabancının ihtiyatlı davranarak yatırımlarında çok daha muhafazakar olması gerektiğini düşündüğünü...”*²¹⁶⁰ Bu davadaki yatırımcı gibi deneyimli bir iş adamının, Paraguay'daki durumu tamamen bilerek bir ülkeye spekülatif bir yatırım yaptığında uğradığı kayıplar için makul bir şekilde tazminat talep edemeyeceğini

²¹⁵⁶ *Waste Management Inc. v. Meksika (No.2)*, Karar, § 177.

²¹⁵⁷ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 65(b).

²¹⁵⁸ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 69-70.

²¹⁵⁹ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 74.

²¹⁶⁰ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 75.

gözlemlemiştir.²¹⁶¹ Hakem heyeti, “*Davacı, kendi bireysel eylem çemberi içerisinde, kendisinin de kınadığı olayların meydana gelmesine önemli ölçüde katkıda bulunmuştur*”²¹⁶² tespitinde bulunmuştur. Hakem heyeti, yatırım antlaşmalarının kötü ticari kararlara karşı sigorta poliçesi olmadığını belirterek²¹⁶³ ciddi ekonomik sorunlar yaşayan ülkelerle ilgili olarak yatırımcıları ihtiyatlı olmaya çağırmakta²¹⁶⁴ ve Olguín’in yatırımını spekülasyon ya da en iyi ihtimalle çok ihtiyatlı bir yatırım değil olarak nitelendirmektedir. Bu karar, ciddi bir ekonomik kriz sırasında bile yatırımcının istikrarlı bir yasal çerçeveye ilişkin meşru beklentisini karşılamayan ev sahibi devlete bir yük yüklemek yerine, hakem heyetinin risk yükünü kırılgan bir ekonomik durumla baş eden bir ülkeye yatırım yaptığı için yatırımcıya kaydırmasına bir örnek teşkil etmektedir.

Arjantin’in davalı olduğu birçok dava, ekonomik kriz bağlamında önemli bir yer tutmaktadır. *CMS v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, ekonomik kriz gerçekliği kabul etmiştir, ancak bu duruma sorumluluk ve tazminat aşamasında herhangi bir değer atfetmemiştir. ABD şirketi CMS, Arjantinli özel bir gaz şirketi olan TGN’nin %30 hissesine sahiptir. Arjantin hükümeti, TGN’nin tarifeleri ABD doları cinsinden hesaplamasına ve 1989 yılı başında geçerli olan döviz kuru üzerinden pesoya çevirmesine izin veren konvertibilite yasası da dahil olmak üzere çeşitli girişimlerle enerji sektöründe özelleştirmeyi teşvik etmiştir. Bu, gaz tarifelerinin ABD doları cinsinden hesaplanmasını ve yılda iki kez ABD Üretici Fiyat Endeksine göre ayarlanmasını öngören daha önceki mevcut sistemin yerini almıştır. Arjantin 1990’ların sonunda ekonomik zorluklarla karşılaştığında, hükümet gaz şirketleriyle bir araya geldi ve tarifelerin ayarlanmasının geçici olarak askıya alınması konusunda anlaşmıştır. Ekonomik kriz kötüleştikçe Arjantin bu düzenlemeyi süresiz olarak uzatmıştır. Arjantin, yaşadığı ciddi ekonomik krize yanıt olarak ayrıca Acil Durum Yasasını yürürlüğe koymuş ve pesonun değerini ABD dolarına sabitleme uygulamasını ortadan kaldırarak pesonun devalüasyonuna yol açmıştır. Mevzuat, farklı sektörlerin farklı döviz kurlarına sahip olmasını sağlamış, ancak gaz ihracatı veya nakliye tarifeleri için özel bir muamele öngörmemiştir. Ayrıca gaz sektörü dışındaki endüstriler için lisans antlaşmalarının müzakere edilmesi için yeni bir süreç oluşturmuştur.

²¹⁶¹ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 65(b).

²¹⁶² *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 73.

²¹⁶³ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 73.

²¹⁶⁴ *Eudoro Armando Olguín v. Paraguay*, Karar, § 75.

Yatırımcı, Olağanüstü Hal Kanunu ve tarife dondurmanın devam etmesinin TGN'nin tarife gelirini %75 oranında azalttığını ve bu nedenle TGN'deki yatırımının %92 oranında değer kaybettiğini iddia etmiştir.

CMS v. Arjantin davasında, Arjantin hükümeti, yatırımcının itiraz ettiği tedbirleri ulusal öneme sahip bir konuyu düzenlemek amacıyla uyguladığını ileri sürmüştür. Arjantin, gazın dağıtımı ve taşınmasının düzenlenmesinin sosyal öneme sahip özel ihtiyaçları dikkate alması gereken ulusal bir kamu hizmetinin düzenlenmesi anlamına geldiğini savunmuş ve Gaz tarifelerini düzenleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu ayrıca kamusal mülahazaların eylemlerini yönlendirdiğini iddia etmiştir.²¹⁶⁵ Hakem heyeti, siyasi ve sosyal bir krize de yol açan ekonomik krizle ilgili olarak şu gözlemlerde bulunmuştur: *“Arjantin’in ekonomik, sosyal ve siyasi nitelikte derin bir krizden etkilendiği konusunda geniş bir mutabakat vardır. Ekonomide 1999’da başlayan gerileme, artan yoksulluk ve ülkenin en yüksek makamlarını işgal eden politikacıların hızla el değiştirmesi, sosyal ayaklanma ve sivil itaatsizlikle birleştiğinde dramatik bir gerçeklik ortaya çıkmıştır... Bu gelişmeler Davacı tarafından üzüntüyle karşılanmıştır. Söylemeye gerek yok ki, Mahkeme de bu koşullar altında Arjantin halkının içinde bulunduğu kötü duruma büyük bir sempati duymakta ve bu durumun üstesinden gelme çabalarına saygı duymaktadır.”*²¹⁶⁶

CMS v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, Arjantin ekonomisinin çöküşünün, yabancı yatırımcılara yönelik muamelesinde sağlamasının beklenebileceği davranış standardını etkilediğini kabul etmiştir: *“Davacının krizin yol açtığı anormal koşulların tamamen dışında kalmayı isteyemeyeceğini, zira bunun gerçekçi olmayacağını.”*²¹⁶⁷ Hakem heyeti, yatırım antlaşmalarının iş riskine karşı bir sigorta poliçesi sağlamadığını belirtmiştir: *“Krizin kendi başına Davacının işleri üzerinde ciddi bir etkisi olmuştur, ancak bu husus bir dereceye kadar Davacının Arjantin’e yatırım yaparken üstlendiği iş riskine atfedilmelidir, bu durum özellikle talepteki düşüşle ilgilidir. Bu tür etkiler, sanki işler her zamanki gibi devam etmiş gibi göz ardı edilemez. Aksi takdirde, her iki taraf da krizin bazı maliyetlerini makul bir şekilde paylaşmamış olacak ve karar nihayetinde iş riskine karşı bir sigorta poliçesi anlamına gelebilecektir*

²¹⁶⁵ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 93.

²¹⁶⁶ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 211.

²¹⁶⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 244

*ki, davalının haklı olarak savunduğu gibi, bu sonuç haklı olmayacaktır.”*²¹⁶⁸ Bu gözlemlere rağmen, hakem heyeti Arjantin’in koşullarının sorumluluğu ortadan kaldıracak veya Arjantin’in tedbirinin haksızlığını ortadan kaldıracak kadar ağır olmadığına karar vermiştir²¹⁶⁹: “*Elbette, tanımlanan krizin gerçekliği sorunu vardır. Mahkeme bu gerçekliğin göz ardı edilemeyeceğini ve edilmeyeceğini yukarıda açıklamıştır. Ancak, kriz sadece bir olgu olarak dikkate alınabilir. Ve gerçekler elbette hukuka uygunluğu ortadan kaldırmaz, ancak hukukun uygulanabileceği konular üzerinde hissedilir bir etkiye sahiptir.*”²¹⁷⁰

CMS v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, krizin meydana geldiğini kabul etmiş, ancak krizin devletin yasal yükümlülüklerini değiştirebileceğini kabul etmeyi reddetmiştir. Hakem heyeti, krizin kendi başına felaket olarak nitelendirilemeyeceğini ifade ederek krizin statüsünü azaltmıştır.²¹⁷¹ Kriz durumu için önemini ifade etse de sorumluluğa karar verirken Arjantin’in durumunu dikkate almamıştır. Hakem heyeti, ekonomik krizin Arjantin hükümeti üzerindeki etkisini tazminat miktarı ve yatırımcının beklentileri kapsamında dikkate almamıştır.²¹⁷² Sonuç olarak, hakem heyeti, AHM standardının istikrarlı bir ekonomik ve düzenleyici ortamı garanti ettiğine ve esasen bir yatırımdan elde edilen kârın maddi değerini sağladığına karar vermiştir.

LG&E v. Arjantin davasında, hakem heyeti, ekonomik kriz bağlamında zorunluluk (gereklilik, necessity) savunması kısmen kabul etmiştir. Hakem heyeti, AHM ihlali kararı verse de tazminat miktarına karar verirken zorunluluk haline önem vermiştir. LG&E, 1990’ların başında Arjantin hükümetinin özelleştirme girişimleri tarafından teşvik edilen doğal gaz dağıtımını yapan üç Arjantinli gaz şirketine yatırım yapmıştı. LG&E’ye 2027 yılına kadar lisans verilmişti. Ancak, konvertibilite yasası 2002 yılında özelleştirme sırasında sağlanan garantileri yürürlükten kaldırması sonucu şirketin gaz dağıtım işinin karlılığı keskin bir şekilde azalmıştır. Hakem heyeti, yatırımcı lehine karar vermiş olsa da, Arjantin’in 1 Aralık 2001 (konvertibilite yasasını yürürlükten kaldıran Kararname tarihi) ile 26 Nisan 2003 tarihleri arasında bir zorunluluk hali içinde olduğunu tespit etmiştir²¹⁷³ ve dolayısıyla devletin LG&E’nin

²¹⁶⁸ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 248.

²¹⁶⁹ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 165.

²¹⁷⁰ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 240.

²¹⁷¹ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 356.

²¹⁷² *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin*, Karar, § 466-7.

²¹⁷³ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 226.

bu dönemde karşılaştığı zararlar için uluslararası sorumluluktan muaf tutulması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁷⁴

LG&E v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, yatırımcının zorunluluk hali döneminde maruz kaldığı zararları genel zararlardan çıkarmıştır²¹⁷⁵: “*Bu istisna sadece acil durumlarda uygundur ve durum aşıldığında, yani belirli bir istikrar sağlandığında; Devlet artık uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlalden dolayı sorumluluktan muaf değildir ve bunları derhal yeniden üstlenmelidir.*”²¹⁷⁶ Hakem heyeti, tazminat miktarına karar verirken ekonomik krizi ve özel siyasi ve sosyal koşulları göz önünde bulundurmuştur.²¹⁷⁷ Hakem heyeti, Arjantin’in yatırım antlaşması kamu düzeni veya güvenliğinin korunmasına yönelik tedbirlere istisna tanıyan m. XI. başvurma talebini kabul etmiştir ve Arjantin’i zaruret hali süresince antlaşmanın ihlalden dolayı sorumluluktan muaf tutmuştur²¹⁷⁸: “*Zorunluluk halinin ortaya konması için gerekli şartların yerine getirildiğini tespit eden Mahkeme, Arjantin’in ülkenin yaşadığı ağır krize cevaben aldığı tedbirler sonucunda ortaya çıkan zarar karşısında devleti sorumluluktan muaf tutan unsurun bu olduğu kanaatindedir.*”²¹⁷⁹ Bununla birlikte, hakem heyeti Arjantin’in aldığı tedbirlerin antlaşma kapsamındaki AHM yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiş ve yatırımcıları çekmek için inşa edilen yasal çerçeveyi tamamen ortadan kaldırarak çok ileri gittiğini belirtmiştir.²¹⁸⁰

LG&E v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, Arjantin tarafından alınan tedbirlerin haksız ve adaletsiz olduğunu tespit etmiştir²¹⁸¹ ve Arjantin’in istikrar ve öngörülebilirlik şartını sağlayamayarak yabancı yatırımcılara sağlanan garantileri yerine getirme yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir.²¹⁸² Dolayısıyla, yasal ve ticari çerçevenin istikrarının sağlanmasının AHM’nin temel bir unsuru olduğunu savunmuştur.²¹⁸³ Gaz dağıtım sektörü için özel tarife garantilerinin bu istikrarı

²¹⁷⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 229, 257.

²¹⁷⁵ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 267 (d).

²¹⁷⁶ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 261.

²¹⁷⁷ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 139.

²¹⁷⁸ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 229.

²¹⁷⁹ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 259.

²¹⁸⁰ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 139.

²¹⁸¹ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 133-138.

²¹⁸² *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 127, 131-2.

²¹⁸³ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 124.

sağlamayı amaçladığı sonucuna varmıştır.²¹⁸⁴ Hakem heyeti şu gözlemde bulunmuştur: “*Arjantin Devleti’nin temel çıkarları Aralık 2001’de tehdit altındaydı. Varlığına, siyasi ve ekonomik hayatta kalmasına, temel hizmetlerinin işler halde tutulmasına ve iç barışının korunmasına yönelik son derece ciddi bir tehditle karşı karşıya kalmıştır.*”²¹⁸⁵

LG&E v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, belirli bir durumda neyin adil ve hakkaniyetli olduğunun yorumlanmasıyla ilgili görünen bir acil durumun varlığını ortaya koymuştur. Hakem heyeti, ağır ekonomik krizi ve zorunluluk halini dikkate aldığı anda, AHM’nin yorumlanmasında zorunluluğun önemini kabul etmiştir. Zorunluluk halindeki yatırımcıların zararlarının tazmini konusunda hakem heyeti, Birleşmiş Milletler’in 2001 tarihli Haksız Fiillerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri m. 27’ye başvurmuştur. Ancak, bu madde, yatırım hukukuna ilişkin kayıplardan etkilenen tarafa herhangi bir tazminat ödenip ödenmeyeceğini ele almamakta ve ayrıca tazmin edilebilecek kayıp türlerini veya tazminatın hangi durumlarda ödenmesi gerektiğini belirtmemektedir.²¹⁸⁶ Bu nedenle, yabancı bir yatırımcının bu madde kapsamında tazminat almaya hak kazanıp kazanamayacağı şüphelidir.

LG&E v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, *CMS v. Arjantin* davasındaki hakem heyetinden farklı olarak ekonomik kriz bağlamında devletin sorumluluğu konusunu ele almıştır. *CMS v. Arjantin* ve *LG&E v. Arjantin* arasındaki olgu ve hukuk benzerliklerine rağmen, mahkemeler zorunluluk halinin kapsamını değerlendirirken farklı sonuçlara ulaşmışlardır. *LG&E v. Arjantin* davasında, hakem heyetinin yaklaşımı, ev sahibi devlete herhangi bir politikayı değiştirme konusunda neredeyse sınırsız bir esneklik sağlamasını eleştirmektedir çünkü bu tür tedbirlerin ulusal çıkarı korumanın tek yolu olup olmadığına karar verecek tek merci devlettir. Ayrıca, bu gerekliliği ispat yükü bakımından *LG&E vs. Arjantin* kararı ev sahibi devletlere çok fazla alan bırakmaktadır. Genel olarak, bir istisnaya dayanan taraf ispat yükünü taşımalıdır, *CMS v. Arjantin* kararı da bu yaklaşımı benimsemiştir. *LG&E vs. Arjantin*

²¹⁸⁴ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 119.

²¹⁸⁵ *LG&E v. Arjantin*, Sorumluluk Kararı, § 257.

²¹⁸⁶ 2001 tarihli Haksız Fiillerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler m. 27: “*Bu bölüm uyarınca haksızlığı önleyen bir durumun ileri sürülmesi, (a) Haksızlığı önleyen durumun artık mevcut olmaması halinde ve mevcut olduğu ölçüde, söz konusu yükümlülüğe uyulmasına; (b) Söz konusu fiilden kaynaklanan herhangi bir maddi zararın tazmini sorununa halel getirmez.*”

kararındaki yaklaşım bu kuralı tersine çevirmiştir. Uluslararası hukukta zaruret hali sadece devletlerin güvenliğine veya varlığına yönelik tehdit gibi istisnai durumlarda kabul edilmiştir. Bunun, ev sahibi devletler tarafından almak istedikleri herhangi bir politika tedbirini savunmak için kullanılabilecek bir ilke haline geleceğini öne sürmek fazlasıyla tartışmalıdır.²¹⁸⁷

National Grid v. Arjantin davası dışında, yine benzer bir bağlamda ortaya çıkan Arjantin ekonomik kriz davalarına ilişkin sonraki hiçbir mahkeme *LG&E v. Arjantin* kararındaki yaklaşımı takip etmemiştir. *National Grid v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, Arjantin'in krizin başladığı ilk altı ay boyunca AHM'nin ihlalinin ve bu nedenle yatırımcıların uğradığı zararlardan sorumlu olmadığına karar vermiştir. Hakem heyeti, AHM standardının zaman içinde nitelendirilmesi gerektiğini vurgulamış ve normal koşullarda haksız ve adaletsiz olanın, ekonomik ve sosyal bir kriz durumunda böyle olmayabileceğini belirtmiştir.²¹⁸⁸ Hakem heyeti, Arjantin'in kendisinin yatırım talep ettiği ve yatırımcının yatırım yaptığı yasal çerçeveyi temelden değiştirdiği gerekçesiyle AHM yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.²¹⁸⁹

Enron v. Arjantin davasında, hakem heyeti, ev sahibi gelişmekte olan devletteki ekonomik krizin, AHM ihlaline engel bir gerekçe olmayacağını belirtmiştir. *Enron v. Arjantin* davası, *CMS v. Arjantin* ve *LG&E v. Arjantin* davalarındaki aynı konvertibilite yasalarındaki yasal değişikliklerden kaynaklanmıştır. Hakem heyeti, yatırım için istikrarlı bir yasal çerçeve temelinde AHM standardının ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹⁹⁰ Arjantin, konvertibilite yasasını kamu yararı için yürürlükten kaldırdığını iddia etmiş ve yatırımcıların ülke riski hakkında bilgi sahibi olduklarını ve bir risk için önceden daha yüksek tarifeler talep etme eğiliminde olup, daha sonra bu riskin gerçekleşmesi halinde bu riskin kendileri tarafından üstlenilmemesi gerektiğini savunamayacaklarını iddia etmiştir.²¹⁹¹ Hakem heyeti bu argümanı reddetmiştir ve ülke riski veya temerrüt riskinin yalnızca belirli bir ülkenin dış borcunu ödeyememe riskiyle ilgili olduğunu ve bu tür risklerin bir şekilde etkileşime girebileceğini, ancak birbirlerinden bağımsız olarak işlediklerini öte yandan farklı güvencelere tabi

²¹⁸⁷ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 151.

²¹⁸⁸ *National Grid PLC v. Arjantin*, Karar, § 180.

²¹⁸⁹ *National Grid PLC v. Arjantin*, Karar, § 179-80.

²¹⁹⁰ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 251, 252, 260.

²¹⁹¹ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 120.

olduklarını gözlemlemiş, sonuç olarak para birimi devalüasyonunu, farklı bir gerekçeye yanıt veren ayrı bir risk türü olarak tanımlamıştır.²¹⁹² Ayrıca, düzenleyici çerçevenin ayrı ve özel olarak koruduğu tarifelerin dondurulması ve pesifikasyonu riskinin bir risk teşkil edemeyeceğini belirterek, tazminat aşamasında ülke riskinin uygunluğunu reddetmiştir.²¹⁹³ Öte yandan hakem heyeti, “*Bu, Hükümetin daha sonra fikrini değiştirmek için egemen yetkiye sahip olmadığı anlamına gelmez, nitekim değiştirmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi, ülkedeki değişen ekonomik koşullar ışığında tamamen makul olabilir; bu konu Mahkemenin yargılayacağı bir konu değildir*”²¹⁹⁴ sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, krizin ekonomik gerçekliğini kabul etmiştir²¹⁹⁵, ancak hükümetin tek taraflı eyleminin AHM standardını ihlal ettiğine karar vermiştir.²¹⁹⁶ Hakem heyeti, ekonomik krizin devletin eylemi için yetersiz bir gerekçe olduğuna²¹⁹⁷ ve bunun hiçbir yasal mazeret sağlamadığına karar vermiştir.²¹⁹⁸

Sempra v. Arjantin davasında, hakem heyeti, ekonomik krizin etkilerini yalnızca tazminat aşamasında değerlendirmiştir. Bu davadaki uyuşmazlık, diğer Arjantin davalarında olduğu gibi, konvertibilite yasalarıyla ilgiliydi. Hakem heyeti, AHM yükümlülüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir: “*Bu davada söz konusu olan tedbirler, yatırımın kararlaştırıldığı ve uygulandığı yasal ve ticari çerçeveyi her türlü şüphenin ötesinde önemli ölçüde değiştirmiştir.*”²¹⁹⁹ Hakem heyeti, Arjantin’in zorunluluk savunmasını kabul etmemiş, ancak ekonomik krizin tazminat üzerindeki etkilerini dikkate almıştır. Hakem heyeti, ekonomik krizin ciddi olduğunu kabul etmiş, ancak bir yandan, bu tür talihsiz olayların kendi başlarına yasal bir mazeret teşkil etmediğini ve diğer yandan, davacının bunlardan tamamen etkilenmediğine inanmasının da makul olmayacağını belirtmiştir.²²⁰⁰ Hakem heyeti, ayrıca şu gözlemde bulunmuştur: “*Hukukun uygulanma şekli, bir krizin herhangi bir toplumun normal işleyişini nasıl etkilediği de dahil olmak üzere, bir kriz durumundan kaynaklanan gerçekleri göz ardı edemez. Mahkeme’nin saygı göstermekle yükümlü olduğu adalet ölçüsü budur.*”²²⁰¹ Burada mahkeme, yatırımın İndirgenmiş Nakit Akışı (DCF) değerlemesi sürecinde

²¹⁹² *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 149.

²¹⁹³ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 378.

²¹⁹⁴ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 104.

²¹⁹⁵ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 143.

²¹⁹⁶ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 144.

²¹⁹⁷ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 221-2.

²¹⁹⁸ *Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin*, Karar, § 232.

²¹⁹⁹ *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 303.

²²⁰⁰ *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 269.

²²⁰¹ *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 397.

ekonomik krizi dikkate almıştır. Krizin nesnel etkileri sebebiyle tazminat miktarını azaltmıştır.²²⁰²

Sempra v. Arjantin İptal davasında, ad hoc komite kararı tamamen iptal edilmiştir. Arjantin, *Sempra v. Arjantin* kararına ad hoc komite nezdinde iptal davası açmıştır. Arjantin, hakem heyetinin yetkilerini açıkça aştığı ve yatırım antlaşmasındaki m. XI. uygulamadığı iddiasıyla karara itiraz etmiştir.²²⁰³ Komite, hakem heyetinin yatırım antlaşmasındaki m. XI. uygulanması ve kapsamı konusunda net olmadığına karar vermiştir.²²⁰⁴ Komite, hakem heyetinin yatırım antlaşmasındaki m. XI ilişkin bulgularını ayrıntılı olarak tartışmış ve aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur: “Mahkeme, aslında, XI. Maddenin maddi kriterlerinin, uluslararası teamül hukuku kurallarının - UHK Maddelerinde belirtildiği gibi - haksızlığa uğrama durumunda aklanmaya yol açmadığı durumlarda uygulama alanı bulamayacağına ve 25. Maddenin, uygulanacak zorunlu hukuk normunu sağlama konusunda XI. Maddeye “üstün geldiğine” karar vermiştir. XI. maddesi yerine UHK 25. maddesini uygulanacak birincil hukuk olarak kabul etmiş ve böylece uygulanacak hukukun belirlenmesi ve uygulanmasında temel bir hata yapmıştır. Bu nedenle Komite, Mahkeme’nin, uygulanabilir hukuk normunun BIT’in XI. maddesinde bulunması gerektiği temelinde incelemesini yürütmekte başarısız olduğu ve bu başarısızlığın ICSID Sözleşmesi anlamında bir yetki aşımı teşkil ettiği sonucuna varmıştır.”²²⁰⁵

Sempra v. Arjantin İptal davasında, zorunluluk halinin ileri sürülmesi konusunda Komite, UHK m. 25’in yatırım antlaşmasındaki m. XI yorumlanmasında yararlı bir rehberlik sağlamadığını gözlemlemiştir.²²⁰⁶ Komite ayrıca şunları gözlemlemiştir: “Daha da önemlisi, m. 25 bir Taraf Devletin “söz konusu devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun olmayan bir eylemin haksızlığını engellemek için bir gerekçe olarak” zorunluluğa başvurması ile ilgilidir. Madde 25, devletin uluslararası yükümlülükleriyle bağdaşmayan ve dolayısıyla “haksız” olan bir fiilin işlendiğini varsaymaktadır. Öte yandan, m. XI, “Bu Antlaşma belirli tedbirlerin alınmasını engellemez” hükmünü getirmektedir; böylece, m. XI’in uygulandığı durumlarda, bu

²²⁰² *Sempra Energy International v. Arjantin*, Karar, § 458, 478.

²²⁰³ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/02/16, İptal Davası, 29 Haziran 2010, § 165.

²²⁰⁴ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, İptal Davası, § 194.

²²⁰⁵ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, İptal Davası, § 208-9.

²²⁰⁶ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, İptal Davası, § 199.

tür tedbirlerin alınması devletin uluslararası yükümlülükleriyle bağdaşmaz ve dolayısıyla “haksız” değildir. Dolayısıyla m. 25 ve m. XI oldukça farklı durumları ele almaktadır. Bu nedenle m. 25’in, m. XI’yi yorumlamak amacıyla “gerekliliği ve gerekliğin işleyiş koşullarını tanımladığı” varsayılmaz, hele ki bunu uluslararası hukukun emredici bir normu olarak yapmak hiç mümkün değildir.”²²⁰⁷

Sempra v. Arjantin İptal davasındaki komite, ayrıca hakem heyetinin yetki aşımının da açık olduğunu tespit etmiştir.²²⁰⁸ Ancak, kararı iptal ederken hakem heyetinin AHM standardının ihlaline ilişkin bulgularını iptal etmesine rağmen, komite hakem heyetinin AHM standardının ihlaline ilişkin bulgularını tartışmamıştır. Bununla birlikte, antlaşma yükümlülüğünün ihlali konusunda komite şu tespitlerde bulunmuştur: “*Bu BIT’in, söz konusu tedbirlerin bu şekilde başvurulmuş amaç için “gerekli” olup olmadığına kimin karar vereceğini - başka bir deyişle XI. maddenin kendi kendini yargılayıp yargılamayacağını - belirlemediği doğrudur. Ancak, söz konusu tedbirlerin “gerekli” olduğuna karar verilirse, antlaşmadan doğan herhangi bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olmaz. Bu durumda, “yargısal denetimin... teamül hukuku veya Antlaşma kapsamındaki gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğiyle ilgilenmesi ve böylece haksızlığı önleyebilmesi” söz konusu değildir.*”²²⁰⁹

Arjantin’deki ekonomik krizle ilgili tüm ihtilaflar arasında *Sempra v. Arjantin* kararı, ekonomik krizin bir zorunluluk hali arz ettiği ve eylemlerin antlaşma yükümlülüklerini ihlal etmediği kabul edilerek bütünüyle iptal edilen tek örnek olarak görülmektedir. *Sempra v. Arjantin* ad hoc komitesinin iptal davasına ilişkin bu bulgusu, ev sahibi gelişmekte olan devletlerin için gelecekte başvurulacak olumlu bir sonuç olarak değerlendirilebilir.

AWG Group Ltd. v. Arjantin davasında, hakem heyeti, ekonomik kriz gerçekliği kabul etmiş, ancak ihlale ilişkin değerlendirmesinde bu durumu dikkate almamıştır. *AWG v. Arjantin* davası konvertibilite yasalarının yürürlükten kaldırılması nedeniyle de ortaya çıkmıştır. İngiliz yatırımcı Anglian Water Group Ltd. (AWG), Arjantin’deki iştiraki Augus Argentinas SA (AASA) aracılığıyla Arjantin hükümeti ile Buenos Aires şehrinde dünyanın en büyük su dağıtım ve atık su arıtma projelerinden biri için bir

²²⁰⁷ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, İptal Davası, § 200.

²²⁰⁸ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, İptal Davası, § 211-9.

