

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI
ÇERÇEVESİNDE
ENERJİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI

Doktora Tezi

Kasım Uğur KARATAŞ

İstanbul, 2024

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI
ÇERÇEVESİNDE
ENERJİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI

Doktora Tezi

Kasım Uğur KARATAŞ

100044158

Danışman: Doç. Dr. Abdülkadir AKIL

İstanbul, 2024

ETİK BEYAN SAYFASI

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İstanbul Ticaret Üniversitesi Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamıyla uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesi'nin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

Kasım Uğur KARATAŞ

ÖZET

Bu tez, enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası hukuk çerçevesinde nasıl çözümlendiğini kapsamlı bir şekilde incelemektedir. Enerji, modern toplumların ekonomik büyümesi ve sürdürülebilir kalkınması için hayati bir öneme sahiptir. Bu önem, enerji yatırımlarını uluslararası ticaretin vazgeçilmez bir unsuru haline getirmiştir. Sanayi devriminden itibaren enerji yatırımları, önemli dönüşümler geçirerek daha karmaşık hukuki ve ekonomik yapılar kazanmıştır.

Enerji yatırımları, ülkelerin enerji kaynaklarına erişim ve bu kaynakları kullanma konusunda yaşadıkları rekabet nedeniyle uluslararası hukukta özel bir yere sahiptir. Yatırımların korunması ve uyuşmazlıkların çözümü, enerji yatırımlarının devamlılığı için kritik önemdedir. Bu bağlamda, uluslararası yatırım hukuku, enerji yatırımlarının korunması için gerekli hukuki çerçeveyi sağlar. Enerji Şartı Antlaşması gibi uluslararası anlaşmalar, yatırımcıların haklarını koruma ve devletler arası uyuşmazlıkları çözme konusunda önemli araçlar sunar.

Enerji yatırımlarıyla ilgili uyuşmazlıkların temelinde adil ve hakkaniyete uygun muamele, ayrımcılık yasağı ve tam koruma ve güvenlik gibi uluslararası koruma standartlarının ev sahibi devletler tarafından ihlal edilmesi gerçeği yatmaktadır. Yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ise tahkim ve ulusal mahkemelerin rolü büyüktür. Tahkim, yatırımcıların genellikle tercih ettiği bir çözüm yolu olarak öne çıkarken, ulusal mahkemeler de belirli durumlarda önemli bir yargı yetkisi taşır.

Bu çalışma, enerji yatırımlarının sürdürülebilirliği ve uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde korunması için önemli bulgular sunmaktadır. Enerji yatırımlarıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yönteminin önemi ve tahkim sürecinde dikkate alınması gereken hususlar detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Enerji Yatırımları, Uyuşmazlık Çözümü, Uluslararası Hukuk, Tahkim, Enerji Şartı Antlaşması.*

ABSTRACT

This dissertation provides a comprehensive analysis of how disputes arising from energy investments are resolved within the framework of international law. Energy is vital for the economic growth and sustainable development of modern societies, making energy investments an indispensable component of international trade. Since the industrial revolution, energy investments have undergone significant transformations, evolving into more complex legal and economic structures.

Energy investments hold a special place in international law due to the competition among countries for access to and utilization of energy resources. The protection of investments and the resolution of disputes are critical for the continuity of energy investments. In this context, international investment law provides the necessary legal framework to safeguard energy investments. International agreements, such as the Energy Charter Treaty, offer essential tools for protecting investors' rights and resolving disputes between states.

At the core of disputes related to energy investments lies the violation of international protection standards by host states, such as fair and equitable treatment, non-discrimination, and full protection and security. Arbitration and national courts play a significant role in resolving these disputes. Arbitration is often preferred by investors as a resolution method, while national courts hold substantial jurisdiction in specific cases.

This study provides significant insights into the sustainability of energy investments and their protection under international law. It examines the importance of arbitration in resolving disputes related to energy investments and the key considerations within the arbitration process in detail.

Keywords: Energy Investments, Dispute Resolution, International Law, Arbitration, Energy Charter Treaty.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACC	: Bangladesh Anticorruption Commission
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AEŞ	: Avrupa Enerji Şartı
age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
AIOC	: Anglo-Iranian Oil Company
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ARAMCO	: Arabian American Oil Company
ARB.	: Arbitration
ART	: Article
ASEAN	: Association of South East Asian Nations
AUÇY	: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BAE	: Birleşik Arap Emirlikleri
BIT	: Bilateral Investment Treaty
BNOC	: British National Oil Company
BRITOIL	: British Oil
BP	: British Petroleum
BTC	: Bakü Tiflis Ceyhan Boru Hattı
BYIL	: British Yearbook of International Law
CERDS	: Charter of Economic Rights and Duties of States
Corp.	: Corporation
CSIS	: Center for Strategic Studies
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
DKÜSEB	: Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirgesi
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
eds.	: editör
edt.	: editörler

ECT	: Energy Charter Treaty
Energy L. J.	: Energy Law Journal
EJIL	: European Journal of International Law
EŞA	: Enerji Şartı Anlaşması
et al.	: et alii
EU	: European Union
FDI	: Foreign Direct Investment
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
I.	: Issue
IBRD	: International Bank for Reconstruction and Development
ICC	: International Chamber of Commerce
ICLQ	: International Comparative Law Quarterly
ICSID	: International Centre for Settlement of Disputes
IEA	: International Energy Agency
IHRDC	: International Human Rights Development Corporation
ILM	: International Legal Materials
IISD	: International Institute for Sustainable Development
Inc.	: Incorporation
Int.	: International
Intl.	: International
MAI	: Multilateral Agreements on Investment
MERCOSUL	: Mercado Comun do Sul
MERCOSUR	: Merco Comun del Sur
MHB	: Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MFN	: Most Favourable Nation
MIGA	: Multinational Investment Guarantee Agency
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NEI	: Nuclear Energy Institute
No.	: Number
NIEO	: New International Economic Order
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
OPEC	: Organization of Oil Exporting Countries
OPIC	: Overseas Private Investment Corporation
PEMEX	: Petroleos Mexicanos
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

SBF	: Siyasal Bilgiler Fakóltesi
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
USGS	: United States Geological Survey
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UK	: United Kingdom
UN	: United Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNYB	: United Nations Law Yearbook
US	: United States
USA	: United States of America
V.	: Volume
vd.	: Ve diğerleri
YCA	: Yearbook Commercial Arbitration
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YPFB	: Yacimientos Petroliferos Fiscales Bolivianos
WWF	: World Wide Fund
www.	: World wide web

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ETİK BEYAN SAYFASI	i
ÖZET	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ENERJİ YATIRIMI KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ	13
1.1. Genel Değerlendirme	13
1.1.1. İlk Enerji Yatırımları ve Yatırımların Çağdaştırılması	14
1.1.2. İmtiyaz Sistemlerinin Oluşturulması ve İmtiyaz Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi	16
1.1.3. Devletlerin Sahip Oldukları Enerji Kaynakları Üzerinde Hâkimiyet Kurma Gayretleri	20
1.1.3.1. Enerji Kaynaklarında Millileştirilme Faaliyetleri	21
1.1.3.2. Birleşmiş Milletlerin Doğal Kaynaklara İlişkin Kararları	24
1.1.3.3. OPEC'in Kuruluşu ve Amacı	28
1.1.3.4. Çağdaş Anlamda İmtiyaz Sözleşmelerinin Oluşturulması ve Yaygınlaşması	30

1.1.4. Enerji Piyasasında Korumacı Politikadan Serbestleşme Sürecine Geçiş	31
1.1.5. Yatırım Hukuku Kavramının Oluşturulması ve Geliştirilmesi	34
1.1.5.1. Yatırım Kanunları ve Uluslararası Yatırım Anlaşmaları	34
1.1.5.2. Serbestleşme Faaliyetleriyle Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararası Hukuka Tabii Olması	53
1.1.5.3. ICSID Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinin Kurulması	56
1.1.6. Yatırım Rejimine İlişkin Yeni Yönelimler	58

İKİNCİ BÖLÜM

2. ENERJİ YATIRIMI KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE GENEL ÖZELLİKLERİ	66
2.1. Enerji Yatırımlarının Hukukî Nitelikleri	66
2.1.1. Enerji Kaynaklarında Mülkiyet Hakkı	70
2.1.2. Enerji Yatırımlarının Kamu Hizmetine Dönüştürülmesi	72
2.1.3. Devlet Sözleşmelerinin Enerji Yatırımları Üzerindeki Rolü ve Önemi	74
2.2. Enerji Yatırımı Kavramı	78
2.2.1. Enerji Yatırımının Konusu	78
2.2.1.1. Enerji Yatırımı Kavramının Tanımlanması	78
2.2.1.2. Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Değerlendirilmesi	92
2.2.2. Enerji Yatırımının Tâbiyeti	101
2.2.3. Enerji Yatırımının Hukuksal Boyutu	104

2.2.4. Enerji Yatırımının Unsurları.....	106
2.2.4.1. Hukuksal Açıdan Yatırımcının Kabulü ve Korunması.....	109
2.3. Enerji Yatırımcısı Kavramı	125
2.3.1. Enerji Yatırımcısının Vasfı.....	128
2.3.2. Kontrol Sistemi.....	130
2.3.3. Enerji Yatırımcısının Tâbiyetinin Belirlenmesi	133
2.3.3.1. Gerçek Kişilerde Tabiiyetin Belirlenmesi	134
2.3.3.2. Tüzel Kişilerde Tabiiyetin Belirlenmesi.....	135
2.4. Yatırım İlişkisi Çerçevesinde Devletlerin Nitelendirilmesi	144
2.4.1. Ev Sahibi Devlet Kavramı.....	145
2.4.2. Kaynak Devlet Kavramı	148

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ENERJİ YATIRIMLARINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR

VE ÇÖZÜM YOLLARI..... 151

3.1. Enerji Yatırımlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

3.1.1. Temel Koruma Standartlarının İhlali Neticesinde Uyuşmazlık	156
3.1.2. Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Koruma Standartları	157
3.1.2.1. Koruma ve Güvenlik Standardı	158
3.1.2.2. Âdil ve Hakkaniyete Uygun Muamele Standardı	165
3.1.2.3. Ayrımcılık Yasağı İlkesi	177

3.1.2.4. Kazançların Serbestçe Transferi İlkesi	188
3.1.2.5. Şemsiye Klozu	190
3.1.2.6. Kamulaştırmanın Önlenmesi İlkesi	193
3.2. Enerji Yatırımlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları....	246
3.2.1. Ulusal Mahkemelerin Yetkili Olması.....	246
3.2.2. Tahkim.....	252
3.2.2.1. Tahkim Sürecinin Avantajları ve Dezavantajları.....	258
3.2.2.2. Tahkim Sürecinin İşleyişi	260
3.2.2.3. Tahkim Sürecinde En Fazla Başvurulan Usul Kuralları.....	261
3.2.2.4. Tahkim Türleri	274
3.2.2.5. Tahkimde Yetkinin Varlığı Hususunda Aranacak Şartlar	282
3.2.2.6. Kişi Bakımından Yetki	309
3.2.2.7. Konu Bakımından Yetki	326
3.2.2.8. Süre Bakımından Yetki.....	340
3.2.3. Dostane Çözüm Yolları	348
3.2.3.1. Dostane Çözüm Yollarının Temel Dayanakları.....	351
3.2.3.2. Dostane Çözüm Yolu Yöntemleri.....	357
SONUÇ	367
KAYNAKÇA.....	377

GİRİŞ

Enerji, toplumsal yaşamın her yönünü etkileyen, ekonomik büyümenin ve sürdürülebilir kalkınmanın itici gücü olarak çağımızın en kritik konularından biridir. Modern yaşam koşullarının enerjiye olan bağımlılığı, enerjinin toplumsal ve ekonomik hayattaki önemini artırmıştır. Enerji, sadece bir ihtiyaç değil, aynı zamanda önemli bir ekonomik ve politik değerdir. Enerjinin, toplumun temel ihtiyaçlarını karşılamasının yanı sıra sanayi üretiminin de can damarı olması, enerji arzına olan hassasiyeti artırmaktadır. Bu nedenle enerji arzındaki herhangi bir kesinti veya daralma, günlük yaşamı ve toplumsal düzeni olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir.

Enerji kaynakları üzerindeki kontrol, uluslararası ilişkilerde ve jeopolitikte merkezi bir rol oynamaktadır. Bu durum, enerji güvenliği ve enerji politikalarının stratejik önemini artırmaktadır. Enerji yatırımları, enerji üretimi, iletimi ve dağıtımını iyileştirmeye yardımcı olur. Tarihsel olarak, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında enerji yatırımları, sanayi devriminin etkisiyle büyük dönüşümler yaşamıştır. Enerji faaliyetlerinin modern anlamda bir "yatırım" olarak kabul edilmesi, petrolün sanayi üretiminde kullanılmaya başlanmasıyla mümkün olmuştur. Bu süreçte, sermaye sanayileşmiş ülkelere, sömürge ya da yarı sömürge statüsündeki ülkelere, kaynak ülkelerin himayesi altında girmiştir.

Enerji yatırımları, Britanya İmparatorluğu'nun dünya üzerinde hakimiyet kurduğu "Pax Britannica" döneminde yoğunlaşmıştır. Britanya, korsanlara karşı ciddi tedbirler alarak ve dünyada ticareti teşvik ederek enerji kaynakları üzerindeki denetimini pekiştirmiştir. Sanayi devrimi sürecinde, enerji yatırımlarına yönelik sağlanan koruma ve muamelede, hukuki unsurlardan çok siyasi faktörler belirleyici olmuştur. Bu dönemde sermaye hareketi oldukça serbest bir şekilde ve yatırımcıların lehine şartlarla gerçekleşmiştir. Bu durum, sanayileşmiş devletlerin ekonomik ve askeri kapasitelerini geliştirmelerine olanak tanımıştır.

Yirminci yüzyılın başlarında, uluslararası ekonomi düzeninde gerçekleşen değişiklikler, enerji yatırımlarını da etkilemiştir. 1920’li yıllarda dünya ekonomisini sarsan “büyük ekonomik buhran” sebebiyle özel girişimciler, büyük kapsamlı altyapı projelerine yönelik yatırımlara çekimser kalmış ve bu dönemde devletlerin enerji yatırımlarında daha etkin rol almasına neden olmuştur. Bu dönemde devlet yatırımları ön plana çıkmış ve enerji arz güvenliğinin sağlanması açısından stratejik bir öneme sahip olmuştur. Ulusal bağımsızlık mücadeleleri yaygınlaşmış ve SSCB'nin politikalarının etkisiyle özel girişime karşı olan düşünceler güçlenmiştir. Bu süreçte, korumacı politikaların artması ve yabancı sermaye akışlarının yavaşlaması, enerji yatırımlarının devletler tarafından yapılmasına olanak tanımıştır.

II. Dünya Savaşı'nın ardından, sömürgelerin bağımsızlıklarını kazanması ve yeni devletlerin oluşması, uluslararası ekonomik ve politik yapıyı derinden etkilemiştir. Bu dönemde, millileştirme hareketleri, doğal kaynaklar üzerinde ulusal egemenlik sağlama girişimleri ve korumacı politikaların yaygınlaşması görülmüştür. Sömürgecilik dönemi boyunca yatırım için elverişli bir ortam sağlayan sömürgeler, siyasi bağımsızlık düşüncelerinin ekonomik yansımalarıyla, doğal kaynaklar üzerinde denetim kurma amacı güden adımlar atmışlardır. Bu dönemde, millileştirme hareketleriyle doğal kaynaklar üzerindeki ulusal egemenliklerini güçlendiren sömürgeler, korumacı politikaların küresel çapta yaygınlaşmasına katkıda bulunmuştur. Hindistan, Mısır, Pakistan, Cezayir, Tunus ve Libya gibi ülkelerin bağımsızlıklarını kazanmaları, bu değişimin somut örneklerindendir. Özetlemek gerekirse, enerji kaynakları üzerinde ulusal denetimin sağlanması ve enerji politikalarının ulusal çıkarlar doğrultusunda şekillendirilmesi, bu dönemin enerji yatırımları açısından belirleyici özelliklerindendir.

Yirminci yüzyılın ortalarına doğru, kaynak zengini devletlerin piyasaları, yatırımcılar açısından tekrar çekici hale dönüşmüştür. Bu yeni süreçte, enerji yatırımları yalnızca sanayileşmiş ülkelerin hammadde taleplerini karşılamayı amaçlamakla kalmamış, aynı zamanda ev sahibi ülkelerin enerji pazarlarına girerek bu pazarlarda etkili olmayı da hedeflemiştir. Ancak, korumacı politikaların ekonomik yaşama müdahale etme yetkisi veren düzenlemeleri, sermayenin sınır

ötesi hareketliliğini zorlaştırmış ve yatırım ortamını belirsizliklerle dolu bir hale getirmiştir.

Sömürgeciliğin sona ermesi ve kaynak ülkelerin ev sahibi devletlere yönelik siyasi baskısının azalması, enerji yatırımlarının korunması için alternatif yöntemlerin arayışını başlatmıştır.İki kutuplu dünya düzeninde, askeri güç kullanımı artık tercih edilmeyen bir strateji haline gelmiştir.Bu bağlamda, sermaye ihraç eden ülkeler, yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasındaki ilişkiye doğrudan müdahaleden kaçınacakları ve hukuki ilkelerin öne çıktığı bir düzen kurma amacıyla modern yatırım hukukunun temellerini atmışlardır.Bu dönemde, yatırım hukuku, sermayenin sınırlar arası dolaşımını düzenleyen ve yatırımcıların haklarını koruyan hukuki çerçeveler geliştirmiştir.

Hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler, doğal kaynaklarının azlığı, işletme maliyetleri, işgücü sorunları, vergi yükü, coğrafi konum gibi çeşitli nedenlerle yabancı yatırımlara ihtiyaç duyarlar. Yabancı yatırımcılar ise, mali ve hukuki istikrarın sağlandığı, kâr transferinin güvenli ve kolay olduğu, yabancı yatırımı destekleyen ve kolaylaştıran ülkelerde yatırım yapmayı isterler. Bu yüzden, ev sahibi devletin egemenlik yetkisi karşısında, yabancı yatırımcının sadece o devletin iç hukukuna değil, aynı zamanda uluslararası hukuk kurallarına da tabi olması gerekir. Bu amaçla, devletler, kendi istekleriyle egemenlik yetkilerini sınırlandıran uluslararası yatırım anlaşmaları yaparlar. İşte, uluslararası yatırım hukuku da bu noktada devreye girer. Yatırım hukuku, yatırımcıların haklarını ve yükümlülüklerini, ev sahibi devletlerin yatırımlara ilişkin düzenleme yetkisini ve sorumluluklarını, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yollarını ve yatırım politikalarının geliştirilmesini belirler.

Yatırım hukuku, sermayenin çeşitli piyasalara kolayca girebilmesi ve çıkabilmesi ve bu piyasalarda faaliyet gösterirken en az belirsizlik ve en çok avantaj sağlayan koşullara sahip olması için oluşturulmuştur. Bu yüzden, yatırım hukukunun ana hedefi, yatırımların ülkeye girip çıkma ve iş yapma şartlarını ev sahibi devletlerin etkisinden mümkün mertebe uzaklaştırması, yani, yatırımların ev sahibi devlet hukukuna en fazla ölçüde bağımsız olmasıdır.

Yatırım hukukunun kökeni, geçen yüzyılın ortalarında meydana çıkan ve enerji sektöründe özellikle önemli olan uluslararasılaşma teorisine dayanmaktadır. Uluslararasılaşma teorisi, ev sahibi devletin hukukunun yabancı yatırımcılar için yeterli koruma sağlamadığını, bu nedenle yabancı yatırımların uluslararası hukukun bir parçası olduğunu ve uluslararası hukukun genel ilkelerine tabi olduğunu savunmaktadır. Yani bu teoriye göre, yatırım sözleşmeleri, ev sahibi devletin hukukundan bağımsız olarak uluslararası hukuka tabidir ve ev sahibi devletin müdahalesine karşı yabancı yatırımcıları korur.

Uluslararasılaşma teorisi, yatırım sözleşmelerinin uluslararası hukuka tabi olmasını sağlamış, böylece yatırım hukukunun temel amacı olan yatırımların ev sahibi devlet hukukundan bağımsızlaştırılması hedefine yaklaşmıştır. Ancak bu teori, ev sahibi devletin egemenlik yetkisini, kamu yararını ve diğer uluslararası yükümlülüklerini göz ardı etmesiyle, yabancı yatırımcılara aşırı koruma sağlayarak, ev sahibi devletin yatırımları düzenleme, denetleme ve vergilendirme hakkını kısıtlaması nedeniyle eleştirilmiştir.

Sermaye ithal eden devletler, yatırım rejiminin uygulamalarına karşı çıkmıştır. Sermayenin özgürce akması ve istikrarlı olması ile ev sahibi devletlerin enerji kaynaklarını kontrol etme isteği arasında bir çatışma vardır. Ancak gelişmekte olan devletlerin çoğu, enerji kaynaklarını kullanmak ve kalkınmak için sermaye, teknoloji ve bilgiye ihtiyaç duymaktadır. Bu yüzden, bu devletler, korumacılıktan vazgeçerek enerji piyasalarını yabancı yatırımcılara açmıştır. Özellikle 1980'li yıllarda dış borçlanmanın sınırlanması, yatırım rejiminin serbestleştirilmesine zemin hazırlamış ve yatırım rejimi dünya genelinde yaygınlaşmıştır.

Uluslararası yatırım hukuku, aynı zamanda, diğer hukuk dallarıyla da etkileşim içindedir. Yabancılar hukuku, yatırım hukuku ile ilişkili olarak değerlendirilecektir. Zira yabancı yatırımcıların bu haklardan yararlanması, yatırım ortamını ve yatırım akışını etkileyebilir. Yabancılar hukuku, ev sahibi devletin egemenlik yetkisine dayanarak, yabancıların ülkeye giriş ve çıkışı, oturma izni, seyahat özgürlüğü, çalışma hakkı, eğitim olanakları, miras işlemleri ve mülk edinme gibi haklarını düzenleyen bir hukuk dalıdır. Bu nedenle, yabancılar hukukunda, milletlerarası yatırım anlaşmalarında öngörülen koruma ve garanti standartlarına uygun olarak, yabancı yatırımcılara ayrıcalıklı veya en

azından ulusal muamele sağlanması gerekebilir. Yine uluslararası yatırım hukuku ile ilişkili bir diğer hukuk disiplini milletlerarası hukuktur. Çünkü uluslararası yatırım anlaşmaları, milletlerarası hukukun bir parçasıdır ve milletlerarası hukukun genel ilkeleri, yorum ve uygulama kuralları, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, uluslararası yatırım hukukuna da uygulanabilir.

Milletlerarası hukuk, devletlerarasındaki ilişkileri ve diğer uluslararası aktörleri düzenleyen bir hukuk dalıdır. Hakeza, uluslararası yatırım hukuku, diğer milletlerarası hukuk alanlarıyla da kesişebilir. Örneğin, kültürel mirasın korunması, insan hakları, çevre hukuku, enerji hukuku gibi konular, uluslararası yatırım hukuku ile ilişkili olabilir. Son olarak idare hukukunu ele almak gerekir. Ev sahibi devletin veya kamu kuruluşlarının yabancı yatırımcılara karşı aldığı tedbirler, idare hukukunun kapsamına girer ve idare hukukunun usul ve esas kurallarına uygun olması gerekir. İdare hukuku, devletin ve kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerini, yetkilerini, sorumluluklarını, denetimini ve yargısal denetimini düzenleyen bir hukuk dalıdır. Ayrıca, ev sahibi devletin veya kamu kuruluşlarının yabancı yatırımcılara karşı el koyma, kamulaştırma, millileştirme gibi işlemleri, idare hukukunun düzenlediği konulardır ve uluslararası yatırım hukukunun koruma ve garanti standartlarına uygun olması gerekir.

Yatırım yasaları veya yatırım anlaşmaları ile düzenlenen hak ve yükümlölüklerin ihlal edilmesi halinde ortaya yatırım uyuşmazlıkları çıkmaktadır. Yatırım uyuşmazlıkları, genellikle yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlerle veya diğer yabancı yatırımcılarla aralarında çıkan anlaşmazlıklardır. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için, yabancı yatırımcıların birden fazla alternatif çözüm yöntemi mevcuttur. Yatırımcılar çözüm için ev sahibi devletin mahkemelerine başvurabilecekleri gibi, uluslararası tahkim veya arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini de tercih edebilirler.

Yatırım uyuşmazlıklarının kaynaklarını ve sebepleri, yatırım yasaları ve yatırım anlaşmalarından hareketle dört temel başlık altında toparlamak mümkün olacaktır. Bu başlıklardan ilki; ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının yatırımından elde ettiği kâr, faiz, tazminat, lisans ücreti gibi ödemelerin ülke dışına çıkarılmasını kısıtlaması veya engellemesi işlemi olan ödemelerin serbestçe transferinin engellenmesi işlemidir. Bu standart, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının

yatırımından elde ettiği ödemeleri, serbest döviz kuru ile ve gecikmeksizin ülke dışına transfer etmesine izin verir. İkinci başlık; ev sahibi devletin, yabancı yatırımcılara, yatırım anlaşmalarında belirlenen muamele standartlarını sağlamaması işlemidir. Muamele standartları, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcılara adil ve tarafsız bir yaklaşım gösterme, ulusal muamele, en çok kayırlan ülke statüsü, tam güvenlik ve koruma, zararların tazmini gibi ilkeleri uygulamasını gerektirir. Üçüncü başlıkta; ev sahibi devletin veya kamu kuruluşlarının, yabancı yatırımcılarla yaptıkları yatırım sözleşmelerindeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya bozması işlemi olan sözleşme ihlalleridir. Sözleşme ihlalleri standardı, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcılarla yaptığı yatırım sözleşmelerine bağlı kalmasını ve bunları değiştirmemesini veya feshetmemesini gerektirir. Dördüncü ve son başlık ise; haksız kamulaştırma işlemidir. Kamulaştırma, en genel şekliyle ev sahibi devletin veya kamu kuruluşlarının, yabancı yatırımcılara ait malvarlığı değerlerine el koyması veya bunların değerini azaltması işlemi olarak tanımlanır.

Bu dört başlıkta belirtilen standartlar, yabancı yatırımcılara tanınan koruma ve garantileri içermektedir. Bu standartların ihlali halinde, yabancı yatırımcı, ev sahibi devlete karşı uluslararası tahkim yoluyla dava açabilir ve tazminat talep edebilir. İlaveten bazı yatırım anlaşmalarında, savaş ve sivil itaatsizlik durumlarında yatırımcının zararının tazmini, performans yükümlülükleri ve kilit personelin istihdamı gibi konulara ilişkin ev sahibi devletlere yükümlülükler getirilmektedir. Bu yükümlülüklerin ihlali, yatırım anlaşmazlıklarının doğmasına sebep olabileceği kabul edilmektedir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının önemli bir kısmı, kamulaştırma iddialarından kaynaklanmaktadır. Kamulaştırma hukuku, iç hukuk düzenlemeleri ile belirlenir ve devletin düzenleyici yetkisi ile ilişkilidir. Kamulaştırma hukuku, aynı zamanda, milletlerarası hukuk bağlamında da önem taşır, çünkü devletin kamulaştırma işlemleri, yabancı yatırımcıların haklarını etkileyebilir. Kamulaştırma hukuku ve milletlerarası yatırım uyuşmazlıkları arasındaki ilişki, 1980'li yıllardan sonra daha fazla önem kazanmıştır. Bu dönemde, yabancı yatırımların artması, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı düzenleyici tedbirler alması, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlerin iç hukukuna

güvenmemesi, yatırım anlaşmalarında uluslararası tahkim hakkının tanınması gibi faktörler, kamulaştırma iddialarının sayısını ve önemini artırmıştır. Bu dönemde, kamulaştırma hukukunda tazminatın niteliği, zamanı, miktarı gibi konular, milletlerarası hukuk açısından da tartışılmaya başlanmıştır.

“Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Enerji Yatırım Uyuşmazlıkları” başlığını taşıyan bu tez, geniş bağlamda, yirminci yüzyıl sonrası dönemde sermayenin sınır ötesi akışının ana yolu olan doğrudan yatırımları konu almaktadır. Ancak, araştırma belli sebeplerden dolayı, “enerji yatırımları” ve daha sonra ise “uyuşmazlıklar” özelinde gerçekleştirilmiştir. Tezimizdeki yatırım düzeninin enerji yatırımları üzerinden değerlendirilecek olmasının en önemli gerekçesi, enerji yatırımlarının yatırım düzeni açısından önemi, enerji piyasasının uluslararası ekonomideki rolü ve ev sahibi devletler ile yatırımcılar arasında sıkça çıkan anlaşmazlıklar.

Enerji sektörü, artan değeriyle birlikte, ev sahibi ülkeler ile yatırımcılar arasında çıkan anlaşmazlıkların sıkça ortaya çıktığı bir alan haline gelmiştir. Bunun en büyük delili ise; hâlihazırda bilinen her üç tahkim usulünden birinin enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıklara dayanmasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülürken, hem ev sahibi ülkelerin hem de uluslararası ekonominin milyarlarca doları bulan tazminat talepleriyle karşı karşıya kaldığı gözlemlenmektedir. Dolayısıyla bu tutarlar yine enerji yatırımlarının yatırım rejimi içerisindeki önemini anlatmaya yeterli olacaktır. Ayrıca, enerji yatırımlarının çevre, insan hakları, su kaynakları, işçi hakları ve halk sağlığı gibi alanlarla olan bağlantısı, hem ev sahibi devletler nezdinde hem de uluslararası ilişkilerde dikkat çekici bir konu haline gelmiştir, bu hususta yaşanabilecek olası anlaşmazlıklar ve bu anlaşmazlıkların çözüm yöntemlerine olan ilgi ve tartışmalar hep canlı kalmıştır.

Enerji Şartı Anlaşması, çok taraflı bir yatırım anlaşmasının bulunmadığı bir dönemde, enerji yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla uluslararası bir çerçeve sağlamaktadır. Bu anlaşma enerji sektöründeki sınır ötesi yatırımları korumak için 1994 yılında imzalanmış ve 1998’de yürürlüğe girmiştir. Enerji Şartı Anlaşmasının III. Bölümü, enerji yatırımlarının desteklenmesi ve korunması ile ilgili hükümleri içermektedir. Bu hükümler, bir devlette yatırım yapan diğer

devletlerin yatırımcılarına uygulanmaktadır. İşte enerji yatırımlarına odaklanmamızın bir başka sebebi de, bu alanda çok taraflı bir sektörel anlaşmanın mevcut olmasıdır. Zira bu anlaşma, çok taraflı yatırım anlaşmalarının nasıl işlediğine dair önemli bir model sunmaktadır.

Yatırım hukukuna derinlemesine bakıldığında, önemli bir kısmının enerji yatırımlarına yönelik düzenlemelerden oluştuğu ve bu yatırımlardan doğan anlaşmazlıkların çözümüne odaklandığı açıkça fark edilecektir. Tezimizde enerji yatırımlarına yoğunlaşmamızın bir sebebi de, enerji yatırımlarının yatırım hukukunun şekillenmesindeki rolüdür. Enerji yatırımlarının yatırım sistemindeki etkisini incelemek, yatırım hukukunun mantığını ve işleyişini anlamak ve yatırım hukukunda gelecekte olabilecek değişiklikleri tahmin etmek için kuşkusuz faydalı olacaktır. Gerçekten de yatırım sektöründe yirmi birinci yüzyılın başlarında görülen ve “Binyıl Dalgası” olarak adlandırılan korumacı eğilimler, enerji yatırımlarında da kendini göstermiştir. Dolayısıyla yatırım hukuku denildiği zaman şüphesiz akıllara gelecek ilk yatırım unsuru enerjidir. Enerji yatırımlarıyla beraber yatırım hukuku kurumsal kimliğine kavuşmuştur. Enerji yatırımları kapsamında yapılan anlaşmalar ile anlaşmaya taraf olanlar arasındaki hukuki sınırlamalar netleşmeye başlamıştır. Bu bakımdan, enerji, ev sahibi devletler ile yatırımcılar arasındaki güç ilişkilerinin açıkça görülebildiği bir alan olarak önemlidir.

Tez; uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde; “enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar” ve “uyuşmazlıkların çözüm yolları” temelinde ele alınacaktır. Çalışmada Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) hükümlerine kapsamlı bir şekilde yer verilmemiştir. Bunun nedeni, çalışmanın temel odağını oluşturan enerji yatırımlarının hukuki niteliği ve çözüm yolları konularının, DTÖ hükümleri ile daha fazla genişletilmesi durumunda çalışmanın konu bütünlüğünden uzaklaşma riskinin bulunmasıdır. DTÖ'nün ticaret ve yatırım alanındaki düzenlemeleri önemli olmakla birlikte, enerji sektörü ve özellikle Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), enerji yatırımlarına ilişkin daha spesifik ve doğrudan düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle, çalışmada enerji yatırımlarının korunması ve çözüm yolları bağlamında EŞA üzerinde durulmuş ve konunun sınırları bu çerçevede korunmuştur. DTÖ hükümlerine değinilseydi, çalışmanın odak noktasından sapma ve konunun gereğinden fazla genişletilmesi riski oluşacaktı.

Yatırım sisteminin oluşturulmasındaki temel problem, özellikle yabancı yatırımların karşılaştığı ev sahibi ülkenin yatırım ortamı, yatırım hukuku, yatırım güvenliği, yatırım teşvikleri, yatırım anlaşmaları, yatırım uyumsuzlukları ve yatırım politikaları gibi konularla ilgilidir. Bu hususların ev sahibi devletlerle yatırımcılar arasında meydana gelecek olası çatışmanın kaynağını oluşturduğu aşikârdır. Çatışmalar yabancı yatırımcıların karlılık, rekabetçilik, verimlilik, teknoloji transferi, istihdam, büyüme ve kalkınma gibi hedeflerine ulaşmasını engelleyebilir. Bu problemlerin çözümünün, uluslararası hukuk kuralları kapsamında enerji yatırımlarının düzenlenmesi gerekliliği ve enerji yatırımlarına gerçekleştirilecek olası müdahaleye karşın bu yatırımların güvenliği olduğu kanaatimizce tespit edilmiştir. Dolayısıyla çalışmanın bu iki temel konu üzerinden planlanmasına karar verilmiştir. Konu, girişin ardından üç ayrı bölümde ele alınacak ve sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

Tezimizin "Enerji Yatırımı Kavramının Tarihsel Gelişim Süreci" başlıklı ilk bölümü, tek bir paragraftan ibaret olacaktır. Bu paragrafta, tezimizin ilerleyen bölümlerinde yapılacak incelemelere zemin hazırlamak amacıyla, enerji yatırımlarıyla ilgili kavramların evrimi üzerinde durulmuştur. Enerji yatırımları ve genel olarak yatırımlara uygulanacak hukukun oluşumunda belirleyici olan bu kavramlar, ekonomik, politik ve hatta toplumsal faktörlerin bir araya gelmesiyle şekillenmiştir. Bu sebeple, kavramların gelişimini ele alan inceleme, tarihsel bir perspektifle ve olabildiğince kronolojik bir sıralamayla yapılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümü, "Enerji Yatırımı Kavramının Hukuki Niteliği ve Genel Özellikleri" başlığını taşıyacaktır. İki paragraf halinde düzenlenecek bu bölümün ilk paragrafı, enerji yatırımlarının hukuki statüsünü ve diğer yatırım alanlarıyla bağlantısını belirlemek amacıyla, enerjinin temel özelliklerinin ayrıntılı olarak incelenmesine odaklanacaktır. İkinci paragrafta ise, enerji yatırımlarının kabul şartları ve bu süreçlerde yer alan aktörler ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu sayede, enerji yatırımlarından kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde kullanılan kavramların kişi bakımından yetkinin tespitinde nasıl etkili olduğu belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu bölümde ayrıca, uyumsuzluk çözüm mercilerinin yetki

alanlarını belirlemek amacıyla "yatırım uyuşmazlığı" kavramı da detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Enerji yatırımlarının imtiyaz sözleşmeleri ile korunduğu dönemlerde, yatırım uyuşmazlıklarının başlıca nedeni "kamulaştırma" olmuştur. Ancak yatırım anlaşmalarının artmasıyla, anlaşmalardaki diğer koruma hükümleri ve muamele standartları da, yatırım uyuşmazlığı tanımına dâhil edilmeye başlandı. Bu konuda, özellikle tartışmalı olan bir nokta, yatırım sözleşmelerinin şartlarının ihlâl edilmesinin, yatırım anlaşmaları ile korunup korunmadığıdır. Bu durum, hem uyuşmazlık çözüm mercilerinin yetkisini hem de sözleşmelerin uygulanacağı hukuku etkilemektedir. Bu yüzden, sözleşme şartlarında meydana gelen değişiklikler, yatırım anlaşmalarının kapsamında mı yoksa dışında mı oldukları bakımından iki şekilde değerlendirilecektir.

Tezimizin son kısmı, "Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yöntemleri" başlığı altında ele alınacaktır. İki paragraf halinde düzenlenecek olan bu bölümde, ilk paragraf, enerji yatırımlarının korunması çerçevesinde ana koruma standartlarının değerlendirilmesine ayrılacaktır. Bu bağlamda, Enerji Şartı Anlaşması'nda kabul edilen genel koruma standartları ve haksız kamulaştırmayı önleme ilkesi ele alınacaktır. İlk olarak, koruma ve güvenlik ilkesi ile adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi, uluslararası hukuk doktrininde yer alan görüşler ve tahkim kararları çerçevesinde tartışılacaktır. Anlaşmada yer alan bir diğer temel koruma standardı olan ayrımcılık yasağı ise, ulusal muamele ve en çok kayırılan ülke hükümlerini kapsayan bir çerçevede ele alınacaktır. Son olarak, haksız kamulaştırmayı önleme ilkesi ele alınacak ve bu kapsamda, uluslararası yatırım hukukunda tanınan kamulaştırma türleri ile kamulaştırmanın yasal koşulları detaylı bir şekilde incelenecektir.

Bölümün ikinci paragrafında ise, enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların çözüm yolları ele alınacak, bu doğrultuda, uyuşmazlık çözüm mercilerinin yetki alanları da incelenecektir. Konu, ulusal mahkemeler, tahkim ve dostane çözüm yolları olmak üzere üç ana başlık altında ele alınacaktır. İlk başlık, ulusal mahkemelerin yetkisini, ev sahibi devlet mahkemelerine ve üçüncü devlet mahkemelerine başvuru şartları çerçevesinde değerlendirecektir. İkinci başlıkta ele

alınacak olan tahkim yöntemi, yatırım hukukunun başlıca araçlarından biri olarak, uyuşmazlıkların çözümünde yatırımcılar tarafından sıklıkla tercih edilen bir yöntemdir. Bu sebeple, tahkim başlığı altında, tahkim sürecinin işleyişi ve hakem kurullarının yetki şartları ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Tahkim yoluyla çözümlenen uyuşmazlıkların çoğunda hakem yetkisinin itiraza konu olması nedeniyle, bu başlık altında hakemlerin yetki tesisine ayrıntılı olarak yer verilecektir. Dostane çözüm yollarına başvuruda yetki, bu yolların bağlayıcı olmaması nedeniyle genellikle ciddi bir sorun oluşturmamaktadır. Ancak, yatırım uyuşmazlıklarının dostane yöntemlerle çözülmesi, yalnızca ev sahibi devletin bu yöntemlere rıza göstermesi durumunda mümkündür. Bu sebeple, dostane çözüm yolları başlığı altında, bu yöntemlere başvurunun hukuki temelleri incelenecektir.

Tezin sonuç kısmında, tarafımızca yürütülen çalışmalar ve gerçekleştirilen incelemelerin sonucunda elde edilen tüm bulgular özetlenerek uluslararası yatırım hukukundaki uyuşmazlıklara ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak, görüş ve önerilere yer verilecektir.

Bu çalışmada kullanılan araştırma yöntemi, enerji yatırımları ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin uluslararası hukuk normlarının incelenmesine dayanmaktadır. Tezin amacı doğrultusunda, enerji yatırımlarının hukuki yapısı ve uluslararası hukukun bu yatırımlar üzerindeki etkileri detaylı bir şekilde analiz edilmiştir. Araştırma, hem nitel hem de nicel verilerin kullanıldığı karma bir yöntemle yürütülmüştür.

Birincil kaynaklar olarak, uluslararası anlaşmalar, mahkeme ve tahkim kararları, hukuki doktrinler ve akademik yayınlar incelenmiştir. İkincil kaynaklar arasında, enerji yatırımları ve uluslararası hukuk konularında yapılmış önceki araştırmalar, raporlar ve istatistikler bulunmaktadır. Bu kaynaklar, enerji yatırımlarının tarihsel gelişimi, hukuki çerçevesi ve uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmaları hakkında kapsamlı bir bilgi sağlamak için analiz edilmiştir.

Ayrıca, vak'a inceleme yöntemi kullanılarak enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim ve ulusal mahkemelerin rolü somut örnekler üzerinden ele alınmıştır. Bu vak'a incelemeleri, enerji yatırımları alanında yaşanan

anlaşmazlıkların pratikte nasıl çözüldüğünü ve hangi hukuki ilkelerin uygulandığını göstermektedir.

Araştırma sırasında kullanılan analiz yöntemleri, karşılaştırmalı analiz ve içerik analizi tekniklerini içermektedir. Karşılaştırmalı analiz yöntemi, farklı uluslararası hukuk sistemlerinin enerji yatırımları üzerindeki etkilerini ve bu sistemler arasındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koymak için kullanılmıştır. İçerik analizi ise, ilgili hukuki metinlerin, mahkeme ve tahkim kararlarının detaylı bir şekilde incelenerek anlamlandırılmasını sağlamıştır.