²²⁰⁹ *Sempra Energy International v. Arjantin Cumhuriyeti*, İptal Davası, § 204.

sözleşme imzalamıştı. Hükümetin Olağanüstü Hal Yasası kapsamındaki eylemlerinin AASA'nın işleri üzerinde ciddi bir etkisi olmuştur. Hakem heyeti, yatırımcının AHM kapsamında değerlendirilen meşru beklentilerini oluştururken makul bir yatırım olarak ev sahibi devlette hüküm süren ekonomik yapıya dikkat etmesi gerektiğini vurgulamıştır: “*Davacıların konumunda bulunan makul bir yatırımcının, 1993 yılında yatırımlarını yaptıkları sırada, Arjantin’de otuz yıl boyunca devam edecek olan bir su ve kanalizasyon imtiyaz yatırımı hakkında meşru ve makul beklentileri ne olurdu? İmtiyazın yasal çerçevesi göz önünde bulundurularak ve o ülkenin tarihi ile siyasi, ekonomik ve sosyal koşulları göz önünde bulundurularak ne olurdu?*”²²¹⁰ Hakem heyeti, ev sahibi devletin yalnızca meşru ve makul beklentilere saygı göstermesi gerektiğine dikkat çekmiştir.²²¹¹ Ülkenin ekonomik ve sosyo-politik bağlamdaki istikrarsızlık özelliklerine ilişkin bu kabullere rağmen, mahkeme AHM standardının ihlal edildiğine karar vermiştir.²²¹²

AWG Group Ltd. v. Arjantin davasında, hakem Pedro Nikken, ayrı bir görüş bildirmiştir. Nikken, Olağanüstü Hal Kanunlarının öngörülemez olmasının onları gayrimeşru kılmadığını; meşruiyetlerinin hükümetin attığı adımların mantıksız, orantısız, ayrımcı veya herhangi bir şekilde keyfi olup olmadığına bağlı olduğunu öne sürmüştür.²²¹³ Arjantin’in o dönemde karşı karşıya kaldığı gibi bir olağanüstü halin öngörülemez bir durum olduğunu ve bu belirsizliğin devlet eylemini yasadışı hale getirmediğini vurgulamıştır.²²¹⁴ Bu görüş, özellikle acil durumdaki gelişmekte olan bir ülke bağlamında, yatırımcıların AHM yükümlülüğünün bir parçası olarak meşru beklentilerinin daha makul bir yorumu gibi görünmektedir.

El Paso v. Arjantin davası, Arjantin ekonomik krizinin tartışıldığı bir diğer davadır. El Paso, konvertibilite rejiminin sona ermesi ve ekonominin pesifikasyonuna ilişkin iddialarda bulunmuştur. Hakem heyeti, AHM standardının makul ve orantılı bir değerlendirmeyi içerdiğine ve çevredeki tüm koşulların dikkate alınması gerektiğine karar vermiş²²¹⁵ ve yatırımcıların meşru beklentileri ile ilgili olarak, devletin yasal çerçeveyi makul olmayan bir şekilde değiştirmemesi veya bunu yapmayacağına dair

²²¹⁰ *AWG Group Ltd. v. Arjantin*, Sorumluluk Hakkında Karar, § 228.

²²¹¹ *AWG Group Ltd. v. Arjantin*, Sorumluluk Hakkında Karar, § 229.

²²¹² *AWG Group Ltd. v. Arjantin*, Sorumluluk Hakkında Karar, § 248.

²²¹³ *AWG Group Ltd. v. Arjantin*, Pedro Nikken Ayrı Görüş, § 36.

²²¹⁴ *AWG Group Ltd. v. Arjantin*, Pedro Nikken Ayrı Görüş, § 35-6.

²²¹⁵ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 373.

özel bir taahhüde aykırı olarak değiştirmemesi gerektiğine dair genel önermenin geçerli olması gerektiğini gözlemlemiştir.²²¹⁶ Hakem heyeti, yabancı yatırımcıların meşru beklentilerinin AHM standardının tanımının bir parçası olduğunu belirtmiş, ancak meşru beklentiler kavramının objektif bir kavram olduğunu, menfaatlerin ile hakların dengelenmesinin bir sonucu olduğunu ve bağlama göre değiştiğini düşünmektedir.²²¹⁷ Ayrıca, hakem heyeti *“Hiç kimse için son derece ağır bir ekonomik kriz karşısında yasal çerçevenin değişmeden kalacağına dair meşru bir beklenti olamaz. Hiçbir makul yatırımcı, kendisine yönelik çok özel taahhütler verilmedikçe veya yasal çerçevenin tamamen değiştirilmesi söz konusu olmadıkça böyle bir beklentiye sahip olamaz”*²²¹⁸...Mahkemenin anlayışına göre, AHM, hukuk düzeninin, ekonomik dünyanın ve sosyal evrenin değişmezliğini sağlamak ve devletin yatırım antlaşmaları imzaladığı yabancı yatırımcılara özel olarak tanınan istikrar hükümlerinin üstlendiği rolü oynamak için tasarlanamaz²²¹⁹“ tespitlerinde bulunmuştur.

El Paso v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, Arjantin'deki krizin ciddiyetini, AHM yükümlülüğünün bir parçası olarak meşru beklentiyle ilişkili olarak değerlendirmiştir. Bunu yaparak, yatırımcının meşru beklentisi ile ev sahibi devletin kriz karşısında kanun ile yönetmelikleri değiştirme hakkı arasında bir denge kurmuş ve Arjantin ekonomisinin pesifikasyonunun tek başına AHM standardının ihlali olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.²²²⁰ Bu gözlemlere rağmen, hakem heyeti, ABD dolarının değerini düşüren tedbirlerin kümülatif etkisi konusunda çok farklı bir tutum sergilemiştir.²²²¹ *LG&E v. Arjantin* davasına atıfta bulunarak, ev sahibi devletin çok ileri gittiğini belirtmiştir: *“Bu Mahkemenin önündeki meselede, tedbirlerin kümülatif etkisinin yabancı yatırımlar için tüm yasal yapının tamamen değiştirilmesi olduğu ve az önce bahsedilen tüm farklı unsurların ve garantilerin Arjantin'in böyle bir toplam değişikliğin gerçekleşmeyeceğine dair özel bir taahhüdü olarak analiz edilebileceği inkar edilemez.”*²²²² AHM standardının ihlalinin tek bir eylemden ziyade bir dizi eylemin toplamından kaynaklandığı şeklindeki bu tanımlama şekli, diğer

²²¹⁶ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 364.

²²¹⁷ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 356.

²²¹⁸ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 374.

²²¹⁹ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 368.

²²²⁰ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 416.

²²²¹ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 510-8.

²²²² *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 517.

davalardan bir ayrımı temsil etmektedir. Hakem heyeti, Arjantin'in AHM standardının gizlice bir ihlalini yarattığını tespit etmiştir.²²²³ Sonuç olarak, hakem heyeti, kümülatif etkileriyle El Paso'nun Arjantin'deki yatırımlarını satma kararına da katkıda bulunan devlet tedbirlerinin tümünü kapsayan bir bakış açısıyla ele alınmasının AHM standardının ihlali anlamına geldiğini tespit etmiştir.²²²⁴

Arjantin aleyhine verilen kararların çoğunluğu, ekonomik krizi bir zorunluluk savunmasının temeli ya da ev sahibi devleti sorumluluktan tamamen ya da kısmen muaf tutacak bir gerekçe olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle, *LG&E v. Arjantin* kararının iki yönü özellikle dikkat çekicidir. İlk olarak, *CMS v. Arjantin* davasından yalnızca bir kez bahsedilmektedir ve bu zorunlulukla ilgili değildir. Her iki hakem heyeti de aynı ekonomik krizi, aynı olguları, aynı konvertibilite hukukunu ve aynı yatırım antlaşmasını dikkate almasına ve biri diğerinden 18 ay sonra karara bağlanmasına rağmen, *LG&E v. Arjantin* hakem heyeti neden *CMS v. Arjantin* hakem heyetinden farklı bir yaklaşım benimsediğine dair hiçbir açıklama yapmamaktadır. Öte yandan, UAD Yargıcı Francisco Rezek her iki davada da Arjantin'in atadığı hakem olarak görev yapmıştır. *LG&E v. Arjantin* kararının, *CMS v. Arjantin* kararına daha kapsamlı bir şekilde atıfta bulunması ve neden farklı sonuçlara vardığını özellikle belirtmesi beklenebilirdi. Doktrinde de bu durum eleştirilmiştir.²²²⁵ Her iki mahkeme de gerekçelerini açık bir şekilde ortaya koymamıştır. Zorunluluk savunmasının uygulanmasına ilişkin bu bölünme, uluslararası yatırım hukuku açısından son derece endişe vericidir. Bu tutarsızlık ve bölünmüşlük, hukuki belirliliği daha da zayıflatmakta ve yatırım tahkim sisteminin meşruiyeti ve bütünlüğü hakkındaki endişeleri beraberinde getirmektedir²²²⁶

AWG v. Arjantin davasındaki hakem heyeti, ev sahibi devletin ekonomik çalkantılarını kabul etmiş, ancak yine de AHM standardının ihlal edildiğine karar

²²²³ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 518.

²²²⁴ *El Paso Energy v. Arjantin*, Karar, § 519.

²²²⁵ August Reinisch, "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", **International Law between Universalism and Fragmentation . Festschrift in Honour of Gerhard Hafner**, Unknown publisher, 2008, s. 118.: "Makul kişilerin ekonomik krizin uluslararası hukukta bir zorunluluk hali oluşturup oluşturmadığı gibi temel konularda anlaşmazlığa düşmesi anlaşılabilir olsa da, böylesine önemli bir konuda karar veren mahkemenin önceki bir mahkemenin bulgularını göz ardı etmesi pek de anlaşılabilir değildir."

²²²⁶ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 152.

vermiştir. *Enron v. Arjantin* davasındaki hakem heyeti, ülke riskinin ayrı olarak işleyen farklı bir risk türü olduğu ve ekonomik krizde ev sahibi devlet için bir savunma olamayacağı görüşünü benimsemiştir. *El Paso v. Arjantin* davasındaki hakem heyeti, AHM standardının makuliyet ve orantılılık hususlarını içerdiğini ve çevredeki tüm koşulların dikkate alınması gerektiğini düşünmüş ve AHM standardının gizlice bir şekilde ihlal edildiğine karar vermiştir. Genel olarak, hakem heyetleri, krizin şiddetli olmasına rağmen, yasal bir mazeret sağlayacak ve ev sahibi devleti kamu yararına acil durum önlemleri alma yükümlülüğünden muaf tutacak kadar şiddetli olmadığına kanaat getirmişlerdir. Sadece *LG&E v. Arjantin* ve *National Grid v. Arjantin* davalarına bakan hakem heyetleri kısmen zorunluluk savunması ve ev sahibi devleti acil durum sırasındaki belirli dönemler için sorumluluktan muaf tutmuştur. *Sempre v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, ekonomik kriz nedeniyle zorunluluk savunmasını kabul etmekte isteksiz davranmış, ancak tazminat aşamasında krizin etkilerini dikkate almıştır. Ancak, *Sempre v. Arjantin* kararı ad hoc komite tarafından tamamen iptal edilmiştir ve böylece Arjantin'deki ekonomik kriz davalarında ev sahibi devletin zorunluluk savunmasına dayanarak aldığı tedbirler nedeniyle herhangi bir sorumluluktan tamamen muaf tutulduğu tek örnek olmuştur.

Zorunluluk savunması uluslararası hukukta sıklıkla tartışılmıştır. UHK “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler” m. 25 hukuka uygunluk sebeplerinden olan zorunluluğu çok kısıtlı bir şekilde ele almıştır. Devlet eyleminin, önemli bir çıkarı ciddi ve yakın bir tehlikeye karşı korumasının tek yolu olması ve zorunluluk durumuna katkı yapmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu yaklaşım, zorunluluğun bir yükümlülüğün yerine getirilmemesini mazur göstermek için nadiren mevcut olacağı ve olası suistimallere karşı koruma sağlamak için sıkı sınırlamalara tabi olduğu anlamına gelmektedir.²²²⁷ UAD, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Macaristan/Slovakya) davasında zorunluluk için gerekli şartları, “Mevcut davada, aşağıdaki temel koşullar ... ilgili: eylemi gerçekleştiren devletin “temel bir menfaatinin” uluslararası yükümlülüklerinden biriyle çatışması; bu menfaatin “ciddi ve yakın bir tehlike” tarafından tehdit edilmesi; itiraz edilen eylemin bu menfaati korumanın “tek yolu” olması; bu eylemin, yükümlülüğün mevcut olduğu devletin “temel bir menfaatini ciddi şekilde

²²²⁷ UHK, “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Volume II, UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., s. 80.

*zedelememiş” olması; ve bu eylemi gerçekleştiren devletin “zorunluluk halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış” olması. Bu koşullar uluslararası teamül hukukunu yansıtmaktadır” şeklinde sıralamıştır.*²²²⁸

Arjantin davalarına bakan hakem heyetleri, zorunluluk savunmasını kısmen kabul ettikleri durumlarda dahi, AHM yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Arjantin’deki ekonomik krizle ilgili olarak verilen kararlar, gelişmiş ülkelerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere ekonomik krizlere karşı kırılganlıkları göz önünde bulundurulduğunda, ev sahibi geliştirmekte olan devletlerin için endişe yaratmaktadır. Sınırlı kaynak ve kabiliyetleriyle geliştirmekte olan devletler, bu tür ekonomik kriz durumlarında yabancı yatırımcıların meşru beklentilerini karşılamak için aşırı yükümlülük altına girme riskiyle karşı karşıyadır.²²²⁹ Arjantin davalarında hakemlerin benimsediği dar yaklaşım, ev sahibi devletlerin bu tür zor durumların üstesinden gelmek için herhangi bir politika müdahalesinde bulunurken AHM standardını ihlal etme riski altında olacağına dair endişeleri artırmaktadır.²²³⁰

Arjantin davalarına bakan hakem heyetlerinin büyük çoğunluğu, ev sahibi devlette hüküm süren ekonomik krizi göz önünde bulundurarak tazminat veya faiz oranı hesaplamamıştır. Krizin büyüklüğüne atıfta bulunulmasına ve sosyo-politik sonuçlarının kabul edilmesine rağmen, hakem heyetlerin genel olarak ekonomik krize dayanan savunmayı reddetmiş ve büyük ölçüde ekonomik krizin ciddiyetini hesaba katmamıştır. Hakem heyetleri, bazı davalarda ekonomik kriz sebebiyle alınan önlemlerin bir zorunluluk sonucu olduğu savunmasını kısmen kabul etmiş olsalar bile AHM yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermişlerdir. Sonuç olarak, Arjantin ekonomik kriz davalarında hem sorumluluk hem de tazminat bakımından ev sahibi devletin özel koşulları yeterince dikkate alınmamıştır.

II. SDT (Special and Differential Treatment)

²²²⁸ UAD, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Macaristan/Slovakya)*, Karar, I.C.J. Reports 1997, ss. 40-1, § 51-2.

²²²⁹ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 167.

²²³⁰ William W. Burke-White, ‘Part IV Chapter 17: The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System’, in Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010), s. 431-2.

Ev sahibi devletleri korumak için öne sürülebilecek bir diğer formül Özel ve farklı muamele (Special and Differential Treatment) standardını yatırım antlaşmasına dahil etmektir. Gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında çok sayıda yatırım antlaşması imzalanmaktadır. SDT, gelişmekte olan devletlerin ve/veya az gelişmiş ülkelerin özel ihtiyaçlarına ve endişelerine uluslararası ekonomik antlaşmalarda hukuki ifade sağlamaktadır. Temelde, farklı gelişme aşamalarındaki antlaşma taraflarının, farklı yükümlülüklerle bağlı olması gerektiği fikrine dayanmaktadır.

STD yaklaşımına, çok taraflı bir bağlamda, DTÖ antlaşmalarının 145'ten fazla hükmünde rastlanabilir; esasen gelişmekte olan devletlere - kalıcı veya geçici olarak - daha az külfetli yükümlülükler verilmesi; ve/veya gelişmekte olan devletler karşısında gelişmiş ülkelere özel yükümlülükler getirmektedir. Şu ana kadar SDT, yatırım antlaşmaları pratiğinde büyük ölçüde bulunmamaktaydı. Kalkınma için politika alanı ve esneklik gibi genel kavramları içermesine rağmen, çoğunlukla yatırım antlaşmaları yasal simetriye ve karşılıklılığa dayanmaktadır ve bu durum tarafların hak ve yükümlülüklerinin genel olarak aynı olduğu anlamına gelir. Ancak, istisnai olarak, Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (COMESA) (2010) AHM standardına ilişkin bir SDT hükmü açıklaması içermektedir. COMESA Antlaşması, AHM standardına ilişkin maddesinde ev sahibi devletlerin farklı gelişmişlik düzeylerine atıfta bulunmaktadır:

1. Üye Devletler, COMESA yatırımcılarına ve onların yatırımlarına uluslararası teamül hukukuna uygun olarak adil ve hakkaniyetli muamele gösterecektir. Adil ve hakkaniyete uygun muamele, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılama ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adaletten mahrum bırakmama yükümlülüğünü de içerir.

2. Bu Maddenin 1. Paragrafı, uluslararası teamül hukukunun yabancılara yönelik asgari muamele standardını, kapsam dahilindeki yatırımlara sağlanacak asgari muamele standardı olarak belirler ve bu standardın gerektirdiğine ek veya ötesinde bir muamele gerektirmez.

3. Daha fazla kesinlik için, Üye Devletler, farklı Üye Devletlerin farklı idari, yasama ve yargı sistemlerine sahip olduğunu ve farklı gelişmişlik düzeylerindeki Üye Devletlerin aynı standartlara aynı anda ulaşamayabileceğini anlar. Bu Maddenin 1. ve 2. Paragrafları bu bağlamda tek bir uluslararası standart oluşturmaz.”

Antlaşma metnindeki bu yaklaşım, katılımcı ülkenin gelişmişlik düzeyine bağlı olarak AHM standardının yorumlanmasına esneklik getirmeyi amaçlamaktadır. COMESA m. 14, az gelişmiş ülkelerde iş yapmanın gerçekliğini kabul ederek sınırlı bir kamu yönetimi seviyesine işaret etmektedir. COMESA m. 14, hakem heyetinin AHM'yi yorumlarken yerel yönetim uygulamalarının özelliklerini dikkate almalarını açıkça gerektirmektedir.²²³¹

Yatırım tahkimi içtihatları incelendiğinde, bu tarz özel bir hükmün yokluğunda dahi, ev sahibi devlet kurumlarının gelişmişlik düzeyinin, yatırımcının devlet makamlarından verimlilik ve davranış açısından meşru olarak bekleyebilecekleri üzerinde açıkça bir etkisi olduğu sıklıkla vurgulanmıştır. Dolayısıyla, bir devletin AHM standardı taahhüdü, belirli bir durumda belirli bir devletten neyin beklenmesinin makul olduğuna bağlı olarak farklı şekilde okunabilmektedir. NAFTA bağlamında davalara bakan hakem heyetleri ise bu görüşe karşıdır. Çünkü, AHM standardının yabancılara yönelik asgari muamele standardı ile eşitlendiği durumlarda böyle bir esnekliğin mevcut olmadığını ve standardın devletten devlete değişmemesi gerektiğini belirtmişlerdir.²²³²

Sürdürülebilir kalkınma ile yatırım antlaşmaları arasında daha uyumlu bir pratiğin çalışmasını sağlamak amacıyla SDT hükmü kullanılması çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin, gelişmekte olan devletler için daha düşük düzeyde yükümlülükler veya yükümlülüklerden/taahhütlerden kaçınmak için kalkınma odaklı istisnalar getirilebilir.²²³³ SDT hükümleri, özellikle az gelişmiş ve düşük gelirli ülkeler için yatırım antlaşmalarının daha sürdürülebilir ve kalkınma dostu hale getirmek için işlevsel bir rol oynayabilme potansiyeline sahiptir.

III. İnsan Hakları

Yabancı yatırımların devletler için hem maliyet hem de fayda içerdiği iyi bilinmektedir.²²³⁴ Yabancı yatırımcılar gelişmekte olan devletlere yolsuzluğun artması, ekolojik yıkım ve egemenliğin ciddi şekilde daralması gibi potansiyel zararlar

²²³¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, s. 37.

²²³² *Glamis Gold, Ltd. v. ABD*, Karar, § 615.

²²³³ UNCTAD, *Investment Policy Framework For Sustainable Development*, s. 81.

²²³⁴ Kläger, '*Fair and Equitable Treatment*' in *International Investment Law*, s. 24.

getirebilmektedir. Sonuç olarak, elit çevrelerin ve ekonomik olarak gelişmiş olanların çıkarlarından bağımsız bir ekonomik kalkınma mümkün görünmemektedir.

İnsan haklarının hayata geçirilmesi, ulusal ve uluslararası ekonomik ve sosyal kalkınma politikalarıyla ilişkilidir. Yabancı yatırım bu bağlantıyla olan ilişkisi sebebiyle önemlidir. Ancak, yatırım hukuku sisteminin sürdürülebilir kalkınma noktasında devletlere ne ölçüde yarar sağladığı tartışmalıdır.²²³⁵ Yine de bazı yazarlar, davanın gerçeklerine bağlı olarak, yatırım hukuku ile insan hakları hukuku ilişkisinin, yatırım antlaşması uyuşmazlıklarında sorumluluk ve tazminatı potansiyel olarak etkileyebileceğini öne sürmektedir.²²³⁶

2023 tarihli BM raporunda, BM İnsan Hakları ve Çevre Özel Raportörü David R. Boyd, yatırım tahkimi sistemi ve insan hakları arasında bir gerilim olduğunu ve yabancı yatırımcıların çıkarları, yerli yatırımcılara, devlete, insan haklarına, güvenli bir iklim de dahil olmak üzere sağlıklı bir çevreye ve aktif ve önerilen projelerden etkilenen yerel topluluklara göre önceliklendirildiği belirtmiştir.²²³⁷ AHM standardı, hakemlere, ev sahibi devletin politikalarının meşruiyetinin incelemek için geniş takdir yetkisi marjları sağlamakta ve böylece iklim değişikliğine ilişkin düzenlemeler yapmak gibi politika alanlarına kısıtlamalar getiremeye hizmet edebilmektedir.²²³⁸

AİHS ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR) gibi insan hakları sözleşmelerinin uygunluğu bazı yatırım tahkimi hakem heyetleri tarafından kabul edilmiştir.²²³⁹ Ancak, serbest ticaret antlaşmaları veya yatırım antlaşmasındaki tahkim şartının kapsamını aşan diğer uluslararası antlaşmaların uyuşmazlıklarda nasıl rol alabileceği tartışmalıdır. Uluslararası yatırım antlaşmasının başka bir hükmünün veya başka bir uluslararası antlaşmanın ihlali, AHM maddesinin ihlali için bir talep

²²³⁵ Schill, Tams, Hofmann, “Chapter 1: International investment law and development: Friends or foes?”, ss. 9-10.

²²³⁶ Giovanna E. Gismondi, **International environmental law and international human rights law in investment treaty arbitration: the contribution of host states’ argumentation in re-shaping international investment law**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International B.V, 2023, s. 176.

²²³⁷ Paying Polluters: The Catastrophic Consequences of Investor-State Dispute Settlement for Climate and Environment action and Human Rights, Note by the UN Secretary-General to the General Assembly, 78th Sess., UN Doc. A/78/168, 2023, s. 6, <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a78168-paying-polluters-catastrophic-consequences-investor-state-dispute> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²²³⁸ Monti, Fermeglia, “The FET Standard between Treaty Reform and ISDS Practice”, s. 158.

²²³⁹ Reinisch, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment”, s. 285.

oluşturamayacağı sıklıkla dile getirilmektedir.²²⁴⁰ Meksika-Singapur BIT (2009) m.4(3) *“Bu Antlaşmanın veya ayrı bir uluslararası antlaşmanın başka bir hükmünün ihlal edildiğinin tespit edilmesi, bu Maddenin ihlal edildiğini göstermez”* şeklindedir. Bu durumda sorun artık AHM’nin nasıl yorumlanacağı değil, hakem heyetinin yargı yetkisinin kapsamıdır. AHM’nin yorumlanmasına ilişkin olarak, diğer uluslararası antlaşmaların dikkate alınmasına ilişkin en önemli yorumlayıcı kılavuz VAHS m. 31(3)(c) tarafından sağlanmaktadır.²²⁴¹

Uluslararası Hukuk Komisyonu Fragmentation Raporu’na göre *“Bir mahkeme sadece belirli bir belgeye ilişkin yargı yetkisine sahip olsa da, bu belgeyi her zaman normatif çevresiyle, yani diğer uluslararası hukukla ilişkisi içinde yorumlamalı ve uygulamalıdır.”*²²⁴² Rapor, iki veya daha fazla norm arasında tutarsızlık, çatışma veya örtüşme ortaya çıktığında uyumlaştırıcı bir araç olarak m. 31(3)(c)’ye yani sistemik entegrasyona başvurulmasını önermektedir.²²⁴³

Uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun, m. 31(3)(c) uyarınca yatırım antlaşmaları için anlam çıkarmak için uygun bir referans noktası olup olmadığı, insan haklarının taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir ilgili uluslararası hukuk kuralları oluşturup oluşturmadığına bağlıdır.²²⁴⁴ Kısaca, bir uluslararası hukuk kuralı olmalıdır ve bu kural taraflar arasındaki ilişkide ilgili ve uygulanabilir olmalıdır. Bağlayıcı bir taahhüt niteliği taşımayan normlar, bağlayıcı uyumsuzluk çözümü yoluyla uygulanabilir olmadıkları için, bir antlaşmada yer alsalar dahi kural niteliği taşımazlar. Mülkiyet hakkı ve bireylerin adil yargılanma noktasında entegrasyon kabul edilebilir gözükmemektedir, ancak genel olarak çevre hukuku ve insan Hakları hukukuna ilişkin ilkelerin çoğu bağlayıcı olmayan esnek kurallarda (soft law) yer almaktadır. Bu

²²⁴⁰ UNCTAD, Investment Policy Framework For Sustainable Development, s. 98,

²²⁴¹ Roland Kläger, “Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development”, s. 77.

²²⁴² International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 ve Ek 1 (13 Nisan 2006), Martti Koskenniemi tarafından tamamlanan Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışma Grubu Raporu, § 423.

²²⁴³ International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 ve Ek 1 (13 Nisan 2006), Martti Koskenniemi tarafından tamamlanan Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışma Grubu Raporu, § 420.

²²⁴⁴ Bruno Simma, Theodore Kill, “Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology”, **International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer**, ed. Christina Binder vd., Oxford University Press, 2009, s. 695, doi:10.1093/acprof:oso/9780199571345.003.0036.

durum, m.31(3)(c) uygulanabilirliği önünde bir engel teşkil etmektedir.²²⁴⁵ Bu durum, çevre hukuku ve insan hakları hukukuna ilişkin birçok ilkenin yatırım antlaşmalarının sistemik entegrasyon yorumu için gerekli eşiği karşılamadığını göstermektedir.²²⁴⁶ Sistemik entegrasyon, yalnızca harici kuralın antlaşma yorumlama sürecinde tamamlayıcı veya destekleyici bir rol oynadığı durumlarda geçerlidir.²²⁴⁷ Öte yandan, VAHS m.31(3)(c) aracılığıyla entegrasyon belli durumlarda yorum yoluyla uyumlaştırmaya izin vermektedir, ancak bir antlaşmayı değiştirmek için kullanılmamalıdır.²²⁴⁸

Yatırım antlaşmasını imzalayan taraf devletlerin, yatırım uyuşmazlıkları çözümü için yatırım tahkimine geniş rıza göstermesi durumunda, yatırım antlaşması dışındaki bir uluslararası antlaşma normunun ihlalinin de yatırım tahkiminde ileri sürülebilmesi mümkündür.²²⁴⁹ Ancak, ilgili antlaşmadaki normun bireysel bir hak veya menfaat sağlaması gerekmektedir. Aynı zamanda, ihlal edildiği iddia edilen normla ilgili bir sözleşme varsa, bu sözleşme, sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklar için belirli bir yargı mekanizması lehine münhasır bir yargı yetkisi sağlamamalıdır.²²⁵⁰

En başta da belirtildiği gibi, başka bir uluslararası antlaşma normu ihlalinin AHM ihlaline etkisinin ifade edildiği antlaşma metinleri bulunmaktadır. Bu yaklaşım, AB yatırım antlaşmaları pratiğinde de mevcuttur. Bir yatırımcının bir uluslararası çok taraflı çevre antlaşması²²⁵¹ veya yerel çevre kanununun²²⁵² onaylanmasıyla bağlantılı olarak meşru beklentiler oluşturduğu iddiası yatırım uygulamasında oldukça nadirdir. Devlet yetkilileri tarafından herhangi bir özel temsilin yokluğunda Paris Antlaşması'nda üstlenilen herhangi bir taahhüdün ihlali hiçbir zaman AHM hükmünün ihlaline yol açmayacaktır çünkü AB önerisi bu antlaşmanın başka bir hükmünün veya

²²⁴⁵ Gismondi, *International environmental law and international human rights law in investment treaty arbitration*, s. 169.

²²⁴⁶ a.g.e., s. 168.

²²⁴⁷ a.g.e., s. 172.

²²⁴⁸ Simma, Kill, "HARMONIZING INVESTMENT PROTECTION AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS", s. 692.

²²⁴⁹ Berk Demirkol, "Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration", *Leiden Journal of International Law*, C. 31, S. 1, 2018, s. 90.

²²⁵⁰ a.g.e., ss. 90-91.

²²⁵¹ Peter A Allard v. Barbados Hükümeti, Karar, § 177-8: Davacı, Barbados'un Ramsar Sulak Alanlar Sözleşmesi ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ni onaylaması nedeniyle beklentilerinin makul olduğunu savunmuştur.

²²⁵² *Zelena NV ve Energo-Zelena d.o.o İndija v. Sırbistan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/14/27, Karar, 9 Kasım 2018, § 156, 239, 267, 293'ten aktaran Ioan Micula, Viorel Micula ve diğerleri v. Romanya [II], ICSID Dava No. ARB/14/29, Karar, 5 Mart 2020, § 367-70.

başka bir uluslararası antlaşmanın ihlalinin ihlali teşkil etmeyeceğini açıklığa kavuşturmaktadır.²²⁵³ Buna karşılık, kapsamlı bir iklim dostu yatırım antlaşması, yatırımcıların yatırım tahkimi yoluyla iklim korumasının dışardan uygulayıcıları olarak hareket etme potansiyelini kullanacak ve hatta bir devletin çok taraflı çevre antlaşmalarında üstlendiği taahhütlerle ilgili olarak meşru beklentilerin ortaya çıkabileceğini açıkça şart koşabilecektir. AB önerisi bu yolu izlemese de, uyumsuzluk çözümü yollarıyla çok taraflı çevre antlaşmalarında üstlenilen taahhütlere uyulmasını zorlama seçeneğini tartışmalı bir şekilde içermektedir.²²⁵⁴

AHM hükümlerinin normatif açıdan en rahatsız edici yönü, hakemler tarafından belirli bir şekilde yorumlandıkları takdirde, devleti kendi halkına karşı taahhütlerini yerine getirmekten caydırma veya devleti cezalandırma riski taşımalarıdır.²²⁵⁵ İnsan hakları hukukunun ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara zarar veren tedbirler almasını gerektirdiği veya teşvik ettiği durumlarda, bir devletin yatırım hukuku kapsamındaki taahhütleriyle olan gerilimler belirgin hale gelir. Özellikle, bir devletin yabancı yatırımcılar üzerinde olumsuz bir etkiye neden olan eylemleri, bu yatırımcılara yönelik daha önceki taahhütler veya beyanlar ne olursa olsun, devletin taraf olduğu insan hakları antlaşmalarında yer alan farklı yetkiler olarak adlandırdığım hususlarla makul bir şekilde ilişkili olduğunda, genellikle AHM ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiği öne sürülmektedir.²²⁵⁶ Hakemler kararlarını hukuka uygun vermeye çalışsa da herhangi bir hakem heyetinin adil ve hakkaniyet gibi kelimeler içeren açık dokulu bir AHM maddesini yorumlaması, ev sahibi devletin taahhütlerine nasıl davranılacağı konusunda ahlaki bir pozisyon almayı gerektirebilir.²²⁵⁷ Yine de hakemlerin, ev sahibi devletlerin insan hakları yükümlülüklerini dikkate almaları halinde bunun uluslararası yargılama biçiminin

²²⁵³ AB önerisi m. 10(1)(iv). Bu hüküm AIP m. 10(2)'de de yer almakla birlikte, meşru beklentilerin engellenmesinin bir AHM ihlali olarak dahil edilmesi, özellikle AIP'deki bir dipnotta Akit Tarafın kamuoyunca bilinen ilgili politikaları ve bunların hedefleri dikkate alınarak "açık ve belirli bir beyan veya taahhüt" anlayışının daha geniş bir şekilde özetlenmesi nedeniyle, AIP kapsamında bu tür iddialara daha fazla yer bırakabilir (AIP m. 10(2)(vi) 3).

²²⁵⁴ Johannes Tropper, Kilian Wagner, "The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?", 2022, s. 840, doi:10.1163/22119000-12340271.

²²⁵⁵ Steven R Ratner, "Fair and Equitable Treatment and Human Rights: A Moral and Legal Reconciliation", *Journal of International Economic Law*, C. 25, S. 4, 2022, s. 569, doi:10.1093/jiel/jgac045.

²²⁵⁶ a.yer.

²²⁵⁷ Ratner, "Fair and Equitable Treatment and Human Rights", s. 571.

meşruiyetinin artacağını savunanlar bulunmaktadır.²²⁵⁸ AHM ile insan hakları arasındaki bağın önemini vurgulayanlar, bir devletin taraf olduğu insan hakları antlaşmalarında belirtilen yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirmesinin AHM’yi ihlal etmeyeceğini öne sürmektedir.²²⁵⁹

İnsan hakları ile AHM arasındaki ilişki, yatırım tahkimi kararları ve yatırım antlaşmalarında hüküm sürmeye başlayan yeni antlaşma yapma pratiği üzerinden tartışılacaktır.

A. Tahkim İçtihadı

AHM standardı tartışılırken insan hakları mülahazaları sık sık gündeme gelebilmektedir. Hakem heyetlerinin AIHM içtihatlarına atıf yapan birçok kararı da bulunmaktadır.²²⁶⁰ *Rompetrol v. Romanya* davasında, hakem heyeti, AHM standardı değerlendirilirken insan hakları alanındakiler dahil olmak üzere geniş bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir: “Özellikle adil ve hakkaniyete uygun muamelenin değerlendirilmesine yönelik materyal kategorisi kapalı bir kategori değildir ve uygun durumlarda, adil ve hakkaniyete uygun muamelenin içeriğine faydalı bir şekilde ışık tutmaları halinde ve bu ölçüde, diğer uluslararası rejimler (insan hakları alanındakiler de dahil olmak üzere) kapsamındaki ortak standartların değerlendirilmesini içerebilir.”²²⁶¹

Hakemler, antlaşmanın yorumlanması sürecinde bağlayıcı insan hakları yükümlülüklerini dikkate alabilmektedir. *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Türkiye* iptal kararında hakem heyeti buna dikkat çekmiştir: “İnsan hakları belgelerindeki adil yargılanma hakkına ilişkin hükümler ve bu konudaki yargı uygulamaları, ICSID Sözleşmesi m. 52(1)(d)’de kullanılan temel usul kuralı kavramının yorumlanmasıyla ilgilidir. Bu, ICSID Sözleşmesi’ne yabancı

²²⁵⁸ Ernst-Ulrich Petersmann, “HUMAN RIGHTS, CONSTITUTIONALISM, AND ‘PUBLIC REASON’ IN INVESTOR-STATE ARBITRATION”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, ed. Christina Binder vd., Oxford University Press, 2009, s. 887, doi:10.1093/acprof:oso/9780199571345.003.0045.

²²⁵⁹ Ratner, “Fair and Equitable Treatment and Human Rights”, s. 590.

²²⁶⁰ *Electrabel v. Macaristan*, Karar, § 179; *Tecmed v. Meksika*, Karar, § 155-6; *Azurix Corp v. Arjantin*, Karar, § 311-2; *Jan Oostergetel ve Theodora Laurentius v. Slovak Cumhuriyeti*, Karar, § 291; *Iberdrola Energía S.A. v. Guatemala Cumhuriyeti*, Karar, § 429; *Mondev International Ltd. v. ABD*, Karar, § 141-4.

²²⁶¹ *The Rompetrol Group N.V. v. Romanya*, Karar, § 172.

yükümlülükler eklemek değildir. Aksine, bu amaçla insan hakları alanından kaynaklanan otoritelere başvurmak, antlaşmanın yorumlanmasında meşru bir yöntemdir."²²⁶²

AHM'nin bir parçası olarak meşru beklentiler yaklaşımı, teorik olarak, bir hakem heyetini insan hakları hukuku da dahil olmak üzere devletin halkına karşı taahhütlerini dikkate almasına izin verebilir. *Philip Morris v. Uruguay* mahkemesi, tütün şirketinin, belirli düzenlemeleri gerektiren ve diğerlerini teşvik eden DSÖ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi (FCTC) de dahil olmak üzere, tütünün zararlı etkisine yönelik uluslararası endişenin yaygın olarak kabul edilen ifadeleri ışığında satışlarının ek düzenlemeyle karşılaşmayacağına dair meşru bir beklentiye sahip olamayacağına karar vermiştir.²²⁶³ Yine de hakem heyeti, Uruguay'ın, Philip Morris'e tütün hakkında daha fazla düzenleme yapılmayacağı taahhüdünde bulunmuş olması halinde, FCTC kapsamındaki görevlerini yerine getirme taahhüdünün ihlalinin AHM'yi ihlal edebileceği ihtimalini açık bırakmıştır.²²⁶⁴ Arjantin'in ekonomik kriz sırasında bir su imtiyazını feshetmesiyle ilgili *Urbaser v. Arjantin* davasında, hakem heyetinin meşru beklentilerin bir devletin yasal çerçevesini dikkate alması gerektiğini kabul etmesi, devletin suya yönelik temel insan hakkın garanti altına alma ihtiyacını öne çıkarmıştır.²²⁶⁵ Hakemler çeşitli yatırım antlaşması hükümlerini (geçici tedbirlerin bağlayıcılığı, temel güvenlik menfaati, kamulaştırılabilecek haklar) yorumlarken insan hakları normlarını doğrudan uygulama niyeti olmasa da, insan hakları mahkemelerinin içtihatlarından ilham almışlardır.²²⁶⁶

Yatırımcılar açtıkları davalarda, uluslararası insan hakları ve çevre hukukunu, genel ve geniş AHM hükmüne anlam kazandırmak için kullanmaktadır.²²⁶⁷ Yatırım tahkimi hakem heyetlerinin davacıların insan hakları belgelerine dayanan argümanlarını reddettiği örnekler mevcuttur. Bolivya'nın maden imtiyazlarını devralmasını ele alan *South American Silver v. Bolivya* davasında, hakem heyeti,

²²⁶² *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/11/28, İptal Kararı, 30 Aralık 2015, § 92.

²²⁶³ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 430-4.

²²⁶⁴ *Philip Morris v. Uruguay*, Karar, § 429.

²²⁶⁵ *Urbaser v. Arjantin*, Karar, § 622-4.

²²⁶⁶ Ursula Kriebaum, "Human Rights and International Investment Arbitration", **The Oxford Handbook of International Arbitration**, ed. Thomas Schultz, Federico Ortino, Oxford University Press, 2020, s. 174, doi:10.1093/law/9780198796190.003.0006.

²²⁶⁷ Gismondi, *International environmental law and international human rights law in investment treaty arbitration*, s. 75.

Bolivya'nın yerli halklarla ilgili olanlar da dahil olmak üzere insan hakları yükümlülüklerini ne uluslararası teamül hukuku ne de her iki yatırım antlaşması tarafının da bağlı olduğu bir antlaşmada yer almadıkları için, yatırım antlaşmasını yorumlarken konu dışı bulmuştur.²²⁶⁸

Bir başka uyuşmazlıkta, *Grand River v. ABD* davasında, davacılar AHM yükümlülüğünün davalıyı Jay Antlaşması ve diğer antlaşmalar, çeşitli insan hakları belgeleri ve Kızılderili ticaretini etkileyen ABD anayasal hükümleri uyarınca yerli toplulukların üyeleri olarak sahip oldukları hakları gözetmeye mecbur ettiğini iddia etmişlerdir. Hakem heyeti, AHM'nin temeli olarak, yabancı yatırımcıların yatırımlarının korunmasına ilişkin teamül standardı, yatırımcılara veya yatırımcı sınıflarına diğer hukuk kaynakları kapsamında sağlanabilecek diğer yasal korumaları içermediğini belirtmiştir. Hakem heyetine göre, bunun aksini düşünmek, NAFTA m.1105'i iç hukuk ve uluslararası hukukun ihlal edildiği iddialarına dayanan talepleri genel olarak dava etmek için bir araç haline getirecek ve böylece Serbest Ticaret Komisyonu'nun bağlayıcı direktifinde belirlediği m.1105. sınırlı kapsamını gereksiz yere aşacaktır.²²⁶⁹ Bu nedenle, hakem heyeti, davacıların hükümetler ve yerli halklar arasında genişletilmiş istişare çağrısında bulunan bir teamül kuralının varlığının AHM maddesi aracılığıyla ileri sürülebileceği yönündeki argümanını reddetmiştir.²²⁷⁰ *Grand River v. ABD* davasında, hakem heyeti, uluslararası teamül hukukunun asgari muamele standardının sadece asgari bir standart olduğunu vurgulamıştır. Uluslararası toplum tarafından kabul edilmeyen davranışların altında bir taban, mutlak bir dip olarak hizmet etmesi amaçlanmıştır.²²⁷¹

Çevrenin korunması tartışmasız bir şekilde kamu yararını ilgilendiren bir konudur ve bundan dolayı, bu amaca yönelik hükümet tedbirleri devletin düzenleme hakkı kapsamına girmektedir.²²⁷² *Eco Oro v. Kolombiya* davasında, hakem heyetinin çoğunluğu, kamulaştırma kapsamında alınan tedbirlerin ayrımcı olmadığını ve meşru bir kamu yararı hedefini, yani çevrenin korunmasını korumak için tasarlanıp, iyi

²²⁶⁸ *South American Silver v. Bolivya*, Karar, § 214-7. Olası bir karşı davayı haklı göstermek için insan hakları hukukunun kullanımı için bkz. *Urbaser v. Arjantin*, Karar.; ayrıca bkz. *Aven v. Kosta Rika*, ICSID Dava No. UNCT 15/3, Nihai Karar, 18 Eylül 2018.

²²⁶⁹ *Grand River v. ABD*, Karar, § 219.

²²⁷⁰ *Grand River v. ABD*, Karar, § 213.

²²⁷¹ *Grand River v. ABD*, Karar, § 214.

²²⁷² Nilo Sérgio Gaião Santos, "Article: Environmental Exception and the Legitimate Expectations of Investors in Investment Arbitration", *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2024, s. 26.

niyetle alındığını belirterek ihlal bulmamıştır.²²⁷³ Bu karar, bir tedbirin kamu yararı hedefi olarak çevrenin korunmasını teşvik ettiği iddiasının kabul edildiği az sayıdaki örnektendir. Ancak, hakem heyeti daha sonra bürokratik verimsizlikleri araştırmış ve bunları AHM ihlali olarak değerlendirmiştir. Antlaşmanın amacının yabancı yatırımlarda istikrarı sağlamak olduğu belirtmiştir.²²⁷⁴ Hakem heyeti, meşru beklentiler doktrininin değerlendirirken sorunun temel noktasının, Kolombiya hükümetinin sınırlarını belirlemedeki başarısızlığı olarak tanımlamıştır.²²⁷⁵ Karar eleştirilere maruz kalmıştır, özellikle çevrenin korunmasındaki çıkarlar açıkça ağır bastığında, bir denge arayışının boşuna olduğu ve uluslararası hukukta çıkarlar hiyerarşisi göz önüne alındığında, yabancı yatırımların korunması, yerli hakları ve kültürün korunması da dahil olmak üzere çevre ve insan haklarının korunmasından daha alt sıralarda yer alması gerektiği belirtilmiştir.²²⁷⁶ Aynı zamanda, hakem heyetinin, AHM kavramını mümkün olduğunca genişleterek sorumluluk bulma eğiliminde olduğuna dikkat çekilmiştir.²²⁷⁷

Yatırımcının durum tespiti yapması gerekliliği, bir şirketin kendi faaliyetlerinin insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini tespit etmesini, önlemesini, hafifletmesini ve hesap vermesini gerektiren insan hakları durum tespiti çerçevesiyle bir ölçüde örtüşmektedir.²²⁷⁸ Yatırım tahkimi hakem heyetleri, yatırımcıların yatırımdan önce ve yatırım sırasında durum tespiti yapmalarını gerekli bulmuştur. Genel durum tespiti görevi, uygun ve gerekli olan her yerde kaçınılmaz olarak insan hakları durum tespitini de kapsayacaktır.²²⁷⁹ Ancak, bir yatırımcı ev sahibi devletin düzenleyici çerçevesine ilişkin bir durum tespiti araştırması yapmadan önce insan hakları konularına odaklanmaz. Bununla birlikte, yatırımlarına zarar verebilecek olası insan hakları risklerini tespit edebilir ve bu insan hakları risklerini dikkate almayı ihmal eden bir yatırımcı, meşru beklentiler kapsamında koruma talebini zayıflatma riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu konudaki bir örnek, hakem heyetinin AHM talebini

²²⁷³ *Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 642.

²²⁷⁴ *Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 770.

²²⁷⁵ *Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya*, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, § 772.

²²⁷⁶ M. Sornarajah, “Conclusion: Containing the Pernicious Regime of Investment Arbitration”, *Rethinking Investment Law*, ed. David Schneiderman, Gus Van Harten, Oxford University Press, 2023, s. 230, doi:10.1093/oso/9780192871084.003.0011.

²²⁷⁷ a.g.e., s. 235.

²²⁷⁸ BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (2011)

²²⁷⁹ Rajput, “Due Diligence in International Investment Law”, s. 283.

değerlendirirken, bir yatırımcının devletin Anayasasına göre halkın sağlığını ve suya erişimini sağlama amacının farkında olmasının beklendiğinin vurguladığı *Urbaser v. Arjantin* davasıdır.²²⁸⁰ Bu dava, özellikle bir yatırımcı su ve sanitasyon hizmetleri gibi son derece hassas bir sektörde faaliyet gösterdiğinde, olası insan hakları etkilerini de içeren bir durum tespiti değerlendirmesinin, ev sahibi devletin düzenleyici çerçevesini değerlendirmenin önemli bir parçası olduğunu vurgulamaktadır.

İçtihatlar incelendiğinde hakem heyetleri, AHM maddesini sıklıkla uluslararası insan hakları ve çevre hukukunu normlarını veya değerlerini kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Bununla birlikte, bunların AHM analizindeki gerçek etkisi, davanın belirli gerçeklerine ve koşullarına bağlıdır.²²⁸¹ Uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun, AHM kapsamında açıkça veya zımnen yer almasına yönelik bir yaklaşmanın ortaya çıkmakta olduğu görülmektedir. Buna göre, ev sahibi devlet tarafından düzenleyici çerçevenin değişmeyeceğine dair beyan veya taahhütte bulunulmadığı sürece, devletler yatırım antlaşması taahhütlerini ihlal etmeksizin uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun taahhütlerini uygulayan yeni yasaları değiştirme veya kabul etme yetkisine sahiptir. Ayrıca, uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun uyarınca çıkarılan kanun veya yönetmelikler, bir tedbirin makul olduğunun, keyfi olmadığına veya devletin iyi niyetle hareket ettiğinin kanıtı olabilir. Uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun normatif otoriteye veya yüksek ahlaki standartlara sahip olduğundan, hakemler davalı devletlere yüksek derecede saygı göstermektedir.²²⁸² AHM'nin, hukukun üstünlüğü kavramıyla temellendirilmesiyle, uluslararası insan hakları ve çevre hukuku dahil olmak üzere ulusal ve uluslararası hukuka içkin birçok meseleyi ele alabilmektedir.²²⁸³

B. Güncel Yatırım Antlaşmaları Pratiği

Son yıllarda imzalanan yatırım antlaşmalarında insan hakları ile ilgili ifadelere önsözde yer verme, insan haklarına atıf içeren veya insan haklarıyla ilgili sayılabilecek maddi hükümler ekleme yaklaşımı gözlemlenmektedir. Bu yaklaşımın örnekleri olarak

²²⁸⁰ *Urbaser S.A. v. Arjantin*, Karar, § 622.

²²⁸¹ Gismondi, *International environmental law and international human rights law in investment treaty arbitration*, s. 151.

²²⁸² a.g.e., s. 159.

²²⁸³ Velimir Živković, **Fair and Equitable Treatment and the Rule of Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023, s. 234.

beş kategori dikkat çekmektedir: Antlaşma önsözünde insan haklarına vurgu, kurumsal sosyal sorumluluk hükümleri, genel istisna hükümleri, düzenleyici özerkliği koruyan hükümler ve standartların düşürülmemesine ilişkin hükümler. Bazı durumlarda, insan haklarına açıkça atıfta bulunulmamakla birlikte, kullanılan dil yine de insan haklarıyla ilgili yorumsal konuları gündeme getirmektedir.²²⁸⁴

2019-2024 arasında imzalanan yeni yatırım antlaşmalarının önsözlerinde insan haklarına veya belirli insan hakları belgelerine atıfta bulunan birçok örnek bulunmaktadır. CARIFORUM Devletleri-Birleşik Krallık EPA (2019)²²⁸⁵ genel olarak tarafların insan haklarına saygı gösterme taahhüdüne atıfta bulunmaktadır. AB-Vietnam IPA (2019)²²⁸⁶, tarafların İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne bağlılıklarını teyit ederek belirli uluslararası belgelere atıfta bulunmaktadır.

Japonya-Fas BIT (2020) önsözü, halk sağlığı, çevre, doğal kaynaklardan bahsetmektedir. Fiji-ABD TIFA (2020) önsözü, işçilik, çevre, deniz çöpu, yasadışı ağaç kesimi, yasadışı balıkçılık, cinsiyet eşitliğinden bahsetmektedir. RCEP Yatırım Bölümü (Bölüm 10) (2020) önsözü, sürdürülebilir kalkınmadan bahsetmektedir. Macaristan-Kırgızistan BIT (2020) önsözü, sağlık, çevre, insan hakları, emek, kurumsal sosyal sorumluluktan bahsetmektedir.

Gürcistan-Japonya BIT (2021) önsözü, yatırım antlaşmasındaki hedeflere, genel uygulamaya yönelik sağlık, güvenlik ve çevre tedbirlerini gevşetmeden ulaşılabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

İtalya Model BIT (2022) önsözü, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ifade edilen ilkeleri göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Endonezya-İsviçre BIT (2022) önsözü, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve temel özgürlükler de dahil olmak üzere Birleşmiş Milletler Şartı ve İnsan Hakları Evrensel

²²⁸⁴ 2024 Year in Review: Human Rights and ISDS—Continued Convergence of Human Rights and the Environment, Nicholas J. Diamond (Georgetown Law) and Kabir A.N. Duggal (Columbia Law School)/Ocak 30, 2025, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2025/01/30/2024-year-in-review-human-rights-and-isds-continued-convergence-of-human-rights-and-the-environment/> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²²⁸⁵ CARIFORUM Devletleri-Birleşik Krallık EPA (2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5822/download>

²²⁸⁶ AB-Vietnam IPA (2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

Beyannamesi'nde belirtilen ilke ve hedeflere bağlılıklarını teyit etmektedir. Macaristan-Umman BIT (2022) önsözü, hedeflere ulaşırken, kamu sağlığı, çevre, güvenlik, emniyet ve sürdürülebilir kalkınmanın teşvik edilmesi ve korunmasının yanı sıra uluslararası kabul görmüş işçi hakları ve kurumsal sosyal sorumluluk ilkelerinin teşvik edilmesiyle tutarlı bir şekilde hareket edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Kanada-Ukrayna FTA (2023) önsözü, demokrasinin değer ve ilkelerine saygı gösterme ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde tanımlandığı şekilde insan hakları ve temel özgürlükleri teşvik etme ve koruma taahhütlerini teyit etmiştir. Aynı zamanda, her bir tarafın, kendi çevre yasalarını etkin bir şekilde uygulaması, gelişmiş çevresel iş birliği yoluyla yüksek düzeyde çevre korumasını teşvik etmesi, karşılıklı destekleyici ticaret ile çevre politikaları ve uygulamaları yoluyla sürdürülebilir kalkınma amaçlarını ilerletme amaçları olduğunu belirtmiştir.

Angola-Avrupa Birliği SIFA (2023)²²⁸⁷ önsözü, Birleşmiş Milletler Şartı'na bağlılıklarını onaylamış ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan ilkeleri göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. ACP (Afrika, Karayipler ve Pasifik Devletleri-AB Samoa Antlaşması (2023)²²⁸⁸ önsözü, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve diğer ilgili uluslararası insan hakları belgelerinde belirtilen demokratik ilkeler, insan hakları ile hukukun üstünlüğü ve iyi yönetim ilkelerine bağlılıklarını belirtmiştir. EFTA (Avrupa Serbest Ticaret Birliği) – Moldova FTA (2023)²²⁸⁹ önsözü, Birleşmiş Milletler Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde belirtilenler de dahil olmak üzere uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve temel özgürlüklere olan bağlılıklarını vurgulamıştır.

Avustralya-Birleşik Arap Emirlikleri CEPA (2024) önsözü, yüksek düzeyde çevre korumasını teşvik etmek, işçi haklarını korumak ve kadınların, eşitlikçi, kapsayıcı ve sürdürülebilir büyüme ve kalkınmayı teşvik etme sorumluluklarını

²²⁸⁷ Angola-Avrupa Birliği SIFA (2023), <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/a17ccfe1-ce36-428f-bc7f-76bcb902c36a/details?download=true> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²²⁸⁸ ACP-AB Samoa Antlaşması (2023), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8383/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²²⁸⁹ EFTA – Moldova FTA (2023), https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/free-trade-relations/moldova/EFTA-Moldova_Main_Agreement.pdf (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

vurgulamıştır. AB-Kırgızistan EPCA (2024) önsözü, Birleşmiş Milletler Şartı, BM Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarihli ve A/RES/217 (III) A sayılı kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi , Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından ortaya konan ilkelere, özellikle Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı sırasında 1 Ağustos 1975 tarihinde kabul edilen Helsinki Nihai Senedi, BM Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve BM Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile uluslararası hukuk ilke ve normlarına bağlılıklarını teyit ettiğini bildirerek detaylı bir yaklaşım sergilemiştir.²²⁹⁰ EFTA-Hindistan TEPA (2024)²²⁹¹ önsözü, BM Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde belirtilenler de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk kapsamındaki ilgili hak ve yükümlülüklerini hatırlatmıştır.

Sonuç olarak, öncelikle, yatırım antlaşması metninin diğer antlaşmalara ilişkin hükümlerinin nasıl düzenlendiği kritik soru olacaktır. Yatırım hukukunda maddi koruma standartlarının kapsamı, ev sahibi devlet tarafından gözetilmesi gereken meşru menfaatler olarak insan hakları ve sürdürülebilir kalkınma kaygılarına atıfta bulunularak da tanımlanabilir. Örneğin, 2019 tarihli Hollanda Model BIT, çevrenin korunmasını Paris Antlaşması’na, çalışma standartlarını temel ILO Sözleşmelerine ve insan haklarını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne bağlamaktadır.²²⁹² Bu tarz bir antlaşma metni, AHM standardı kapsamında diğer antlaşma metinlerine atıf yapmayı meşrulaştıracaktır. Ancak, yatırım antlaşmasında diğer antlaşma hükümlerinin ihlalinin, yatırım antlaşması hükümlerine etkisi olmayacağı belirtilmişse, hakemlere daha sınırlı bir alan kalmaktadır.

Adil yargılanma ve hukuka uygun yargılama sürecine ilişkin insan hakları hukuku AHM standardının belirlenmesine katkıda bulunurken,²²⁹³ uluslararası çalışma, sağlık veya çevre standartları, meşru ev sahibi devlet menfaatleri ile yatırımcıların haklarının korunması arasındaki dengenin kurulmasında hakemlere

²²⁹⁰ AB-Kırgızistan EPCA (2024), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8490/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²²⁹¹ EFTA-Hindistan TEPA (2024), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8438/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025).

²²⁹² Hollanda Model Yatırım Antlaşması (2019) m. 6.6.

²²⁹³ McLachlan vd., *International Investment Arbitration*, s. 355.

yardımcı olabilir. AHM standardı böylece sistemik entegrasyona ve uluslararası hukuk düzeninde ekonomik ve ekonomik olmayan değerlerin korunmasının uyumlaştırılmasına katkıda bulunabilir. Bazı yazarlar ise hakem heyetlerinin insan hakları argümanlarını devletin sorumluluğunun belirlenmesi aşamasında değil, sadece tazminatın hesaplanması aşamasında dikkate alması gerektiğini savunmuştur.²²⁹⁴

IV. Sonuç

AHM standardı, hakem heyetlerinin ev sahibi devletlerin ihtiyaçlarını dikkate almaması durumunda, devletlerin düzenleyici çerçevede düzenleme yapma hakkına önemli ölçüde sınırlama getirme potansiyeline sahiptir. AHM standardının, gelişmekte olan devletlerin iş hukuku, çevre hukuku, kültürel mirasın korunması ve insan hakları gibi alanlarda politika değiştirme ihtiyacını tehlikeye atmaması gerekmektedir. Hakem heyetleri, ev sahibi gelişmekte olan devletin durumunun yatırım anlaşmazlıkları üzerindeki etkisinin farkında olsalar da genellikle bu durumu AHM yükümlülüğünün yorumlanmasında yeterince dikkate almamışlardır.

Sorumluluk bağlamında özel koşulları göz ardı eden hakem heyetleri, ev sahibi gelişmekte olan devletlerin ihtiyaçlarını karşılamamaktadır. Altyapı ve kaynakların sınırlılığı, teknolojik destek ve yönetim yetenekleri eksikliği gibi faktörlerin yanı sıra siyasi istikrarsızlık, çatışma ve sonrası dönem, toplumsal huzursuzluk, sosyal ve politik geçişler ve ekonomik krizler gibi aşırı durumların AHM standardının yorumlanmasına etki etmesi gerekmektedir.²²⁹⁵ En nihayetinde AHM, görünüşte çelişen yatırım koruma ile devletlerin egemenliği kavramları arasında bir köprü görevi görmektedir.²²⁹⁶

Doktrinde ve birçok yatırım tahkimi kararında, yatırımcının beklentilerini oluştururken siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullara dikkat etmesi gerektiğinin belirtilmesine rağmen, bu koşullara neden ve ne ölçüde dikkat edilmesi

²²⁹⁴ Ioana Knoll-Tudor, "The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms", **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, ed. Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann, Francesco Francioni, Oxford University Press, 2009, s. 343, doi:10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0014.