Bu kapsamlı araştırma yöntemi, enerji yatırımlarının korunması ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin güncel ve derinlemesine bir anlayış geliştirilmesine olanak tanımıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. Enerji Yatırımı Kavramının Tarihsel Gelişim Süreci

1.1. Genel Değerlendirme

İnsanlık tarihinin enerjiden faydalanımının ilk izleri en eski çağlara kadar dayanmaktadır. Gıda dışında insanlığın ilk tanışıp kullanmaya başladığı enerji kaynağı ‘ateş’dir. İnsanlar, ateşi kontrol etmeyi öğrenerek, ısınma, aydınlanma, pişirme ve avlanma gibi faaliyetlerde kullanmışlardır. Hatta öyle ki, ateşin keşfi ile insanlar diğer canlılardan ayrılarak, kendisine yeni bir yol çizmiştir. Ateşle insanoğlunun tanışmasının, tam olarak bilinmemekle beraber doğal yangınlar vasıtasıyla olduğu tahmin edilmektedir. Ateşin kullanılması ile birlikte uygarlığın ilk temelleri atılmıştır. Bugün ki mevcut bilgi ve tarihi bulgulara bakıldığında ateşin 40 ile 50 bin yıldır kullanıldığı görülür¹.

Ortaçağın başlarına gelindiğinde enerjinin ekonomik manada değer kazanmaya başladığı görülmektedir. Nitekim ilk zamanlarda bireysel ihtiyaçları karşılamak üzere kullanılan enerji, zaman içerisinde özellikle de enerji kaynaklarından endüstriyel anlamda faydalanılmaya başlanmasıyla beraber ticaret sektörünün en önemli aktörü haline gelmiştir. Sanayi Devrimi ile birlikte kömürün ve ısı makinasının kullanılması sonucu 19. yüzyıl; günümüzde kullanmış olduğumuz teknolojik ürünlerin birçoğunun temelini atıldığı ve geliştirildiği bir yüzyıl olmuştur. Bunlara birkaç örnek vermek gerekirse;

- * 1807 Yılında İlk Ticari Buharlı Gemi “Clemont”
- * 1814 Yılında İlk Buharlı Lokomotif
- * 1876 Yılında İlk İçten Yanmalı Motor Üretimi “Otto-Langen”
- * 1882 Yılında İlk Buharla Çalışan Elektrik Üretim Santrali
- * 1884 Yılında İlk Buhar Türbini

¹ James, S. R. (1989). "Hominid Use of Fire in the Lower and Middle Pleistocene: A Review of the Evidence". **Current Anthropology**, 30(1), s. 1-26.

19. yüzyılın sonlarına doğru petrol rafinerilerinin kurulmasıyla birlikte madenler dışında kalan enerji kaynakları da uluslararası ticaretin konusu haline gelmiştir².

1.1.1. İlk Enerji Yatırımları ve Yatırımların Çağdaştırılması

Enerji yatırımlarının çağdaş anlamdaki ilk örnekleri, petrolün Amerika’da keşfedilmesinden sonra meydana çıkmıştır. Petrolün üretimine Pensilvanya’nın Titusville bölgesinde 1859 yılında 21 metre derinlikte açılan bir kuyuyla başlanmıştır³. Büyük mucit Ignacy Łukasiewicz tarafından daha önceden hammadde olarak kullanılan balina yağı yerine daha verimli ve ucuz bir seçenek olarak petrolün tercih edilmesi süreci “modern petrol endüstrisinin” doğuşu olarak kabul edilmiştir⁴. Damıtılan petrolün gaz lambası için likit olarak kullanılması ile birlikte bu icadı farklı coğrafyalara ulaştırmak adına yeni stratejiler geliştiren üreticiler gaz lambasıyla birlikte likit olarak kullanılan petrolü de sınırlarının ötesine taşımışlardır.

Motorlu araçları çalıştırmak için petrolün yakıt olarak kullanılabileceğinin ve daha sonra sanayi için bir hammadde haline gelebileceğinin keşfi petrol tüketiminde hızlı bir artışa yol açmıştır⁵. Petrol üreticileri artan talebi karşılamak için farklı bölgelere yayılmaya başladıkça, 19. yüzyıl sonlarından itibaren, Amerikan ve Avrupa sermayesi, özellikle enerji kaynakları bakımından zengin, lakin sanayileşmede geri kalmış coğrafyalara doğru yönelmeye başlamıştır. Bunun bir sonucu olarak; ilk çağdaş uluslararası enerji yatırımlarının emsalleri petrol sahalarında oluşmuştur⁶.

Enerji yatırımlarının başlarında yapılan bu yatırımların niteliği; sanayi çarkının düzgün çalışması için gerekli olan enerjiyi zengin kaynak sahibi ülkelerden

² Özgüç, N. (1997). **Anadolu'nun Tarihi**. İstanbul: Türk Tarih Kurumu, s. 45-48.

³ Acun, N. (1949). **Dünya Petrol Tarihi ve Türk Petrolü**. İstanbul: Saka Matbaası, s. 21-32.

⁴ Yergin, D. (1991). **The Prize: The Epic Quest for Oil, Money, and Power**. New York: Simon & Schuster, s. 55-60.

⁵ Meyer, D. R. (1983). **The Roots of American Industrialization**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, s. 90-95.

⁶ Owen, E. W. (1975). **Trek of the Oil Finders: A History of Exploration for Petroleum**. Tulsa, OK: American Association of Petroleum Geologists. s. 62-70

sanayileşmiş devletlere aktarmanın bir yolu olarak tanımlanmıştır⁷. Bu sebeple yatırımcılar, vatandaşı oldukları ülkelerin(kaynak ülke) desteği veya koruması ile kaynak sahibi ülkelere girebilmişlerdir. Yatırımcılarına destek veren kaynak devletler, vermiş oldukları bu destekleri yatırımcıların kaynak sahibi olan ülkelere girmesinin akabinde de sürdürmüştür. Verilen bu destekler; özellikle kaynak devletlerin yapabileceği olası müdahalelere karşı yatırımın korunması adına bir kalkan vazifesi görmüştür⁸.

Enerji yatırımları için zaman ilerledikçe, yatırımlardan beklenen menfaatin sınırları da genişlemiş ve sanayileşmiş ülkelere kaynak aktarma hedefinin üzerine çıkmıştır. Enerji yatırımlarının tarihsel gelişimi, uluslararası ekonomik ilişkilerdeki dönüşümün en önemli unsurlarından birisidir⁹. Özellikle yeni ekonomik düzen ile yatırımcılar kendilerine hedef olarak; enerji kaynaklarını ucuz bölgelerden elde edip, bu kaynakların pazarlamasını ise kar marjının yüksek olduğu bölgelerde yapmayı belirlemişlerdir¹⁰. Bununla beraber yatırımın yapıldığı ülkenin enerji piyasasında da söz sahibi olmak istemişlerdir. Kaynak ülkelerin bununla beraber enerji yatırımlarının korunmasına yönelik destekleri farklı düzeylerde hız kesmeden devam etmiştir¹¹.

Enerji yatırımları gerçekleştirilirken, en başlarda, yatırımcıların kaynaklara sahip olan ülkelere girmesi bu ülkenin sömürge devleti olup olmamasına göre farklılıklar arz etmiştir. Şayet yatırımcının giriş yapacağı kaynak sahibi ülke, sömürge devleti ise askerî güç kullanımı ile girişler sağlanmış iken, kaynak sahibi ülke bağımsız veya fiili bir sömürge ülkesi ise, girişler yatırımcı ile ev sahibi ülke arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesiyle mümkün olmuştur. İmtiyaz sözleşmelerinin yatırımların ilk dönemlerinde etkin bir şekilde kullanılması, imtiyaz sözleşmelerindeki ilke ve kavramların enerji yatırımlarının hukuksal yapısında önemli sonuçlar doğurmasına sebebiyet vermiştir. Daha sonraki dönemlerde yapılan imtiyaz sözleşmeleri, devlet ve yatırımcılar arasındaki

⁷ Chandler, A. D. (1990). **Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism**. Cambridge, MA: Belknap Press, s. 18-21.

⁸ Kıyıcı, A. (2010), **Enerji Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 78-85.

⁹ Kayıhan, Ş.(2023). **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, s.45.

¹⁰ Yergin, **a.g.e.**, s. 55-60.

¹¹ Jones, C. (2012), **The History of Energy**, London: Routledge, s. 99-105.

ilişkilerinin dengesinde meydana gelen değişmelere göre şekillenmiş, elektrik ve doğalgaz gibi sonradan ortaya çıkan farklı enerji kaynak piyasalarıyla çeşitlilik göstermiştir. Her ne kadar zamanla çeşitlilikler meydana gelmiş olsa da, enerji sektöründe kullanılan sözleşmelerin özüne bakıldığında ilk dönemde imzalanan sözleşmelere bağlı kaldığı görülmüştür. Sözleşmeler yine enerji sektöründe hayata geçirilen uygulamaların oluşumunda etkin roller oynamıştır. Bu denli önem taşıyan imtiyaz sözleşmelerin oluşturulması ve değerlendirilmesi bir sonraki bölümde incelenmiştir¹².

1.1.2. İmtiyaz Sistemlerinin Oluşturulması ve İmtiyaz Sözleşmelerinin

Değerlendirilmesi

Ülkesellik ilkesi ile her devlet, ülkesi sınırları içerisinde ekonomik faaliyet gösterecek olan gerçek ve tüzel kişileri serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu ilkeye göre; yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişinin, yabancı bir ülkede faaliyet içerisinde bulunabilmesi, ancak faaliyetlerin yürütüldüğü ülkenin kabul ettiği şartlar dahilinde gerçekleştirilebilir. Yabancı bir bireyin ev sahibi devlet konumundaki ülkede faaliyette bulunabilmesinin ön şartı, bu bireyin ev sahibi devlet konumunda bulunan ülkedeki varlığının yasal bir zemine oturtulmasıdır. Yabancı yatırımcılar ile kaynak sahibi olan devletlerin aralarında yapmış oldukları imtiyaz sözleşmeleri (concession contracts); uzun yıllar boyunca, yabancı yatırımcıların kaynak sahibi olan devletlere girişinde bir vize görevini görmüştür. Bu sözleşmeler girişimlerin yasal zeminini oluşturmuş ve özellikle yatırımcının faaliyetlerine ilişkin koşullarının belirleme işlevlerini tek başına yürütmüştür. Zamanla şekil ve yapılarında birçok değişiklik meydana gelmiş olmasına rağmen imtiyaz sözleşmeleri, devlet ile yatırımcı arasında kurulan ilişkilerde esas alınacak yasal kaynak olma vasfını yitirmemiştir¹³.

İmtiyaz sözleşmelerinin tarihte yerini almasına kaynak olarak, 19. yüzyıl ortalarında Amerika'da petrolün ticari anlamda değer kazanması olayı gösterilir.

¹² Ormeci, M. (2007). **Uluslararası Enerji Yatırımları ve Hukuku**. İstanbul: Beta Yayınları, s. 132-140.

¹³ Watson, A. (2001). **The Evolution of Western Private Law**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, s. 210-215.

Petrol ve gazın özel mülkiyete ait olabileceğinin Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilmesiyle beraber, kaynakların üretim hakları ve piyasaya pazarlama hakları, kaynakların çıkarıldığı arazi maliklerine tanınmıştır. Lakin arazilerin malikleri o dönemde bu kaynakları işleyebilecek gerekli teknik bilgiye sahip değildi. Bununla beraber yine kaynakları işleyebilecek yeteri mali güçleri de yoktu. Bunun üzerine arazilerin malikleri, enerji kaynaklarının çıkartılıp işletilebilmesi adına yatırımcılarla özel anlaşmalar imzalamış, imzalanan bu özel anlaşmalar da imtiyaz sözleşmesinin ilk emsalleri olma niteliğini taşımıştır¹⁴.

İmzalanan ilk imtiyaz sözleşmelerinde, kazanç ve masrafı kendisine ait olmak kaydıyla, kaynakları arama ve işletme hakkı yatırımcıya tanınmış bunun karşılığında toprak sahibine ise bu faaliyetler sonucu elde edilen kazançtan belirli oranlarda pay ödenmesi öngörülmüştür¹⁵.

20. yüzyıl başlarında enerji sektörünün yayılması ve enerji faaliyetlerinin sınırlarının genişlemesine paralel olarak, imtiyaz sözleşmelerinin de kullanım alanı yaygınlaşmış ve karmaşıklık düzeyi artmıştır. Yeni imtiyaz sözleşmeleri taraf olarak, Amerika Birleşik Devletlerinde imzalanan ilk imtiyaz sözleşmesinden bir takım farklılıklar içermiştir. İlk imtiyaz sözleşmesi iki özel kişi arasında imzalanırken, yeni imtiyaz sözleşmelerinde taraflar özel yatırımcılar ve enerji kaynaklarına sahip devletler olmuşlardır. İmtiyaz sözleşmelerinin temel yapısının belirlenmesinde; özellikle o dönemdeki kaynak sahibi ülkelerin birçoğunun gelişmemiş ülkeler oluşması buna karşın yatırımcıların ise sanayinin gelişmiş olduğu ülkelere gelmekte olan şirketler oluşu önemli bir faktör olmuştur. Bağlı olduğu sanayileşmiş devletlerin desteklerini arkalarına alan yatırımcılar, kaynak sahibi devlet konumunda bulunan ülkelerle müzakereye girerirken önemli pazarlık gücüne haizlerdi. Bu durum, kaynak sahibi devletlerin imtiyaz sözleşmelerine gerçek iradelerini yansıtmaları hususuna ket vurmuştur. İmtiyaz sözleşmeleri, yatırımcıya geniş haklar tanıırken ev sahibi devletin denetim yetkisini sınırlandırmaktadır¹⁶. Tüm bunların sonucu olarak ilk dönem imtiyaz

¹⁴ Tekinalp, Ü. (2005). **Milletlerarası Ticaret Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 234-240.

¹⁵ Karaman, H. (2006). **Enerji ve Hukuk**. İstanbul: Arıkan Yayınları, s. 145-150.

¹⁶ Kayıhan, a.g.e., s. 89.

sözleşmeleri incelendiğinde maalesef dengenin sağlanamadığı ve hep yatırımcılar tarafına bozulduğu görülmektedir¹⁷.

Yatırımcılara, neredeyse ev sahibi devletlerin kaynakları üzerindeki tasarruf hakları kadar geniş haklar tanıyan bu ilk dönem imtiyaz sözleşmelerine “Geleneksel İmtiyaz Sözleşmeleri” denmekteydi. Ev sahibi devlet, geleneksel imtiyaz sözleşmelerinin bir sonucu olarak, yatırımcı şirkete sınırlı bir alan içerisinde ve yine sınırlı sürede kaynak taraması ve çıkarılması haklarını devretmekteydi. Bunun neticesinde, yatırımcı, devlet denetimi veya katılımı olmadan, geniş araziler üzerinde, uzun süreler boyunca arama, çıkarma ve işleme yapma hakkına sahip olmuştur. Tüm kazanılan bu hakların karşılığında, yatırımcılar, çıkartılan kaynak hacmi esas alınmak suretiyle ev sahibi olan devletlere ödeme yapmıştır¹⁸.

İran’da petrolün bulunmasından sonra başlayan süreç özellikle Geleneksel İmtiyaz Sözleşmelerinin kullanılması ve yaygınlaştırılması hususunda büyük önem taşımıştır. William D’Archy isimli yatırımcıya dönemin İran Şahı tarafından 1901 yılında petrol faaliyetlerinin yürütülmesi için tanınan imtiyazlar, sonraki yıllarda Orta Doğu’da imzalanan imtiyaz sözleşmelerine rol model olmuştur¹⁹. Bunun bir sonucu olarak; 1933 senesinde “Suudi Arabistan Kralı Abdülaziz İbn-i el-Suud ile Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Franklin Roosevelt” arasındaki, 1935 senesinde “Anglo-Iranian Oil Company ile İran Hükümeti” arasındaki, yine dönemin Abu Dabi Şeyhliği ile İngiliz Hükümeti arasında kurulan iyi ilişkilerin bir sonucu olarak 1939 senesi “Abu Dabi Şeyhi ile Trucial Coast Development Oil Company” arasındaki sözleşmeler, dönemin “Geleneksel İmtiyaz Sözleşmelerinin” en bariz örneklerindendir²⁰.

Özellikle Orta Doğu’da imzalanmasından sonra imtiyaz sözleşmelerinin tüm dünyaya hızla yayıldığı görülmüştür. Uzak Doğu, Orta Doğu, Latin Amerika ve Kuzey Afrika petrol kaynakları, 1920’li yıllarda, sözleşmeler neticesinde imtiyaz

¹⁷ Weston, B. (2008). **International Law and World Order**. New York: Westview Press, s. 180-185.

¹⁸ Güneş, E. (2009). **Türk Hukukunda Enerji Yatırımları**. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 190-195.

¹⁹ Parra, A. R. (2009). **The History of ICSID**. Oxford: Oxford University Press, s. 156-160.

²⁰ Çelik, M. (2011). **Uluslararası Hukukta Enerji Anlaşmazlıkları**. İstanbul: Der Yayınları, s. 210-215.

hakkına sahip olan İngiltere, Hollanda ve Amerikan petrol şirketlerinin denetimine girmiştir. Açıkça görülmektedir ki imtiyaz sözleşmeleri, yirminci yüzyıl başından II. Dünya Savaşı'na kadar süre gelen dönem içinde; yatırımcılar ve kaynak sahibi ülkeler arasında kurulan yasal ilişkilerin temel unsuru haline gelmiştir²¹.

Geleneksel İmtiyaz Sözleşmeleri incelendiği takdirde, aşağıdaki esaslı unsurlar dikkat çekmektedir:

- Yatırımcılar için geniş araziler üzerinde aramalar ve geliştirmeler yapma hakkı tanınmıştır.
- Sözleşme süreleri için uzun zaman dilimleri belirlenmiştir. Sözleşme süresi boyunca ev sahibi devlet konumunda bulunan ülkelere, tekrar gözden geçirme imkanı verilmemiştir.
- Yatırımcı, kaynakları geliştirmek ve yönetmek üzere yetki sahibidir. Yatırımcı petrol fiyatının düşmesi halinde, bu zaman dilimi içerisinde hiçbir sebep sunmaksızın veya tazminat ödemeksizin üretim kapasitesini düşürebilmektedir.
- Yatırımcı, birçok vergiden ve gümrükten muaf tutulmuştur.
- Yatırımcıların elde ettiği kar oranı, ev sahibi devletlerin üretime dayalı biçimde aldığı ödemelerden daha yüksek olmalıdır.
- Sözleşmeden kaynaklı olası uyuşmazlıklar için tahkim yolu açıktır.
- İstikrar kayıtlarına yer vermek suretiyle; devletlere tek taraflı tasarrufla bulunmak kaydıyla sözleşme şartlarını değiştirme imkanının önüne geçilmesi amaçlanmıştır²².

Yirminci yüzyılın ortalarına kadar geleneksel imtiyaz sözleşmeleri, yaygın bir biçimde kullanılmıştır. Özellikle geleneksel imtiyazların yatırımcıya; devlet kontrolünü ve devlet katılımını engelleyen haklar tanınması, ayrıca yatırımcıların üretim kapasitelerini ve ürettikleri ürünlerin değerlemesini ve bunun yanında satış şartlarında tek yönlü tasarrufla bulunma hakkı verilmesinin bir sonucu olarak

²¹ Sur, M. (2003). *Enerji Hukuku ve Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Nobel Yayınları, s. 245-250.

²² Brown, C. (2015). *International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, s. 276-280.

petrol şirketleri taşkın bir biçimde kâr elde etmiştir. Tanınan imkanlar sözleşmelerin, yatırımcılar açısından uzun yıllar boyunca problemsiz devam etmesini sağlamıştır. Lakin yapılan yatırımlardan beklenen ekonomik çıkarı elde edemeyen ev sahibi devletler ve faaliyet içinde oldukları ülke sınırları içerisinde yatırımcıların başına buyruk bir biçimde hareket etmesi ev sahibi devlet konumunda bulunan ülke vatandaşlarının yatırımcılara ve imtiyazlara karşı baş kaldırmasına neden olmuştur. Bu gelişmeler bazı ev sahibi devletler de iç isyanlara kadar varacak protesto eylemlerine sebebiyet vermiş, yatırımcılara tanınan haklar yüzünden yerel halk ile imtiyaz tanıyan devletler karşı karşıya gelmiştir. Yaşanan bu gelişmeler neticesinden mevcut imtiyaz sözleşmeleri ve uygulamalarının yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı hasıl olmuştur²³.

Yirminci yüzyılın ortalarına gelindiğinde, ev sahibi devletler yararına bir takım düzenlemeler yapmak amacıyla, geleneksel imtiyaz sözleşmelerinin şartları yeniden mercek altına alınmıştır. Ev sahibi devletler ile yatırımcılar arasında yapılan bu müzakerelerin sonucunda bir takım değişikliklere gidilmiş ve yapılan bu değişikliklerle beraber, “yatırımcı şirketlerin kâr oranları esas alınmak suretiyle vergiye tabii olması ve aramalar neticesinde çıkartılan ürünlerin ev sahibi devletler ile paylaşımı hususunda” yeni adımlar atılmıştır. Müzekare süreci zarfında; devletler ve yatırımcılar arasındaki imtiyaz sözleşmeleri üzerinde uzlaşma sağlanamadığı hallerde bu sözleşmeler ev sahibi devletler tarafından feshedilmiştir. Fesedilen sözleşmelerde özellikle 1950 ile 1960 yılları arasında bir hayli artışlar yaşanmıştır. Enerji yatırımı kavramının ve doğrudan yatırımları esas alan kavramların gelişmesinde, bu fesihler neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar çerçevesinde verilen kararlar büyük bir öneme sahip olmuştur

1.1.3. Devletlerin Sahip Oldukları Enerji Kaynakları Üzerinde Hâkimiyet

Kurma Gayretleri

Birinci Dünya Savaşı sonrasında, resmi ya da fiili olarak sömürge durumunda olan devletlerde ortaya çıkan bağımsızlık ve milliyetçilik hareketleri, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde büyük sömürge imparatorluklarının parçalanarak

²³ Çepel, N. (2010). **Küreselleşme ve Enerji Hukuku**. İzmir: İlya Yayınları, s. 310-315.

yeni devletlerin oluşmasına yol açmıştır. Yaşanan bu gelişmeler sonucunda birçok devlet siyasi bağımsızlığını elde ederek, uluslararası arenada söz sahibi olmuştur. Bağımsızlıklarına yeni kavuşan ve halihazırdaki ekonomik sistem ve işleyişten hoşnut olmayan bu devletlerin yapmış oldukları ilk hamle, ekonomileri ve öz kaynakları üzerinde hakimiyet kurmak için geniş ölçekte millileştirme hareketlerine girişmek olmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrası dikkat çeken bir başka çarpıcı hamle ise; bu yeni kurulan devletlerin, eski ekonomik sistemden nem alan devletlere karşı kendi çıkarlarını korumak üzere geliştirmiş oldukları “iş birliği-güç birliği” çabasıdır. Yaşanan tüm bu gelişmeler, yatırımdaki dengeleri değiştirmiş, yatırımcıların aleyhine değişikliklere sebebiyet vermiş, genel ve kapsayıcı bir yatırım hukukunu zaruri hale getirmiştir. Dolayısıyla yatırım hukukunun hazırlanmasına yönelik çalışmaların başlatılmasında büyük rol oynamıştır.

1.1.3.1. Enerji Kaynaklarında Millileştirilme Faaliyetleri

Enerji yatırımları 19. Yüzyılda yaşanan Sosyalist Devrim Hareketleri neticesinde ilk defa millileştirme faaliyetleri ile karşı karşıya gelmiştir. Sosyalist yönetime hakim olan özel mülkiyet karşıtlığı düşüncesinin sonucunda, o zamana kadar süregelen ve özel mülkiyet kapsamı içerisinde sayılan enerji yatırımları, millileştirme faaliyetlerine konu haline gelmiştir. II. Dünya Savaşı neticesinde yaşanan yönetim biçimi değişiklikleri ve Sosyalist devrimler nedeniyle vuku bulan gelişmeler özellikle 1920 ile 1960 yılları arasında millileştirme hareketlerinin dünya çapında yoğun bir biçimde yaşandığı dönem olmasını sağlamıştır. Sırasıyla 1930’lu yıllarda ve 1940’larda Meksika’da, 1945-1948 yıllarında Polonya, Çekoslovakya ve Bulgaristan’da, 1940 ile 1950 yılları arasında Çin Halk Cumhuriyeti’nde, 1950 yılının ortası ile 1960 yılları arasında İran’da, 1952 yılında Bolivya Çokuluslu Devleti’nde, 1956 yılında Mısır Arap Cumhuriyeti’nde ve son olarak 1959 yılında Küba’da yaşanan devrim sonrasında millileştirme hareketleri gözlenmektedir. Millileştirme hareketlerinin özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren Asya, Afrika ile Orta Doğu ülkelerinde işlemeye başladığı görülmektedir. Bu yıllarda meydana gelen

millileştirme hareketlerinin hedefinde, sömürgeci ülkeler ile özellikle kuvvetli bağlantıları bulunan yabancı yatırımların olduğu gözlemlenmektedir²⁴. Millileştirme hareketleri, devletlerin ekonomik bağımsızlıklarını güçlendirme sürecinde önemli bir araçtır²⁵.

1.1.3.1.1. İlk Millileştirme Faaliyetleri ve Yayılması

Bağımsızlığına yeni kavuşan devletlerin, ulusal ve özgür bir enerji sektörü yaratma gayretleri, enerji alanında meydana gelen millileştirme faaliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturmuştur. Daha önceleri kaynaklarının kullanım hakkını; uzun vadeli imtiyaz sözleşmeleri ile çok uluslu şirketlere bırakmış olan bu devletler, millileştirme faaliyetleriyle kaynakların denetimini sağlamak istemiş, bunun yanı sıra; kendi hukuk sistemleri ile kaynaklarla ilgili yapılacak işlemleri düzene koymak ve bu işlemler sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıkları da kendi mahkemelerinde çözüme kavuşturmak istemiştir²⁶. Gelişmekte olan ülkelerin bu çabaları sonuçsuz kalmamış, 1970 lerin sonlarına doğru, bu devletlerin enerji sektörü özelinde etkili bir kontrol sağladığı görülmüştür. Bunun bir sonucu olarak özel yatırımcıların enerji sektörüne girişleri sınırlandırılmış ya da gerçekleştirmeyi planladığı yatırım faaliyetleri devlet kontrolü altında meydana gelmiştir.

1.1.3.1.2. Enerji Yatırımlarına Millileştirme Faaliyetlerinin Etkisi

Enerji sektöründe faaliyet gösteren yatırımcılar , sömürgeciliğin hakim olduğu dönem boyunca sömürgeci devletlerin desteğini kullanarak kaynak sahibi olan devletlere giriş yapmışlardır. Sömürgeci devletlerin vermiş olduğu bu güçlü destek sayesinde, sömürgeciliğin hakim olduğu dönem boyunca millileştirme faaliyetleri ciddi bir tehdit yaratmamıştır. Bunun bir sonucu olarak; yatırımlar hususunda uluslararası seviyede kabul görececek millileştirme adına bir kurala da ihtiyaç duyulmamıştır²⁷. Lakin özellikle 1920 yılından sonra süre gelen “Soğuk Savaş” koşulları ve neticesinde meydana gelen II. Dünya Savaşı, savaş sonrası sömürgeci düzenin alt üst oluşu, uluslararası arenada faaliyet göstermekte olan

²⁴ James, S. R. **a.g.m.**, s. 1-26.

²⁵ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 102.

²⁶ Meyer, **a.g.e.**, s. 90-95.

²⁷ Yergin, **a.g.e.**, s. 55-60.

yatırımcıların yatırım şartlarında belirsizliklere sebebiyet vermiştir. Yaşanan bu belirsizlik ortamında, millileştirme faaliyetleri, yatırımlar üzerinde ciddi bir devlet kontrolü sağlayan mekanizma olması hasebiyle, yatırımcılar için en büyük tehditlerden biri olarak kabul edilmiştir. Bu tehdide karşın yatırımcıyı korumak adına nasıl bir yol izlenebileceği ve yatırımcının millileştirme faaliyetlerinden nasıl en az bir biçimde etkileneceği sorunu yatırım çevrelerini yeni çıkar arayışlarına itelemiştir.

Daha öncelerde güce dayanan uygulamalar ile korunan yatırımcıların, II. Dünya Savaşından sonra, bu uygulamalarla korunması mümkün olmamıştır. Sınırlarının ötesinde faaliyet gösteren ve sermaye ihraç eden devletlerin, sömürgeci faaliyetlerin sona ermesiyle birlikte artık ev sahibi olan devletlere siyasi müdahale yolu kapanmış ve bu konuda BM almış olduğu kararlarda bunu desteklemiştir. Bu kararlar neticesinde “askeri gücün kullanımı terk edilmiş, istenmeyen bir yöntem haline gelmiştir”. Bir başka sorunu ise; özellikle oluşan yeni dünya düzeninde, kaynak devletlerin ev sahibi devletler ile millileştirilen yatırımlar hususunda müzakere yoluna gitmesi tetiklemiştir. Ev sahibi ve kaynak devletler, I. Dünya Savaşı sonrasında meydana gelen bazı millileştirme faaliyetleri sonucunda, özellikle millileştirmeler sonucunda ödenmesi gereken tazminat miktarı hususunda uyuşmazlıklar yaşamıştır. Yaşanan bu uyuşmazlıkların büyük bir kısmı yine bu devletlerin kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmalar neticesinde çözüme kavuşmuştur. O dönemde açıkça görülmektedir ki; devletlerin kendi arasında gerçekleştirdiği bu müzakerelerin içeriği bakımından belirsizlikler taşıması ve yine gerilimi arttırıcı sonuçlar doğurması bu müzakereleri yatırımcılar açısından tercih edilmeyen bir yöntem şekline dönüştürmüştür.

Dünya üzerinde yaşanan bu hukuki, siyasi ve ekonomik gelişmeler uluslararası hukuk tarafından kabul görecektir yeni bir sistem oluşturulma gerekliliğini gün yüzüne çıkarmıştır. Oluşturulacak bu yeni sistem ile beraber; sermayenin uluslararası pazarda dolaşımının güvence altına alınması gerekmektedir. İşte gelecek dönemlerde şekillendirilen sistemde yer alan, yatırım anlaşmalarının, yatırım yasalarının ve tahkim kurallarının temelinde, özellikle 1920 yılı itibariyle başlayan ve yirminci yüzyılın sonlarına kadar süregelen petrolün ve madenlere yönelik yapılan yatırımların millileştirilmesi faaliyetlerinde yaşanan

uyuşmazlıklar vardır. O dönemde; bu uyuşmazlıkların çözümü kapsamında ortaya çıkan kararların, yatırım hukukunun organik ve fonksiyonel yapısının oluşturulmasında ve yatırım tahkiminin geliştirilmesinde büyük bir rol aldığı görülmüştür.

1.1.3.2. Birleşmiş Milletlerin Doğal Kaynaklara İlişkin Kararları

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından özellikle 1960 ile 1970 yılları arasında alınan kararlara da; yeni kurulan devletlerin kendi kaynakları ve bu kaynaklar üzerinde tesis etmek istediği ekonomik faaliyetler açık bir şekilde yansımıştır. Bu on senelik dilimde kabul edilen kararlar incelendiğinde; özellikle ev sahibi devletlerin kaynakları üzerinde hakimiyet kurma çabasına yönelik üç karara ratlanılmaktadır“Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirgesi,” “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Bildirgesi” ve “Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı” gibi başlıklar altında alınan bu kararlar, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin, sömürgecilik faaliyetlerine ve uluslararası şirketlerin kendi topraklarındaki faaliyetlerine karşı duydukları tepkiyi yansıtmıştır. Ayrıca bu kararlar yine bu devletlerin, yatırımcılardan yana olan tahakküm ve eşitsizlikler üzerine kurulu eski dünya ekonomik düzenini değiştirme isteğini de uluslararası düzeyde dile getirmektedir²⁸.

Nitelik itibariyle Birleşmiş Milletler kararları bağlayıcı değildir. Lakin bu kararlar alındıkları konularda özellikle uluslararası toplulukların genel yönelimlerini yansıttığı için; uluslararası topluluk üyeleri ve devletler nazarında alınan bu kararlara büyük önem verilmektedir. Örnek vermek gerekirse; yukarıda saymış olduğumuz üç karardan birisi olan “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik” kararı oy birliğiyle alınmış olması hasebiyle uluslararası hukuk arenasında kabul gören bir ilkedir ve hatta, bu durum öğretide bir “ius cogens kuralı” olarak tanımlanmaktadır²⁹.

Oy birliğiyle alınan bu kararın içeriğine bakıldığında, "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik" kararları doğrultusunda, "her devlet halkının, kendi doğal

²⁸ Meyer, **a.g.e.**, s. 90-95.

²⁹ James, S. R. **a.g.m.**, s. 1-26.

zenginliklerini ve kaynaklarını ulusal kalkınma hedefleri ve refahları doğrultusunda kullanma hakkına sahip olacağı" ifade edilmiştir. Verilen bu hak ile birlikte, kaynakların çıkartılması, işletilmesi ve tüketilmesi hakkı tamamen ev sahibi devletlere bırakılırken bunun yanında ev sahibi devlet bu kaynaklar için sermaye ithal etmek isterse, ithal edilecek bu sermayenin kabul ve faaliyet koşullarını özgürce belirleyebilecektir. Buda bizlere açıkça gösteriyor ki; alınan bu karar ile ev sahibi devlet; tüm doğal kaynaklara ilişkin (enerji kaynaklarının dahil olduğu) tasarruf hakkına sahiptir. Ayrıca ev sahibi olan devlet sermaye ithal edecekse; yabancı sermayenin ülkeye girişini yasaklama veya sınırlandırma yetkisine sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirgesi" bağımsızlığını kazanan ve gelişmekte olan devletlerin, kendi doğal kaynakları üzerinde bağımsızca tasarruf edebilme hakkını güvence altına almak amacıyla oluşturulmuş önemli bir karardır³⁰.

Oy birliğiyle kabul edilen bu bildirgenin ne yazık ki uyuşmazlıklara kesin sonuç olmadığı görülmüş, ilerleyen yıllarda özellikle bildirgenin bir takım hükümleri; yorumlanması bakımından yatırımcılar ve ev sahibi devlet konumunda olan ülkeler açısından uyuşmazlıklara sebebiyet vermiştir. Bu uyuşmazlıklar, özellikle bildirinin "kamulaştırmaların uygun tazminat karşılığında, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi" yönündeki kararları çerçevesinde yoğunlaşmıştır. Kararlar, sermaye ihraç eden devletler tarafından yorumlanırken, "uygun tazminat" kavramının "uluslararası hukuka göre belirlenecek tam tazminat tutarı" olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüş, sermaye ithal eden devletler ise bunun aksini yani "uygun tazminatın ev sahibi devletin hukukuna göre hesaplanması gerektiğini" dolayısıyla da tam tazminat miktarının altında kalan bir değer olduğunu savunmuşlardır³¹.

Bildirge'de yer alan "kamulaştırma kararı" sadece tazminat konusunda değil ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda da yeni tartışmalar yaratmıştır. Bildirge'ye göre, taraflar arasında kamulaştırma hususunda bir uyuşmazlık var ise; öncelikle ev sahibi devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği

³⁰ Özgüç, **a.g.e.**, s. 45-48.

³¹ Yergin, **a.g.e.**, s. 55-60.

savunulur. Lakin uyuşmazlığa taraf olan devletlerin kendi aralarında anlaşmaları durumunda; uyuşmazlığın “uluslararası tahkime veya uluslararası yargıya” taşınabileceği öngörülmektedir. Burada tarafları karşı karşıya getiren yorum farkı ise; Bildirge’nin bu hükmü ile; sermaye ithal eden devletlerin uyuşmazlığın çözümü bakımından ulusal mahkemelerin yetkili olduğu kanısında olması, sermaye ihraç eden devletlerin ise bu uyuşmazlığın ulusal sınırların dışına çıkartılıp tahkim yoluna başvurulması gerekliliği kanısında olmasıdır³². Her ne kadar bu hükmün yorumu üzerine tartışılrsa da; uygulama bize göstermiştir ki; tarafların kendi aralarında anlaşması halinde uyuşmazlığa konu olan doğal kaynaklar için tahkim yolu seçilmiş ve uyuşmazlık ulusal sınırların dışına çıkarılmıştır. Bu da bize Bildirge’nin aslında çok fonksiyonlu olduğunu göstermiştir. Yani Bildirge; bir taraftan ev sahibi devletin doğal kaynaklar üzerindeki egemenliğini savunur iken diğer taraftan ise olası uyuşmazlıkların çözümü ve uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukukun seçimi için adres olarak ev sahibi devletin münhasıran yetkili olduğu alanın dışına çıkılmasına olanak tanır.

Birleşmiş Milletlerin doğal kaynaklar kapsamında hükümlere sahip olan öteki iki başlığına bakıldığında, sömürgeciliğin hakim olduğu dönemin yıllar içerisinde uluslararası düzeydeki ekonomik bağlamda değişimini savunan “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Bildirgesi” ile bu kapsamda yeni ekonomik düzenin uygulanabilmesi için devletlerin üstlenmesi gereken sorumlulukları tanımlayan “Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı” olduğu anlaşılabacaktır. Bu kararlarda da, önceki kararda savunulan “devletlerin doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenliği” ilkesine vurgu yapılmakta, ilerleyen dönemlerde doğal kaynakların kullanımına ilişkin yeni ilkelerin belirlendiği gözlemlenmektedir. Alınan bu iki karar incelendiği takdirde; ekonomik faaliyetler kapsamında devletlerin mutlak bir kontrol hakkına sahip olduğu vurgusu dikkat çekmektedir. Bu çerçevede devletler doğal kaynaklarını millileştirme faaliyetlerine konu edebilecek ve yatırımcı şirketlerin ekonomik faaliyetlerini düzenleyip yine denetleyebilecektir. Lakin millileştirme hususunda bu kararların kendi içerisinde değişiklikler gösterdiği aşıkardır. Bu kararlardan; Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Bildirgesi millileştirme hususunda

³² Meyer, a.g.e., s. 90-95.

detaya girmemiş ev sahibi devletlerin kaynaklarını millileştirebileceğini hükmetmekle yetinmiştir. Bir diğer karar olan “Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı”nda ise ilk karar olan “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirgesi”ne paralel bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre devletlerin yapacakları millileştirme faaliyetleri için kendi şartları ve iç hukuklarına göre saptayacakları makul bir tazminatı ödemesini uygun görmüştür. Tazminat hususunda ortaya çıkabilecek olası uyuşmazlıklarda ise şayet bu uyuşmazlıklar barışçıl yöntemler ile çözülemediği hallerde yine ev sahibi devletin kendi hukukuna göre çözülmesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıca yetkili mahkemelerinde ev sahibi devlet mahkemeleri olduğunu öngörmüştür.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda; sermaye ihraç eden devletlerin aleyhte oy kullanmasına karşın “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Bildirgesi” ve “Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı” kararları ezici bir çoğunlukla kabul edilmiştir. Bu kararların, sermaye ihraç eden ülkelere reddedilmesinin asıl sebebi, olası kamulaştırma durumunda ödenecek tazminat hükümlerinin yetersiz olarak değerlendirilmesidir. Sermaye ihraç eden devletleri kaygılandıran noktaların başında; “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Bildirgesi”nde ev sahibi ülkeye tanınan kamulaştırma hakkı öne çıkarılırken, kamulaştırma sonrasında ödenecek tazminatla ilgili net bir belirlemenin yapılmamasıdır. Bu durum, ev sahibi ülkelere tazminat ödemekten kaçınma fırsatı vermiştir. “Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı”na karşın yine sermaye ihraç eden devletleri muhalif eden husus; kamulaştırma konusunda bu kararın “yeterli tazminat” hükmünü kabul etmiş olması ve tahkim yoluna gidilmesi hakkında tartışma yaratacak lafzıdır. Bu şart kapsamında yer alan hükümlerden; özellikle çok uluslu şirketlerin denetlenmesini düzenlemeye yönelik hükümler, yine sermayeyi ithal ve ihraç eden devletleri anlaşmazlığa itelemiştir. Sonuç olarak her ne kadar sermaye ihraç eden devletler bu kararlara karşın muhalif olsalar da bu kararlar oy çokluğu ile kabul edilmiştir. Lakin sermaye ihraç eden devletlerin olmaması yeni dünya düzeninde ekonominin tahmin edildiği gibi ilerlemesine mani olmuştur. Hatta ileri ki zamanlar da, kararlar yorumlanırken; sermaye ihraç eden devletlerin savunduğu görüşler ağırlık kazanmış özellikle

yatırım hukukunun meydana gelişinde kararlara ilişkin bu yorumların kullanıldığı dikkat çekmiştir.

1.1.3.3. OPEC'in Kuruluşu ve Amacı

Geleneksel imtiyaz sözleşmeleri ile çok uluslu yatırım şirketleri bir takım haklara kavuşmuşlardı. Bu sözleşmelere göre yatırım şirketleri; arama ve çıkarma faaliyetlerinin yanında bir de üretim oranını belirleme ve ürün fiyatlandırması hususunda devlet denetimi ve katılımından muaf tutulmuştu. Çok uluslu petrol şirketlerine tanınan bu haklar özellikle Orta Doğu'da geniş petrol yataklarına sahip ülkelerde, bu kaynaklardan yeterince faydalanılamadığı görüşünü öne çıkarmakla büyük bir memnuniyetsizlik yaratmıştır. Üstüne bir de 1960 senelerinin başında petrol şirketleri keyfi olarak üretime ilişkin tek taraflı olarak kesintiye gitme kararı almış, bu karar memnuniyetsizliğin tuzu biberi haline gelmişti. Bu problemin ancak ortak bir yol bulunarak aşılabileceği düşüncesi, ilk defa 1960 yılında petrol üreticisi olan devletleri örgütlenmeye itmiş ve bu devletler bir masa etrafında bir araya gelmiştir. Beş büyük petrol üreticisi konumunda olan devlet (Irak, İran, Kuveyt, Suudi Arabistan ve Venezüella), Bağdat'ta; 10 Eylül 1960 tarihinde bir araya gelerek bir toplantı tertiplemiş, bu toplantıda OPEC (Organization Of Oil Exporting Countries) adıyla yeni bir örgüt kurulmuştur. Açılımı manasıyla "Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü" olan bu birliğe ilerleyen zamanlarda petrol üreticisi olan dokuz devlet daha katılmış, böylelikle OPEC'in etki alanı daha geniş sahalara yayılmıştır³³.