²²⁹⁵ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 191.

²²⁹⁶ Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, s. 317.

gerektiğini belirtilmemektedir.²²⁹⁷ AHM standardı yalnızca ev sahibi devlet tarafından işlenen çeşitli ihlalleri değil, aynı zamanda ev sahibi devletin genel durumunu da hesaba katan daha esnek bir kavramdır ve standardın içeriğinin belirlenmesinde hakemin rolü esastır.²²⁹⁸

AHM standardının, yatırım tahkimi hakem heyetleri tarafından geniş yorumlanarak çok çeşitli devlet faaliyetlerinin bu standart kapmasında engelleyen yaklaşım, ev sahibi devletin hareket alanını fazlasıyla sınırlandıracaktır. Bu sebeple, devletler, yatırım antlaşmaları hazırlarken AHM standardının içeriğini ve tanımını net şekilde ortaya koyup, antlaşmanın önsözünde sürdürülebilir kalkınma ve devletlerin düzenleme hakkına saygı gibi durumları eklemesi dengeli sonuçların ortaya çıkabilmesini sağlayacaktır. Bazı devlet eylemlerinin AHM koruma kapsamının dışında tutulması ev sahibi devletlerin düzenleme hakkını somutlaştıracaktır.²²⁹⁹ Bunlara örnek olarak, vergi rejimleri ile vergi imtiyazlarındaki değişiklikler, sağlık ve çevre düzenlemeleri ile ruhsat verme, yenileme veya iptal etme gibi durumlar gösterilebilir.

Ev sahibi geliştirmekte olan devletlerin sınırlı kaynakları ve kabiliyetleri, ülkenin yatırımcılara karşı yükümlülüklerine ilişkin değerlendirmeyi etkilemelidir.²³⁰⁰ Geliştirmekte olan devletlerin politikalarını değiştirebilmeye acil ihtiyaçları vardır. Yatırımcıların beklentileri sebebiyle, geliştirmekte olan devletlerin iş hukuku, çevre hukuku, insan hakları, kültürel miras konusundaki haklı politika değişikliklerinin tehlikeye atılmamalıdır.²³⁰¹

Geliştirmekte olan devletlerin belli alanlarda yeterince gelişmişlik düzeyine sahip olmamaları sebebiyle yabancı yatırımcıların bu alanlarla ilgili olarak yerel hukuk sisteminin istikrarı konusunda sınırlı beklentilere sahip olmalıdır.²³⁰² Öte yandan,

²²⁹⁷ Dolzer, “Fair and Equitable Treatment”, s. 27.

²²⁹⁸ Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, s. 234.

²²⁹⁹ Emmanuel T. Laryea, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application”, **Handbook of International Investment Law and Policy**, 2020, s. 12, doi:10.1007/978-981-13-5744-2_55-1.

²³⁰⁰ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 176.

²³⁰¹ a.g.e., s. 182.

²³⁰² Kriebaum, “The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties”, 2011, s. 404.

yatırımcının beklentilerini değerlendirirken, ev sahibi devletin siyasi istikrarsızlık veya yabancı yatırıma yönelik düşmanca geçmişinin, ev sahibi devlete bir avantaj sağlamaması da gerekmektedir. Çünkü bu tarz bir yorum, yatırım antlaşmasının amaç ve hedefine uygun bir yorum değildir. Yatırım antlaşmasının amaçlarından birinin, zaten bu tür geleneklerin, alışkanlıkların üstesinden gelmektir ve yatırım antlaşmasıyla ilgili olarak kabul edilecek yorumlama ilkelerinin, yatırım antlaşmasının amaç ve hedefiyle çelişmemesi gerekmektedir.²³⁰³ Her özel duruma büyük bir önem atfedip göreceli bir yaklaşımda çok ileri gitmek, iyi yönetim ve hukukun üstünlüğü gibi alanlarda ilerlemeyi engelleyici bir rol oynayabilir çünkü iyi yönetim ve hukukun üstünlüğünün uygulanması için çaba göstermeyen devletler, bu ilkelere uymaya çalışan ülkelere kıyasla daha düşük standartlara tabii olacaktır.²³⁰⁴ Aynı zamanda, adaletin reddi gibi konularda hiçbir esneklik olmamalıdır. Hukuki dinlenilme hakkı veya bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye sahip olma hakkı gibi adil yargılanma standartları, bir ülkede hüküm süren ekonomik veya siyasi duruma bağlı olmamalıdır.²³⁰⁵

Yabancı bir yatırımın karlılığı üzerinde doğrudan etkisi olsa bile, ev sahibi gelişmekte olan devletlerin belirli sektörlerdeki politikalarını değiştirme ihtiyacını karşılamak, devletlerin egemenliğinin bir parçasıdır.²³⁰⁶ Hakemlerin kaynak yetersizliği, idari kapasite, kriz, siyasi istikrarsızlık, sosyal huzursuzluk ve çatışma sonrası durumlardan kaynaklanan zorlukları kabul etmeyi reddetmesi, bu sorunların ve zorlukların ev sahibi gelişmekte olan devletlerin yatırım için verimli bir ortam sağlama kabiliyetinde önemli bir rol oynadığı gerçeğini ihmal etmektir.²³⁰⁷ Mevcut tahkim içtihadında, ev sahibi devletin kalkınma sorunları, karşılaştığı zorluklar ve bunların yabancı yatırımlar üzerindeki etkileri konusunda açıkça bir fikir birliği bulunmamaktadır.²³⁰⁸

²³⁰³ Dolzer, “Fair and Equitable Treatment”, s. 27.

²³⁰⁴ Kriebaum, “Are investment treaty standards flexible enough to meet the needs of developing countries?”, s. 340.

²³⁰⁵ Kriebaum, “The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties”, 2011, s. 403.

²³⁰⁶ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 182.

²³⁰⁷ a.g.e., s. 183.

²³⁰⁸ a.g.e., s. 188.

AHM standardının yorumlanması ve uygulanmasındaki tutarsızlık, tüm sistemin meşruiyeti hakkında soru işaretleri doğurmaktadır.²³⁰⁹ Arjantin'in ekonomik krizi ele almak için aldığı tek bir önlemden (Konvertibilite Yasaları) kaynaklanan çeşitli ihtilafları ele alırken verilen kararlar açıkça tutarsızdır. AHM standardının doğasında var olan esneklik, hakemlerin tam bir tutarlılık sağlamasını imkânsız kılsa da, aynı olaylara ilişkin önceki kararlara atıfta bulunarak sağlam bir gerekçeye dayanmak standardı kendi içinde tutarlı hale getirecektir.²³¹⁰ Yatırım tahkimi hakem heyetleri benzer türden konular ve durumlardan kaynaklanan şikâyetleri ele aldıklarında, eğer sonuçlar farklıysa, bunu daha detaylı gerekçelendirmeleri beklenmektedir. Eğer bu yapılmazsa, AHM gibi esnek bir standardın yorumlanması muğlaklığı yatırım tahkimi sistemi hakkında endişelere yol açacaktır.²³¹¹

Hakem heyetleri, zaman zaman gelişmekte olan devletlerin politika alanına müdahale etme konusunda çok ileri gitmişlerdir ve çeşitli acil durum ve kriz hallerinde ev sahibi devletlerin egemenlik haklarını sınırlamışlardır. Devletin bu yetkileri, kendi topraklarındaki davranışları düzenleme konusundaki yasal hakkına dayanmaktadır ve bu haklar uluslararası antlaşmalar ya da sözleşmelerle getirilen her türlü sınırlamanın üstünde bir yer almaktadır. Eğer aksi kabul edilirse, çok fazla yatırımcı koruması odaklı yaklaşım, ev sahibi devletlerin düzenleyici yetkilerini kısıtlayarak ulusal egemenliği, uluslararası mahkemelerin kontrolüne bıraktığı izlenimi yaratabilir.²³¹² Aynı zamanda, hakemlerin, yerel mahkemeler ile kıyaslandığında, kamu politikası girişimlerine ilişkin ihtilafları çevreleyen yerel koşullara ilişkin yetki ve duyarlılığa ne kadar sahip olduğu da şüphelidir.²³¹³

Gelişmekte olan bir ülkede hüküm süren özel durumu dikkate alma ihtiyacı ile karşı karşıya kalan bir hakem heyeti, AHM standardındaki esnekliği kullanarak sorumluluk kapsamında bu özel durumu incelemeli, bunu yapamasa dahi en azından tazminata ilişkin kararında buna değinmelidir.²³¹⁴ Birçok hakem heyeti, ev sahibi

²³⁰⁹ Kläger, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, s. 141.

²³¹⁰ Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, s. 174.

²³¹¹ a.g.e., s. 175.

²³¹² Muchlinski, “Caveat Investor?”, s. 533.

²³¹³ Trakman, Musayelyan, “Caveat investors – where do things stand now?”, s. 79.

²³¹⁴ Ursula Kriebaum, “The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, C. 10, S. 3, 2011, s. 402, doi:10.1163/157180311X594122.

devlette hüküm süren sosyoekonomik durumların sorumluluğa ilişkin değerlendirmede esas alınmayıp tazminat miktarının hesaplanmasında göz önünde bulundurmıştır. Devlet sorumluluğu hukukunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran koşulların başarılı bir şekilde ileri sürülmesi durumunda dahi söz konusu eylemin neden olduğu herhangi bir maddi kaybın tazmini gerekmektedir.²³¹⁵ Sosyoekonomik yatırım ortamı koşullarının incelenmesi genellikle hakemlerin tazminat hesaplamasında ilgili yatırımın maruz kaldığı riski anlamalarına yardımcı olur.²³¹⁶ Ancak, tazminat hesabında ne oranda bir iskonto yapılabileceğini önceden belirlemenin zorluğu sebebiyle her davada olaya özgü bir hesap yapılması gerekecektir.

Bir devletin bir yatırımcıya karşı adil ve hakkaniyetli davranıp davranmadığının belirlenmesi, aynı zamanda yatırımcının eylemlerine de bağlıdır.²³¹⁷ Yolsuzluk eylemlerinde bulunan, faaliyetlerini pervasızca veya makul olmayan bir şekilde yürüten veya bir yatırımın ortaya çıkardığı riskleri uygun bir şekilde değerlendirmeyen ve bunlara karşı kendini korumayan bir yatırımcı, faaliyetleri titizlikle dürüst, iyi yönetilen ve risklere karşı dikkatli olan bir yatırımcıya kıyasla, bir devlet tedbirinin haksız veya adaletsiz olduğunu iddia etmek için daha az dayanağa sahiptir.²³¹⁸ Yatırımcıların da ev sahibi devletin vatandaşlarının beklentileri göz ardı etmeden hareket etmesi bir gerekliliktir.²³¹⁹

İhtiyatlı yatırımcı ilkesi gereği yani yatırımcıların, yüksek risk-yüksek getirili bir yere yatırım yapmanın karlılığı konusunda gerçekçi beklentilere sahip olup hem fırsatların hem de tuzakların farkında olmaları gerekmektedir. Yatırımcının yanlış bir risk değerlendirmesi sonucunda ortaya çıkan zararları üstlenmesi gerekmektedir. Yatırımcılara böyle bir görev yüklemek AHM standardıyla tamamen uyumludur ve kavramın özündeki dengeleme sürecini yansıtmaktadır.²³²⁰ Sonuç olarak, bu inceleme

²³¹⁵ Dapo Akande, Armed Conflicts and Investor-State Disputes, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Volume 39, Issue 2, Spring 2024, s. 211; UHK, “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler”, m. 27.

²³¹⁶ Marcos D. Garcia Dominguez, Calculating Damages in Investment Arbitration: Tribunals Should Take Country Risk into Account?, **Arizona Journal of International & Comparative Law**, Vol. 34, No. 1 2016, s.109.

²³¹⁷ Ocakhan, Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler, ss. 78-92.

²³¹⁸ Salacuse, *The law of investment treaties*, s. 324.

²³¹⁹ Tim Wood, “Political Risk or Political Right? Reconciling the International Legal Norms of Investment Protection and Political Participation”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 30, S. 3, 2015, s. 688, doi:10.1093/icsidreview/siv027.

²³²⁰ Muchlinski, “‘Caveat Investor’?”, s. 542.

hakemin davacıya ödenmesi gereken tazminat miktarını belirleme çabalarının önemli bir parçası haline gelir.²³²¹ AHM ve özellikle meşru beklentiler bu amaca hizmet etme potansiyeline sahip kavramlardır.²³²² Yatırımcı ile devlet uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında, ev sahibi devletin gelişmekte olan statüsüne dayalı yatırım ortamı hakkındaki gerçeklikler, sorumlulukla ilgili kararları etkilemeli ve davacılara verilen tazminat miktarını değiştirmelidir.²³²³



²³²¹ Ginsburg, “Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement”, s. 428.

²³²² Ursula Kriebaum, “Are investment treaty standards flexible enough to meet the needs of developing countries?”, **Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives**, ed. Freya Baetens, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 339, doi:10.1017/CBO9781139855921.020.

²³²³ Ginsburg, “Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement”, s. 427.

SONUÇ

Bu çalışmanın amacı; uluslararası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli muamele standardının nasıl ele alındığının, yatırım tahkimi kararları ışığında değerlendirilmesi ve adil ve hakkaniyetli muamele standardının içeriği ile sınırlarının belirlenmesidir. Bu kapsamda; öncelikle belirsiz bir doğası bulunan adil ve hakkaniyetli muamele standardının yatırım antlaşmalarındaki lafzının yorumlanmasına etkisinin neler olduğu, ardından ise yatırım tahkiminde bu standardın nasıl değerlendirdiği incelenmiştir.

Bu çalışma kapsamında çıkarılan ilk sonuç, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ifade ediliş şeklinin, ev sahibi devletin sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesi açısından hayati olduğudur. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükümlerindeki yazım farklılıklarının, farklı içeriklerin yanı sıra farklı eşikler anlamına gelecek şekilde yorumlanmaktadır. Tek başına veya sınırlandırılmamış bir adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünün yabancı bir yatırımcıya, en azından teoride, uluslararası hukuk veya teamüllere göre asgari muamele standardı ile bağlantılı bir adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünden daha geniş bir yasal koruma sağlamaktadır. Son yıllarda, ev sahibi devletler, adil ve hakkaniyetli muamele standardının yatırımcı odaklı bir bakış açısıyla geniş bir şekilde yorumlanmasının önüne geçmek için adil ve hakkaniyetli muamele standardını, uluslararası teamül hukuku kapsamında asgari standart ile eşitleme yoluna gitmişlerdir. Bir diğer sınırlama yolu olarak ise liste yaklaşımı kapsamında adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamının neleri içerdiğini ortaya koyarak sınırları detaylandırmaktadır.

NAFTA, ECT gibi birçok uyuşmazlığa konu olan yatırım antlaşmalarının adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile ilgili hükümlerinde yapılan detaylandırma ve yatırımcıya sağlanan korumanın sınırlarının daraltılması eylemleri son yıllardaki yaklaşımın açık bir işaretidir. Türkiye de benzer şekilde yatırım antlaşmalarında adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmüne yer vermeyen veya sadece önsözde adil ve hakkaniyetli muamele standardı atıf yapan antlaşma pratiğinden uzaklaşarak, adil ve hakkaniyetli muamele standardını asgari standartla eş tutan ve bunu da liste ile detaylandıran bir yaklaşıma doğru geçiş yapmıştır. Sınırlama girişimlerinin en uç

örneği olan adil ve hakkaniyetli muamele standardını doğrudan antlaşma dışı bırakan yaklaşım ise hala istisna niteliğindedir.

Hangi adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünün ev sahibi devlet için en iyi seçenek olacağı ev sahibi devletin özel durumlarıyla doğrudan bağlantılıdır. Sermaye ihraç eden, yurtdışında birçok yatırımcısı olan devletler nitelsiz özerk bir adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmü tercih ederek yatırımcılarına geniş bir koruma sağlanmasını hedefleyebilir. Sermaye ithal eden, yabancı yatırımcı çekmek isteyen bir ev sahibi devlet de aynı şekilde nitelsiz özerk bir adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünü tercih ederek yatırımcılara geniş bir koruma sağlayacağına dair niyetine ortaya koyabilir. Ancak, günümüzde hakim olan anlayış, adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünü asgari standartla eş tutmak veya kapalı liste şeklinde standardın içeriğini netleştirip sınırlandırmak yönündedir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardını sınırlandırma girişimleri beraberinde başka soruları da getirmektedir. Özellikle son yıllarda, adil ve hakkaniyetli muamele standardını sınırlandırma girişimlerinin de bir sonucu olarak, en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla ev sahibi devletin tarafı olduğu bir başka yatırım antlaşmasındaki yatırımcıya daha geniş koruma sağlama potansiyeline sahip olan adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükümlerinin ithal edilip edilmeyeceği tartışılmaktadır. İncelenen yatırım tahkimi kararlarında, ilgili en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün böyle bir ithale izin verir mahiyette olması durumunda böyle bir ithalin kabul edildiği gözlemlenmektedir. Ancak, son zamanlarda, en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün maddi koruma standartlarını kapsamayacağı belirtilerek böyle bir ithale engel olma hedefiyle hazırlanma yaklaşımı da mevcuttur. Teoride, en çok gözetilen ulus kaydı hükmü böyle bir ithale izin veriyorsa, adil ve hakkaniyetli muamele maddesinin en çok gözetilen ulus kaydı hükmü ile ithal edilebildiği görülmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının mutlak bir standart olduğu ve birden çok eylem veya eylemsizliğin bir araya gelip kümülatif bir etkiyle de standardın ihlal edilebildiği sonucuna ulaşılmıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, yabancı yatırımların korunması alanında kullanılan şarta bağlı olmayan veya mutlak standarttır. Koşullu olmayan bir standart, belirli bir durumdaki bir kişiye, diğer kişilere uygulanan standartlara atıfta bulunmaksızın uygulanmaktadır.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali kümülatif bir şekilde de ortaya çıkabilmektedir. Her bir eylem kendi başına ihlal olarak değerlendirilebilecek düzeye ulaşmamış olsa da, aralarında doğrudan bağlantı olan ve birbirini etkileyen eylemlerin toplamı adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali oluşturabilmektedir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardı aynı zamanda muğlak ve esnek bir kavramı ifade etmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı muğlaklığı ve genelliği sebebiyle, yatırımcıların, ev sahibi devletlerin ve uluslararası tahkim mahkemelerinin deneyimleri ışığında gelişmeye izin verecek bir esnekliğe sahiptir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının muğlak ve esnek bir özelliği sahiptir ve bu sebeple hakemlerin takdir yetkisine kapı aralamaktadır. 1990'lu yıllara kadar adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükümlerinin hem anlamı hem de normatif içeriğinin uluslararası uyuşmazlık çözümünde yeterince test edilmemesi ve eski tarihli yatırım antlaşmalarında adil ve hakkaniyetli muamele standardının detaylandırılmaması hakem heyetlerine geniş bir hareket alanı bırakmıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının esnek yapısı hakemlerin takdir yetkisini genişletse de yatırım tahkimi kararlarının meşruiyeti açısından tartışmaları beraberinde getirmiştir. Karardaki gerekçenin niteliği ve ikna ediciliği meşruiyet açısından önem taşımaktadır. Öte yandan, yatırım tahkiminde emsale uygunluk zorunluluğu olmasa da hakem heyetlerinin bir yatırım uyuşmazlığını karara bağlarken ilgili içtihatlarla sıklıkla atıf yapıp kararını gerekçelendirdiği gözlemlenmektedir. Son yıllarda, ev sahibi devletler, yatırım antlaşmalarına ortak yorumlayıcı ilkeler hükümleri ekleyerek adil ve hakkaniyetli muamele standardı gibi hakem heyetleri tarafından geniş yorumlanıp ev sahibi devletin hareket alanını orantısız bir şekilde sınırlama potansiyeli olan hükümlerin etkisini sınırlandırmaya çalışmaktadır.

İkinci bölümde tartışılan noktalardan biri de adil ve hakkaniyetli muamele standardının teamül niteliği olup olmadığıdır. Teamül niteliğine sahip olması için genel, yaygın, temsil edici ve yeknesak olup aynı zamanda da opinio juris niteliğinin de bulunması gerekmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı neredeyse bütün yatırım antlaşmalarında yer alması sebebiyle genel, yaygın ve temsil edici bir niteliği sahiptir. Ancak, adil ve hakkaniyetli muamele standardı hükmünün ifade ediliş şeklinin farklılıklarının, ilgili ev sahibi devlet eyleminin standardı ihlali edip etmediği noktasında belirgin şekilde farklılaştırması sebebiyle adil ve hakkaniyetli muamele

standardı yatırım antlaşmalarında yeknesak bir şekilde bulunma özelliğine sahip değildir. Öte yandan, incelenen ev sahibi devletlerin mevzuatlarında, yatırım kanunlarında, şirketler ve bireyler ile yapılan sözleşmelerinde adil ve hakkaniyetli muamele standardına yer verilmemesi sebebiyle, adil ve hakkaniyetli muamele standardına yönelik opinio juris bulunmamaktadır. Bu sebeplerden dolayı, adil ve hakkaniyetli muamele standardının teamül niteliği bulunmamaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı antlaşmaya bağlı bir standarttır. Ancak, adil ve hakkaniyetli muamele standardının yatırım antlaşmasında bulunmaması yatırımcıya hiçbir koruma sağlanmayacaktır anlamına gelmemektedir. Teamül olarak kabul edilen asgari standart her koşulda yatırımcıya belli bir koruma düzeyi sağlamaktadır. Asgari standart, ev sahibi devletin, yatırımcılara karşı keyfi, ayrımcı, kötü muamele yapmasını engellemekte ve adaletsizliğe karşı koruma sağlamaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının temellendirilmesi tartışılmıştır. Bu kapsamda karşılaştırmalı hukuk ve hukukun üstünlüğünün standart ile olan bağlantıları incelenmiştir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının yukarıda da bahsedilen temel özelliklerin bir sonucu olarak belirsiz olmaya ve öngörülebilirlikten uzak olmaya yatkındır. Bu sebeple, adil ve hakkaniyetli muamele standardının temellendirilmesinin nasıl yapıldığı bu standardın neleri kapsadığının belirlenmesi açısından çok önemlidir. Karşılaştırmalı hukuk, adil ve hakkaniyetli muamele standardı temellendirilirken kullanılan araçlardan biridir. Ancak, yatırım tahkimi hakem heyetlerinin yaklaşımları detaylı incelendiğinde, karşılaştırmalı hukuk, adil ve hakkaniyetli muamele standardının bir hukuk kuralı olarak niteliğini belirlemekten ziyade standardın içeriğini ortaya koymak için kullanılmaktadır. Hakem heyetleri, bütün iç hukuk sistemlerini detaylıca inceleyip sonuca varmasa da kararının gerekçesini kuvvetlendirmesi için bazı ülkelerin iç hukuklarına atıf yapmaktadır. Karşılaştırmalı kamu hukukunun kullanıldığı bu yaklaşım, adil ve hakkaniyetli muamele standardının temelini tartışmasız bir biçimde ortaya koymasa da kararların ikna ediciliğini kuvvetlendirebilmektedir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardını temellendirme girişimlerinden bir diğeri ise, hukukun üstünlüğü kavramı kullanılarak yapılmaktadır. Hukukun

üstünlüğünün, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile ilişkisi hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının hukukun üstünlüğünün normatif bir ifadesi olduğunu öne sürenler olduğu gibi, hukukun üstünlüğünün, yatırım hukukunun kasıtlı olarak muğlak bıraktığı konuları aydınlatmak yerine belirsizleştiren bir kavram olduğunu öne sürenler de mevcuttur. Ancak, eleştirilere rağmen, hukukun üstünlüğü, adil ve hakkaniyetli muamele standardı temellendirilmesi için kullanılan diğer formüllerle kıyaslandığında, kamu hukuku alanındaki ulusal hukuk sistemlerinden türetilen veya uluslararası hukuk sistemi içinde oluşturulan ve daha sonra yatırım antlaşmalarının yorumlanmasında dikkate alınan genel hukuk ilkelerinin tanımlanmasına yönelik argümanlar için tanımlayıcı bir rol oynama potansiyeline sahiptir.

Hem ulusal hem uluslararası hukukta büyük bir yer tutan hukukun üstünlüğü kavramının temelinde yatan gücün farklılaşması ve gücün yayılması ilkelerinin sonucu olarak ortaya çıkan hukuka uygunluk, makul beklentiler ve orantılılık gibi kavramların adil ve hakkaniyetli muamele standardının da alt unsurlarından olması sebebiyle, hukukun üstünlüğü, adil ve hakkaniyetli muamele standardının tanımlanmasında önemli bir yer tutma potansiyeline sahiptir. Ancak, bu durum, hakem heyetlerinin uyuşmazlık kapsamında incelemesi gereken ve teamül kapsamında belirli eşiklere sahip olan ayrımcılık yapma yasağı gibi durumları ayrıntılarıyla ortaya koyup her bir eşik için gerekli olan testlerden geçirmekten ziyade yalnızca orantılılık analizinin meşrulaştırıcı etkisiyle ihlal bulmaya yönlendirmemelidir. Hukukun üstünlüğüne dayanan temellendirme, yatırım antlaşması ihlalinin varlığının kabul edilmesi için gerekli olan eşikleri düşürmek için kullanılmamalıdır.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının, uluslararası yatırım hukuku uyuşmazlıklarında sıkça tartışma konusu olan uluslararası asgari standart, tam koruma ve güvenlik, kamulaştırma ve son olarak ayrımcılık yasağı kavramlarıyla arasındaki ilişkiler ile benzerlik ve farklılıklar detaylandırılmıştır.

Uluslararası asgari standart ile adil ve hakkaniyetli muamelenin birbirine eş kavramlar olup aslında aynı durumları kapsadığını belirten görüşler doktrinde mevcuttur. Birçok devletin antlaşma yapma pratiğinde, adil ve hakkaniyetli muamele standardına ilişkin ifadeler, asgari standart maddesi başlığı altındadır. Bu durum, iki

standardın eş kavramlar olup aynı durumları kapsadığı izlenimi yaratmaktadır. Ancak, her ne kadar tarihsel süreci esas alarak adil ve hakkaniyetli muamele standardı ve asgari standardı eş gören yazarlar ve yatırım tahkimi kararları olsa da, bir yatırım antlaşmasının tarafları “adil ve hakkaniyete uygun muamele” ifadesini, iyi bilinen “uluslararası teamül hukukundaki asgari muamele standardı” kavramını ifade etmek için kullanıldığını açıkça belirtmediyse, bir varsayım olarak adil ve hakkaniyetli muamele ile uluslararası asgari standart eşitlenmemelidir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının uluslararası asgari standart ile bağlantı kurulmadan ifade edildiği yatırım antlaşmalarını yorumlayan hakemler, adil ve hakkaniyetli muamele standardının meşru beklentiler gibi kavramları da içine alan bir kavram olarak değerlendirip, uluslararası asgari standarttan çok daha geniş bir koruma sağladığını tespit etmişlerdir. Bir diğer görüş, asgari standardın zaman içinde geliştiğini ve bugün adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile aynı durumları kapsadığını belirtmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile asgari standardın aynılaştığı düşüncesindeki zorluk, uluslararası teamül hukuku kapsamında yabancılara yönelik asgari muamele standardının ne olduğu konusunda genel bir mutabakatın var olduğunun varsayılmasıdır. Ancak, asgari standardın kendisi de son derece belirsizdir, açıkça tanımlanmış bir içeriğe sahip değildir ve bunun bir sonucu olarak yoruma açıktır. Asgari standardın evrim geçirdiği öne sürülebilir, ancak bu evrim, asgari standardı, adil ve hakkaniyetli muamele standardıyla eş duruma getirmeyecektir.

Yatırım antlaşmasındaki tam koruma ve güvenlik maddesinin, yasal güvenlik de dahil olarak ifade edilmesi durumunda, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile tam koruma ve güvenlik hükümlerinin kapsamı belirsizleşmektedir. Tam koruma ve güvenlik, ev sahibi devletin gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü, yani yatırımcıyı ve yatırımlarını hükümet görevlilerinin veya üçüncü tarafların zarar verici eylemlerinden korumak için gerekli olan her türlü önlemi alma yükümlülüğünü gerektirmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı ise çok daha geniş kapsamlı alt unsurları barındırmaktadır. Devletlerin antlaşmalarda hem tam koruma ve güvenlik hem de adil ve hakkaniyetli muamele standartlarına yer vermeye devam etmesi, bu standartların farklı maddi yükümlülükler doğurmasının amaçlandığını göstermektedir. Pratikte, çoğu yatırım antlaşması zaten adil ve hakkaniyetli muamele standardı kabul

ettiğinden, tam koruma ve güvenliğin hukuki güvenliği ve düzenleyici çerçevenin istikrar ve öngörülebilirliğini kapsayıp kapsamadığının bir davanın sonucunu etkilemesi pek olası değildir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında kamulaştırma iddiaları için aranan ispat eşiğinin yüksek olması sebebiyle, yerini adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali iddialarına bıraktığına ilişkin yaklaşımlar mevcuttur. Kamulaştırma teşkil etmeyen ev sahibi devlet eylem ve ihmallerinin yine de bir yatırıma ciddi şekilde müdahale edebileceği ve adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ederek zarara neden olabileceği kabul edilmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının geniş kapsamı, hakemlerin doğrudan ve dolaylı kamulaştırmalar için ilgili test kapsamında mümkün olandan daha geniş bir faktör yelpazesini dikkate almalarını sağlamaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, “haksız” veya “adaletsiz” olduğu düşünülen çeşitli ev sahibi hükümet eylemlerine karşı koruma sağlarken, kamulaştırma hükümleri, genellikle, yalnızca bir yatırımcının yatırımının veya mülkünün elinden alınmasına odaklanması sebebiyle, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile kamulaştırma farklı özellik ve sonuçları olan kavramlardır.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardını kavramsal olarak ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydı yükümlülükleri yoluyla ayrımcılık yapma yasağından ayıran temel nokta, ilişkisel muameleye karşı ilişkisel olmayan muameledir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı bağımsız ve mutlak bir standarttır. Öte yandan, adil ve hakkaniyetli muamele standardı, ayrımcılık yapma yasağından farklı olarak, sadece belirli bir şekilde hareket etmekten kaçınmak gibi negatif bir yükümlülük değil, aynı zamanda ve her şeyden önce yatırımların korunmasını sağlamak için belirli eylemlerde bulunmak gibi pozitif bir yükümlülük de getirmektedir.

Çalışmanın beşinci bölümünde, adil ve hakkaniyetli muamele standardının hangi alt başlıkları kapsayabileceği ve bu alt başlıkların ne gibi durumları içerdiği detaylandırılmıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında; Adaletin reddi, taciz ve güç istismarı yasağı, ayrımcılık ve keyfilik, makuliyet, orantılılık, iyi niyet, şeffaflık, istikrar ve öngörülebilirlik, kanunilik ve tutarlılık ile son olarak meşru beklentiler kavramı incelenmiştir.

Adaletin reddi özellikle adil yargılanma kapsamında detaylandırılmıştır. Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde, adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında adil yargılanma ilkesinin, hem mahkemeler tarafından verilen kararlarda hem de idari işlem ile idari kararlarda uygulanması gerektiği gözlemlenmektedir. Uluslararası hukukun diğer birçok alanında görüldüğü gibi, yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında da yatırım antlaşmasında aksine bir hüküm bulunmadığı sürece iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği mevcuttur. Mahkemeye erişimin mümkün olmaması, geçerli olmayan gecikme, usul adaletinin sağlanmaması, bağımsızlık ve tarafsızlığa aykırı eylem ve tutumlar, dinlenilme hakkına saygı gösterilmemesi ve açıkça adaletsiz sonuç olarak nitelendirilebilecek durumların adil yargılanması ilkesi aykırı olup adaletin reddi anlamına gelerek adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına geleceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, adaletin reddi kapsamında hakem heyetleri bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmeyecek ve yerel bir mahkemenin kararının hatalı olup olmadığına veya hukuki başka bir görüşün tercih edilip edilmeyeceğine karar vermeyecektir. Bununla birlikte, olağan bir hata ile hukukun üstünlüğüne aykırı ağır bir adaletsizlik arasında fark bulunmaktadır. Bu fark, üçüncü bir tarafın, tarafsız bir yargıcın söz konusu sonuca nasıl ulaşmış olabileceğini anlamasının mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda, adil ve hakkaniyetli muamele kapsamında adaletin reddi söz konusu olacaktır.

Devlet görevlilerinin baskı ve tacizi, adil ve hakkaniyetli muamele standardının açık ve ağır ihlalidir. Hakem heyetleri, taciz, zorlama veya gücün kötüye kullanılmasının adil ve hakkaniyetli muamele standardı için gerekli olan iyi niyetli davranışın ihlali anlamına geleceğini belirtmektedir. Sonuç olarak, yatırımcıya yönelik taciz, tehdit ve baskının adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ettiğini açıktır. Yatırım antlaşmalarında, özellikle son yıllarda imzalanan, iyi niyetle ilgili hakların kötüye kullanılması, zorlama ve taciz yasaklarına uyulmaması adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali olarak tanımlanmıştır. Baskı ve/veya taciz ile ilgili iddiaların temelindeki zorluk ise bu durumların ispatıdır. Birçok davada, baskı ve/veya tacizin kanıtlanamaması sebebiyle, adil ve hakkaniyetli muamele standardının bu kapsamda ihlal edildiğine yönelik karar verilememiştir. İspatının zorluğuna rağmen, ev sahibi devlet tarafından yatırımcıya veya yatırımına yönelik taciz ve güç istismarı adil ve hakkaniyetli muamele standardı ihlalidir.

Bir yatırımcıya veya bir yatırıma yönelik keyfi, ayrımcı veya makul olmayan ev sahibi hükümet eylemleri adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal eder. Ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı hükümleri milliyete dayalı ayrımcılıkla ilgilenirken, adil ve hakkaniyetli muamele standardının bir parçası olan ayrımcılık yapmama şartı, yabancı bir yatırımcının cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi diğer açıkça haksız gerekçelerle özel olarak hedef alınması veya yatırımı yok etmek ya da engellemek için kasıtlı bir komplo anlamına gelen davranış türleri anlamında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Keyfilik bakımından, yatırım tahkimi içtihadı incelendiğinde, bir hükümet tedbirini keyfi olup olmadığına karar verirken, o ülkenin özel koşullarının ve hükümetin bu eylemi gerçekleştirmesindeki hedeflerinin makul olup olmadığı dikkate alınmaktadır.

Makuliyet ilkesi, ev sahibi devletin kapsam dahilindeki yatırıma yönelik muamelesinin meşru bir kamu politikası hedefiyle makul bir şekilde ilişkili olmasını gerektirmektedir ve bu gereklilik sıklıkla adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında değerlendirilmiştir. Bir hükümet tedbiri, tedbir için herhangi bir gerekçe veya mantık sunulmamışsa keyfi olarak değerlendirilirken, tedbir için bir gerekçe veya mantık sunulmuş, ancak sözde gerekçe ile hükümet politikası arasında makul bir ilişki yoksa makuliyet ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Temelde, bir devletin eyleminin mantıksız olup olmadığını belirlemek yani makul olduğunu belirlemek için analiz edilmesi gereken iki unsur vardır; rasyonel bir politikanın varlığı ve devletin politikaya ilişkin eyleminin makullüğü. Makuliyet kavramı, mantıksızlığın ne anlama geldiği ve neleri kapsadığını ile iç hukukun temelden incelemesi gerekliliği gibi potansiyel olarak riskli alanlara girebilmesi sebebiyle dikkatli bir şekilde kullanılmalıdır.

Orantılılık ilkesi, özellikle son yıllarda, ECT kapsamındaki uyuşmazlıklarda sıklıkla tartışılmaktadır. Orantılılık ilkesinin normatif içeriğinin hem sabit hem de esnek olması nedeniyle bir karmaşıklık ortaya çıkarmaktadır. Orantılılığın sabit kısmı, genel bir hukuk ilkesi olarak tipik işlevini, yani hâkimin görevlerini yerine getirirken izlemesi beklenen bir yön tayin etme işlevini güçlendirmektedir. Bu, ilkenin iyi bilinen üç aşamalı yapısı sayesinde mümkündür; uygunluk yani tedbirin kendisinin bu amaca ulaşmak için ne ölçüde uygun olduğu, bir başka deyişle tedbir ile amacı arasında nedensel bir ilişki tespit edilmelidir, gereklilik yani en az müdahaleci alternatif ve *stricto sensu* orantılılık ise söz konusu farklı menfaatler arasında gerçek bir denge

kurulmasıdır. Öte yandan, orantılılığın esnek kısmı, hakemin ilkeye, yukarıda bahsedilen parametrelerin her birinin farklı değerlendirilmesine bağlı olarak değişen somut bir içerik vermesine olanak tanımaktadır.

Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde sıklıkla orantılılığa atıf yapıldığı gözlemlenmiştir. Orantılılık testi, hakemlere egemen politika kararlarını ikinci kez değerlendirmek için çok fazla takdir yetkisi sağlamak gibi bir potansiyel riske sahiptir. Orantılılık kavramının hakem heyetleri tarafından uygulanmasındaki önemli eksikliklere rağmen, bu kavramın kararların meşruiyetini ve denetim standardının tanımını güçlendirmek için itici güç sağladığı ileri sürülebilir. Orantılılık, hakemlere, yatırımcıların yasal istikrara ilişkin meşru beklentileri ile devletlerin düzenleme yapma haklarını tartmak için en uygun araçlardan biri olup, devletlere de makuliyet gibi açık uçlu kavramlardan daha katı bir çerçevede takdir marjı tanımaktadır. Ancak, hakem heyetleri, orantılılık analizini yatırım antlaşması ihlali bulmak için aranan eşiklerin sınırlarını düşürme aracı olarak kullanmamalıdır.

İyi niyet, adil ve hakkaniyetli muamele standardının merkezi bir unsurudur. Genel olarak, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ve özel olarak iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü, bir yatırıma kasıtlı olarak zarar vermeme yükümlülüğünü içermektedir. İyi niyet, keyfi muamelede bulunmama kuralıyla ve tutarlılık gibi diğer bileşenlerle örtüşebilir. Birçok durumda, iyi niyet, alt başlık olarak ele alınmakta ve sadece diğer bileşenler ile tartışılmaktadır. Ev sahibi devletin kötü niyetle hareket etmesi neredeyse kesinlikle adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına gelecektir. Ancak, kötü niyetin olmaması adil ve hakkaniyetli muamele standardına uygunluğun garantisi değildir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı için iyi niyetin esas olduğu, ancak kötü niyet olmadan da adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edilebileceğine dair geniş bir otorite bulunmaktadır.

Şeffaflık kavramı, asgari olarak üç temel gereklilik içermektedir; ilgili kanun ve yönetmelikler ile diğer politikalara ilişkin bilgilerin kamuya açık hale getirilmesi, ilgili kanun ve yönetmeliklerin ve bunlarda yapılan değişikliklerin ilgili taraflara bildirilmesi ve kanun ve yönetmeliklerin yeknesak, tarafsız ve makul bir şekilde uygulanmasının sağlanması. Şeffaflık yükümlülüğünün sınırları bulunmakta ve bunun bir sonucu olarak ev sahibi devletleri gizli bilgileri ifşa etmeye zorlama gibi bir sonuç

doğurmaması gerekmektedir. Şeffaf olmadığı gerekçesiyle itiraz edilen hükümet eyleminin makul olup olmadığının belirlenmesi sürecinde, rehber olarak diğer ülkelerin uygulamalarına da bakılarak davalı devletin karşı karşıya olduğu duruma bağlı olarak karar verildiği gözlemlenmiştir.

Uluslararası yatırım hukuku kapsamında ev sahibi devletler için herhangi bir şeffaflık yükümlülüğü olup olmadığı sorusu tartışmalıdır. Bazı mahkemeler, şeffaflığın adil ve hakkaniyetli muamele standardının ayrı bir unsuru olarak varlığını sorgulamıştır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının bir şeffaflık gerekliliği içerip içermediği büyük ölçüde ona atfedilen içeriğe bağlıdır. Şeffaflık ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında sağlanacak dengeye katkı sağlamakla birlikte hukukun üstünlüğünün de bir gereğidir. Bu nedenlerden ve yatırım tahkimi içtihatlarının genel yaklaşımı sebebiyle bugün için şeffaflık adil ve hakkaniyetli muamele standardının doğal bir unsuru olarak kabul edilmektedir.

İstikrar ve öngörülebilirlik, hukukun üstünlüğünün bir gereğidir ve hukuki belirlilik ile hukuki güvenlik olarak ifade edilen hukukun üstünlüğü kavramlarına dayanmaktadır. Hukuki güvenlik, yasal çerçevenin belirli bir sürekliliğini, hukuki belirlilik ise öngörülebilir ve anlaşılabilir kurallar ile bunların tutarlı bir şekilde uygulanmasını kapsamaktadır. Hakem heyetleri, yasal çerçevenin istikrarı ve öngörülebilirliğinin adil ve hakkaniyetli muamele standardının temel bir unsuru olduğunu sıklıkla vurgulamıştır. Ancak, yatırımcının istikrar bekleme hakkı mutlak değildir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının, ev sahibi devletin hukukunu değiştirmemeyi, yani istikrarlı tutmayı taahhüt ettiği açık bir istikrar hükmünün yerine geçmemesi gerekmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında istikrar ve öngörülebilirlik, yasal çerçevenin asla değişmeyeceğine dair değişmez bir taahhüt değildir ve yatırım projeleri için bir iş veya kar garantisi olarak hizmet etmeyecektir. Düzenleyici çerçevedeki her değişikliğin, adil ve hakkaniyetli muamele standardının istikrar unsurunun ihlali anlamına gelmeyeceği, yalnızca köklü veya ayrımcı değişikliklerin adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında istikrar ihlali oluşturabileceği belirtilmiştir. Kararlar incelendiğinde, hakem heyetleri, ev sahibi devletin kamu yararına düzenleme hakkını elinde bulundurduğunu ifade

etmekte ve adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında istikrar ve öngörülebilirliğin bu hakla dengelenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

İstikrar ve öngörülebilirlik ilkeleriyle ilgili bir başka kavram da kanunilik ilkesidir ve ev sahibi devletin eylemlerinin, iç hukukta ve uluslararası antlaşmalarda yer alanlar da dahil olmak üzere, yasal yükümlülüklerle uygun olması gerekliliği anlamına gelmektedir. Tutarlılık ise, bu yasal kuralların, ev sahibi devletin idari ve yargı organları tarafından uygulanmasını ifade etmektedir. Hukukun, mahkemeler ve idari kurumlar tarafından tutarlı ve istikrarlı bir şekilde ve dolayısıyla öngörülebilir bir şekilde uygulanması adil ve hakkaniyetli muamele standardı için hayatidir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, idari kurumların takdir yetkilerini yeknesak standartlara göre kullanmalarını ve geçerli bir sebep olmaksızın standart usullere aykırılık olmamasını gerektirmektedir. Bir diğer önemli mesele, iç hukuka uygunluğu adil ve hakkaniyetli muamele standardının değerlendirilmesi etkisidir. İç hukukta yasal olarak nitelendirilen bir eylem, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına gelebilir. Öte yandan, iç hukukta yasal olarak görülmeyen birtakım aykırılıklar, adil ve hakkaniyetli muamele standardı ihlali sonucunu doğurmayabilir. Bir devletin uluslararası sorumluluğu, iç hukuk tarafından belirlenmez. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, iç hukuk düzeninin belli sınırlar içinde değerlendirildiği bağımsız bir uluslararası hukuk standart özelliğine sahiptir.

Yatırımcının meşru beklentileri, adil ve hakkaniyetli muamele standardının merkezi bir unsurudur. Meşru beklentiler, bir kamu otoritesinin davranışının, bireyin bir tür maddi fayda veya mal alacağı ya da almaya devam edeceği anlayışını taşıdığı ve daha sonra bu kamu otoritesinin önceki davranışla tutarsız davrandığı belirli durumlarda bireylere ileri sürülebilir bir talebin merkezini oluşturmaktadır. Ancak, meşru beklentiler doktrini, normatif temelinin belirsiz olması sebebiyle birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Meşru beklentinin ihlali için düzenleyici ilke olarak keyfilik yasağına odaklanmak ve hukuki belirlilik ilkesinin meşru beklentiler iddiasının varlığını ve gücünü belirlemede rol oynaması, uluslararası yatırım hukukunda meşru beklentilerin tanınması ve korunması için en ikna edici gerekçe olarak gözükmektedir.

Meşru beklentilerin, adil ve hakkaniyetli muamele standardı bağlamında korunması için taşınması gereken birtakım özellikler bulunmaktadır. Meşru beklentilerin ileri sürülmesi için oldukça katı şartlar getiren Avrupa Birliği hukukunun aksine, yatırım tahkimi hakem heyetleri, yatırımcıların adil ve hakkaniyetli muamele standardının koruması altına girebilecek beklentilerinin kapsamına ilişkin çok daha geniş bir yorum getirmiştir. Meşru beklentiler, basiretli bir yatırımcının tahmin edebileceği şeylerdir. Beklentilere atıfta bulunulmasına rağmen, test öznel veya psikolojik olmayıp nesnel gerçeklere dayanmaktadır. Meşru beklentileri tartışan mahkemeler, yatırımcıların varsayımlarına veya isteklerine değil, ev sahibi devletin yarattığı nesnel koşullara, yasal çerçevesine ve verdiği özel taahhütlere odaklanmaktadır.

Ev sahibi devletlerin, yatırımcıların beklentilerinin yaratılmasındaki rolü ve katılımı, bu beklentilerin meşruiyetinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Tahkim içtihadı ışığında, adil ve hakkaniyetli muamele standardının belirli bir davada yatırımcının beklentilerini koruyup korumayacağını belirleyen beş bileşen öne çıkmaktadır: Ev sahibi devletin yabancı yatırımcının meşru beklentilerine yol açan objektif davranışı, yabancı yatırımcıların bu davranışa güvenmesi, yatırımcının beklentilerinin ev sahibi devletin müteakip davranışlarıyla boşa çıkarılması, ev sahibi devletin tek taraflı davranması yani yatırımcılarla anlamlı bir iletişimin ve/veya rızanın olmaması ve yatırımcı için zararlar meydana gelmesi. Ancak, bunlar, her hakem heyeti tarafından eşit şekilde uygulanmamaktadır.

Beklentilerin meşruluğu belirlenirken tartışılan bir diğer unsur ise yatırımcının gerekli özeni göstermesi gerekliliğinin mevcut olup olmadığıdır. Yatırımcı açısından gerekli özen, ev sahibi devletteki fiili ve hukuki durumlar ile risklerin bir değerlendirmesidir. Birçok hakem heyetine göre, basiretli bir yatırımcı, ilgili ulusal hukuk ve ulusal yargı kararları hakkında bilgi sahibi olmalı ve yatırım yaparken farklı bilgi kaynaklarını göz önünde bulundurmalıdır. Her ne kadar, bütün hakem heyetleri aynı yaklaşımı savunmasa da, sıklıkla, yatırımcının durum tespitinin rolü, bir yatırımcının beklentilerinin meşruiyetinin değerlendirilmesinde önemli bir faktör olmuştur.

Beklentilerin makullüğü veya meşruiyetin değerlendirilmesinde, sadece yatırımı çevreleyen gerçekler değil, aynı zamanda ev sahibi devlette hüküm süren siyasi, sosyoekonomik, kültürel ve tarihi koşullar da dahil olmak üzere tüm koşulların dikkate alınması gerekmektedir. Ancak, meşru beklentilerin değerlendirilmesinde gerekli özenin kapsamı belirsizliğini korumaktadır. Bunun nedenlerinden biri de hakem heyetlerinin kararlarındaki tutarlılık eksikliğidir. Hakem heyetleri, yatırımcının durum tespiti yükümlülüğünün neleri kapsayıp, kapsanan ilgili kıstasların ne ölçüde değerlendirileceği konusunda yeknesak bir tutum sergilememiştir. Yine de, yatırım tahkimi kararları incelendiğinde, yatırımcılar tarafından gerçekleştirilmesi beklenen durum tespitinin ticari bir risk değerlendirmesinin ötesine geçtiğini ve sorumlu iş davranışına yönelik önemli etkileri olduğu gözlemlenmiştir.

Meşru beklentilerle ilgili bir diğer tartışmalı nokta, beklentinin hangi anda mevcut olması gerekliliğidir. Birçok hakem heyeti meşru beklentilerin zamanlaması noktasında yalnızca yatırım yapıldığı andaki beklentileri meşru olarak kabul etse de, eğer yatırım belirli bir süreye yayılan çeşitli adımlarla gerçekleşiyorsa, belirleyici bir adımın atıldığı her aşama için meşru beklentilerin incelenmesi gerekmektedir.

Meşru beklenti yaratan ev sahibi devlet eylemleri farklılaşmaktadır. Beklentinin kaynağı, beklenti yaratma derecesi için önemli bir kıstastır. Örneğin, sözleşmeye dayalı kesin bir taahhüdün meşru beklenti yaratma olasılığı yüksekken, çeşitli genel güvencelerin ise daha düşük bir ihtimalle meşru beklentilere yol açacağı veya hiç meşru beklenti yaratmayacağı gözlemlenmektedir. Sözleşmeden doğan beklentiler, tek taraflı taahhütler, tek taraflı beyanlar, ev sahibi devletin düzenleyici çerçevesi, farklı koşul ve etkide olsa da, meşru beklenti yaratma potansiyeline sahip etkenlerdir. Her sözleşme ihlali, meşru beklentilerin hayal kırıklığına uğratılması ve dolayısıyla adil ve hakkaniyetli muamele standardı ihlali anlamına gelmeyecektir. Basit bir sözleşme ihlali, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali için yeterli değildir. Birçok hakem heyeti, bir sözleşme ihlalinin, ev sahibi devletin herhangi bir özel sözleşme tarafı gibi değil de yalnızca egemen yetkiyle (*puissance publique*) hareket etmesi halinde, adil ve hakkaniyetli muamele standardıyla ilgili olabileceğine karar vermiştir. Ancak, devletin bağımsızlığı alanında kabul edilen egemen ve ticari eylemler arasındaki ayırım, devletin sorumluluğu alanında aynı şekilde geçerli değildir.

Meşru beklenti yaratma potansiyeline sahip bir diğer eylem ise tek taraflı taahhütlerdir. Verilen taahhüt ne kadar spesifik olup yatırımcıya yönelik olursa, bu taahhüdün meşru beklenti yaratma olasılığı da o denli artmaktadır. Taahhütlerin, ev sahibi devletin resmi yetkilileri tarafından yapılması gerekmektedir. Tek taraflı beyanlara gelecek olursak ise, tek taraflı beyanların, tek taraflı taahhütlere oranla meşru beklentiler yaratma olasılığının daha düşük olduğu aşikâr olmakla birlikte, dava özelinde ilgili şartlar oluşması durumunda tek taraflı beyanların da meşru beklentiler yaratabileceği kabul edilmektedir. Hakem heyetleri, bir beyanın yasal şekli, içeriği ve ifadesini analiz ederken, bir beyanın spesifik olarak nitelendirilebilmesi için resmi bir karaktere sahip ve özellikle ilgili yatırımcının teşvik edilmesine yönelik olması gerektiğini vurgulamışlardır. Hakem heyetleri, devletin beyanlarının doğrudan belirli bir yatırımcıya yönelik olması gerektiği ve büyük veya hatta küçük potansiyel yatırımcı gruplarına yönelik olamayacağı konusunda tutarlı kararlar vermiştir. Aynı zamanda, ev sahibi devlet yetkilisinin sıfatı hiyerarşide ne kadar üstte olursa, yatırımcıya yönelik beyanın meşru beklenti yaratma olasılığı da o kadar yüksektir.

Meşru beklenti yaratma potansiyeline sahip etkenlerden sayılan ev sahibi devletin düzenleyici çerçevesi ise fazlasıyla tartışmalıdır. Yatırım tahkimi kararları incelendiğinde, tutarlı bir yaklaşım olmamakla birlikte, genel mevzuata dayanan beklentiler için birçok şartın bir araya gelmesi gerekliliği sıklıkla vurgulanmıştır. İlgili mevzuatın, bir garanti ya da taahhüt anlamına gelebilecek şekilde yatırımcıya özel olarak düzenlenmesi durumunda buna ilişkin meşru beklentilerin sıklıkla kabul edildiği gözükmemektedir. Ancak, bu özelliklere sahip bir mevzuata dayalı beklenti de olsa, ev sahibi devletin belli bir süre sonra veya bazı durumlar özelinde ilgili mevzuatı değiştirmesinin adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında meşru beklentilerin ihlali olarak tanımlanmadığı da gözlemlenmektedir. Bu noktada, hakem heyetleri, ev sahibi devletin düzenleme hakkı ile yatırımcının meşru beklentileri arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmektedir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının yorumlanmasında, ulusal hedeflerin gerçekleştirilmesi ve yasaların uygulanması için yatırımların düzenlenmesindeki meşru kamu menfaatleri dikkate alınmalıdır. Meşru beklentilerin korunması, kamu gücünün kullanılmasını orantısız bir şekilde kısıtlamasını önlemek için kamu çıkarları ile özel çıkarlar arasında dengeleme içermelidir. Yatırım tahkimi hakem heyetleri artık

ev sahibi devletlerin kamu yararına düzenleme yapma hakkını düzenli olarak kabul etse de, birçok mahkeme, meşru bir beklentinin yasal korumayı hak edip etmediğini belirlemede kamu yararının yasal önemini uygun bir şekilde değerlendirmemektedir. Ev sahibi devletin, zaman içinde ortaya çıkabilecek ve önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan durum ve sorunlarla başa çıkması gerekmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, yatırımcının, ev sahibi devletin kamu menfaatlerine uygun olarak bu tür durumlarla başa çıkma çabalarından tamamen izole ve bağışık kalacağı bir durum yaratmayacaktır.

Son zamanlarda yapılan yatırım antlaşmaları, giderek meşru beklentilere ilişkin hükümleri daha da sınırlandırmakta hatta bazı antlaşmalarda direkt olarak meşru beklentiler yatırım antlaşmasının koruma kapsamının dışında bırakılmaktadır. Ev sahibi devletin düzenleme hakkına yönelik kısıtlamaların üstesinden gelmek için böyle bir yol tercih edildiği açıktır. Devletler, yatırım antlaşmalarına düzenleme hakkını giderek daha fazla dahil etmektedirler. Bu noktada, devletler, yatırım antlaşmalarına, istisna hükümlerinin dahil edilmesi, temel güvenlik çıkarlarına ilişkin istisnaların dahil edilmesi, yatırım antlaşmanın giriş bölümünde düzenleme hakkına atıfta bulunulması, düzenleme hakkına açıkça atıfta bulunan bağımsız hükümlerin hazırlanması ve devletin yetkilerini koruyan hükümler ekleme yoluna gitmektedirler.

Ev sahibi devletler için düzenleme hakkını da detaylandıran adil ve hakkaniyetli muamele standardı maddesinin kaleme alınışında dikkat edilmesi gereken yenilikler: Yatırım antlaşmasına taraf devletlerin düzenleme özerkliğini güvence altına alarak düzenleme hakkına açıkça atıfta bulunmak, bir yatırımcının kar beklentisini olumsuz yönde etkileyen her düzenlemenin adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal etmediğini açıkça ortaya koymak ve sübvansiyonların verilmemesi, yenilenmemesi veya sürdürülmemesi kararlarının, kanun veya sözleşme kapsamında özel bir taahhüt olmaması veya söz konusu sübvansiyonun hüküm ve koşullarına uygun olması halinde antlaşmanın ihlali anlamına gelmeyeceğini açıklığa kavuşturmak şeklindedir.

Çalışmanın altıncı bölümünde, ev sahibi devletlerin özel koşulları, başarısız devlet (failed state) ile çökmekte olan devlet (failing state), gelişmekte olan devletler ve ekonomik kriz halindeki devletler özelinde incelenmiştir. Bu bölümde, hakem heyetlerinin, insan hakları ve uluslararası çevre hukukuna ilişkin antlaşmaların, adil ve

hakkaniyetli muamele standardını yorumlanmasına olan olası etkileri tartışılmıştır. Hakem heyetlerinin, adil ve hakkaniyetli muamele standardını değerlendirilirken, ev sahibi devletin özel koşullarının esas ve tazminat hakkındaki kararlara etkisi noktasında tutarlı bir yaklaşımı bulunmamaktadır.