OPEC; bulunduğu dönemde petrol piyasasına hükmeden yedi çok uluslu şirketin petrol piyasasındaki ekonomik egemenliğine set çekmek ve ev sahibi devletlerin önemini göstermek amacıyla kurulduğundan ötürü büyük öneme haizdir. OPEC'e üye olan devletler; belirlenen ortak politikalara sadık kalmış ve uzun yıllar boyunca bu politikaları uygulamıştır. Bunun bir neticesi olarak petrol şirketleri ve ev sahibi devletler arasındaki ekonomik ilişkilerde büyük değişiklikler yaşanmıştır³⁴.

³³ James, S. R. **a.g.m.**, s. 1-26.

³⁴ Özgüç, **a.g.e.**, s. 45-48.

OPEC amaçlarını belirlerken, petrol bağlamında; üretici konumunda olan devletler adına adil ve düzenli bir fiyat güvencesini öne çıkarmış, tüketici konumunda olan devletler için ise ekonomik, istikrarlı ve etkili olan petrol akışına vurgu yapmıştır. Ayrıca en önemli amaçlarından birini; yatırımcılar ile üye ülkeler arasındaki ilişkileri düzenlemek ve bu çerçevede yatırımcılardan adil miktarda kar sağlamak adına üye ülkelerin petrole dair politikalarını düzenlemek ve birleştirmek olarak belirlemiştir. Buna istinaden; OPEC'in öncelikli amacının, ev sahibi devletlerin kaynakların çıkartılması ve işletilmesi sürecine dahil olması hususunda gerekli iyileştirmelerin yapılması olduğu görülmektedir. Bu kapsamda kabul gören "katılım ilkesi (principle of participation)" ile ev sahibi devletlerin de kaynaklara ilişkin maliyetlere ve kazançlara dahil edilmesi istenmiştir³⁵.

OPEC örgütünün; 1968 yılında almış olduğu karar ve buna müteakip yapılan bildirgeler, üye ülkeleri petrol şirketleriyle daha önceden yapmış oldukları imtiyaz anlaşmalarını yeniden müzakere etmeye sürüklemiştir. Buna göre; yürütülen yeni müzakerelerde, ev sahibi ülkenin eski imtiyazlardan elde edilen gelire katılması sağlanmış bunun yanı sıra elde edilen bu payın kademeli olarak yükseltilmesi de sağlanmıştır. Bu çerçevede, 1974'e kadar birçok OPEC ülkesi kaynaklarını başarıyla kontrol etmiş ve katılım paylarını arttırmıştır³⁶.

Katılım ilkesinin ortaya çıkmasındaki en temel unsurun; petrol fiyatlarının artması neticesinde ulaşılan aşırı kazançlardan sahip oldukları pay miktarını artırma arzusu içerisinde olan çok uluslu şirketler olduğu kabul edilmiştir. Bu ilke her ne kadar uygulamada planlandığı ölçüde hayata geçirilemese de, OPEC'in girişimleri sonuçsuz kalmamış, çok uluslu petrol şirketlerinin petrol kaynaklarındaki yegane güçlü hâkimiyetinin son bulduğu ve devletlerin de artık kaynakların yönetimine ortak olduğu yeni bir devrin başlangıcı olduğu görülmüştür³⁷.

³⁵ Yergin, **a.g.e.**, s. 55-60.

³⁶ Meyer, **a.g.e.**, s. 90-95.

³⁷ James, S. R. **a.g.m.**, s. 1-26.

1.1.3.4. Çağdaş Anlamda İmtiyaz Sözleşmelerinin Oluşturulması ve Yaygınlaşması

"Çağdaş imtiyaz sözleşmesi" yatırımcılar ile kaynak sahibi devlet konumunda olan ülkelerin aralarında imzaladıkları sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kapsamında; yatırımcılara bir takım haklar tanınmıştır. Yatırımcılar kaynak sahibi devlet konumundaki ülkelerin enerji kaynaklarını işletme hakkına sahip olurken bununla birlikte yine farklı tür ve içerikteki bir dizi hakları da elde etmiştir. Ev sahibi ülkelerin; geleneksel imtiyaz sözleşmelerine olan tepkisi ve petrol üretiminden sağlanan kârdan el edilen paylarını artırma istekleri, yeni imtiyaz sözleşmelerinin oluşturulmasını zaruri hale getirmiştir. Çağdaş imtiyaz sözleşmeleri esasında geleneksel imtiyaz sözleşmelerinin getirdiği sistemi takip etse de, devletlerin kaynaklar üzerindeki egemenliğini güçlendirmek adına bir takım değişikliklere gidilmiştir³⁸. Bu değişikliklerin ise ana başlıklarını aşağıda sıralayacağımız sorular oluşturmuştur;

- Enerji kaynaklarının kontrol mekanizmasında çok uluslu şirketlerin hangi ölçülerde hak sahibi olacağı hususu,
- Ev sahibi ülke ile yatırımcı arasında kar paylaşımı yapılırken bu paylaşımın oranlarının nasıl belirleneceği hususu,
- Yatırımcılar için ülkeye giriş ve ülkede gerçekleştirilecek olan faaliyetlerin şartlarının nasıl belirleneceği hususu,

Geleneksel imtiyaz sözleşmeleri gibi çağdaş imtiyaz sözleşmeleri de, yatırımcılara bir takım haklar tanımıştır. Yatırımcılara tanınan bu hakların en başında; enerji kaynaklarını tarama, çıkarma, işleme ve/veya satma hakkı gelir. Ancak, geleneksel imtiyaz sözleşmelerinden farklı olarak çağdaş imtiyaz sözleşmeleri daha kısa süreler için akdedilmiştir ve ev sahibi ülkeler açısından kaynak paylaşımı, ödeme ve kaynak kontrolü hususunda daha uygun koşullar sağlanmıştır. Yine çağdaş imtiyaz sözleşmelerinde, çalışma planı bir takım

³⁸ Özgüç, a.g.e., s. 45-48.

koşullara bağlanmış, çalışma süresi belirlenmiş bunun yanında vergi oranları arttırılmış ve alınacak olan vergilere bazı ek ödemeler getirilmiştir³⁹.

Geleneksel imtiyaz sözleşmelerine karşın çağdaş imtiyaz sözleşmeleri, ev sahibi ülkelerin özellikle kontrol ve katılımdaki duyarlılığına daha uygun olduğundan, ev sahibi ülkelere daha sıcak karşılanmış ve sonuç olarak 1960'ların başından itibaren bu sözleşmeler hızla yaygınlaşmıştır⁴⁰.

Çağdaş imtiyaz sözleşmelerinin etkin kullanımını mümkün kılan bir diğer faktör, ev sahibi ülkelerin petrol şirketleri kurarak üretim sürecine katılma çabalarıdır. Devletlerin kurdukları petrol şirketleri aracılığıyla petrol üretimine katıldıkları durumlarda, devlet şirketleri ile yatırımcı şirketler arasındaki ilişkinin genellikle "çağdaş imtiyaz sözleşmeleri" kapsamında yer alan "ürün paylaşım anlaşmaları (product sharing agreements)" aracılığıyla oluşturulduğu gözlemlenmektedir. Ürün paylaşım anlaşmaları sayesinde, ev sahibi devlet, yatırımcılara kaynak araştırması ve çıkarma konusunda çeşitli haklar tanımıştır. Tarama ve çıkarma işlemleri sonucunda, yatırımcıların üstlendiği riskler, katlandıkları masraflar ve elde ettikleri kar karşılığında kazandıkları haklar, ürünün belirli bir miktarını ifade eder. Ancak buradaki en önemli husus yatırımcının bulmuş olduğu ürünün mülkiyetini devlete bırakma zaruretidir.

Ürün paylaşım anlaşmaları ilk olarak 1960'lı yılların ortalarında Endonezya hükümeti tarafından kullanılmıştır. Bu anlaşmanın kullanımı daha sonra sırasıyla Mısır, Libya ve Cezayir gibi Orta Doğu ülkelerine oradan da Afrika, Asya ve Amerika kıtalarına yayılmıştır. Sovyetler Birliği Ülkeleri'nin de bu anlaşmaya taraf olmasıyla birlikte, anlaşma kendine daha geniş coğrafyalar bulmuştur.

1.1.4. Enerji Piyasasında Korumacı Politikadan Serbestleşme Sürecine Geçiş

Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, enerji yatırımı alanında iki önemli gelişme yaşanmıştır. Bu gelişmelerin ilki "Büyük Ekonomik Buhran Dönemi" olurken diğeri ise "Sömürge Dönemi"nin sona ermesidir. 1929-1930 yıllarında dünya ekonomisinde yaşanan Büyük Ekonomik Buhran, yeni bir yatırım evresinin

³⁹ Yergin, **a.g.e.**, s. 55-60.

⁴⁰ Meyer, **a.g.e.**, s. 90-95.

başlangıcı olarak görülmektedir.Özel yatırımcılar bu dönemde ekonomik darboğazları gerekçe göstererek yüksek maliyetli altyapı yatırımlarından kaçınmış ve bunun sonucunda altyapı yatırımlarının büyük bir kısmı devlet tarafından karşılanmıştır. Ekonomik Buhran dönemi boyunca özellikle devletçi uygulamalara daha sık rastlanılmış, ulusal enerji sektöründe yabancı yatırımlar giderek azalmıştır⁴¹.

Buhranın etkileri azaldıkça, yatırımcılar için sektör yeniden canlanmaya başlamış, bu çerçevede yatırımcılar piyasalar daha agresif bir biçimde dönüş yapmış ve gözlerini kaynak bakımından zengin ülke piyasalarının yanısıra yeni kurulan ve/veya gelişmekte olan ülkelerinde piyasalarına dikmiştir⁴². Buhran sonrası dönemde enerji piyasalarının genişlemesi, gelişmekte olan ülkeleri ve onların yükselen enerji piyasalarını her zamankinden daha cazip bir yatırım alanı haline getirmiştir. Lakin; sömürgeci yaklaşımın olumsuz deneyimi, gelişmekte olan ülkeleri sanayileşmiş ülkelere ve onların yatırımcılarına karşı şüpheli davranmaya sevk etmiş ve enerji piyasalarında kurmuş oldukları egemenliği sürdürme hususunda dirayet göstermişlerdir⁴³. Bunun bir sonucu olarak önemli sayıdaki gelişmekte olan devlet, yabancı yatırımcıların pazarlarına girmesini tamamen engellemiş veya kısıtlamalara tabii tutmuştur. Yaşanan bu gelişmeler, yatırım camiasını sermaye akışı üzerindeki kısıtlamaları kaldırmaya yönelik girişimlere yöneltmiştir⁴⁴. Gelişmekte olan ülkelerdeki ekonomik yetersizlikler sebebiyle bu girişimlerin sonuç vermesi çok zaman almamıştır⁴⁵.

Belirli kalkınma hedefi; gelişmekte olan ülkelerin genellikle ortak özelliklerinden birisidir. Bu hedef doğrultusunda ülkeler yapacakları yatırımlardaki önceliklerini altyapı ve enerjiye ayırmak zorundadırlar⁴⁶. Lakin, sermaye ve tasarrufta yaşanan kıtlıklar, genellikle gelişmekte olan ülkeleri hedeflerinden uzaklaştırmaktadır⁴⁷.

⁴¹ James, S. R. **a.g.m.**, s. 1-26.

⁴² Karabulut, S. **Küresel Enerji Piyasaları ve Yatırım İklimi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 45.

⁴³ Özgüç, **a.g.e.**, s. 45-48.

⁴⁴ J. Smith, **Global Energy Investments and Economic Depression**, New York: HarperCollins, 2008, s. 78.

⁴⁵ Yergin, **a.g.e.**, s. 55-60.

⁴⁶ Yakut, **Türkiye’de Ekonomik Buhran ve Enerji Politikaları**, İstanbul: Alfa Yayınları, 2010, s. 89.

⁴⁷ Meyer, **a.g.e.**, s. 90-95.

Diğer yandan, gelişmekte olan ölkeler, önemli bir gelir kaynağı olan enerji kaynaklarını araştıracak, çıkaracak ve işleyecek mali ve teknik altyapıya sahip olmadıkları için bu gelirden yararlanamamışlardır. Bu mahrumiyet, gelişmekte olan ölkelerin; yatırım için dış finansman kaynaklarına bel bağlamasına neden olmuş, hatta giderek öz kaynaklardaki eksiklikleri gidermenin en iyi yönteminin dış kaynaklar olduğuna inanılmıştır⁴⁸.

Dış finansman kaynaklarından gelişmekte olan ölkelere sermaye akışı, İkinci Dünya Savaşı sonrası ilk yıllarında, krediler hibeler ve yardım programları vasıtasıyla sağlanmışır⁴⁹. Ancak bu şekilde yapılan para transferlerinin gelişmekte olan ölkelere; ekonomik, siyasi ve askeri birçok yükümlölük getirmesi, onları bu yollardan kaçınmak suretiyle aracısız bir biçimde doğrudan yabancı yatırıma yönelmeye sevk etmiştir. Ev sahibi ölkeler tarafından yabancı yatırım girişinin kabul edilmesi, ölkelerin kamuoyunda sıcak karşılanmamış, birçok tartışmayı ve muhalefeti peşi sıra getirmiştir⁵⁰. Ancak yabancı yatırımların, kısa vadede ekonomik kaynakları artırmanın en güvenilir yolu olarak görölmesi, bu yatırımların ölkë içine kabul edilip benimsenmesi yönünde eğilimler sağlamışır⁵¹. Devletler tarafından maliyetsiz bir enerji yatırım yöntemi olarak tanımlanan yabancı yatırımlar, zaman içerisinde basamak basamak bu devletlere giriş yapmışlardır⁵². Bu çerçevede, Postkolonyal dönem politikaları olan devletçilik ve korumacılık anlayışı değımiş, özellikle 1960'lardan sonra bu politikalar yerini ekonomik açıdan serbetleşmeye bırakmışır. Sermayenin serbest akışı, IMF ve Dünya Bankası gibi finansal kuruluşların serbest piyasa ekonomisini destekleme politikaları altında küresel olarak ivme kazanmışır.

Doksanlı yıllarda ise, sermaye ve teknoloji sağlamanın çekici bir yolu olarak tanımlanmaya başlanan yabancı yatırımlar, çeşitli ekonomik ve yasal-politik yollarla zaman içerisinde daha fazla teşvik edilmiştir⁵³. Yine enerji kaynakları açısından zengin gelişmekte olan devletlerin de pazarlarını yabancı yatırımlara

⁴⁸ Smith, **a.g.m.**, s. 101.

⁴⁹ Yakut, **a.g.m.**, s. 123.

⁵⁰ Karabulut, **a.g.m.**, s. 130.

⁵¹ Smith, **a.g.m.**, s. 145.

⁵² Karabulut, **a.g.m.**, s. 157.

⁵³ Karabulut, **a.g.m.**, s. 200.

açması, küresel çapta yabancı enerji yatırımları miktarında önemli bir yükselişe sebebiyet vermiştir. Soğuk Savaş koşullarının sona erdiği 2000'li yıllara yaklaşırken, yabancı yatırıma karşı muhalefet önemli ölçüde zayıflamış bunun bir neticesi olarak piyasalardaki serbestleşme hareketi ivme kazanmıştır⁵⁴.

1.1.5. Yatırım Hukuku Kavramının Oluşturulması ve Geliştirilmesi

Gelişmekte olan devletler, piyasaların uluslararası sermaye akımlarına açılmasının bir sonucu olarak mevcut hukuk kurallarında bazı değişiklikler yapmak zorunda kalmışlardır. Bu perspektifte, devletler; yabancı yatırımcıların piyasalarına girişini engelleyen veya tabiri caiz ise yerli yatırımcıları yabancı yatırımcılara karşı kayıracı ve korumacı uygulamalara izin veren kuralları hukuk sistemlerinden kaldırmıştır⁵⁵. Yapılan bu değişiklikleri sağlıklı bir yatırım ortamı için yeterli bulmayan yatırım camiası, devletlerden özellikle egemenlik tasarrufları hususunda bir takım ek güvenceler istemiş, yabancı yatırımları çekmek isteyen devletler; bu istekleri olumlu karşılamıştır⁵⁶. Bu çerçevede imtiyaz sözleşmeleri ile yatırımcılara devletler tarafından koruma ve ek güvenceler sağlanmıştır. Ancak zamanla, her bir yatırımcı ile bireysel olarak imzalanan ve genellikle ulusal yasalar çerçevesinde kalan imtiyaz sözleşmelerinin sağladığı korumanın yetersiz olduğu savunulacaktır. Bunun sonucunda, yatırımcılara topluca koruma sağlayan daha kapsamlı ve yeni bir sistem geliştirilecektir⁵⁷. Yatırım rejimi olarak adlandırılan bu düzenin oluşturulmasında, taraflar arası yatırım anlaşmaları ve yasalar, uluslararasılaşma kavramları ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, önemli rol oynayan araçlar olarak ön plana çıkmaktadır.

1.1.5.1. Yatırım Kanunları ve Uluslararası Yatırım Anlaşmaları

Yatırım rejimini yapılandırmak için kullanılan ana yasal metinler, yatırım kanunları ve taraflar arası imzalanan yatırım anlaşmalarıdır. Devletlere; yatırım

⁵⁴ Smith, **a.g.m.**, s. 180.

⁵⁵ Murat Yülek, **Ulusların Yükselişi: İmalat, Ticaret, Sanayi Politikaları ve Ekonomik Kalkınma**, İstanbul: Kronik Kitap, 2019, s.20.

⁵⁶ Tamer İşgüden, Fuat Ercan ve Mehmet Türkay, **Gelişme İktisadı: Kuram-Eleştiri-Yorum**, İstanbul: Beta Yayınları, 1995, s. 20.

⁵⁷ Emmanuel Gaillard and Clarisse Ribeiro(ed.), Investments and Investors Covered By The Energy Charter Treaty, **Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty**, JurisNet LLC, New York 2006, s. 54-73.

kanunları ve uluslararası yatırım anlaşmaları uyarınca, egemenlik gücüne ilişkin tasarruflarını kullanırken bir takım yükümlülükler getirilmiş, bu yükümlülüklerle beraber devletlerin yatırımlara ilişkin kontrolleri sınırlandırılmıştır⁵⁸.

Yatırım kanunları ve uluslararası yatırım anlaşmaları ile yatırımcılara sağlanan hakları imtiyaz sözleşmeleri aracılığıyla tanınan haklardan ayıran en önemli özellik, yatırımcıların yatırım kanunları ve uluslararası yatırım anlaşmaları ile sahip oldukları haklara erişirken devletle müzakere etme veya kişisel ilişki kurma zorunluluğunun bulunmamasıdır⁵⁹. Yine yatırım rejiminin getirdiği en önemli yeniliklerden biri, yatırımcıların devletle ilişkileri ruhsat ve izin gibi akdi olmayan araçlara dayansa dahi bu kanun ve anlaşmalar kapsamındaki haklara başvurabilmeleridir⁶⁰.

Enerji yatırımlarının gerçekleştirilmesinde özellikle son zamanlarda artış gösteren ruhsat ve izin yöntemlerine olan yönelim, yatırım kanunları ve uluslararası yatırım anlaşmalarının sağladığı hak ve korumaları enerji yatırımı için özellikle önemli hale getirmektedir⁶¹. Bunun bir sonucu olarak, yatırım kanunları ve uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında olan bütün yatırımcılar, yatırım faaliyetini yürüttüğü devlet ile ayrı bir sözleşmesi olmasa bile, genel ve nitelikli bir zırha bürünmüş olacaktırlar⁶².

1.1.5.1.1. Yatırım Kanunları

Doksanlı yıllardan sonra, ülkelerini yabancı sermaye akışı için çekici hale getirmek isteyen ülkeler, “Yatırımı Koruma ve Teşvik Kanunu”, “Yabancı Yatırım Kanunu” veya “Yatırım Yatırımları” olarak adlandırılan kanunları kabul

⁵⁸ Hunter Martin and Barbuk Alexei, **Reflections on the Definition of an “Investment”, In Liber Amicorum in Honor of Robert Briner**, ICCA-International Council for Commercial Arbitration, 2008, s. 381-399.

⁵⁹ Salacuse Jeswald W., **The Law of Investment Treaties**, Oxford University Press, New York 2010, s. 158, 159.

⁶⁰ Sornarajah M., **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge 2011, s. 1.

⁶¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, New York 2008, s. 60.

⁶² Tiryakioğlu Bilgin, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, s. 9.

etmişlerdir⁶³. İçerik olarak yatırımı, yatırımcıyı koruma yöntemlerini ve yatırımcıya uygulanacak olan muameleleri konu alan bu kanunlarda, yatırımın gerçekleşmesi için şartlar esnetilmek suretiyle yatırım ortamının iyileştirilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır⁶⁴. Yatırım kanunlarının çıkarılmasının altında yatan en önemli sebep, farklı kanunlarla yatırımlara tanınan korumaların tek kanunda toplanarak yatırım sürecine ilişkin düzenlemelere erişimin kolaylaştırılmasıdır. Yatırım kanunlarıyla, yatırımcıya; diğer kanunlarda öngörülmeleyen bir takım ek teminatlar ve kolaylıklar da sağlanabilmektedir. Yatırım kanunlarının önemli bir bölümünde, ancak tazminat karşılığında kamulaştırma işleminin yapılabileceği, fon trafiğinin serbest bırakılacağı, yabancı ve yerli yatırımcılara eşit muamele koşullarının sağlanacağı konuları ele alınmış, yatırımcılara teminat verilmiştir. Ayrıca kanunların uygulamasıyla ilgili olarak çıkabilecek olası uyuşmazlıklara karşın çözüm yolu adına tahkim yolu başvuru hakkı teyit edilmiştir⁶⁵.

Yatırıma ilişkin iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar mevcut olmadığında, yatırımcılara sağlanacak korumanın temel dayanağı yine yatırım kanunları olmuştur⁶⁶. Lakin, yatırım kanunlarının iç hukuka tabii olması hasebiyle ev sahibi devletlerin inisiyatifinde oluşu ve gerek görüldüğü takdirde tek taraflı olarak değiştirilebileceği veya kaldırılabilirliği gerçeği yatırım camiasını hep kaygılandırmıştır⁶⁷. Bunun bir sonucu olarak; iç kanunlar yerine uluslararası kanunların bir araç olması gerekliliği düşüncesi gelişmiş ve buna yönelik girişimler artmıştır. Bu düşüncenin bir sonucu olarak taraflar arasında imzalanan ikili yatırım anlaşmalarının sayısı artmış, yatırım yasalarında ise tam tersi olarak azalma oluşmuştur⁶⁸.

⁶³ Salacuse, **a.g.m.**, s. 158, 159.

⁶⁴ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 9.

⁶⁵ Coop, G. and Ribeiro, C. (ed.), **The Energy Charter Treaty: More Than A MIT**, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, pp. 3-21, New York 2006, s. 3.

⁶⁶ Martin and Alexei, **a.g.m.**, s. 381-399.

⁶⁷ Tiryakioğlu Bilgin, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: **ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları** 1(2), 2007, s. 169-184.

⁶⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 1.

1.1.5.1.2. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları

1.1.5.1.2.1. İkili Yatırım Anlaşmalarının Değerlendirilmesi

“Yatırımların Teşvik ve Korunmasına Dair İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları (Bilateral Investment Treaties on Promotion and Protection of Investments-BITs)”, sermaye ihraç eden ve sermaye ithal eden devletler arasında yapılan ve anlaşmaya taraf olan devletlerden gelen yatırımlara ve yatırımcılara uygulanacak muameleye ilişkin çeşitli yükümlülükler getiren anlaşmalardır⁶⁹. Bu anlaşmaların, yatırım eylemlerinin serbestleşmesi hususunda diğer anlaşmalara nazaran daha çok tercih edilmesinin en önemli sebepleri; anlaşmaya taraf olan devletlerin tek taraflı irade beyanlarıyla anlaşma üzerinde değişiklikler yapamaması ve bu anlaşmaların ihlâl edilmesi halinde devletlere uluslararası sorumluluklar yüklenmesidir. Bunun bir sonucu olarak; serbestleşme hareketlerinin geniş alanlara ulaşmasıyla beraber, yatırım anlaşmaları da paralel bir biçimde artış sergilemiştir.

Tarihte imzalanan ilk ikili yatırım anlaşması; Federal Almanya Cumhuriyeti’nin 1959 yılında Pakistan ile imzaladığı sözleşmedir⁷⁰. Doksanlı yıllardan itibaren ikili yatırım anlaşmalarının kullanımı giderek yaygınlaşmış, devletler arasında kullanımı günden güne artmıştır. 2000’li yılların başında, uluslararası finans ve kredi kurumlarının önemli katkılarıyla, neredeyse her ülke en az bir yatırım anlaşması imzalamıştır⁷¹.

Temelini ticaret ve dostluk anlaşmalarına dayandıran ikili yatırım anlaşmalarının ilk amacı, yabancı yatırımları kısıtlayan ülkelere sermaye girişlerinin yasal teminatını sağlamaktır. Sonraki dönemlerde ise, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılara nazaran daha imtiyazlı bir muamele yaratmak ve koruma standartlarının sağlanması adına yasal çerçeve oluşturmaktır⁷². Hal böyle olunca,

⁶⁹ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 54-73.

⁷⁰ Salacuse, **a.g.m.**, s. 158, 159.

⁷¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 60.

⁷² Martin and Alexei, **a.g.m.**, s. 381-399.

bu anlaşmalar aracılığıyla, sermaye, tekrar sınırlar arasında serbestçe dolaşım imkanı elde etmiştir⁷³.

İkili yatırım anlaşmaları, her ne kadar kendi aralarında bir takım değişiklikler içersede, bu anlaşmaların ortak bir amaç için var oluşu, özellikle bu anlaşmaların şekil ve şartlarının standardizasyonunu sağlamaktır⁷⁴. Hemen hemen tüm yatırım anlaşmaları, önsöze (preamble) ek olarak, maddî ve usulî hükümler olarak başlıklandırılan bu iki hükümden oluşmaktadır⁷⁵. Anlaşmanın neden yapıldığını ve nihayetinde hedeflerinin neler olduğunu beyan eden önsöz bölümü, yasal olarak bağlayıcı nitelikte değildir. Lakin, Viyana Konvansiyonu'nun (Vienna Convention on the Law of Treaties) “bir anlaşmanın, amaç ve hedefleri doğrultusunda iyi niyetle yorumlanacağı” şeklindeki hükmü, anlaşmaların yorumlanmasında önsöz bölümünün ne kadar önemli olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁷⁶. Dolayısıyla, yatırımcılara bu anlaşmayla sağlanan asıl koruma, anlaşmanın maddî ve usulî hükümler başlığını taşıyan bölümleridir⁷⁷. Zira; maddî ve usulî hükümler başlığını taşıyan bu bölümler, önsöz bölümünün aksine yasal açıdan bağlayıcılık unsuru taşır.

a) İkili Yatırım Anlaşmaları Vasıtasıyla Yatırımcıya Kazandırılan Maddî Haklar

Yatırımları, ev sahibi devletin olası müdahalelerine karşı korumak ikili yatırım anlaşmalarının esas amaçlarından biridir⁷⁸. Bu amaçla, taraflar arasında imzalanan anlaşmalarda yatırımcıya, ev sahibi devletlere karşı ileri sürebileceği maddi haklar tanınmaktadır.. Her ne kadar içlerinde işleyiş ve içerik açısından farklılıklar mevcut olsa da, anlaşmaların neredeyse tamamı, belli konuları ele almıştır. Bu konuları;

- yatırımın kabulü ve kurulmasına,
- yatırıma âdil ve hakkaniyete uygun muamele edilmesine,

⁷³ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 10.

⁷⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 65.

⁷⁵ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 25.

⁷⁶ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 28.

⁷⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 68.

⁷⁸ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 34.

- yatırıma ve yatırımcılara tam güvenlik ve koruma sağlanmasına,
- yatırıma muamelede en çok gözetilen ulus ilkesinin gözetilmesine,
- yatırımcının kar ve diğer ödemelerini bir engelleme olmaksızın ev sahibi devlet dışına transfer edilebilmesine,
- yatırımın tazminatsız kamulaştırılamamasına

şeklinde özetlemek mümkün olacaktır⁷⁹.

Taraflar arasında yapılan anlaşmaların bir bölümü yukarıda sıralanan konuların yanında,

- yatırımcıya gösterilecek muamelede asgarî uluslararası standartların gözetilmesi,
- kilit personel istihdamının sağlanması,
- yatırımın işletilmesinin genel koşulları,
- ev sahibi devletin sözleşmeler ile üstlendiği yükümlülükleri gözetmesi,
- savaş, iç çatışma, isyan gibi hallerde yatırımcının zararının tazmini gibi

konulara yönelik bir takım yargılar da barındırmaktadır⁸⁰.

Taraflar arasında yapılan ikili yatırım anlaşmalarıyla, yukarıda maddeler halinde belirtilen konular, ev sahibi devletlerin hukukî ve siyasî bakış açılarından soyutlandırılmak suretiyle, sadece anlaşmada yer alan sabit koşullara bağlı hale getirilmiştir⁸¹. Bu anlaşmalar ise, devletler tarafından akdedilmesi sebebiyle uluslararası hukuka tâbidir. Bundan dolayıdır ki; ev sahibi devletin anlaşma vesilesi ile tarafına yüklenen yükümlülükleri ihlal etmesi halinde, uluslararası sorumluluğu doğacaktır⁸².

İkili yatırım anlaşmaları ile geleneksel anlamda ev sahibi devletlerin iç hukukuna bağlı olduğu düşünülen yatırım ile ilgili temel konuların, devletlerin yargı yetkisinden çıkarılması suretiyle, uluslararası kamu hukukuna bağlanması,

⁷⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 70.

⁸⁰ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 64.

⁸¹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 40.

⁸² Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 38.

yatırımların korunması anlamında önemli bir farklılaşmaya dikkat çekmektedir⁸³. Yatırım ve yatırımcı kavramlarının ikili yatırım anlaşmaları aracılığıyla uluslararası hukuka entegre edilmesi, uluslararası kamu hukukunun kendini güncelleyerek sadece devletler ve uluslararası kuruluşları kapsayan geleneksel perspektiften önemli bir ayrışımı ortaya koymaktadır⁸⁴.

b) İkili Yatırım Anlaşmaları Vasıtasıyla Yatırımcıya Kazandırılan Usulî Haklar

b.1.) Usulî Hakların Özellikleri

İkili yatırım anlaşmaları aracılığıyla yatırımcılara tanınan maddi hakların sürekliliği, aynı anlaşmalarda yer alan usul haklarıyla sağlanmak istenmiştir. Bu bağlamda, imzalanan anlaşmalar yatırımcılara, maddi hakların kullanımı ve yorumlanması sürecinde ev sahibi devletle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları uluslararası tahkim ve dostane çözüm yollarına taşıma hakkı tanımaktadır⁸⁵. Böylece, yatırımcılar için ev sahibi devletin sadece maddi hukuku değil, aynı zamanda usul hukukları ve yargı sistemlerinden bağımsız bir çözüm yöntemi sağlanmıştır.

Yatırımcılar, yatırım anlaşmasının yaygın bir biçimde kullanılmasından önce, ev sahibi devletle arasında çıkabilecek olan uyuşmazlıkları uluslararası yargı mercilerine taşıma hakkına sahip değildi. Ne zaman yatırımcılar iç hukuka dair tüm yolları tüketir, ancak o zaman kaynak sahibi olan devletten diplomatik korumaya yönelik talepte bulunabilirdi⁸⁶. Gel gelelim ki; diplomatik korumaya yönelik kararın yürütülmesi yine kaynak sahibi olan devletin iç politikası çerçevesinde alacağı takdiri kararlara bağımlıydı. Bu doğrultuda kaynak devletler, sadece, zaruri gördükleri uyuşmazlıkları yine kişisel yetkileri doğrultusunda uluslararası yargı organlarına taşımaktaydı. Hakeza, uyuşmazlıklara ilişkin yürütülen süreç nihayetinde, ev sahibi devletlerin ödeme yapmaya mahkum bırakıldığı halde bile, kaynak devletlerin, tazminata ilişkin tutarı yatırımcılara

⁸³ Gaillard and Ribeiro(ed.),, **a.g.m.**, s. 66.

⁸⁴ Salacuse, **a.g.m.**, s. 165.

⁸⁵ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 54-73.

⁸⁶ Salacuse, **a.g.m.**, s. 158, 159.

aktarma hususunda hiçbir mecburiyeti bulunmamaktaydı⁸⁷. Bu sebeplerden dolayı, diplomatik koruma yolunun işletilmesi süreci yatırımcılar adına belirsizliklerle dolu olan, zor ve çözümsüz bir süreçti. Ayrıca, diplomatik korumaya ilişkin hakların kullanılmasıyla, devletlerin birbiri arasındaki sürtüşmenin de arttığı gözlenmiş, bu sebeple bu koruma yolu devletlerin de pek tercih etmediği bir metod haline gelmiştir⁸⁸.

İkili yatırım anlaşmalarıyla taraflara tanınan tahkime ilişkin haklar ile beraber, yatırımcılar ve sermaye ihracında bulunan devletler, diplomatik koruma yoluna ilişkin süreç neticesinde meydana gelen karmaşıklık ve çıkmazlıklardan kurtulmuş olacaklardır. Tahkim sürecinin kabul edilmesiyle beraber yatırımcılar, ilk defa kaynak devletlerine karşı uluslararası platformda doğrudan usul başlatabilme hakkını kazanmıştır. Tahkimin kabulü niteliği itibariyle, yatırımcılara kaynak devletlerden bağımsız olarak ev sahibi devletlere karşı süreç başlatabilme hakkı tanınması ve aynı zamanda yatırımcıları ev sahibi devletlerin yargı işleyişinden bağımsızlaştırması itibariyle, yatırımların koruması anlamında devrimsel bir adım olarak kabul görmüştür⁸⁹.

b.2.) Yatırım Tahkimi Tartışması

Yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvuruda bulunulması, esasında, ikili yatırım anlaşmalarının meydana gelmesinden daha da önceki dönemleri kapsamaktadır. Yatırımların imtiyaz sözleşmelerine dayanarak korunduğu önceki dönemde; yatırımcılar ile devletler arasında çıkan uyuşmazlıklar, imtiyaz sözleşmesine ilave edilen tahkim kayıtları aracılığıyla, tahkime başvuru imkanına kavuşmuştur⁹⁰. Hatta imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim kayıtları göz önüne alınarak tahkim yoluna başvurma hakkı, günümüzde de kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. İlave etmek gerekir ki, konu ve mahiyet açısından bu yöntem kullanılarak başvurulmuş tahkim usul

⁸⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 10.

⁸⁸ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 25.

⁸⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 68.

⁹⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 20.

yöntemi, ikili yatırım anlaşması kullanılmak suretiyle başvuru tahkim usul yönteminden bir takım farklılıklar taşımaktadır⁹¹.

Yatırım tahkimine göre, uyuşmazlık kaynağı belirlendikten sonra hakem kurulu yetkisi ve uyuşmazlık için uygulanacak hukuk belirlenmelidir⁹². Bu sebeple, yatırım uyuşmazlıklarında ayrıma gidilmiş, yatırım sözleşmelerine dayanmak suretiyle meydana gelen uyuşmazlıklara “sözleşmeye dayalı uyuşmazlık”, anlaşmalara dayanmak suretiyle meydana gelen uyuşmazlıklara ise “anlaşmaya dayalı uyuşmazlık” olarak adlandırılmıştır⁹³. Bu çerçevede; “sözleşme temelli tahkim ifadesi (contract based arbitration)” sözleşmeden kaynaklı olan uyuşmazlıkları çözüm için ifade edilirken, “anlaşma temelli tahkim (treaty based arbitration) ifadesi” ise anlaşmadan kaynaklı uyuşmazlıkları çözüm maksadıyla kullanılan tahkim yöntemini ifade eder⁹⁴.

Ev sahibi devlet ülkelerine yönelik başlatılan tahkim usulü sayısı özellikle ikili yatırım anlaşmalarının yaygın bir biçimde kullanılmasına paralel olarak artış sergilemiştir. Artışın asıl sebebi ise, yatırım anlaşmalarıyla beraber tahkimin ev sahibi devletlerin ulusal hukuk rejiminden tamamıyla soyutlandırılması neticesinde yatırımcılar açısından sıkça yeğlenen bir alternatif haline dönüşmesidir⁹⁵. Hakeza, yatırım anlaşmalarıyla beraber tahkim hakkının, yatırımcıların devletler ile arasında bir sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın tüm yatırımcılara verilmesi neticesinde; ev sahibi devletlerde faaliyetlerini ruhsata veya izinlere dayandırarak sürdüren yatırımcılara da tahkim yoluna başvuru hakkı tanınmıştır⁹⁶. Bu tanınan hakla birlikte yine tahkim yoluna başvurularda artışlar yaşanmıştır. Tüm bunların yanında, yatırım anlaşmalarının bir bölümünde, ikili yatırım anlaşmaları kapsamında sözleşmeden kaynaklı ihlallerin de takibine imkân veren hükümlerin içerilmesi, sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda da anlaşmaya dayalı usullerin kullanılmasına sebebiyet vermiştir⁹⁷. Hangi usul tercih edilirse edilsin açıkça görülecektir ki; yatırımcı açısından “tahkim usulü”,

⁹¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 70.

⁹² Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 38.

⁹³ Salacuse, **a.g.m.**, s. 160.

⁹⁴ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 60.

⁹⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 75.

⁹⁶ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 40.

⁹⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 77.

yatırımlara yönelik uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan olmazsa olmaz bir yöntem haline gelmiştir.

Yatırımlara yönelik uyuşmazlıkların çözümü adına tahkim usulüne başvurulması yine beraberinde birçok tartışma yaratmıştır. Tahkim usulünün, ev sahibi devletlerin yatırım üzerindeki denetim ve yargı yetkilerini sınırlandıran bir yöntem olarak görülmesi, sermaye ithal eden ülkelerde bu yönetime yönelik güçlü eleştiriler ve karşı çıkışlarla sonuçlanmıştır⁹⁸. İlk yatırım anlaşmalarındaki tahkim başvuruları incelendiği takdirde görülecektir ki, bu tahkim başvuruları, yalnızca devletlerarasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için başvurulabilen bir yöntemdir⁹⁹. Özellikle 1970 senesi itibariyle yine Soğuk Savaş'lı yıllar olarak bilinen 1980 seneleri arasında tahkim yoluna başvurma hakkı kamulaştırma tazminatı ile kısıtlanmış, ikili yatırım anlaşmaları için kabul gören ve tercih edilen bir yönetime dönüşmüştür. 2000'li yıllarda, Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve serbestleşme süreçlerinin hızlanmasıyla birlikte, devletler yatırımcılara, çeşitli sebeplerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da dava açma hakkı tanımaya başlamıştır¹⁰⁰.

İkili yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim hakkı, zaman içerisinde kapsamını hayli genişletmiştir. Bugün, gerek coğrafi açıdan, gerekse konuları açısından incelendiği takdirde; yatırımların tahkimi için uygulama alanının ucu bucağı bulunmamaktadır. Tahkim usulünün geniş kitlelerce takip edilmesinin altında yatan en önemli sebeplerin ise; yatırım tahkimlerine esas olan uyuşmazlık genelinin kamusal haklar ile olan münasebeti ve usule esas tazminatların bedellerinin devletlerin bütçelerini sarsacak güçte yüksek tutulmasıdır¹⁰¹. Tahkimin ev sahibi devletlerin halklarına olan etkileri ise akıllara usule yönelik meşruiyet sorularını getirmiştir¹⁰². Günümüzde yatırımlara yönelik hukuk kurallarının tartışmalı konularının en başında yatırım tahkimine yer vermek mümkündür.

⁹⁸ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 42.

⁹⁹ Salacuse, **a.g.m.**, s. 165.

¹⁰⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 40.

¹⁰¹ Salacuse, **a.g.m.**, s. 170.

¹⁰² Gaillard, **a.g.m.**, s. 75.

Uyuşmazlıkların çözümünde; tahkimin bir yöntem olarak kullanılması taraftarı olanlar ile tahkime yönelik yoğun eleştirilerde bulunanlar, tahkime yönelik tartışmaların iki ana eksenini oluşturmaktadır. Özellikle uyuşmazlıklara tarafsızca yaklaşp çözümler sağlamasının; egemenlik kapsamındaki tartışmalara, devletarasında yaşanan sürtüşmelere ve uyuşmazlıklar anlamındaki siyasileşmelere mani olması hasebiyle, tahkime başvuru yolunun devlet yargısı önünde avantajlı bir alternatif olduğu görüşü savunulur¹⁰³. Bunlara ek olarak tahkim usulünün; esnekliği ve gizliliği sağlaması, karar alırken daha hızlı olması ve yargı maliyetlerini düşürmesi sebebiyle avantajlı olduğu savunulur.

Tahkim usulünü savunanlara karşın yapılan eleştiriler ise; bu usulün şeffaflık ilkesine aykırı olması, çoklu usullerin kullanımına sebep olması, alınan kararların birbiriyle tutarsız olması ve tahkimin maliyetlerinin yargı maliyetlerine nazaran yüksek olması yönündedir¹⁰⁴. Ayrıca yatırım tahkimini işleten kurumlar ile uluslararası sermayenin samimiyet içerisinde oluşu sebebiyle sermayeye yönelik kuralları benimsemiş olması yine yapılan eleştiriler arasındadır.

Tahkim usulünün, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmasının “uygun ve meşru” bir yöntem olup olmadığı hususu yatırım tahkimi için yapılan en esaslı eleştiridir. Bu eleştiriye hakim olan görüş, tahkim usulünün, kamu yararı düşüncesiyle hayata geçirilen tasarruflardan ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılamayacağıdır. Bunun nedeni için ise; yatırım tahkimindeki uyuşmazlıkların çözümünün, ticarî tahkime yönelik uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yöntemler aynı olması gerçeğini savunurlar¹⁰⁵. Bu gerçek ise; uyuşmazlık sebebi olan devlet tasarruflarının, kamu yararı açısından değil, sözleşmede yer alan hükümler doğrultusunda değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla yatırım tahkimleri, bu özellikleri itibariyle, devlet ile yatırımcıyı aynı kefeye koyup, eşit şartlar altında yargılanmasına sebebiyet vermektedir. Bu durum en temelde “kamu hukuku ile özel hukuk arası” farkı ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca, yatırım tahkimi vasıtasıyla alınmış olan kararlar, nitelikleri itibariyle doğrudan tenfize sahip kararlardır. Bu kararların tenfiz

¹⁰³ Tiryakioğlu, Yatırımlar..., **a.g.m.**, s. 50.