Tüm ticari işlemler, bir dereceye kadar risk içermektedir. Ticari işlemler, uluslararası sınırlar ötesinde gerçekleştiğinde, yerel ticari işlemlerde bulunmayan ek riskler taşımaktadırlar. Ülke riskleri olarak adlandırılan bu ek riskler, tipik olarak ekonomik yapılar, politikalar, sosyo-politik kurumlar, coğrafya ve para birimlerindeki çeşitli ulusal farklılıklardan kaynaklanan riskleri içermektedir. Yabancı bir yatırımcı, bir devletteki sektöre yatırım yapmanın içerdiği risklerin ve o devletteki genel siyasi ve ekonomik durumun farkında olmalıdır. Durum tespiti, yatırımın fayda ve dezavantajlarını ortaya koyar ve yatırımcıyı potansiyel risklere karşı değerlendirir. Örneğin, yatırımcı, savaştan zarar görmüş bir devlete bilerek yatırım yapıyorsa, bu durumda söz konusu risklerden habersiz olduğunu iddia edemeyecektir.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının, yatırımcıyı, ev sahibi devletteki bütün olumsuzluklara karşı mutlak bir koruma sağlama gibi bir görevi yoktur. Gelişmekte olan devletlere yapılan yatırımlar, genellikle kamu hizmetleri veya doğal kaynaklar gibi siyasi ve sosyal açıdan son derece hassas sektörlerle ilgilidir. Hakem heyetleri, bu tür siyasi açıdan hassas sektörlerden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarında, ev sahibi gelişmekte olan devletlerin koşullarını dikkate alma noktasındaki isteksizliği, bu ülkelerin yatırım kabul etme potansiyellerini sınırlandırabilmektedir. Aynı zamanda, bu faktörlerin, adil ve hakkaniyetli standardının yorumlanmasında göz ardı edilmesi, standardın dengeli bir sonuca hizmet etmesini zorlaştıracaktır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardının, gelişmekte olan devletlerin iş hukuku, çevre hukuku, kültürel mirasın korunması ve insan hakları gibi alanlarda politika değiştirme ihtiyacını tehlikeye atmaması gerekmektedir. Hakem heyetleri, ev sahibi gelişmekte olan devletin durumunun yatırım anlaşmazlıkları üzerindeki etkisinin farkında olsalar da, genellikle bu durumu adil ve hakkaniyetli muamele standardının yorumlanmasında yeterince dikkate almamışlardır.

Ev sahibi devletin, kendi özel koşullarını yatırım antlaşmalarında belirtme girişimleri de artmaktadır. Special and Differential Treatment hükümleri, gelişmekte

olan devletlerin ve/veya az gelişmiş ülkelerin özel ihtiyaçlarına ve endişelerine uluslararası ekonomik antlaşmalarda hukuki ifade sağlamaktadır. Temelde, farklı gelişme aşamalarındaki antlaşma taraflarının, farklı yükümlülöklere bağılı olması gerektiğı fikrine dayanmaktadır.

Yatırım tahkiminde sık sık gündeme gelen ve adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında da tartışılan bir diğör konu, uluslararası insan hakları ve çevre hukukunun, Venedik Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31(3)(c) uyarınca yatırım antlaşmaları için anlam çıkarmak için uygun bir referans noktası olup olmadığıdır. Venedik Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31(3)(c) uyarınca yapılabilecek sistemik entegrasyon belli şartlar altında mümkündür. Böyle bir entegrasyonun gerçekleşmesi için uluslararası hukukta uygulanabilecek bir kuralın olması gerekmektedir. İnsan haklarına ve uluslararası çevre hukukuna ilişkin antlaşmaların, taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir, ilgili uluslararası hukuk kuralları oluşturması gerekmektedir. Bu noktada, bir uluslararası hukuk kuralı olmalıdır ve bu kural taraflar arasındaki ilişkide ilgili ve uygulanabilir olmalıdır. Bağlayıcı bir taahhüt niteliğı taşımayan normlar, bağlayıcı uyumsuzluk çözümü yoluyla uygulanabilir olmadıkları için, bir antlaşmada yer alsalar dahi kural niteliğı taşımayacaklardır.

Genel olarak, çevre hukuku ve insan hakları hukukuna ilişkin ilkelerin birçoğı bağlayıcı olmayan esnek kurallarda (soft law) yer almaktadır. Bu durum, bu ilkeler özelinde Venedik Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31(3)(c) uygulanabilirliğı önünde bir engel teşkil etmektedir. Aynı zamanda, uygulanabilirliğı noktasında, sistemik entegrasyon ilkesi yalnızca harici kuralın antlaşma yorumlama sürecinde tamamlayıcı veya destekleyici bir rol oynadığı durumlarda geçerlidir. Öte yandan, uluslararası hukukun çevre hukukuna ilişkin kuralları, yorumlanmakta olan yatırım antlaşmasının tarafları arasında yürürlükte olmalıdır. Sistemik entegrasyonun, ilgili şartlarının hepsinin bir arada olması durumunda kabul edildiğı gözlemlenmektedir.

Hem uluslararası insan hakları hem de uluslararası yatırım hukuku, mülkiyet hakkını ve bireylerin adil yargılanma hakkını korumaktadır. Her iki sistem de bireylere, antlaşmalardan doğan asli haklarını ihlal ettiğı iddia edilen devlet eylemlerine itiraz edebilmeleri için usuli haklar tanımaktadır. Sonuç olarak, davacı yatırımcılar tarafından başvurulduğunda, uluslararası insan haklarının birtakım ilkeleri

ile uluslararası yatırım hukuku kesişir ve örtüşür, böylece uluslararası hukuk düzeninin uyumunu ve birliğini teşvik eder. Özellikle son yıllarda imzalanan yatırım antlaşmalarında: Antlaşma önsözünde insan haklarına vurgu, kurumsal sosyal sorumluluk hükümleri, genel istisna hükümleri, düzenleyici özerkliği koruyan hükümler ve standartların düşürülmemesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu yaklaşımın sonucu olarak, insan haklarına her zaman açıkça atıfta bulunulmamakla birlikte, kullanılan dil insan haklarıyla ilgili yorumsal konuları gündeme getirecektir ve hakem heyetleri adil ve hakkaniyetli muamele standardını da değerlendirirken bunları göz önünde tutması gerekmektedir.

Yatırımcıların, yüksek risk-yüksek getirili bir yere yatırım yapmanın karlılığı konusunda gerçekçi beklentilere sahip olup hem fırsatların hem de tuzakların farkında olmaları gerekmektedir. Yatırımcının yanlış bir risk değerlendirmesi sonucunda ortaya çıkan zararları üstlenmesi gerekmektedir. Yatırımcılara böyle bir görev yüklemek adil ve hakkaniyetli muamele standardıyla uyumludur ve kavramın özündeki dengeleme sürecini yansıtmaktadır. Yatırımcı ile devlet uyumsuzluklarının çözümü bağlamında, ev sahibi devletin gelişmekte olan statüsüne dayalı yatırım ortamı hakkındaki gerçeklikler, özellikle tazminat miktarını ilişkin kararları etkilemelidir. Ancak, ev sahibi devletlerin özel koşulları göz önünde bulundurulurken, ev sahibi devletin siyasi istikrarsızlık veya yabancı yatırımcıya yönelik yanlış tutumları ödüllendirilmemelidir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında, hukuki dinlenilme hakkı veya bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye sahip olma hakkı gibi adil yargılanmanın temelini oluşturan etkenler, bir ülkede hüküm süren ekonomik veya siyasi duruma bağlı olarak değerlendirilip, ev sahibi devlet için daha sınırlı bir sorumluluk arayan bir standarda dönüştürülmemelidir.

KAYNAKÇA

ACKERMANN Tobias, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

AKANDE Dapo, *Armed Conflicts and Investor-State Disputes*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 39, Issue 2, Spring 2024.

AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, Temmuz 2021.

ALLEN Robert C., *Global Economic History: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

ALVAREZ José E., “‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law”, 2016, doi:10.1163/22119000-01702001.

ALVAREZ José E., “Is Investor-State Arbitration ‘Public’?”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 01.08.2016, doi:10.2139/ssrn.2820325.

ARATO Julian, “Two Moralities of Consistency”, *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0012.

ARATO Julian, "The Margin of Appreciation in International Investment Law." *Virginia Journal of International Law* 54, no. 3, 2014.

ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 31, S. 1, 2012.

AZARIA Danae, “The Renewable Energy Arbitrations Under the Energy Charter Treaty”, In: Ruiz Fabri, H and Stoppioni, E, (Eds.) *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*. Bloomsbury Publishing: London, UK. (2022), ed. H. Ruiz Fabri, E. Stoppioni, London, UK: Bloomsbury Publishing, 2022, s. , <https://www.bloomsbury.com/uk/international-investment-law-9781509929047/>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)

BALCERZAK Filip, “Horthel v Poland:1 Fair and Equitable Treatment Embodies the Rule of Law, Whereas ‘Tax’ Is Not Always a Tax”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 38, S. 1, 2023, ss. 25-38, doi:10.1093/icsidreview/siac024.

BALCERZAK Filip, “Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?: Implications of the Spanish Saga for International Investment Law”, *Renewable Energy Arbitration – Quo Vadis?*, Brill Nijhoff, 2023, s. , <https://brill.com/display/title/61784>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)

- BARRERA E. B., "The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA", 2017, <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Case-for-Removing-the-Fair-and-Equitable-from-Barrera/0711831aeac0c782935d3b8cf1606221bbb2a4e8>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- BAUMANN Johanna, "Chapter 14 International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment", Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2020, ss. 458-86, doi:10.1163/9789004442832_016.
- BEHRENS Peter. "Towards the Constitutionalization of International Investment Protection." *Archiv Des Völkerrechts* 45, no. 2 (2007).
- BENVENISTI E., "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *New York University Journal Of International Law And Politics*, C. 31, 1999, s. 843.
- BERG A. J. van den, Permanent Court of Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, (ed.), 50 years of the New York Convention, International Arbitration Congress, Alphen aan den Rijn: Frederick, MD: Kluwer Law International; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, Inc, 2009.
- BERMANN George A., In the Cross-Fire of International Arbitration and EU Law, 2023 *Les Cahiers de l'Arbitrage* 61, 2023.
- BERMANN George A., *Twilight Issues in International Arbitration: Latent Choice of Law Challenges*, International Arbitration Law Library, Volume 64, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2023.
- BIGGS Jack, "The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 36, S. 1, 2021, ss. 99-128, doi:10.1093/icsidreview/siaa047.
- BLANDFORD Andrew C., "The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 32, S. 2, 2017, ss. 287-303, doi:10.1093/icsidreview/six002.
- BORCHARD Edwin M., "The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners", *The American Journal of International Law*, C. 23, S. 2, 1929, ss. 131-239, doi:10.2307/2212862.
- BRADSHAW Robert, "Legal Stability and Legitimate Expectations: Does International Investment Law Need a Sense of Proportion? – Joint 2nd Prize Winner of the Essay Competition 2020", *European Investment Law and Arbitration Review Online*, C. 5, S. 1, 2020, ss. 240-64, doi:10.1163/24689017_010.

- BROWER Charles N., Sadie BLANCHARD, “What’s in a Meme?: The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014.
- BURGSTALLER Markus, Auriane Negret, Investment protection standards: Can EU law fill the shoes of investment treaties?, *Arbitration International*, 2024.
- BURKE-WHITE William W. , ‘Part IV Chapter 17: The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System’ , in Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010.
- BUNGENBERG Marc vd., (ed.), *International investment law*, First edition., München, Germany : Oxford, United Kingdom : Baden-Baden, Germany: C.H. BECK ; Hart ; Nomos, 2015.
- BUNGENBERG Marc, August REINISCH, *CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary*, First edition., Baden-Baden, Germany: Nomos, 2022.
- BÜCHELER Gebhard, *Proportionality in investor-state arbitration*, First edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.
- BYERS Michael, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- CALAMITA N. Jansen, “International human rights and the interpretation of international investment treaties: constitutional considerations”, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, ed. Freya Baetens, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, ss. 164-84, doi:10.1017/CBO9781139855921.011.
- CALAMITA N Jansen , ‘The Rule of Law, Investment Treaties, and Economic Growth: Mapping Normative and Empirical Questions’ in Jeffrey Jowell, J Christopher Thomas and Jan van Zyl Smit (eds), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development*, Academy Publishing 2015.
- CAMPBELL Christopher, “House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law”, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 4, 2013, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2013024.pdf>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- CHI Manjiao, “Regulatory Transparency in International Investment Law: From an Investment Protection Requirement to a Rule-of-Law Requirement”, *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0007.
- CRAIG Paul, *EU Administrative Law*, Third edition., Oxford: Oxford University Press, 2018.

- CRAWFORD Emily, Proportionality, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition, 2011.
- CRAWFORD James, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, C. 24, S. 3, 2008, ss. 351-74, doi:10.1093/arbitration/24.3.351.
- CRAWFORD James, Ian BROWNLIE, *Brownlie’s principles of public international law*, 9th edition., Oxford, United Kingdom ; New York, NY: Oxford University Press, 2019.
- CRAWFORD James, Hilary CHARLESWORTH, Judith GARDAM, “International Law and the Rule of Law.”, *TheADELAIDE LAW REVIEW*, 2003, https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/agis_archive.20043947. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- DAS Sannoy, “Fine Balance: Empire, Neoliberalism, and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 24, S. 4-5, 2023, ss. 659-90, doi:10.1163/22119000-12340306.
- DEMIRKOL Berk, “Local Remedies Rule and Its Application by the International Court of Justice”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2024, siae028, doi:10.1093/icsidreview/siae028.
- DEMIRKOL Berk, “Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration”, *Leiden Journal of International Law*, C. 31, S. 1, 2018.
- DEMIRKOL Berk, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- De VATTEL Emmerich, *The Law of Nations*, Sixth American Edition, From a New Edition, BY Joseph Chitty, PHILADELPHIA: T. & J. W. JOHNSON, LAW BOOKSELLERS, 1844.
- DIEHL Alexandra, *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2012.
- DINSTEIN Yoram, *The Interaction between Customary International Law and Treaties*, Leiden, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 2007.
- DICKERSON Hollin, Minimum Standards, ‘Customary International Law’ in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012.
- DOLZER Rudolf, “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, *The International Lawyer*, C. 39, S. 1, 2005, ss. 87-106.

- DOLZER Rudolf, "Fair and Equitable Treatment: Today's Contours", *Santa Clara Journal of International Law*, C. 12, S. 1, 2014, s. 7.
- DOLZER Rudolf, Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Third Edition, Third Edition., Oxford, New York: Oxford University Press, 2022.
- DOLZER Rudolf, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", 2005.
- DOMINGUEZ Marcos D. Garcia, *Calculating Damages in Investment Arbitration: Tribunals Should Take Country Risk into Account?*, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 34, No. 1 2016.
- DOUGLAS Zachary, "Can a Doctrine of Precedent Be Justified in Investment Treaty Arbitration?", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 25, S. 1, 2010, ss. 104-10, doi:10.1093/icsidreview/25.1.104.
- DOUGLAS Zachary, "Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureka and Methanex", *Arbitration International*, C. 22, S. 1, 2006, ss. 27-52, doi:10.1093/arbitration/22.1.27.
- DOUGLAS, Zachary, "INTERNATIONAL RESPONSIBILITY FOR DOMESTIC ADJUDICATION: DENIAL OF JUSTICE DECONSTRUCTED." *International and Comparative Law Quarterly* 63, no. 4 (2014): 867–900.
- DOUGLAS Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DUGGAL Kabir A.N., Nicholas J. Diamond, 2024 Year in Review: Human Rights and ISDS—Continued Convergence of Human Rights and the Environment, *Ocak* 30, 2025, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2025/01/30/2024-year-in-review-human-rights-and-isds-continued-convergence-of-human-rights-and-the-environment/> (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- DUGGAL Kabir, Crina Baltag, Riddhi Joshi, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 38, Issue 2, Spring 2023, ss. 381–421.
- DUMBERRY Patrick, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause: How Tribunals Have Examined Its Relationship with the Minimum Standard*, Kluwer Law International, 2024.
- DUMBERRY Patrick, "Fair and Equitable Treatment (CETA)", *SSRN Scholarly Paper*, Rochester, NY, 19.11.2021, <https://papers.ssrn.com/abstract=3967727>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)

- DUMBERRY Patrick, "Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status", Brill, 2018, s. , doi:10.1163/9789004366121_002.
- DUMBERRY Patrick, "Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?", *Journal of International Dispute Settlement*, C. 8, S. 1, 2017, ss. 155-78, doi:10.1093/jnlids/idw002.
- DUMBERRY Patrick, "Shopping for a better deal: the use of MFN clauses to get 'better' fair and equitable treatment protection", *Arbitration International*, C. 33, S. 1, 2017, ss. 1-16, doi:10.1093/arbint/aiw036.
- DUMBERRY Patrick, "The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law", *Journal of International Dispute Settlement*, C. 11, S. 2, 2020, ss. 194-216, doi:10.1093/jnlids/idz027.
- DUMBERRY Patrick, *The Fair and Equitable Treatment Standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013.
- DUMBERRY Patrick, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- DUMBERRY Patrick, "The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 32, S. 1, 2017, ss. 116-37, doi:10.1093/icsidreview/siw012.
- DUMBERRY Patrick, 'The Importation of 'Better' Fair and Equitable Treatment Standard Protection Through MFN Clauses: An analysis of NAFTA Article 1103', *Transnational Dispute Management*, 2016.
- DUMBERRY Patrick, "The Practice of States as Evidence of Custom: An Analysis of Fair and Equitable Treatment Standard Clauses in States' Foreign Investment Laws", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 01.05.2016, <https://papers.ssrn.com/abstract=2811191>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- EBERHARDT Pia, Cecilia OLIVET, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Brussels: Corporate Europe Observatory : Transnational Institute, 2012.
- ELLIOTT Mark, 'Legitimate Expectations, Consistency, and Abuse of Power: the Rashid Case', *10 Judicial Review*, 2005.
- EMAMI Mujeeb, "Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements", *J. East Asia & Int'l L.*, 2021, https://www.academia.edu/49385682/Diversity_in_the_Formulation_of_Fair_and_Equitable_Treatment_in_International_Investment_Agreements. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)

- FARHAD Alain, Investment Protection in Situations of Armed Conflict: Evolution, Relevance and Challenges, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 39, Issue 2, Spring 2024, ss. 195–206.
- FRANCK Thomas M., *Fairness in international law and institutions*, Oxford: New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995.
- FREEMAN Alwyn V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Longmans, Green and Company, 1938.
- FOCARELLI Carlo, Denial of Justice, *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, 2020.
- FORSYTH Christopher, ‘Legitimate Expectations Revisited’, 16 *Judicial Review*, 2011.
- GAIÃO SANTOS Nilo Sérgio, “Article: Environmental Exception and the Legitimate Expectations of Investors in Investment Arbitration”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2024, 7-41.
- GALLUS N., “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”, *Transnational Dispute Management (TDM)*, C. 3, S. 5, 2006, <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=895>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- GAUKRODGER David, “Addressing the Balance of Interests in Investment Treaties: The Limitation of Fair and Equitable Treatment Provisions to the Minimum Standard of Treatment under Customary International Law”, Paris: OECD, 24.02.2017, doi:10.1787/0a62034b-en.
- GAZZINI Tarcisio, “The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 01.10.2007, <https://papers.ssrn.com/abstract=1763362>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- GAZZINI Tarcisio, Eric de BRABANDERE, (ed.), *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Pub, 2012.
- GEISS Robin, “Failed States: Legal Aspects and Security Implications”, *German Yearbook of International Law*, C. 47, 2004, ss. 457-501.
- GINSBURG Robert, “Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement: A New Approach”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 30.07.2020, <https://papers.ssrn.com/abstract=3664163>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- GISMONDI Giovanna E., *International environmental law and international human rights law in investment treaty arbitration: the contribution of host states’ argumentation in re-shaping international investment law*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International B.V, 2023.

- GRIERSON-WEILER Todd J., Ian A. LAIRD, “Standards of Treatment”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, Oxford University Press, 2008, s. 0, doi:10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0008.
- GRISEL Florian, “Fair and Equitable Treatment: Ordering Chaos through Precedent?”, *The Legitimacy of Investment Arbitration: Empirical Perspectives*, ed. Daniel Behn, Malcolm Langford, Ole Kristian Fauchald, *Studies on International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, ss. 256-80, doi:10.1017/9781108946636.011.
- HAERI Hussein, “A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law: The Gillis Wetter Prize”, *Arbitration International*, C. 27, S. 1, 2011, ss. 27-46, doi:10.1093/arbitration/27.1.27.
- HART H. L. A. vd., *The concept of law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HENCKELS Caroline, “A Duty to Consult Foreign Investors When Changing the Regulatory Framework? Implications for Non-Communicable Disease Prevention and Beyond”, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 21, S. 5, 2020, ss. 698-723, doi:10.1163/22119000-12340192.
- HENCKELS Caroline, “Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law: Legal Certainty and Arbitrary Conduct”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 38, S. 2, 2023, ss. 347-58, doi:10.1093/icsidreview/siac027.
- HENCKELS Caroline, “Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law”, *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0003.
- HENCKELS Caroline, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- HEPBURN Jarrod, *The Legal Justification for the Doctrine of Legitimate Expectations in International Investment Law*, *European Journal of International Law*, 2025.
- HEPBURN Jarrod, *Domestic law in international investment arbitration*, First edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
- HERDEGEN Matthias, ‘Customary International Law’, *Principles of International Economic Law*, 3e, 3rd Edition (2024; online edn, Oxford Academic)
- HINDELANG Steffen vd., (ed.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2016.

- HINDELANG Steffen, DE MORA Patricia Sarah Stöbener, Niels LACHMANN, "Risking the Rule of Law? The Relationship between Substantive Investment Protection Standards, Human Rights, and Sustainable Development", *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0014.
- HOBÉR Kaj, Joshua Fellenbaum, 'Political Risk Insurance and Investment Treaty Protection' in Marc Bungenberg and others (eds), *International Investment Law: A Handbook*, CH Beck, Hart, and Nomos 2015.
- HURD Ian, "The International Rule of Law: Law and the Limit of Politics", *Ethics & International Affairs*, C. 28, S. 1, 2014, ss. 39-51, doi:10.1017/S0892679414000045.
- ISLAM Rumana, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Springer Singapore, 2018.
- JACOB M., Stephan W. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method*, Baden-BadenNomos, 2015.
- JOWELL Jeffrey, 'The Rule of Law: A Practical and Universal Concept' in Jeffrey Jowell, J Christopher Thomas and Jan van Zyl Smit (eds), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development*, Academy Publishing 2015.
- JENNINGS R. Y., "State Contracts in International Law", *British Year Book of International Law*, C. 37, 1961, s. 156.
- KARAOĞLU Ali Osman, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2019.
- KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture", *Arbitration International*, C. 23, S. 3, 2007, ss. 357-78, doi:10.1093/arbitration/23.3.357.
- KESAR Divya, "In Pursuit of Sustainable Development: Safeguarding the Right to Regulate", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2024, 360-85.
- KETHIREDDY Srinath Reddy, "Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law Note", *Yale Journal of International Law*, C. 44, S. 2, 2019, ss. 315-54.
- KILL Theodore, "Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations", *Michigan Law Review*, C. 106, S. 5, 2008, ss. 853-80.

KINGSBURY Benedict, Stephan W. SCHILL, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality", *International Investment Law and Comparative Public Law*, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, s. 0, doi:10.1093/acprof:oso/9780199589104.003.0003.

KJOS Hege Elisabeth, *Applicable law in investor-state arbitration: the interplay between national and international law*, First edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

KLAGER Roland, "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness", *Journal of World Investment & Trade*, C. 11, S. 3, 2010, ss. 435-56.

KLAGER Roland, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KLAGER Roland, "Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development", *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, ed. Steffen Hindelang, Markus Krajewski, Oxford University Press, 2016, s. 0, doi:10.1093/acprof:oso/9780198738428.003.0004.

KNOLL-TUDOR Ioana, "The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms", *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, ed. Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann, Francesco Francioni, Oxford University Press, 2009, s. 0, doi:10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0014.

KOSKENNIEMI Martti, "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, C. 1, S. 1, 1990, ss. 4-32, doi:10.1093/oxfordjournals.ejil.a035781.

KRIEBAUM Ursula, "Are investment treaty standards flexible enough to meet the needs of developing countries?", *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, ed. Freya Baetens, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, ss. 330-40, doi:10.1017/CBO9781139855921.020.

KRIEBAUM Ursula, "Human Rights and International Investment Arbitration", *The Oxford Handbook of International Arbitration*, ed. Thomas Schultz, Federico Ortino, Oxford University Press, 2020, s. 0, doi:10.1093/law/9780198796190.003.0006.

KRIEBAUM Ursula, "The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, C. 10, S. 3, 2011, ss. 383-404, doi:10.1163/157180311X594122.

KINNEAR Meg, The continuing development of the fair and equitable treatment standard. In: Andrea Bjorklund A et al., eds. *Investment Treaty Law: Current*

Issues III. British Institute of International and Comparative Law:207–238. London., 2008.

KURTZ Jürgen, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 2, 2010, ss. 325-71, doi:10.1017/S0020589310000047.

LARYEA Emmanuel T., “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application”, *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, 1-24, doi:10.1007/978-981-13-5744-2_55-1.

LEITE Kendra, “The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreements Comment”, *American University International Law Review*, C. 32, S. 1, 2016, s. [i]-402.

LEVASHOVA Yulia, “Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, *Netherlands International Law Review*, C. 67, S. 2, 2020, ss. 233-55, doi:10.1007/s40802-020-00170-7.

LEVASHOVA Yulia, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, B.V, 2019.

LEVASHOVA Yulia, ‘Chapter 6: The Legitimate Expectations of Investors under the Fair and Equitable Treatment in Times of Pandemic and Aftermath’, in Yulia Levashova and Pascale Accaoui Lorring (eds), *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post-Pandemic World*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2022.

LÉVESQUE Céline, Christian SCHMID, “The 2021 Canadian Model FIPA: More Than Meets the Eye”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 38, S. 3, 2023, ss. 670-92, doi:10.1093/icsidreview/siad032.

MACCORMICK Neil, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2005.

MANN F. A , ‘British Treaties for Promotion and Protection of Investments’, *British Yearbook of International Law*, 1981; 52:1 241 - 254.

MANTILLA BLANCO Sebastián, “Full Protection and Security and the Rule of Law”, *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0005.

MATOS Shaun, “Investor Due Diligence and Legitimate Expectations”, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 23, S. 2, 2022, ss. 313-28, doi:10.1163/22119000-12340231.

MCLACHLAN Campbell, Laurence SHORE, Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Second edition., Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2017.

- MELDRUM Duncan H. "Country Risk and Foreign Direct Investment." *Business Economics* 35 (2000).
- MONTI Alessandro, Matteo FERMEGLIA, "The FET Standard between Treaty Reform and ISDS Practice: An Analysis of the Modernized ECT", *Journal of International Arbitration*, C. 41, S. 2, 2024, ss. 155-78.
- MUCHLINSKI Peter, "'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 55, S. 3, 2006, ss. 527-57.
- MUJEEB Emami, Gul REHNA, "Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements", *Journal of East Asia and International Law*, C. 14, S. 1, 2021, ss. 79-100, doi:10.14330/jeail.2021.14.1.04.
- NEWCORBE Andrew Paul, Lluís PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2009.
- OCAKHAN Özgür, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık.
- OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", 2004, doi:<https://doi.org/10.1787/675702255435>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- OECD, 'Fair' And 'Equitable' Treatment Provisions In Investment Treaties; A Large-Sample Survey Of Treaty Provisions, 2023.
- ORAKHELASHVILI Alexander, "The Normative Basis of 'Fair and Equitable Treatment': General International Law on Foreign Investment?", *Archiv des Völkerrechts*, C. 46, S. 1, 2008, ss. 74-105.
- ORTINO Federico, 'Chapter 15: The Evolving Role of the European Union in International Investment Policy Reforms: Challenges, Achievements, and Future Directions', in Crina Baltag and Mark Feldman (eds), *Reforming Arbitration Reform: Emerging Voices, New Strategies and Evolving Values*, 2025 Crina Baltag & Mark Feldman; Kluwer Law International 2025, ss. 211 - 224.
- ORTINO Federico, "The Investment Treaty System as Judicial Review", *The American Review of International Arbitration*, C. 24, S. 3, 2013, ss. 437-68, doi:10.2139/ssrn.2181103.
- ORTINO Federico, "The Public Interest as Part of Legitimate Expectations in Investment Arbitration: Missing in Action?", in Charles N. Brower, and others (eds), *By Peaceful Means: International Adjudication and Arbitration - Essays in Honour of David D. Caron* (Oxford, 2024; online edn, Oxford Academic, 22 Şubat 2024)

- OSTŘANSKÝ Josef, 'An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard', in A. Gattini, A. Tanzivand and F. Fontanelli (eds), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, 2018.
- OSTŘANSKÝ Josef, "Fair and Equitable Treatment", *Rethinking Investment Law*, ed. David Schneiderman, Gus Van Harten, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192871084.003.0007.
- ÖKTEM Akif Emre, *Uluslararası Teamül Hukuku*, İstanbul: BETA Yayınları, 2013.
- ÖKTEM Akif Emre, LA CLAUSOLA DELLA NAZIONE PIÙ FAVORITA NELLE CAPITOLAZIONI OTTOMANE: GENESI, TIPOLOGIA, PATOLOGIA, *Rivista di Diritto Internazionale*, ISSN 0035-6158, Vol. 105, N° 1, 2022, s. 43-84.
- PALOMBINO Fulvio Maria, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press, 2018.
- PAPARINSKIS Martins, "The Rule of Law and Fair and Equitable Treatment", *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0002.
- PAPARINSKIS Martins, Martins PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2013.
- PAULSSON Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- PAULSSON Jan, "Enclaves of Justice", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 12.04.2007, doi:10.2139/ssrn.1707504.
- PAULSSON Jan, "Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 23, S. 2, 2008, ss. 215-32, doi:10.1093/icsidreview/23.2.215.
- PEAT Daniel, "International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method", *Journal of International Dispute Settlement*, C. 9, S. 4, 2018, ss. 654-78, doi:10.1093/jnlids/idy028.
- PETERSMANN Ernst-Ulrich, "HUMAN RIGHTS, CONSTITUTIONALISM, AND 'PUBLIC REASON' IN INVESTOR-STATE ARBITRATION", *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, ed. Christina Binder vd., Oxford University Press, 2009, s. 0, doi:10.1093/acprof:oso/9780199571345.003.0045.