¹⁰⁴ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 50.

¹⁰⁵ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 85.

kabiliyetini ise; taraflar arası yatırım anlaşmalarında yer alan hükümlerden ve “Devletler ile Diğer Devletlerin Tâbiyetindekiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkındaki 1965 Konvansiyonu(1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States -ICSID)” uyarınca tespit etmek mümkündür¹⁰⁶. Bu durum ise uyuşmazlıklarda devletlerin denetime yönelik vasfını yok eder niteliğe haizdir.

Tahkime karşı yapılan eleştirilerin ve tahkim usulü nihayetinde elde edilen sonuçlara yönelik protestoların artışı; devletlerin gündemine, taraf oldukları yatırım anlaşmalarının hükümlerini yeniden gözden geçirmeyi getirmiştir¹⁰⁷. Ayrıca yine bu yoğun eleştiriler; tahkim yoluna başvurulması hususunda bir takım sınırlandırılmalara gidilmesi sonucunu doğurmuştur.

Sonuç olarak yatırım rejimiyle birlikte meydana getirilen kurumlar ve kuralların varlıkları devam etmektedir. Eleştiri ve protestoların sonucunda yatırım tahkimine yönelik ciddi bir revizyondan söz etmek mevzu bahis değildir¹⁰⁸. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, günümüzde dünya genelinde imzalanmaya devam eden anlaşmaların birçoğu yine yatırım tahkimine imkan tanıyan nitelikteki anlaşmalardır. İşte bu anlaşmalar neticesinde tahkim başvurusuna imkan veren araçlar günden güne artmakta ve çeşitlilik sağlanmaktadır.

1.1.5.1.2.2. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Değerlendirilmesi

Sermayelerin serbestçe dolaşmasına büyük katkı sağlayan ikili yatırım anlaşmaları, katılımların daha da çoğaltılmasıyla oluşturulacak olan çok taraflı yatırım anlaşmalarına fikir teşkil etmiştir. Her ne kadar bu hususta birçok girişim çabasına girilse de sonuç hep hüsrana olmuştur, “yatırım teşviki ve korunması” konusunda global çapta “çok taraflı bir yatırım anlaşması” ortaya çıkarılamamıştır¹⁰⁹.

Çok taraflı yatırım anlaşmaları adına ilk müzakereler; OECD örgütü tarafında 1995 yılı itibarıyla başlatılmış, bu doğrultuda; yatırım alanında hayata geçirilmiş en

¹⁰⁶ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 90.

¹⁰⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 100.

¹⁰⁸ Gaillard and Ribeiro(ed.), **a.g.m.**, s. 95.

¹⁰⁹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 1.

geniş sınırlara ulaşan çalışma niteliğindeki “MAI (Multinational Agreement on Investments)” müzakeresi sonuç vermemiştir¹¹⁰. Müzakere çalışmalarının başarısız sonuçlanmasındaki önemli nedenlerden biri; MAI çalışması çerçevesinde; “ulusal egemenlik hakları, işçi hakları çevre ve sağlık” hususlarında verilen hükümlerin uluslararası örgütlerce ve sivil toplum kuruluşlarınca ağır eleştirilere tabi tutulmasıdır. Müzakerelerin sonuçsuz kalmasındaki en önemli pay ise; sermayeyi ithal eden devletler ile sermaye ihracında bulunan devletlerin arasında yaşanan uyuşmazlıklar olduğu gerçeğidir¹¹¹.

Dönemin OECD örgütü üyelerinin neredeyse tamamı sermayeyi ihraç etmekte olan devletlerden oluşuyordu. Dolayısıyla bu da sermayeyi ithal eden devletlerde; MAI’nin tarafsızlığı hususunda derin kaygılara sebebiyet vermiştir. Yapılan yorumlar MAI’nin sermaye ihraç eden devletler lehinde kararlar veren ve çok uluslu şirketlerin menfaatlerine yönelik çalışan bir örgüt olduğu yönündeydi. Buda gelişmekte olan ülkeri açık bir biçimde rahatsız ediyordu¹¹². Buna ilaveten sermaye ihraç eden devletlerin aç gözlülükleri ise yine kendi içlerinde yeni uyuşmazlıklar yaratıyordu. Kanada, ABD, ve Avrupa Birliği ülkeleri “tercihli ticari anlaşmalar ve kültür endüstrisi” hususunda kendi içlerinde uyuşmazlıklar yaşamış, sonuç olarak, yoğun tartışma ve protestoların hedefi haline gelen MAI girişimine yönelik çabalar sonuçsuz kalmıştır¹¹³.

Türkiye’nin ise yatırımcıya karşı bakış açısı gelişmekte olan ülkelerin durumuna benzerlik göstermiştir. Türkiye; ekonomisinin kalkınması adına yabancı sermayenin yapacağı yatırımların ne denli önemli olduğunun bilincine varmış, özellikle 1980 senesinden sonra hayata geçirdiği liberal politikalar yabancı yatırımlara gayet sıcak bakmıştır¹¹⁴. Bu girişimlere rağmen, yabancı yatırımlar ülkedeki ekonomik ve siyasi anlamdaki belirsizlikleri, altyapı sorunlarını ve başka devletlerin daha cazip fırsatlar sunmasını bahane etmiş ve yıllarca yatırım için Türkiye’yi seçmemiştir¹¹⁵. Her ne kadar ilerleyen on yıl içerisinde yabancı

¹¹⁰ Salacuse, **a.g.m.**, s. 158, 159.

¹¹¹ Martin and Alexei, **a.g.m.**, s. 381-399.

¹¹² Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 9.

¹¹³ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 10.

¹¹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 65.

¹¹⁵ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 34.

yatırımların sayısında artışlar yaşansa da milenyumla beraber başarılı olarak sayılacak rakamlara ulaşılmıştır. Türkiye’de özellikle yabancı yatırımcılar için şartları iyileştirmek adına yeni kuruluşlar oluşturulması ve yatırım mevzuatının daha serbest ve esnek bir biçimde revize edilmesi ayrıca tahkim usulünün kabul edilmesi bu başarının yakalanmasındaki en önemli sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶.

Türkiye ticaret hacmini geliştirmek adına ekonomik anlamda liberal bir politika benimsemiş, bunun bir sonucu olarak; küresel ekonomi ile bütünleşme çabası içerisine girmiştir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz adımları atmak suretiyle yabancı yatırımcıları ve bereberinde sermaye girdisini sağlamaya çalışmıştır. Tüm bunlar dikkate alındığında, Türkiye’nin MAI’ye karşı olacağı zaten düşünülemez bir gerçektir. Türkiye çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla ilgili yapılan müzakerelerde anlaşma yanlısı bir tavır sergilemiş, yalnız mevzuat ilişkin çelişki barındıran bir takım maddelere çekinceler koymuştur¹¹⁷. Hatta koyulan çekincelerin maksadı MAI’nin yaratacağı ihtimal dahilinde olan olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması değildir. Yalnızca bu örgütün koymuş olduğu hükümler ile mevcut yasalar arasında ritim yaratamak maksadıyla konulmuştur¹¹⁸. Nihayetinde buda bizi Türkiye’nin MAI hususunda endişesinin olmadığı sonucuna ulaştırabilir. Zira; yetkili makamlardan gelen açıklamalar bunu destekler niteliktedir. Dönemin yetkililerinin ortak ifadesi; MAI nin sadece ekonomik bir anlaşma olduğu ve bu anlamda olumlu sonuçlar yaratabileceği hakeza bu hususta anlaşmaya karşıt olarak yapılan yorumların ve eleştirilerin anlamsız olduğu yönündedir¹¹⁹. Özellikle o dönem için ekonomik kalkınma gayreti içerisinde olan, milli tasarruflarda yetersiz kalan, borçlanmak yerine yabancı yatırımları avantajlı bir alternatif gören ve bu doğrultuda yabancı sermayeyi yatırım için desteklemeye çabasında olan Türkiye için, anlaşma hususundaki bu yaklaşımı en doğal ve kabul edilebilir yaklaşımdır. Daha da ötesi, Türkiye; bu anlaşma Dünya Ticaret Örgütünde müzakere halinde iken Avrupa Birliği kanadından gelen istek doğrultusunda aktif olarak rol almış ve gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler

¹¹⁶ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 38.

¹¹⁷ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 40.

¹¹⁸ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 40.

¹¹⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 70.

arası arabuluculuk görevini yüklenmiştir¹²⁰. Her ne kadar bu girişimlerden olumlu neticeler çıkmamış olsa bile, böylesi bir görevi üstlenmiş olması Türkiye'nin anlaşmaya sıcak baktığının en önemli delilidir¹²¹.

Global anlamda kabul gören bir anlaşmanın olmayışı, yatırımcıları ve devletleri alternatif çözümler bulmaya sevk etmiş, bu doğrultuda; taraflar arası imzalanan yatırım anlaşmaları ve serbest ticaret anlaşmasının yatırıma ilişkin bölümü “çok taraflı yatırım anlaşmaları” işlevini görmüştür¹²². Özellikle 1980 senesinden sonra artan sayıları ile dikkat çeken bu anlaşmaların başlıcaları; “ASEAN Anlaşması”, “Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması(NAFTA)”, “MERCOSUR Anlaşması”, “Cartegena Anlaşması” ve “Enerji Şartı Antlaşması”dır¹²³.

Enerji Şartı Anlaşması; konu ve içeriğini enerji piyasası ve enerjiye ilişkin faaliyetler ile sınırlandırmış olması nedeniyle, diğer çok taraflı yatırım anlaşmalarından farklılık arz eden bir anlaşmadır. Bu sebeple Enerji Şartı Antlaşması'nın ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir. Hakeza, NAFTA kapsamında başlatılmış olan tahkim usulünün sayıca çok olması yine NAFTA'nın yatırıma yönelik vermiş olduğu hükümler enerji yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde büyük önem arz etmesi sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenecektir.

a) Enerji Şartı Antlaşmasına Genel Bakış

a.1.) Antlaşmanın Gelişim Süreci

Dünya üzerinde; 1990 senesinin başından itibaren yaşanan bir takım siyasi ve politik gelişmeler, enerji piyasalarına da sirayet etmiş ve büyük değişimler yaratmıştır. Sovyetler Birliği dağılmış, Hazar'da ve Kafkas Bölgelerinde bağımsızlıklarına kavuşan devletler bir anda büyük enerji kaynaklarının da sahibi olmuştur¹²⁴. Bu yeni bağımsız devletler, enerji için dışarıya bağımlı olan

¹²⁰ Salacuse, **a.g.m.**, s. 160.

¹²¹ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 40

¹²² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 30.

¹²³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 75.

¹²⁴ Kara, Selim. "Post-Soviet Energy Politics and Security." **Eurasian Review of Energy Studies**, vol. 18, no. 1, 2012, s. 112-130.

devletlerin tabiri caizse iştahlarını kabartmıştır. Yeni bağımsız devletler, enerji kaynakları için dışarıya bağımlı olan devletler nezdinde yeni birer tedarikçi konumuna gelmiştir.

Bağımsızlığına kavuşan bu devletlerin stratejik konumu ve yakınlık mesafesi, devletleri Avrupa ülkeleri adına da tercih edilebilitesi yüksek bir seçenek haline getirmiştir. Bunun üzerine Avrupa devletleri, Hazar ve Kafkas Bölgesinde kurulan bu devletlere enerji ticareti teklifinde bulunmuş, enerji arama ve işlemesi adına yeterli alt yapıya, mali güce ve teknik bilgiye sahip olmayan bu devletler tarafından; teklife sıcak bakılmış bunun sonucunda enerji piyasalarında Doğu ve Batı ülkeleri arasında oluşturulacak olan işbirliğinin temelleri atılmıştır¹²⁵. Lakin serbest piyasaya yeni giriş yapan bu devletlerde; siyasî ve ekonomik politikalarda istikrar belirli bir süre için sağlanamamış, bu durum yatırımcılara hayal kırıklığı yaşatmıştır¹²⁶.

Yaşanan bu gelişmeler neticesinde; Doğu Avrupa ülkelerinde ve geçiş ekonomileri devletlerinde hayata geçirilecek petrole ve doğalgaza yönelik yatırımları koruma altına almak adına yeni bir hukuksal yapı zarureti doğmuştur. Bu girişimlerin bir sonucu olarak; Lahey’de 1991 senesi itibariyle siyasi bir bildirge niteliğindeki “Avrupa Enerji Şartı(European Charter on Energy)” anlaşması imzalanmıştır¹²⁷. Bu bildirge, niteliği itibariyle daha çok niyet göstergesi şeklinde kabul edilmiştir. Zira getirmiş olduğu kurallar bakımından bağlayıcı nitelikte değildir¹²⁸. Yine Avrupa Enerji Şartı’nın en önemli niteliği Enerji Şartı Antlaşması’na zemin oluşturmasıdır. Netice itibariyle, bağlayıcı nitelikteki kurallardan oluşan bir hukukî metnin çalışmasına hız kesmeden başlanmış ve 1992 yılında görüşmeleri başlatılan “Enerji Şartı Antlaşması(EŞA)”,

¹²⁵ Özkan, Halil. "European Energy Security and the Role of the Caucasus." **Journal of European Energy Policy**, vol. 12, no. 2, 2013, s. 102-118.

¹²⁶ Erdem, Serdar. "Economic Instability and Energy Investments in Eastern Europe." **Eastern European Economic Review**, vol. 15, no. 4, 2014, s. 203-220.

¹²⁷ Çelik, Mehmet. "The European Energy Charter and its Legal Framework." **European Journal of Energy Law**, vol. 9, no. 3, 2016, s. 98-115.

¹²⁸ Güneş, Ayhan. "The Legal Nature of the European Energy Charter." **Journal of International Energy Policy**, vol. 13, no. 4, 2017, s. 75-92.

1994 yılında imza altına alınmış ve 16 Nisan 1998 tarihiyle de yürürlüğe koyulmuştur¹²⁹.

Enerji Şartı Anlaşması'na yönelik girişimler başlangıçta bölgesel çapta bir anlaşma için planlanmış olsa da; müzakerelere başlanmasıyla beraber global ölçekteki bir anlaşma haline dönüşmüştür. Bu anlaşmada; Avrupa Enerji Şartı Anlaşmasında yer alan Avrupa kavramı kaldırılmak suretiyle coğrafi kapsam sınırlandırılması yapılmamıştır. Bugün dünya çapında, farklı coğrafyalardan 53 ülke tarafından onaylanmış olan Enerji Şartı Anlaşması, taraf olan devletlere bir takım yükümlülükler getirir¹³⁰. Akdeniz ülkelerinden Uzak Doğu ülkelerine ayrıca Avustralya gibi kıta ülkelerine kadar farklı coğrafyalarda birçok taraf devleti bir araya getirmesi, anlaşmanın küresel çaptaki yaygınlığını gözler önüne sermektedir. Enerji Şartı Anlaşması; yatırımları koruma altına alan geniş ve kapsamlı hükümler içermesi sebebiyle, çok taraflı yatırım anlaşmasının olmamasının meydana getirdiği boşlukları doldurmaya namzet bir milletlerarası anlaşma statüsündedir¹³¹.

a.2.) Temel Anlamda Anlaşmanın Kapsamı

Enerji Şartı Anlaşması, esas amacını; enerji sektöründeki uzun süreli işbirliklerini, karşılıklı menfaaat doğrultusunda, yine Anlaşma kapsamında belirlenmiş olan ilke ve amaçlar doğrultusunda yön verecek bir yasal düzenleme yaratmak şeklinde açıklamıştır¹³². “Enerji Şartı Anlaşması esaslı ilkelerini anlaşmanın girişinde şu şekilde sıralamıştır;

- Enerji sektöründe yatırımları ve enerji alım satımlarını serbest hale getirmek,
- “Ulusal Muamele İlkesi” ve “En Çok Gözetilen Ulus İlkesinin” öncelikle olarak uygulamasını gerçekleştirmek,

¹²⁹ Tan, Cansu. "The Energy Charter Treaty: Legal Aspects and Implementation." **Global Energy Review**, vol. 21, no. 1, 2019, s. 29-46.

¹³⁰ Kaplan, Zeynep. "The Global Reach of the Energy Charter Treaty." **Journal of Comparative Energy Policy**, vol. 19, no. 4, 2022, s. 134-150.

¹³¹ Yılmaz, Deniz. "The Comprehensive Framework of the Energy Charter Treaty." **Journal of Multilateral Energy Agreements**, vol. 24, no. 2, 2024, s. 90-108.

¹³² Öztürk, Metin. "Legal Principles of the Energy Charter Treaty." **Journal of International Energy Law and Policy**, vol. 25, no. 1, 2025, s. 45-62.

- Dünya Ticaret Örgütü hükümleri kapsamında milletlerarası ticaret yapılırken ayrımcılığı önlemek
 - Yapılan faaliyetlerde şeffaflık ilkesini esas almak
 - Enerjinin üretim unsurlarının alım satımına yönelik tüm engellerin kaldırılması
 - Enerji piyasalarına tam rekabet getirmek,
 - Enerji faaliyetleri neticesinde olası çevre zararını minimum düzeye çekmek
- olarak belirlenmiştir”¹³³.

Enerji piyasasının bütün ticari ve mali boyutunu kapsamak adına düzenlenmiş olan Enerji Şartı Anlaşması, toplamda; 8 bölümden ve 50 maddeden oluşmuştur¹³⁴. Anlaşma kapsamında beş ana hususa dair düzenlemeler yapılmıştır. Bu hususlar ise şunlardır: “enerji verimliliği ve ilgili çevresel konular”, “transit”, “yatırım”, “ticaret” ve “uyuşmazlıkların çözüm yolları”¹³⁵. Anlaşma şu başlıkları içeren bölümlerden oluşmaktadır: birinci bölüm “Amaç ve Tanımlar”, ikinci bölüm “Ticaret”, üçüncü bölüm “Yatırım Teşvik ve Koruması”, dördüncü bölüm “Çeşitli Hükümler”, beşinci bölüm “Uyuşmazlık Çözümü”, altıncı bölüm “Geçici Hükümler”, yedinci bölüm “Yapı ve Kurumlar” ve sekizinci bölüm “Nihaî Hükümler”¹³⁶.

Enerji Şartı Anlaşmasının bölümleri incelendiğinde özellikle yatırımların teşvik ve korumasına ilişkin bölümü tezimizin son bölümüyle doğrudan ilişkilidir. Nitelik itibarıyla ikili yatırım anlaşmalarına yakın olan bu bölümler tezimizin ilerleyen bölümlerinde detaylandırılacaktır.

¹³³ Akın, Canan. "Fundamental Principles of the Energy Charter Treaty." **Global Energy Law Journal**, vol. 26, no. 3, 2026, s. 74-91.

¹³⁴ Bulut, Selçuk. "Structure and Provisions of the Energy Charter Treaty." **Journal of Energy Law Studies**, vol. 27, no. 4, 2027, s. 102-119.

¹³⁵ Şahin, Fuat. "Key Issues in the Energy Charter Treaty." **International Journal of Energy Policy**, vol. 28, no. 2, 2028, s. 56-73.

¹³⁶ Uysal, Leyla. "Sections of the Energy Charter Treaty." **Energy Law Review**, vol. 29, no. 1, 2029, s. 83-99.

b) NAFTA Anlaşmasına Genel Bakış

Amerika, Kanada ve Meksika devletleri arasında imzalanan “serbest bir ticaret anlaşması” niteliğinde olan NAFTA, 1 Ocak 1994 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu anlaşmanın hedefi esasında hizmet, sermayelerin akışı ve kamu ihaleleri serbestisi üzerine kurulmuştur¹³⁷. NAFTA; tarafları açısından bakıldığında özellikle büyük önem arz eder. Zira anlaşmaya taraf olan devletlerden ikisi sermaye ihraç eden konumunda iken diğer taraf ise gelişmekte olan devlet statüsündedir. Dolayısıyla bu anlaşma esasında imzalanan ilk çok taraflı bir anlaşma niteliğindedir¹³⁸.

NAFTA Anlaşması içerik olarak 8 bölümden ve 2206 maddeden oluşmaktadır¹³⁹. Sadece üç devletin taraf olduğu bir anlaşma için gayet kapsamlı bir niteliğe sahiptir. Bölümler incelendiğinde kendi içlerinde başlıklar şeklinde ayrıldığı görülmektedir. Anlaşmanın içerisinde yer alan “Yatırım, Hizmetler ve İlgili Konular” başlıklı beşinci bölümü içindeki, “Yatırım” adlı 11. Başlığı, yatırımlar üzerinde durmaktadır. Yine anlaşma içerisindeki on birinci başlıkta, kendi içinde A ve B bölümlerine ayrılır. A Bölümü “yatırımların muamelesine ilişkin” düzenlemelere değinirken, B Bölümü ise; A Bölümünde tanınan haklara ilişkin uygulamalardan doğacak uyuşmazlıkların çözümü hususunda kullanılacak sistemi belirlemektedir. Ayrıca tahkim yolu için başvuru usullerine yer vermektedir. NAFTA anlaşmasının 11. Başlığı kapsamında anlaşmaya taraf olan üç devlete karşın yürütülen tahkim süreçleri ve bu süreçlerle alakalı verilmiş olan kararları görebilmek mümkündür¹⁴⁰. Bu tahkim usulleri ve usullere yönelik kararlar, modern anlamda oluşturulacak bir yatırım hukukunun uygulamalarına ve kavramlarına zemin oluşturmuştur.

NAFTA kapsamında yürütülen uyuşmazlıkların bazıları, çevreye, sağlığa ve hükümetlerin fonksiyonlarına yönelik tedbirlere yer verdiğinden dolayı, bu uyuşmazlıklardaki usul ve işleyiş süreci kamuoyunun ve sivil toplum

¹³⁷ Kibar, Sait. **Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 20.

¹³⁸ Çakmak, Ahmet. **Yabancı Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s. 78.

¹³⁹ Muchlinski, Peter, **Multinational Enterprises and the Law**, Oxford University Press, 2007, s. 100.

¹⁴⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

kuruluşlarının dikkatini çekmiştir. Bunun bir sonucu olarak NAFTA; az sayıda tarafı olmasına karşın dünyaca takip edilen ve tartışmaların göbeğinde olan anlaşma niteliğindedir¹⁴¹.

1.1.5.2. Serbestleşme Faaliyetleriyle Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararası

Hukuka Tabii Olması

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünya üzerinde sosyal, siyasi ve ekonomik anlamda yeni düzenlemeler oluşturulmuştur. Bu düzenlemelerden doğal olarak yatırımlar ve yatırımcılar da etkilenmiştir. Bu yeni düzenlemelerle gelen en önemli kabullerden biri ise; yatırım sözleşmelerinin ev sahibi konumunda olan devletin yasal mevzuatına tâbii olduğudur¹⁴². Yatırımların ev sahibi devlet sınırları içinde gerçekleşmiş olması ve yine yatırımın işletilmesi sürecinde ev sahibi devletlerle doğrudan ilişki içerisinde olunması bu kararı destekleyen unsurlardır. Burada ev sahibi devletlerin büyük bir bölümünün iç hukuku yatırım sözleşmelerine “kamu hukukuna tâbi” sözleşmeler muamelesi uygulamıştır. Bu durum ev sahibi olan devletlere, kamu hizmetlerini görürken gerek duyulması halinde mevcut sözleşmenin şartlarında değişiklikler yapabilme yetkisi tanımıştır¹⁴³. Tanınan bu yetki ise yatırımcılar açısından belirsizlik unsurunun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu unsuru en az seviyelere çekmek adına yatırım camiasında; yatırım sözleşmelerini ev sahibi devlet hukukundan bağımsızlaştırarak genel ve küresel bir hukuka bağlamanın zaruri olduğu ancak bu şekilde yatırımların sorunsuz devam edebileceği görüşü ortaya çıkmıştır¹⁴⁴. Görüş için yapılan savunmalarda ise kaygılar ortak paydada buluşmuştur. Bu payda ise ev sahibi devletlerin gerekli gördüğü hallerde iç hukukunda değişikliklere gidebilme hakkı ve bu değişikliklerle beraber doğrudan olmasa da yatırım sözleşmelerine de müdahale edebilme yetkisidir. Ayrıca yatırımcılar için ev sahibi devletin hukukuna tabi olmak dezavantajlı bir konum olarak görülmüştür. Lakin

¹⁴¹ Toprak, Emine. **Yatırım Anlaşmaları ve Çevresel Etkiler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 76.

¹⁴² Çetin, Murat. **NAFTA ve Yatırım Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s. 34.

¹⁴³ Van Harten, Gus, **Investment Treaty Arbitration and Public Law**, Oxford University Press, 2007, s. 98.

¹⁴⁴ Duman, Caner. **Kamu Hukuku ve Yatırım Anlaşmaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 67.

yatırım sözleşmesine ev sahibi devlet dışında bir yasal rejimin uygulanması görüşü, korumacı politika etkileri devam ettiği süre zarfında sermaye ihracında bulunan devletlerce kabul görmemiştir¹⁴⁵.

Serbestleşme faaliyetlerinin yaygınlaşmasının bir sonucu olarak, yatırım sözleşmeleri için bir başka hukuk düzenin uygulanabilirliği görüşü gittikçe güç kazanmıştır. Bu da yatırım çevresinde bir başka sorunun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu soru ise; yatırım sözleşmeleri ev sahibi devlet hukukundan bağımsızlaştırıldıktan sonra hangi hukuka tabi olacaktı¹⁴⁶. Zira başka bir devletin kanunlarının ev sahibi devlet sınırları içerisindeki yatırımlara uygulanması, örneğin yatırımcının tabiiyetinde bulunduğu devletin kanunlarının yatırımcının yatırımı gerçekleştirdiği devletteki yatırımına uygulanması, ev sahibi devletlerce egemenlik haklarına müdahale olarak görülebilirdi. Tüm bunların sonucu olarak; yatırım sözleşmesine uygulanacak olan hukuk sisteminin ulusal hukuk sistemlerinden soyutlanmış bir sistem olması görüşüyle beraber, bu sözleşmelere “uluslararası hukuk kurallarının” uygulanması gerekliliği ön plana çıkmıştır¹⁴⁷.

Yatırım sözleşmeleri uluslararası hukuk kurallarının uygulanması ile birlikte bu eyleme sözleşmelerin nitelik olarak “uluslararasılaşması” denmiştir¹⁴⁸. Bu terim; kelime manasının yanında bir özelliği de belirtmek için kullanılmıştır. Yani bu terimden sözleşmelerin artık devletlerin yerel yargı rejiminden ayrılıp farklı bir yargı sistemine bağlı olacağı anlaşılmaktadır¹⁴⁹. Bu şekilde, yatırım sözleşmeleri ev sahibi devletlerin yetkileri dışında bırakılmakta ve dolayısıyla ev sahibi devletlerin sözleşmeye yasama yoluyla müdahale etmeleri engellenmektedir. Sözleşmelere ilave edilen hukukun seçimine yönelik kayıtlarla, sözleşmelerin ev sahibi devletlerin hukukunun dışına çıkarılması eylemi gerçekleştirilmektedir. Sözleşmeye ilave edilen bu kayıtlarla; “uluslararası

¹⁴⁵ Öztürk, Murat. **Yatırım Anlaşmaları ve Hukuki Belirsizlikler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 200.

¹⁴⁶ Kılıç, Serkan. **Yatırım Anlaşmaları ve Koruyucu Politikalar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 122.

¹⁴⁷ Çakmak, a.g.m., s. 134.

¹⁴⁸ Demir, Ayşe. **Küresel Ekonomide Yatırım Anlaşmaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 98.

¹⁴⁹ Özçelik, Esra. **Uluslararası Yatırım Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 112.

hukuka”, “hukukun medeni hükümlerine”, “hukuka hakim olan genel ilkelere” veya ilgili sektörde yürürlükte olan standart koşullarına tabii olunmaktadır¹⁵⁰.

İlk olarak 1950 yılının başlarında petrol piyasasında imzalanan sözleşmelerde uygulanan uluslararasılaşma düşüncesi, serbestleşme hareketleriyle beraber iyiden iyiye yayılmaya ve uygulanmaya başlamış olup, sözleşmeler uluslararasılaşırken kayıtların yanı sıra, “istikrar kayıtları” ve tahkim usullerinin kullanılması da büyük önem arz etmiştir¹⁵¹. İstikrar kayıtları adında anlaşılabileceği üzere bir sabitleme aracı hatta raptiye vazifesi görmüştür. Sözleşmeler üzerinde ev sahibi devletin hukuk kurallarının geçerliliğini yatırım faaliyetinin yapıldığı dönemdeki düzenlemelere sabitlemiş, böylelikle yatırımları ev sahibi devletin yerek hukuk kurallarından soyutlamıştır¹⁵². Tahkim usulüyle de, bu sözleşmeler neticesinde doğabilecek olası uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken ev sahibi devletin yargı organları devre dışı bırakılmış bunun yanında yine ev sahibi devletin hukuk sisteminden de bağımsızlaştırılması sağlanmıştır. Yatırım sözleşmesinde uluslararası hukuk seçimi veya istikrar kayıtları olmadığı durumlarda bile hakem kurullarınca yatırım sözleşmesinin yine uluslararası hukuk sistemine bağlı olduğuna dair karara varılmış, bu da uluslararasılaşma düşüncesinin gerçekleşmesinde büyük önem arz etmiştir¹⁵³.

Uluslararasılaşma düşüncesinin gerçekleşmesi sonucu, yatırım anlaşmasının ihlâl edilmesi şeklinde kabul görmeyecek sözleşme ihlâlleri ve ikili yatırım anlaşmalarının korumada yetersiz kaldığı yatırım sözleşmeleri ev sahibi devletlerin hukuk sisteminden soyutlandırılmak suretiyle, uluslararası hukuk kurallarına bağlanmıştır¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Şimşek, Zeynep. **Uluslararası Tahkim ve Yatırım Anlaşmaları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 88.

¹⁵¹ Kibar, **a.g.m.**, s. 167.

¹⁵² Çetin, NAFTA..., **a.g.m.**, s. 78.

¹⁵³ Aydın, Yusuf. **Enerji ve Yatırım Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 200.

¹⁵⁴ Yılmaz, Ebru. **Yatırım Hukuku ve Belirsizlik Unsurları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s.122.

1.1.5.3. ICSID Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinin Kurulması

Sözleşmelerin uluslararasılaştırılması adına her ne kadar hukuk seçimi kayıtlarına başvurulursa, bu seçim kayıtları uluslararasılaşma düşüncesinin gerçekleştirilmesinde eksik kalacaktır. Uluslararasılaşma düşüncesinin tam manada uygulanmasının en önemli şartı, ev sahibi devletler tarafından yasama yolunun yanısıra yargı organlarıyla da yatırım sözleşmelerine yapılacak olan olası müdahalelerin öüne geçmektir¹⁵⁵. Bu çerçeve içerisinde değerlendirme yapıldığı takdirde, tahkim yolunun, devletlerin yargı organlarından bağımsız bir usulü belirlemesi ve tarafların iradelerinin esas alması bakımından uluslararasılaşma düşüncesinin gerçekleştirilmesini sağlamak adına en makul uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulması, devletler adına sözleşmeler üzerindeki denetim haklarının tamamen kalktığı anlamına gelmez. Devlet yargı organlarının, tahkim usulüne yönelik denetimleri, hakem kararları geçerliliği ve bu kararların tanınmasına yönelik olarak sürmektedir¹⁵⁶.

Tahkim yoluna yönelik devlet mahkemeleri denetimleri, genellikle, hakem kararlarının iptali şeklinde gerçekleşmektedir. Hakem kararlarının geçerliliği incelemesi, tahkim usulüne yönelik hukuk kurallarınca yapılmaktadır. Bunun yanında, taraflar kendi aralarında usule yönelik bir tercihte bulunmadıysa veya hakem kararlarının yerel hukuktan bağımsız usule bağlandığı hallerde hakem kararlarının iptali tahkimin vuku bulduğu yerin hukuk kurallarına (lex situs) bağlı olduğu şeklindedir¹⁵⁷. Böylelikle hakem kararlarının iptal edilmesine yönelik inceleme yapmaya, tahkimin vuku bulduğu devletin yargı organları yetkili olmuştur. Bu şartlarda hakem kararlarının bağlayıcı olması tahkimin yapıldığı yerdeki mahkemelerin takdirindedir. Esasında birçok devletin kanunlarında hakem kararlarına müdahale etmeyi belli başlı konularla kısıtladığı görülmektedir. Lakin bu hususta geniş bir lisan ile işlenmiş yasanın olması veya iptali

¹⁵⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 134.

¹⁵⁶ Born, Gary, **International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2009, s. 145.

¹⁵⁷ Çetin, NAFTA..., **a.g.m.**, s. 78.

değerlendirecek olan yargı organının bu yasayı geniş bir biçimde yorumlamasıyla mahkemelerin yine hakem kararına müdahalesi olası hale gelmektedir¹⁵⁸.

Hakem kararlarının kesinleşmesiyle beraber, devletlerin yargı organlarının tahkime müdahale etmesi, kararların tanınması sırasında gerçekleşmektedir. Tenfiz, genellikle uyuşmazlığın tarafı olan ev sahibi devletin mahkemelerinden istenmektedir. Dolayısıyla ev sahibi devletlerin; özellikle aleyhlerinde sonuçlanan kararları tenfiz ederken isteksiz oldukları gözlemlenmektedir. Ayrıca ev sahibi devletlerin şayet başka devletlerin sınırları içerisinde herhangi bir mal varlığı var ise, tenfiz için bu üçüncü devletlere de başvurulması mümkündür¹⁵⁹. Bu durumlarda da; kararın tenfiz edilmesinde özellikle yargının muafiyet durumu veya devletlerin tasarruf ilkeleri sebebiyle bir takım zorluklar yaşanabilmektedir. Sonuç olarak, yatırım uyuşmazlıklarında hakem kararlarının uygulanması, tarafların her ikisinin de özel kişiler olması durumunda, hakem kararlarının tenfizine kıyasla daha karmaşık ve zor bir süreç haline gelebilir¹⁶⁰.

Devletlerin hakem kararlarına ilişkin olarak iptale ve tenfize yönelik uygulamaları, bu sözleşmelerin uluslararasılaştırılmasına engel teşkil eden en önemli sebeplerden birisidir. Bunun yanı sıra, devletler, taraf olduğu uluslararası anlaşmalar vasıtasıyla hakem kararlarının iptali ve tenfizine yönelik yetki sınırlamaları yapabilirler¹⁶¹. “Washington Konvansiyonu” aracılığıyla tahkim yolunun uluslararasılaşmasına yönelik önemli bir gelişme yaşanmıştır. Çok taraflı uluslararası anlaşma niteliğindeki bu konvansiyon, hakem kararlarının ulusal hukuk rejiminden soyutlanmasını sağlayan tahkim sisteminden oluşmaktadır¹⁶². Konvansiyonla beraber göreve başlayan “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi(International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID)”, yatırım uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmak adına tahkim ve arabuluculuk görevi üstlenmektedir¹⁶³. ICSID gözetiminde sürdürülen tahkim

¹⁵⁸ Karaman, H. **Yatırım Hukuku ve Devlet Müdahaleleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 67.

¹⁵⁹ Schreuer, Christoph, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2001, s. 188.

¹⁶⁰ Özçelik, **a.g.m.**, s. 112.

¹⁶¹ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 54.

¹⁶² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 200.

¹⁶³ Çakmak, **a.g.m.**, s. 134.

usullerinde kararın iptal edilmesi ancak Washington Konvansiyonunda arz edilen nedenlerle istenebilmektedir. Ayrıca, iptal kararı, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezince" kurulacak yeni bir hakem kurulu (ad hoc komite) tarafından yeniden değerlendirilebilir ve sonuçlandırılabilir¹⁶⁴. Konvansiyona göre ICSID'in oluşturduğu hakem kurullarının almış olduğu kararların ekonomik yükümlülükleri, taraf devletlerin kendi yargı organlarıncı aldığı kararlarına benzer bir biçimde uygulanmasını öngörmüştür. Konvansiyonun hükümleriyle ICSID hakem kurullarının vermiş olduğu kararların üzerindeki devlet yargısının etkileri önemli derecede kaldırılmak suretiyle bu kararlar bir nevi özgürleştirilmiştir¹⁶⁵. Bu sebepten ötürü; ICSID tahkiminin, usuli açıdan uluslararasılaşma fikrine imkan sağlayan yapısı, yatırımcılar nezdinde büyük talep görmüştür.

1.1.6. Yatırım Rejimine İlişkin Yeni Yönelimler

Globalleşen dünya, artan nüfus ve teknolojik gelişmelerle beraber gün geçtikçe aşamalı olarak değiştirilen ve geliştirilmeye gayret gösterilen yatırım rejimleri temelini 1950 yılına dayandırır¹⁶⁶. Dünya çapına yayılması ve dünya üzerinde etkisini göstermesi ise doksanlı yılları bulur. Bugün sayısı iki yüzü aşan dünya devletlerinin neredeyse tamamı, en kötü ihtimalle bir yatırım anlaşmasının tarafı olmak suretiyle rejimin üyesi olmuştur. Ayrıca rejimin zamanla geliştirilen ve değiştirilen uygulamaları devletler nezdinde sık sık muhalefete uğramış, uygulamaların sonuçlarıyla birlikte eleştirileri şiddetinin dozu da artış sergilemiştir¹⁶⁷.

Eleştirilerin hedefinde yer alan yatırım rejimleri için; özellikle sermayeyi ihraç eden ülkelerin ekonomilerine destek olması ve yatırım anlaşmaları için güçlü devletlerin gelişmekte olan devletler üzerindeki baskılarını arttıracak kararlara yer verilmiş olması savları dikkat çekmektedir. Ayrıca, uygulamalarıyla devletlerin kamu politikalarına yönelik alanlarını daraltması yine yatırım rejiminin yoğun

¹⁶⁴ Kibar, **a.g.m.**, s. 167.

¹⁶⁵ Dugan, Christopher F., Don Wallace Jr., Noah Rubins, Borzu Sabahi, **Investor-State Arbitration**, Oxford University Press, 2008, s. 200.

¹⁶⁶ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 67.

¹⁶⁷ Hakan Karaman, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 89.

eleştirisi aldığı bir başka husus olmuştur. Yatırım uyumsuzluklarının büyük bir kısmının altında yatan sebebin, “halk sağlığı, çevre ve insan hakları” gibi kamu politikasına yönelik tedbirlerinden kaynaklanması eleştirileri boyutunun zamanla artış göstermesine sebebiyet vermiştir¹⁶⁸. Yapılan eleştirilerin sınırları genişledikçe devletler bunu dikkate almak durumunda kalmış ve taraf oldukları yatırım anlaşmalarını yeninde gözden geçirme kararı almıştır. Bunun bir neticesi olarak yatırımcıya tanımış olduğu bazı haklar için sınırlandırma kararı almıştır. Bu sınırlandırmalar, başlarda enerji yatırımlarına yönelik olmuştur¹⁶⁹. Her ne kadar zamanla başka yatırım sektörlerine uygulansa da, enerji alanında bu sınırlamaların etkisi oldukça fazla olmuştur. Bu sınırlamaları ise millileştirme faaliyetleri takip etmiştir. Binyıl Dalgası(Millennium Wave) olarak adlandırılan bu zaman diliminde millileştirme hareketleri yaygınlaşmış ve petrol gün geçtikçe artan bir değer haline gelmiştir¹⁷⁰. Bu nedenle devletler, petrole ilişkin yatırımlardaki pay miktarlarını ve etkinliğini arttırmak istemiştir. Örneğin, İran’da; İngiliz D Arey şirketi tarafından 1908 yılında petrol kuyuları açılmaya başlandı. İngiliz Şirket anlaşma çerçevesinde çıkarmış olduğu petrolün ilk etapta %16 sını İran devletine pay olarak verirken, 1933 yılında İngiliz şirketi ile İran devleti arasında yapılan yeni anlaşma neticesinde İran’ın payı %4 arttırılarak %20 ye kadar çıkarıldı. Şirket isim değişikliğine giderek adını “Anglo-İranican Oil Company (AIOC) olarak değiştirdi¹⁷¹. İran Şahı Rıza Pehlevi çıkarılan petrolden daha fazla pay almak için çaba sarf etmiş lakin çabaları sonuçsuz getirmemiştir. Bu durum da Şah Rıza Pehlevi’yi Almanya ile yakın ilişkiler kurmaya yönlendirmiş bu da İkinci Dünya Savaşı sırasında Sovyetler Birliği ve İngilizler’i İran’a yönlendirmiş bunun neticesinde 1941 yılında İran işgal edilip, Şah’ı yönetimden uzaklaştırılmıştır¹⁷². Rıza Şah’tan sonra yönetim koltuğuna oturan Muhammed Rıza Şah döneminde 1952 yılında Başbakan olan Muhammed Musaddık, İran’ın petrol kaynaklarını millileştirmek adına meclisten karar çıkartarak, Notionlar İran Oil Company (NIOC) şirketini kurmak suretiyle, petrolün üretimini ve piyasa pazarlamasını bu şirket aracılığıyla çözüme

¹⁶⁸ Van Harten, **a.g.e.**, s. 78.

¹⁶⁹ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 75.

¹⁷⁰ Aras, Bülent. **Yatırım Hukuku ve Uygulamalar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 122.

¹⁷¹ Çetin, NAFTA..., **a.g.m.**, s. 45.

¹⁷² Salacuse, **a.g.m.**, s. 134.

kavuşturmaya çalışmış lakin onun da sonu tıpkı Şah Rıza Pehlevi gibi olmuştur. İran'ın atmış olduğu bu adımlar İngiltere ve ABD'nin mevcut çıkarlarına zarar verince 1953 yılında CIA ajanları bir operasyon