- PİRİM Ceren Zeynep, “Uluslararası Hukukta Tek Taraflı Sözvermenin Bağlayıcı Niteliği”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2013, Cilt 9, Sayı: 105-106.
- QIAN Xu, “Revisiting Proportionality in Investment Arbitration: Theory, Methodology, and Interpretation”, *Chinese Journal of International Law*, C. 21, S. 3, 2022, ss. 547-87, doi:10.1093/chinesejil/jmac020.
- RAJPUT Aniruddha, “Due Diligence in International Investment Law: From the Law of Aliens to Responsible Investment”, *Due Diligence in the International Legal Order*, ed. Heike Krieger, Anne Peters, Leonhard Kreuzer, Oxford University Press, 2020, s. 0, doi:10.1093/oso/9780198869900.003.0016.
- RATNER Steven R, “Fair and Equitable Treatment and Human Rights: A Moral and Legal Reconciliation”, *Journal of International Economic Law*, C. 25, S. 4, 2022, ss. 568-91, doi:10.1093/jiel/jgac045.
- RAZ Joseph, *The authority of law: essays on law and morality*, 2nd ed., Oxford ; New York: Oxford University Press, 2009.
- REINISCH August, “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”, *International Law between Universalism and Fragmentation . Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Unknown publisher, 2008, ss. 107-25.
- REINISCH August, Stephan W. SCHILL, “Introduction”, *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0001.
- REINISCH August, Christoph SCHREUER, (ed.), “Fair and Equitable Treatment”, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 251-535, doi:10.1017/9781139004978.004.
- REINISCH August, (ed.), “Fair and Equitable Treatment”, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 251-535, doi:10.1017/9781139004978.004.
- REINISCH August, (ed.), “Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures”, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 813-54, doi:10.1017/9781139004978.008.
- REISMAN W. Michael, “Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 30, S. 3, 2015, ss. 616-34, doi:10.1093/icsidreview/siv034.

REISMAN W. Michael, *Negotiating Investment Treaties: Mechanisms for Anticipating and Controlling Textual Drift*, Yale Law & Economics Research Paper No. 546, April 19, 2016.

REISMAN W. Michael, “‘Case Specific Mandates’ versus ‘Systemic Implications’: How Should Investment Tribunals Decide?: The Freshfields Arbitration Lecture”, *Arbitration International*, C. 29, S. 2, 2013, ss. 131-52, doi:10.1093/arbitration/29.2.131.

REYNOLDS Paul, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 08.10.2010, <https://papers.ssrn.com/abstract=1689518>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)

RIVKIN David W., “The Impact of International Arbitration on the Rule of Law: The 2012 Clayton Utz/University of Sydney International Arbitration Lecture*”, *Arbitration International*, C. 29, S. 3, 2013, ss. 327-60, doi:10.1093/arbitration/29.3.327.

ROBERTS Anthea, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law*, C. 107, S. 1, 2013, ss. 45-94, doi:10.5305/amerjintlaw.107.1.0045.

ROBERTS Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, *American Journal of International Law*, C. 104, S. 2, 2010, ss. 179-225.

ROOT Elihu, “The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad”, *American Journal of International Law*, C. 4, S. 3, 1910, doi:10.2307/2186238.

ROOT Elihu, “The Function of Private Codification in International Law”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, C. 5, 1911, ss. 19-32.

SALACUSE Jeswald W., *The law of investment treaties*, Third edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2021.

SCHACHTER Oscar, “Compensation for Expropriation”, *American Journal of International Law*, C. 78, S. 1, 1984, ss. 121-30, doi:10.2307/2202344.

SCHAUER Frederick, ‘The Convergence of Rules and Standards’, *New Zealand Law Review*, 2003

SCHILL Stephan W., (ed.), *International Investment Law And Comparative Public Law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010.

SCHILL Stephan W., ‘General Principles of Law and International Investment Law’ in T Gazzini and E De Brabandere (eds), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Leiden , Martinus Nijhoff , 2012.

SCHILL Stephan W., *Landmark Cases on Fair and Equitable Treatment: Empowering and Controlling Arbitrators as Law-Makers*, in *International Investment Law*

SCHILL Stephan W., “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2011.

SCHILL Stephan W., Christian J. TAMS, Rainer HOFMANN, “Chapter 1: International investment law and development: Friends or foes?”, *International Investment Law and Development*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, s. , doi:10.4337/9781784711351.00008.

SCHØNBERG Søren J., *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

SCHULTZ Thomas, Cédric Dupont, Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, *European Journal of International Law*, Volume 25, Issue 4, November 2014.

SIMMA Bruno, “Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice”,
Treaties and Subsequent Practice, ed. Georg Nolte, Oxford University Press,
2013, s. 0, doi:10.1093/law/9780199679195.003.0113.

SIPIORSKI Emily, *Good faith in international investment arbitration*, First edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2019.

- SHAW Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, Editör İbrahim Kaya, 8.Baskı, Tüba Bilimler Akademisi, 2018.
- SOLOCH Bartosz, “International Investment Law: A Self-Proclaimed Ally in Commission’s Rule of Law Endeavors”, *Handbook of International Investment Law and Policy*, ed. Julien Chaisse, Leïla Choukroune, Sufian Jusoh, Singapore: Springer, 2021, ss. 1653-84, doi:10.1007/978-981-13-3615-7_116.
- SORNARAJAH Muthucumaraswamy, “Conclusion: Containing the Pernicious Regime of Investment Arbitration”, *Rethinking Investment Law*, ed. David Schneiderman, Gus Van Harten, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192871084.003.0011.
- SORNARAJAH Muthucumaraswamy, “Introduction”, *Good Faith and International Economic Law*, ed. Andrew D. Mitchell, M Sornarajah, Tania Voon, Oxford University Press, 2015, s. 0, doi:10.1093/acprof:oso/9780198739791.003.0001.
- SORNARAJAH Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- SORNARAJAH Muthucumaraswamy, “Chapter 2: Developing countries in the investment treaty system: A law for need or a law for greed?”, *International Investment Law and Development*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, s. , doi:10.4337/9781784711351.00009.
- STEPHAN Paul B., “International investment law and municipal law: substitutes or complements?”, *Capital Markets Law Journal*, C. 9, S. 4, 2014, ss. 354-72, doi:10.1093/cmlj/kmu028.
- STONE SWEET Alec, Florian GRISEL, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, First edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
- SZIRMAI Adam, *The Dynamics of Socio-Economic Development: An Introduction*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- TAGAROULIAS Charalampos, *International Investment Law and the Law of the European Union: How Regionalism and Interregionalism Have Shaped the Relationship in the Post-Lisbon Era*, *International Arbitration Law Library*, Volume 71, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2024.
- TITI Catharine, *The right to regulate in international investment law*, 1st edition., Baden-Baden [Germany]: Nomos, 2014.
- TRAKMAN Leon, David MUSAYELYAN, “Caveat investors – where do things stand now?”, *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, ed. C. L. Lim, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, ss. 69-100, doi:10.1017/CBO9781316488317.004.

TROPPER Johannes, Kilian WAGNER, “The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?”, 2022, doi:10.1163/22119000-12340271.

TROPPER Johannes, “The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?”, 2022, doi:10.1163/22119000-12340271.

TRUBEK David M., Alvaro SANTOS, (ed.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TUDOR Ioana Knoll, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

TUDOR Ioana Knoll, Chapter 10: Fair and Equitable Treatment in the Context of Central Asian Cases , in Kiran N. Gore , Elijah Putilin , et al. (eds), *International Investment Law and Investor-State Disputes in Central Asia: Emerging Issues*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2022.

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, New York: United Nations, 1999.

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, New York: United Nations, 2012.

UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, New York: United Nations, 2010.

UNCTAD, *Investment Policy Framework For Sustainable Development*, New York: United Nations, 2015.

UNCTAD, *Transparency*, New York: United Nations, 2013.

ÜNÜVAR Güneş, “The vague meaning of the Fair and Equitable Treatment principle in investment arbitration and new generation clarifications”, *Language and Legal Interpretation in International Law*, ed. Anne Lise Kjaer, Joanna Lam, Oxford University Press, 2022, s. 0, doi:10.1093/oso/9780190855208.003.0015.

VAN HARTEN Gus, *Investment treaty arbitration and public law*, Oxford [England] ; New York: Oxford University Press, 2007.

VANDEVELDE Kenneth J., “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 21.11.2013, <https://papers.ssrn.com/abstract=2357642>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)

VANDEVELDE Kenneth J., “The liberal vision of the international law on foreign investment”, *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, ed. C. L. Lim, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, ss. 43-68, doi:10.1017/CBO9781316488317.003.

- VASCIANNIE Stephen, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *British Yearbook of International Law*, C. 70, S. 1, 2000, ss. 99-164, doi:10.1093/bybil/70.1.99.
- VEIJO Heiskanen, "Arbitrary and Unreasonable Measures", *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch, Oxford University Press, 2008, s. 0, doi:10.1093/acprof:oso/9780199547432.003.0005.
- WALDRON Jeremy, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", *European Journal of International Law*, C. 22, S. 2, 2011, ss. 315-43, doi:10.1093/ejil/chr031.
- WATTS Arthur, "The International Rule of Law." In *German Yearbook of International Law - Jahrbuch Für Internationales Recht.*: Vol. 36 (1993).
- WEERAMANTRY Romesh, "Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment", *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021, ISBN 9811336148, Págs. 341-356, Springer Verlag, Singapore, 2021, ss. 341-56, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9282664>. (Erişim Tarihi: 17/04/2025)
- WEIL P., "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage A Trois", *ICSID Review*, C. 15, S. 2, 2000, ss. 401-16, doi:10.1093/icsidreview/15.2.401.
- WEILER Todd, *The interpretation of international investment law: equality, discrimination, and minimum standards of treatment in historical context*, Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- WONGKAEW Teerawat, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- WOOD Tim, "Political Risk or Political Right? Reconciling the International Legal Norms of Investment Protection and Political Participation", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 30, S. 3, 2015, ss. 665-88, doi:10.1093/icsidreview/siv027.
- WORLD BANK, *The State in a Changing World*, New York: Published for the World Bank, Oxford University Press, 1997.
- YANNACA-SMALL Katia, (ed.), *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, Second edition., Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2018.
- YU Chen, "International adjudication as interactional law-making: the incorporation of fair and equitable treatment elements in investment treaties", *Journal of International Economic Law*, C. 27, S. 2, 2024, ss. 259-77, doi:10.1093/jiel/jgae022.

ZEYL Trevor, "Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law", *Alberta Law Review*, 2011, 203-203, doi:10.29173/alr131.

ŽIVKOVIĆ Velimir, *Fair and Equitable Treatment and the Rule of Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023.

ŽIVKOVIĆ Velimir, "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law", *The Journal of World Investment & Trade*, C. 20, S. 4, 2019, ss. 513-52, doi:10.1163/22119000-12340141.

ŽIVKOVIĆ Velimir, "The Use of Investment Treaty Standards to Enforce Other International Legal Regimes and Domestic Law", *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch, Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2023, s. 0, doi:10.1093/oso/9780192864581.003.0010.

ZOLO Danilo, "The Rule of Law: A Critical Reappraisal", *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Dordrecht: Springer Netherlands, 2007, ss. 3-71, doi:10.1007/978-1-4020-5745-8_1.

Yatırım Tahkimi Kararları

9REN Holding S.a.r.l v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/15, Karar, 31 Mayıs 2019.

Achmea B.V. v. Slovak Cumhuriyeti, UNCITRAL, PCA Dava No. 2013-12, Nihai Kararı, 7 Aralık 2012.

ADC v. Macaristan, ICSID Dava No. ARB/03/16, Karar, 2 Ekim 2006.

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Umman Sultanlığı, ICSID Dava No. ARB/11/33, Karar, 3 Kasım 2015.

ADF v. Amerika Birleşik Devletleri, ICSID Ek Tesis Davası No. ARB(AF)/00/1, Karar, 9 Ocak 2003.

AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft. v. Macaristan, ICSID Davası No. ARB/07/22, Karar, 23 Eylül 2010.

AES v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/02/17, Yetki Kararı, 17 Haziran 2005.

Al-Bahloul v. Tacikistan, SCC Dava No. V (064/2008), Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kısmi Karar, 2 Eylül 2009.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. ve A.S. Baltoil v. Estonya Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/99/2, Karar, 25 Haziran 2001.

Alghanim v. Ürdün, ICSID Dava No. ARB/13/38, Karar, 14 Aralık 2017.

Alpha Projektholding GmbH v. Ukrayna, ICSID Davası No ARB/07/16, Karar, 8 Kasım 2010.

Amco v. Endonezya I, ICSID Dava No. ARB/81/1, Karar, 20 Kasım 1984.

Amco v. Endonezya II, ICSID Dava No. ARB/81/1, Yeniden Gönderilen Dava Kararı, 5 Haziran 1990.

American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Zaire, ICSID Dava No. ARB/93/1, Karar, 21 Şubat 1997.

Ampal-American v. Mısır, ICSID Dava No. ARB/12/11, Sorumluluk ve Zarar Başlıklarına İlişkin Karar, 21 Şubat 2017.

AMTO v. Ukrayna, SCC Dava No. 080/2005, Nihai Karar, 26 Mart 2008,

Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakistan, SCC Dava No. V 116/2010, Karar, 19 Aralık 2013.

Anderson v. Kosta Rika, ICSID Dava No. ARB(AF)/07/3, Karar, 19 Mayıs 2010.

Antaris Solar GmbH ve Dr Michael Göde v. Çek Cumhuriyeti, PCA Dava No. 2014-01, Karar, 2 Mayıs 2018.

Antaris Solar GmbH ve Dr Michael Göde v. Çek Cumhuriyeti, PCA Dava No. 2014-01, Gary Born'un Muhalefet Şerhi, 2 Mayıs 2018.

Antin v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/13/31, Karar, 15 Haziran 2018.

Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. v. ABD, ICSID Dava No. ARB(AF)/12/1, Karar, 25 Ağustos 2014.

Ares v. Gürcistan, ICSID Dava No. ARB/05/23, Karar, 26 Şubat 2008.

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Dava No. ARB/87/3, Nihai Karar, 27 Haziran 1990.

ATA Construction, Industrial and Trading Co v. Ürdün, ICSID Dava No. ARB/08/2, Karar, 18 Mayıs 2010.

Aven v. Kosta Rika, ICSID Dava No. UNCT 15/3, Nihai Karar, 18 Eylül 2018.

AWG Group v. Arjantin Cumhuriyeti, UNCITRAL, Ayrı Görüş Pedro Nikken, 30 Temmuz 2010.

Azurix v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/01/12, Nihai Karar, 14 Temmuz 2006.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A S v. Pakistan, ICSID Dava No. ARB/03/29, Karar, 24 Ağustos 2009.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan, ICSID No. ARB/03/29, Yetki Kararı, 14 Kasım 2005.

BayWa v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/16, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Niceliğe İlişkin Yönergeler Kararı, 2 Aralık 2019.

Bear Creek v. Peru, ICSID Dava No. ARB/14/21, Karar, 30 Kasım 2017.

Belenergia S.A. v. İtalya, ICSID Dava No. ARB/15/40, Karar, 6 Ağustos 2019.

BG Grp plc v. Arjantin, UNCITRAL, Nihai Karar, 24 Aralık 2007.

BIVAC v. Paraguay, ICSID Dava No. ARB/07/9, Yetki İtirazlarına İlişkin Ek Karar, 9 Ekim 2012.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzanya, ICSID Dava No. ARB/05/22, Karar, 24 Temmuz 2008.

Blusun v. İtalya, ICSID Dava No. ARB/14/3, Karar, 27 Aralık 2016.

Bosh v. Ukrayna, ICSID Dava No. ARB/08/11 Karar, 25 Ekim 2012.

British Caribbean Bank v. Belize, PCA Dava No. 2010-18, Karar, 19 Aralık 2014.

Burlington Resources Inc. v. Ekvador Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/08/5, Sorumluluk Kararı, 14 Aralık 2012.

Burlington v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/08/5, Sorumluluk Kararı, 14 Aralık 2012.

Burlington v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/08/5, Yeniden İnceleme Kararı ve Karar, 7 Şubat 2017.

Burlington v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/08/5, Yetki Kararı, 2 Haziran 2010.

Cairn Energy PLC ve Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Hindistan, PCA Dava No. 2016-07, Karar, 21 Aralık 2020.

Camuzzi International S.A. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/2, Yetki İtirazlarına İlişkin Karar, 11 Mayıs 2005.

Cargill v. Polonya, ICSID Dava No. ARB(AF)/04/2, Nihai Karar, 29 Şubat 2008.

Cargill, Inc. v. Meksika, ICSID Davası No. ARB(AF)/05/02, Karar, 18 Eyl. 2009.

Casinos Austria International GmbH ve Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/14/32, Yetki Kararı, 28 Haziran 2018.

Cavalum SGPS, SA v. İspanya Krallığı, ICSID Dava No. ARB/15/34, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, 31 Ağustos 2020.

Cervin Investissements S.A. ve Rhone Investissements S.A. v. Kosta Rika, ICSID Dava No. ARB/13/2, Karar, 7 Mart 2017.

Charanne Construction v. İspanya, SCC Dava No. V 062/2012, Nihai Karar, 21 Ocak 2016.

Chemtura Corporation (eski adıyla Crompton Corporation) v. Kanada Hükümeti, PCA Dava No. 2008-01, Karar, 2 Ağustos 2010.

Chevron v. Ekvador [II], PCA Dava No. 2009-23, İkinci Kısmi Karar, 30 Ağustos 2018.

Chevron v. Ekvador I, PCA Dava No. 2007-02/AA277, Ara Karar, 1 Aralık 2008.

Churchill Mining PLC ve Planet Mining Pty Ltd v. Endonezya Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/12/14 ve 12/40, Karar, 6 Aralık 2016.

CMC v. Mozambik, ICSID Dava No. ARB/17/23, Karar, 24 Ekim 2019.

CME Czech Republic B.V. v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, Kısmi Karar, 13 Eylül 2001.

CME Czech Republic B.V. v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, Nihai Karar, 14 Mart 2003.

CMS v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/01/8, Karar, 12 Mayıs 2005.

CMS Gas Transmission Co. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/01/8, İptal Başvurusu ve Yürütmenin Durdurulması Talebi, 8 Eylül 2005.

CMS Gas Transmission Co. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/01/8, İptal Kararı, 25 Eylül 2007.

Compañía de Aguas del Aconquija SA ve Vivendi Universal SA v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/97/3, Davanın İkinci Sunumu, Karar, 20 Ağustos 2007.

Consortium RFCC v. Fas, ICSID Dava No. ARB/00/6, Karar, 22 Aralık 2003.

Continental Casualty Company v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/9, Karar, 5 Eylül 2008.

Copper Mesa Mining v. Ekvador, PCA No. 2012-2, Karar (Redakte Edilmiş), 15 Mart 2016.

Corona v. Dominik Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB(AF)/14/3, Karar, 31 Mayıs 2016.

Crystallex v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB(AF)/11/2 Karar, 4 Nisan 2016.

Cube v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/20, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Nicelik Hakkında Kısmi Karar, 19 Şubat 2019.

Daimler Financial Services AG v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/05/1, Karar, 22 Ağustos 2012.

Dan Cake (Portekiz) SA v. Macaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/12/9, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, 24 Ağustos 2015.

Desert Line v. Yemen, ICSID Dava No. ARB/05/17, Karar, 6 Şubat 2008.

Deutsche Bank AG v. Sri Lanka Demokratik Sosyalist Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/09/2, Karar, 31 Ekim 2012.

Deutsche Bank AG v. Sri Lanka, ICSID Dava No. ARB/09/2, Karar, 31 Ekim 2012.

Deutsche Telekom v. Hindistan, PCA Davası No. 2014-10, Geçici Karar, 13 Aralık 2017.

Devas v. Hindistan, PCA Dava No. 2013-09, Yargı Yetkisi ve Esaslar Hakkında Karar, 25 Temmuz 2016.

Duke Energy v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/04/19, Karar, 18 Ağustos 2008.

ECE Projektmanagement v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, PCA Dava No. 2010-5, Karar, 19 Eylül 2013.

Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya, ICSID Dava No. ARB/16/41, Profesör Philippe Sands'in Kısmi Muhalefeti, 9 Eylül 2021.

Eco Oro Minerals Corp. v. Kolombiya, ICSID Dava No. ARB/16/41, Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, 9 Eylül 2021.

EDF International S.A., SAUR International S.A. ve León Participaciones Arjantins S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Vaka No. ARB/03/23, Karar, 11 Haziran 2012.

Eiser Infrastructure Ltd. ve Energia Solar Luxembourg v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/13/36, Karar, 4 Mayıs 2017.

El Paso Energy International Co. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/15, Yetki Kararı, 27 Nisan 2006.

El Paso Energy International Company v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/15, Karar, 31 Ekim 2011.

Electrabel SA v. Macaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/07/19, Karar Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Sorumluluk, 30 Kasım 2012.

Eli Lilly ve Company v. Kanada, UNCITRAL Dava No. UNCT/14/2, Nihai Karar, 16 Mart 2017.

Elliott Associates L.P. v. Kore, PCA Dava No. 2018-51, Karar, 20 Haziran 2023.

Emilio Agustin Maffezini v. İspanya Krallığı, ICSID Dava No. ARB/97/7, Karar, 9 Kasım 2000.

EnCana v. Ekvador, LCIA Dava No. UN3481, UNCITRAL, Karar, 3 Şubat 2006.

Enkev. Beheer B.V. v. Polonya, PCA Davası No. 2013-01, İlk Kısmi Karar, 29 Nisan 2014.

Enron Creditors Recovery Corporation (eski adıyla Enron Corporation) ve Ponderosa Assets, L.P. v. Arjantin, ICSID Davası No. ARB/01/3, Karar, 22 Mayıs 2007.

Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets L.P. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/01/ 3, Arjantin Cumhuriyeti'nin İptal Başvurusu Kararı, 30 Temmuz 2010.

Enrus Energy Holdings Corporation v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/16/4, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Hakkında Karar, 17 Mart 2021.

Eskosol v. İtalya, ICSID Dava No. ARB/15/50 Karar, 4 Eylül 2020.

ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH ve InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. İtalya Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/16/5, Karar, 14 Eylül 2020.

Eudoro Armando Olguín v. Paraguay, ICSID Dava No. ARB/98/5, Karar, 26 Temmuz 2001.

Eureko BV v. Polonya Cumhuriyeti, UNCITRAL, Kısmi Karar, 19 Ağustos 2005.

Eurus Energy Holdings Corp v. İspanya Krallığı, ICSID Dava No. ARB/16/4, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 17 Mart 2021.

Flemingo DutyFree v. Polonya, UNCITRAL, Karar, 12 Ağustos 2016.

Flughafen Zürich v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/10/19, Karar, 18 Kasım 2014.

Foresight Luxembourg Solar 1 Sàrl et al ve diğerleri (Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L., Greentech Energy Systems A/S, Gwm Renewable Energy I S.P.A., Gwm Renewable Energy S.P.A.) v. İspanya, SCC Dava No. 2015/150, Nihai Karar, 14 Kasım 2018.

Franck Charles Arif v. Moldova Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/11/23, Karar, 8 Nisan 2013.

Frontier Petroleum Services Ltd v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, Nihai Karar, 12 Kasım 2010.

GAMI Investments v. Meksika, UNCITRAL, Nihai Karar, 15 Kasım 2004, 13 ICSID Rep 147.

Garanti Koza LLP v. Türkmenistan, ICSID Dava No. ARB/11/20, Yetki Kararı, 3 Temmuz 2013.

Garanti Koza v. Türkmenistan, ICSID Dava No. ARB/11/20, Karar, 19 Aralık 2016.

Gardabani Holdings B.V. ve Silk Road Holdings B.V. v. Gürcistan, ICSID Davası No. ARB/17/29, Karar, 27 Ekim 2022.

Gas Natural SDG, SA v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/03/10, Yetki Kararı, 17 Haziran 2005.

Gavazzi v. Romanya, ICSID Dava No. ARB/12/25, Yargı Yetkisi Kabul Edilebilirlik ve Sorumluluk Kararı, 21 Nisan 2015.

Gavriločić v. Hırvatistan, ICSID Dava No. ARB/12/39, Karar, 26 Temmuz 2018.

GEA v. Ukrayna, ICSID Dava No. ARB/08/16, Karar, 31 Mart 2011.

Glamis Gold Ltd v. Amerika Birleşik Devletleri, UNCITRAL, Karar, 8 Haziran 2009.

Glencore v. Kolombiya, ICSID Dava No. ARB/16/6, Karar, 27 Ağustos 2019.

Global Telecom Holding SAE v. Kanada, ICSID Dava No. ARB/16/16, Kanada'nın Esas ve Tazminata İlişkin Karşı Dava Dilekçesi, 26 Şubat 2018.

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Venezuela Cumhuriyeti, ICSID Davası No. ARB(AF)/09/1, Karar, 22 Eylül 2014.

Gosling v. Mauritius, ICSID Dava No. ARB/16/32, Karar, 18 Şubat 2020.

Greentech v. İtalya, SCC Dava No. 2015/095, Nihai Karar, 23 Aralık 2018.

Hamester v. Gana, ICSID Dava No. ARB/07/24, Karar, 18 Haziran 2010.

Helnan International Hotels v. Mısır, ICSID Dava No. ARB/05/19, Karar, 3 Temmuz 2008.

Hesham T M Al Warraq v. Endonezya, UNCITRAL, Nihai Karar, 15 Aralık 2014

Hochtief v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/07/31, Sorumluluk Kararı, 29 Aralık 2014.

Horthel Systems v. Polonya, PCA Dava No. 2014-31, Karar, 16 Şubat 2017.

HydroEnergy 1 ve Hrdroxana Sweden v. İspanya Krallığı, ICSID Dava No. ARB/15/42, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergesi Kararı, 9 Mart 2020.

Iberdrola Energía v. Guatemala, ICSID Dava No. ARB/09/5, Karar, 17 Ağustos 2012.

ICW Europe Investments Limited v. Çek Cumhuriyeti, PCA Dava No. 2014-22, Karar, 15 Mayıs 2019.

Impregilo v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/07/17, Karar, 21 Haziran 2011.

Impregilo v. Pakistan, ICSID Dava No. ARB/03/3, Yargı Yetkisi Kararı, 22 Nisan 2005.

Inceysa v. El Salvador, ICSID Dava No. ARB/03/26, Karar, 2 Ağustos 2006.

Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Endonezya, PCA Davası No. 2015-40, Karar, 29 Mart 2019.

Infinito Gold v. Kosta Rika Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/14/5, Karar, 3 Haziran 2021.

Infracapital FI S.à r.l. ve Infracapital Solar B.V. v. İspanya Krallığı, ICSID Dava No. ARB/16/18, Yetki, Sorumluluk ve Miktar Yönergelerine İlişkin Karar, 13 Eylül 2021.

InfraRed v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/14/12, Karar, 2 Ağustos 2019.

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH ve diğerleri v. Ukrayna, ICSID Dava No. ARB/08/8, Karar, 1 Mart 2012.

International Thunderbird Gaming Corp v. Meksika, UNCITRAL, Karar, Thomas Wälde'nin Ayrı Görüşü, 26 Ocak 2006.

International Thunderbird Gaming Corporation v. Meksika, UNCITRAL, Karar, 26 Ocak 2006.

Ioan Micula v. Romanya (II), ICSID Dava No. ARB/14/29, Karar, 5 Mart 2020.

Ioan Micula ve diğerleri v. Romanya (I), ICSID Dava No. ARB/05/20, Nihai Karar, 11 Aralık 2013.

Ioannis Kardassopoulos ve Ron Fuchs v. Gürcistan, ICSID Dava No. ARB/05/18 ve 07/15, Karar, 3 Mart 2010.

Isolux v. İspanya, SCC Dava No: V2013/153, Karar, 12 Temmuz 2016.

Iurii Bogdanov. and Yulia Bogdanova v. Moldova (IV), SCC Dava No. 091/2012, Nihai Karar, 16 Nisan 2013.

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan, ICSID Dava No. ARB/10/24, Karar, 8 Mart 2016.

Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v. Mısır, ICSID Davası No. ARB/04/13, Karar, 6 Kasım 2008.

Joseph Charles Lemire v. Ukrayna, ICSID No. ARB/06/18, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 14 Ocak 2010.

Joseph Charles Lemire v. Ukrayna, ICSID Dava No. ARB/06/18, Karar, 28 Mart 2011.

Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen ve JSW Solar (zwei) GmbH & Co KG v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, PCA Dava No. 2014-03, Nihai Karar, 11 Ekim 2017.

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID Dava No. ARB/10/1, İptal Kararı, 14 Temmuz 2015.

Koch Minerals v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/11/19, Karar, 30 Ekim 2017.

Krederi v. Ukrayna, ICSID Dava No. ARB/14/17, Karar, 2 Temmuz 2018.

LESI SpA and ASTALDI SpA v. Cezayir, ICSID Dava No. ARB/05/3, Karar, 12 Kasım 2008.

LG&E v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/02/1, Sorumluluk Kararı, 3 Ekim 2006.

Liman Caspian v. Kazakistan, ICSID Dava No. ARB/07/14, Karar, 22 Haziran 2010.

Lion Mexico Consolidated LP v. Meksika, ICSID Dava No. ARB(AF)/15/2 , Karar, 20 Eylül 2021.

Loewen Group Inc. v. Amerika Birleşik Devletleri, ICSID Dava No. ARB (AF)/98/3, Karar, 26 Haziran 2003.

Lone Pine Resources Inc. v. Kanada, ICSID Davası No. UNCT/15/2, Nihai Karar, 21 Kasım 2022.

Luigiterzo Bosca v. Litvanya, UNCITRAL, Karar, 17 Mayıs 2013.

Malicorp v. Mısır, ICSID Dava No. ARB/08/18, Karar, 7 Şubat 2011.

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société S.A. v. Arnavutluk Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB3/11/24, Karar, 30 Mart 2015.

Marfin v. Kıbrıs, ICSID Dava No. ARB/13/27, Karar, 26 Temmuz 2018.

Masdar v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/14/1, Karar, 16 Mayıs 2018.

MCI Power Group L.C. ve New Turbine Inc. v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/03/6, İptal Kararı, 19 Ekim 2009.

MCI v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/03/6, Karar, 31 Temmuz 2007.

Merrill & Ring Forestry L.P. v. Kanada, UNCITRAL, Karar, 31 Mart 2010.

Mesa Power Group, LLC v. Kanada, UNCITRAL PCA Davası No. 2012-17, Karar, 24 Mar. 2016.

Metalclad Corporation v. Meksika, ICSID No. ARB(AF)/97/1, Karar, 30 Ağustos 2000.

Metalpar S.A. ve Buen Aire S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/03/5, Karar, 6 Haziran 2008.

Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Mısır, ICSID Dava No. ARB/99/6, Karar, 12 Nisan 2002.

Minnotte ve Lewis v. Polonya, ICSID Dava No. ARB (AF)/10/1, Nihai Karar, 16 Mayıs 2014.

MNSS v. Karadağ, ICSID Dava No. ARB(AF)/12/8, Karar, 4 Mayıs 2016.

Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada, ICSID No. ARB(AF)/07/4, Sorumluluk ve Tazminat İlkelerine İlişkin Karar, 22 Mayıs 2012.

Mobil v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/04/16, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, 10 Nisan 2013.

Mobile Telesystems v. Türkmenistan (2), ICSID Dava No. ARB(AF)/18/4, Karar, 14 Haziran 2023.

Mondev. v. ABD, ICSID Ek Tesis Davası No. ARB(AF)/99/2, Karar, 11 Ekim 2002.

MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Şili, ICSID Dava No. ARB/01/7, Karar, 25 Mayıs 2004.

MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile SA v. Şili, ICSID Dava No. ARB/01/7, İptal Kararı, 21 Mart 2007.

Murphy v. Ekvador II, PCA Dava No. 2012-16, Kısmi Nihai Karar, 6 Mayıs 2016.

Muszynianka v. Slovakya, PCA Dava No. 2017-08, Karar, 7 Ekim 2020.

National Grid PLC v. Arjantin, UNCITRAL, Karar, 3 Kasım 2008.

Nations Energy v. Panama, ICSID Dava No. ARB/06/19, Karar, 24 Kasım 2010.

NextEra v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/14/11 Yetki, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, 12 Mart 2019.

Noble Ventures, Inc v. Romanya, ICSID Dava No. ARB/01/11, Karar, 12 Ekim 2005.

Novenergia II v. İspanya, SCC Dava No. 2015/063, Nihai Karar, 15 Şubat 2018.

Nykomb v. Letonya, SCC, Karar, 16 Aralık 2003.

OAQ Tatneft v. Ukrayna, PCA Dava No. 2008-8 Esas Hakkında Karar, 29 Temmuz 2014.

Occidental Exploration and Production Co v. Ekvador, LCIA Dava No. UN3467, Karar, 1 Temmuz 2004.

Occidental v. Ekvador, LCIA İdari Dava No. UN 3467, Karar, 1 Temmuz 2004.

Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration and Production Company v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/06/11, İptale İlişkin Karar, 2 Kasım 2015.

Oko Pankki Oyj, VTB Bank Deutschland AG ve Sampo Bank Plc v. Estonya, ICSID Dava No. ARB/04/6, Karar, 19 Kasım 2007.

Ol European Group BV v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/11/25, Karar, 10 Mart 2015.

Olin Holdings v. Libya, ICC Dava No. 20355/MCP, Nihai Karar, 25 Mayıs 2018.

Omega Engineering LLC ve Oscar Rivera v. Panama, ICSID Dava No. ARB/16/42, ABD'nin Sunumu, 3 Şubat 2020.

Oostergetel v. Slovak Cumhuriyeti, UNCITRAL, Nihai Karar, 23 Nisan 2012.

OperaFund v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/36, Karar, 6 Eylül 2019.

Operafund v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/36, Philippe Sands'in Sorumluluk ve Tazminat Konusundaki Muhalif Görüşü, 13 Ağustos 2019.

Oxus Gold v. Özbekistan, UNCITRAL, Karar, 17 Aralık 2015.

Öztaş İnşaat, İnşaat Malzemeleri Ticaret A.Ş. v. Libya, ICC Dava No. 21603/ZF/AYZ, Nihai Karar, 14 Haziran 2018.

Pantechniki v. Arnavutluk, ICSID Dava No. ARB/07/21, Karar, 30 Temmuz 2009.

Parkerings Compagniet AS v. Litvanya, ICSID Dava No. ARB/05/8, Karar, 11 Eylül 2007.

Pawlowski v. Çek Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/17/11, Karar, 1 Kasım 2021.

Perenco v. Ekvador, ICSID Dava No. ARB/08/6, Kalan Yetki ve Sorumluluk Konuları Hakkında Karar, 12 Eylül 2014.

Peter A. Allard v. Barbados, PCA Dava No. 2012-06, Karar, 27 Haziran 2016.

Petrobart v. Kırgızistan, SCC Dava No. 126/2003, Hakem Kararı, 29 Mart 2005.

Pey Casado v. Şili, ICSID Dava No. ARB/98/2, Karar, 8 Mayıs 2008.

Pezold v. Zimbabwe, ICSID Dava No. ARB/10/15, Nihai Karar, 28 Temmuz 2015.

Philip Morris Brands Sàrl ve diğerleri v. Uruguay, ICSID Dava No. ARB/10/7, Karar, 8 Temmuz 2016.

Philip Morris Brands Sàrl ve diğerleri v. Uruguay, Katılan ve Muhalif Görüş Gary Born, 8 Temmuz 2016.

Plama Consortium Limited v. Bulgaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/03/24, Karar, 27 Ağustos 2008.

Pope and Talbot Inc. v. Kanada, UNCITRAL, 2. Aşamanın Esaslarına İlişkin Karar, 10 Nisan 2001.

Pope and Talbot Inc. v. Kanada, UNCITRAL, Tazminata İlişkin Karar, 31 Mayıs 2002.

Quiborax v. Bolivya, ICSID Dava No. ARB/06/2, Karar, 16 Eylül 2015.

Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala, ICSID Dava No. ARB/07/23, Karar, 29 Haziran 2012.

Red Eagle Exploration Ltd v. Kolombiya, ICSID Dava No. ARB/18/22, Karar, 28 Şubat 2024.

Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Peru, ICSID Dava No. ARB/11/17, Karar, 26 Şubat 2014.

Renta 4 S.V.S.A. v. Rusya Federasyonu, SCC Dava No. 24/2007, Karar, 20 Temmuz 2012.

Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca v. Meksika, ICSID No. ARB(AF)/97/2, Karar, 1 Kasım 1999.

Ronald S Lauder v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, Nihai Karar, 3 Eylül 2001.

RosInvest Co. UK Ltd. v. Rusya Federasyonu, SCC Dava No. V079/2005, Nihai Karar, 12 Eylül 2010.

RREEF v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/13/30, Sorumluluk ve Tazminat İlkeleri Kararı, 30 Kasım 2018.

RSM v. Grenada II, ICSID Dava No. ARB/10/6, Karar, 10 Aralık 2010.

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakistan Cumhuriyeti, ICSID No ARB/05/16, Karar, 29 Temmuz 2008.

Rupert Joseph Binder v. Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL, Nihai Karar, 15 Temmuz 2011.

Rusoro v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB(AF)/12/5, Karar, 22 Ağustos 2016.

RWE Innogy Aersa S.A.U. v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/14/34, Yargı yetkisi, Sorumluluk ve Belirli Miktar Konularına İlişkin Karar, 30 Aralık 2019.

RWE Innogy GmbH ve RWE Innogy Aersa S.A.U. v. İspanya Krallığı, ICSID Dava No. ARB/14/34, Karar, 18 Aralık 2020.

S.D. Myers, Inc. v. Kanada Hükümeti, UNCITRAL (NAFTA) Kısmi Kararı, 13 Kasım 2000.

Saint-Gobain v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/12/13, Sorumluluk Kararı ve Tazminat İlkeleri, 30 Aralık 2016.

Saipem SpA v. Bangladeş Halk Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/05/07, Yargı Yetkisi ve Geçici Tedbirler Kararı, 21 Mart 2007.

Saipem v. Bangladeş, ICSID Dava No. ARB/05/07, Yetki Kararı, 21 Mart 2007.

Saluka Investments BV (Hollanda) v. Çek Cumhuriyeti, PCA Davası No. 2001-04, Kısmi Karar, 17 Mart 2006.

SAUR International S.A. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/04/4, Yetki ve Sorumluluk Kararı, 6 Haziran 2012.

Sempra Energy International v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/02/16, Karar, 28 Eylül 2007.

Sempra Energy International v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/02/16, İptal Davası, 29 Haziran 2010.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan, UNCITRAL, Yargı Yetkisi ve Sorumluluğa İlişkin Kararlar, 28 Nisan 2011.

SGS Société Générale de Surveillance SA v. Filipinler Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/02/6, Yetki İtirazlarına İlişkin Karar, 29 Ocak 2004.

Siemens AG v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/02/8, Karar, 6 Şubat 2007.

Silver Ridge Power BV v. İtalya, ICSID Dava No. ARB/15/37, Karar, 26 Şubat 2021.

SolEs Badajoz v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/38, Karar, 31 Temmuz 2019.

South American Silver Limited v. Bolivya, PCA Dava No. 2013-15, Karar, 22 Kasım 2018.

Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovakya, UNCITRAL, PCA Dava No. 2017-08, 7 Ekim 2020.

Spyridon Roussalis v. Romanya, ICSID Dava No. ARB/06/1, Karar, 7 Aralık 2011.

Stadtwerke München v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/1 Karar, 2 Aralık 2019.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. ve Vivendi Universal S.A. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/19, ve *AWG Group v. Arjantin*, UNCITRAL, Sorumluluk Kararı, 30 Temmuz 2010.

Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. İtalya, SCC Dava No. 132/2016, Karar, 25 Mart 2020.

Swisslion v. Makedonya, ICSID Dava No. ARB/09/16 Karar, 6 Temmuz 2012.

Tatneft v. Ukrayna, PCA Dava No. 2008-8, Karar, 29 Temmuz 2014.

Tecmed v. Meksika, ICSID Dava No. ARB (AF)/00/2, Karar, 29 Mayıs 2003.

TECO v. Guatemala, ICSID Dava No. ARB/10/23, Karar, 19 Aralık 2013.

Teinver S.A.et al. v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/09/01, Karar, 21 Temmuz 2017.

Tenaris v. Venezuela I, ICSID Dava No. ARB/12/23, Karar, 29 Ocak 2016.

The PV Investors v. İspanya, PCA Dava No. 2012-14, Yargı Yetkisine İlişkin Ön Karar, 13 Ekim 2014.

The PV Investors v. İspanya, PCA Dava No, 2012-14, Karar, 28 Şubat 2020.

The PV Investors v. İspanya, UNCITRAL, PCA Dava No. 2012-14, Nihai Karar, 28 Şubat 2020.

Tidewater v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/10/5, Karar, 13 Mart 2015.

Tokios Tokelès v. Ukrayna, ICSID Dava No. ARB/02/18, Karar, 26 Temmuz 2007.

Total S.A. v. Arjantin Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/04/1, Sorumluluk Hakkında Karar, 27 Aralık 2010.

Toto Costruzioni Generali SpA v. Lübnan Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/07/12, Karar, 7 Haziran 2012.

Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/11/28, İptal Kararı, 30 Aralık 2015.

UAB E energija v. Letonya, ICSID Dava No. ARB/12/33, Karar, 22 Aralık 2017.

Ulysseas v. Ekvador, UNCITRAL, Nihai Karar, 12 Haziran 2012.

Unglaube v. Kosta Rika, ICSID Dava No. ARB/08/1, Karar, 16 Mayıs 2012.

Unión Fenosa Gas v. Mısır, ICSID Dava No. ARB/14/4 , Karar, 31 Ağustos 2018.

United Utilities v. Estonya, ICSID Dava No. ARB/14/24, Karar, 21 Haziran 2019.

UPS v. Kanada, ICSID Dava No. UNCT/02/1, Yargı Yetkisine İlişkin Karar, 22 Kasım 2002.

Urbaser v. Arjantin, ICSID Dava No. ARB/07/26, Karar, 8 Aralık 2016.

Valores Mundiales v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/13/11, Karar, 25 Temmuz 2017.

Venezuela Holdings v. Venezuela, ICSID Dava No. ARB/07/27, Karar, 9 Ekim 2014.

Waguih Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v. Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/ 05/ 15, Karar, 1 Haziran 2009.

Walter Bau v. Tayland, UNCITRAL, Karar, 1 Temmuz 2009.

Waste Management, Inc. v. Meksika ('No 2'), ICSID Davası No. ARB(AF)/00/3, Karar, 30 Nisan 2004.

Watkins v. İspanya, ICSID Dava No. ARB/15/44 Karar, 21 Ocak 2020.

Wena Hotels v. Mısır, ICSID Dava No. ARB/98/4, Karar, 8 Aralık 2000.

White Industries v. Hindistan, UNCITRAL, Nihai Karar, 30 Kasım 2011.

William Nagel v. Çek Cumhuriyeti, SCC Davası No. 049/2002, Karar, 9 Eylül 2003.

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton ve Bilcon of Delaware, Inc. v. Kanada, UNCITRAL PCA Vaka No. 2009-04, Yargı Yetkisi ve Sorumluluk Kararı, 17 Mart 2015.

Windstream Energy Llc v. Kanada, UNCITRAL, Karar, 27 Eylül 2016.

Wirtgen v. Çek Cumhuriyeti, PCA Dava No. 2014-03, Karar, 11 Ekim 2017.

Wirtgen v. Çek Cumhuriyeti, PCA Dava No. 2014-03, Hakem Gary Born'un Muhalif Görüşü, 11 Ekim 2017.

Zelena v. Sırbistan, ICSID Dava No. ARB/14/27, Karar, 9 Kasım 2018.

Diğer Mahkeme Kararları

ABAD, *Dava T-177/10 Alcoa Trasformazioni v. Avrupa Komisyonu* [2014]
ECLI:EU:T:2014:897.

ABAD, *Dava C-284/16 Slovakia Cumhuriyeti v Achmea* [2018],
ECLI:EU:C:2018:158.

American–Venezuelan Mixed Claims Commission, Rudloff Davası, Esasa
 İlişkin Karar, 1 Ocak 1903, 9 REPORTS of INTERNATIONAL ARBITRAL
 AWARDS, s. 250.

AİHM, *Agrokompleks v. Ukrayna*, Başvuru No: 23465/03, Karar, 6 Ekim 2011.

AİHM, *Airey v. İrlanda*, Başvuru No:6289/73, Karar, 9 Ekim 1979.

AİHM, *Aksoy v. Türkiye*, Başvuru No: 21987/93, Karar, 18 Aralık 1996.

AİHM, *Bata v. Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No: 43775/05, Karar, 24 Haziran
 2008.

AİHM, *Bélané Nagy v. Macaristan*, Başvuru No: 53080/13, Karar, 13 Aralık
 2016.

AİHM, *Běleš ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No: 47273/99, Karar,
 12 Kasım 2002.

AİHM, *Bellet v. Fransa*, Başvuru No: 23805/94, Karar, 4 Aralık 1995.

AİHM, *Beyeler v. İtalya*, Başvuru No: 33202/96, Karar, 5 Ocak 2000.

AİHM, *Ceni v. İtalya*, Başvuru No: 25376/06, Karar, 4 Mayıs 2014.

AİHM, *Cossey v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 10843/84, Karar, 27 Eylül 1990.

AİHM, *Dalia v. Fransa*, No: 154/1996/773/974, Karar, 19 Şubat 1998.

AİHM, *De Geouffre de la Pradelle v. Fransa*, Başvuru No: 12964/87, Karar, 16 Aralık 1992.

AİHM, *Donadze v. Gürcistan*, Başvuru No: 74644/01, Karar, 7 Mart 2006.

AİHM, *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7525/76, Karar, 22 Ekim 1981.

AİHM, *East West Alliance Limited v. Ukrayna*, Başvuru No: 19336/04, Karar, 2 Haziran 2014.

AİHM, *Fabris v. Fransa*, Başvuru No: 16574/08, Karar, 7 Şubat 2013.

AİHM, *Fazia Ali v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 40378/10, Karar, 20 Ekim 2015.

AİHM, *Foucher v. Fransa*, Başvuru No: 22209/93, Karar, 18 Mart 1997.

AİHM, *Georgiadis v. Yunanistan*, Başvuru No: 21522/93, Karar, 29 Mayıs 1997.

AİHM, *H. v. Fransa*, Başvuru No: 10073/82, Karar, 24 Ekim 1989.

AİHM, *Hunguest Zrt v. Macaristan*, Başvuru No: 66209/10, Karar, 30 Ağustos 2016.

AİHM, *Iatridis v. Yunanistan*, Başvuru No: 31107/96, Karar, 25 Mart 1999.

AİHM, *Kopecký v. Slovakya*, Başvuru No: 44912/98, Karar, 28 Eylül 2004.

AİHM, *Kozacıoğlu v. Türkiye*, Başvuru No: 2334/03, Karar, 19 Şubat 2009.

AİHM, *Micallef v. Malta*, Başvuru No: 17056/06, Karar, 15 Ekim 2009.

AİHM, *Milasi v. İtalya*, Başvuru No. 10527/83, Karar, 25 Haziran 1987.

AİHM, *Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri v. Belçika*, Başvuru No: 17849/91, Karar, 20 Kasım 1995.

AİHM, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz*, Başvuru No: 55391/13, 57728/13 ve 74041/13, Karar, 6 Kasım 2018.

AİHM, *Rowe ve Davis v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 28901/95, Karar, 16 Şubat 2000.

AİHM, *Ruiz-Mateos v. İspanya*, Başvuru No. 12952/87, Karar, 23 Haziran 1993.

AİHM, *Ryakib Biryukov v. Rusya*, Başvuru No: 14810/02, Karar, 17 Ocak 2008.

AİHM, *Sejdovic v. İtalya*, Başvuru No: 56581/00, Karar, 1 Mart 2006.

AİHM, *Špaček, s.r.o., v. Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No: 26449/95, Karar, 9 Kasım 1999.

AİHM, *Tierce v. San Marino*, Başvuru No: 69700/01, Karar, 3 Aralık 2003.

AİHM, *Tyrer v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 5856/72, Karar, 25 Nisan 1978.

AİHM, *Unión Alimentaria Sanders S.A. v. İspanya*, Başvuru No:11681/85, Karar, 7 Temmuz 1989.

AİHM, *Veriter v. Fransa*, Başvuru No: 31508/07, Karar, 14 Ekim 2010.

AİHM, *Zamoyski-Brisson v. Polonya*, Başvuru No: 19875/13, Karar, 12 Eylül 2017.

AİHM, *Zubac v. Hırvatistan*, Başvuru No: 40160/12, Karar, 5 Nisan 2018.

LFH Neer ve Pauline Neer (ABD) v. Meksika, 15 Ekim 1926.

Harry Roberts (ABD) v. Meksika, Karar, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Sayı: 4, 2 Kasım 1926.

Robert E. Brown (ABD) v. Büyük Britanya, Karar, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Sayı:6, 23 Kasım 1923.

Merck ve diğerleri v. Primecrown Ltd ve diğerleri, 5 Aralık 1996 tarihli karar.

Metalclad v. Meksika, British Columbia Yüksek Mahkemesi Kararı, 2 Mayıs 2001, 2001, BCSC 664.

UAD, *Seyrüsefer ve İlgili Haklara İlişkin Uyuşmazlık (Kosta Rika v. Nikaragua)*, Karar, 2009, UAD Raporları 213.

UAD, *Anglo-Iranian Oil Co. (Birleşik Krallık v. İran)*, Yargı Yetkisi Kararı, 22 Temmuz 1952.

UAD, *Deniz Kıyısı Sınırına İlişkin Dava (Peru v. Şili)*, Karar, 24 Ocak 2014.

UAD, *Petrol Platformları (İran İslam Cumhuriyeti v. Amerika Birleşik Devletleri)*, Ön İtirazlar, Karar, I.C.J. Raporları 1996 (II).

UAD, *Nükleer Testler (Avustralya v Fransa)*, Karar, 1974, UAD Raporları.

UAD, *Nükleer Testler (Yeni Zelanda v. Fransa)*, Karar, 1974, UAD Raporları.

UAD, *Toprak Anlaşmazlığı (Libya Arap Cemahiriyesi v. Çad)*, Karar, I.C.J. Raporları 1994.

UAD, *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan üzerindeki Egemenlik (Endonezya v. Malezya)*, Karar, I.C.J. Raporları 2002.

UAD, *Kasikili/Sedudu Adası (Botsvana v. Namibya)*, Karar, I.C.J. Raporları 1999 (II).

UAD, *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1KB 223, *Birleşik Krallık: Temyiz Mahkemesi (İngiltere ve Galler)*, 10 Kasım 1947.

UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belçika v. İspanya)*, Karar, 5 Şubat 1970, 1970 ICJ Reports 3.

UAD, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (ABD v. İtalya)*, 1989, ICJ Reports 15.

UAD, *Fas'taki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşları (Fransa v. Amerika Birleşik Devletler)*, 27 Ağustos 1952 tarihli kararı.

UAD, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Macaristan/Slovakya)*, Karar, I.C.J. Reports 1997.

UAD, *Gine v. Kongo (Ön İtirazlar)*, 24 Mayıs 2007 tarihli karar.

UAD, *Kamerun ve Nijerya Arasındaki Kara ve Deniz Sınırı (Kamerun v. Nijerya)*, Ön İtirazlar, 11 Haziran 1998 tarihli karar.

UAD, *Kamerun ve Nijerya Arasındaki Kara ve Deniz Sınırına İlişkin Dava (Kamerun v. Nijerya: Ekvator Ginesi müdahil)*, Ön İtirazlar, 1998, ICJ Rep 275.

UAD, *Kıta Sahanelığı (Libya Arap Cemahiriyesi v. Malta)*, Karar, ICJ Rep 1985.

UAD, *Korfu Kanalı (Birleşik Krallık v. Arnavutluk)*, 9 Nisan 1949 tarihli karar

UAD, *Interhandel (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri)*, 21 Mart 1959 tarihli Karar

UAD, *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları (Federal Almanya Cumhuriyeti v. Danimarka/ Federal Almanya Cumhuriyeti v. Hollanda)*, 1969, ICJ Rep 44.

UAD, *Balıkçılık Yargı Yetkisi (İspanya v. Kanada)*, Karar, 4 Aralık 1998.

UAD, *Nikaragua ve Çevresindeki Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. ABD)*, Esaslar, Karar, ICJ Rep 1986.

UAD, *LaGrand (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri)*, Karar, 27 Haziran 2001.

UAD, *Pasifik Okyanusu'na Erişim Müzakeresi Yükümlülüğü (Bolivya v. Şili)*, Karar, 1 Ekim 2018, ICJ Rep 2018.

UAD, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons istişari görüşü*, 8 Temmuz 1996.

UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması (Hrvatistan V. Sırbistan)*, Karar, 3 Şubat 2015.

UAD, *Sınır ve Sınır Ötesi Silahlı Eylemlere İlişkin Dava (Nikaragua v. Honduras)*, Karar, 1988, ICJ Rep 69.

UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması (Hrvatistan v. Sırbistan)*, 3 Şubat 2015 tarihli karar.

UAD, *Tahran'daki Amerikan Birleşik Devletleri Diplomatik ve Konsolosluk Personeli (ABD v. İran)*, Karar, I.C.J. Raporları 1980.



Diğer Belgeler

AB-Kırgızistan EPCA (2024),

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8490/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

AB-Vietnam IPA (2019), (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

Angola-Avrupa Birliği SIFA (2023),

<https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/a17ccfe1-ce36-428f-bc7f-76bcb902c36a/details?download=true> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

ACP-AB Samoa Antlaşması (2023),

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8383/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

Avrupa Birliği, ‘Enerji Şartı Antlaşmasının Modernizasyonu için Metin Önerisi’ (Mayıs 2020).

BM Genel Kurulu, ‘Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Hukukun Üstünlüğü’, A/RES/68/116, 16 Aralık 2013.

BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (2011).

CARIFORUM Devletleri-Birleşik Krallık EPA (2019),

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5822/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

COUNCIL DECISION on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty, 4 Mart 2024, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6509-2024-INIT/en/pdf> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

Doğrudan Yabancı Yatırımlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Kılavuz İlkeler, 1992.

Eastern Europ and Central Asia convened by the UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises: ‘Summary of the Discussions from the Consultation on Human Rights-Compatible International Investment Agreements. Report for Central and Eastern Europe and the Central Asia Region’ (21 Nisan 2021).

EFTA – Moldova FTA (2023),
https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/free-trade-relations/moldova/EFTA-Moldova_Main_Agreement.pdf (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

EFTA-Hindistan TEPA (2024),
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8438/download> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

Enerji Şartı Antlaşmasının Modernizasyonuna İlişkin Prensipten Antlaşması (24 Haziran 2022) (AIP).

Enerji Şartı Sekreteryası, “Modernizasyon Grubunun Müzakere Görevinin Yerine Getirilmesinde Kaydedilen İlerlemeye İlişkin Raporu” (Euractiv, 25 Kasım 2020), https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/12/ECT-report-on-progress-made_FS.pdf (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

European Commission, ‘Commission’s Communication on Protection of intra-EU Investment’ (Communication) COM (2018) 547 final.

European Commission, EU Canada Comprehensive Trade Agreement – Landing Zones, 6 November. 2012, DS 1744/12.

G Sacerdoti, ‘Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection’ (1997)

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0276.pdf (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

LEAK: Exit from Energy Charter Treaty ‘unavoidable’, EU Commission says, 8 şubat 2023, <https://www.euractiv.com/section/eet/news/exit-from-energy-charter-treaty-unavoidable-eu-commission-says/> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

International Law Association, “Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law” (Final Report of the Committee on the Formation of Customary International Law), 69. Uluslararası Hukuk Derneği Londra Konferansında sunulmuştur, Londra, 29 Temmuz 2000.

International Law Commission, ‘Report of the ILC on the Work of Its 30th Session’ in ILC Yearbook, vol 2, part 2 (1978).

International Law Commission, ‘Second Report on Identification of Customary International Law’, Michael Wood, Special Rapporteur, Sixty-sixth Session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014, UN Doc A/CN.4/672.

Paying Polluters: The Catastrophic Consequences of Investor-State Dispute Settlement for Climate and Environment action and Human Rights, Note by the UN Secretary-General to the General Assembly, 78th Sess., UN Doc. A/78/168, 2023.

Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-Eighth Sess., Supp. No 10, 74, at 76, UN Doc. A/71/10 (2016).

The Energy Charter Conference Adopts Decisions on the Modernisation of the Energy Charter Treaty, 3 Aralık 2024, <https://www.energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-conference-adopts-decisions-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 17/4/2025)

UNGA Res 60/1 ‘2005 World Summit Outcome’ (16 Eylül 2005) UN Doc A/RES/60/1.

Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 221.

UHK, “Devletlerin Hukuki Yüklümlülük Doğurabilecek Tek Taraflı Beyanlarına Uygulanacak Rehber İlkeler Metni”, Report of the International Law Commission on the Work of Its 61st Session, UN Doc A/61/10.

UHK, “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Volume II, UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T. C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Hazırlayanın Adı Soyadı : Özgür OCAKHAN

Tez Başlığı : Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele

Savunma Tarihi : 26/05/2025

Danışmanı : Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

JÜRİ ÜYELERİ:

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM (Danışman):

Prof. Dr. Ziya AKINCI:

Prof. Dr. Süheyla BALKAR:

Prof. Dr. Cemile Demir GÖKYAYLA:

Prof. Dr. Hasan Selçuk KÖNİ:

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü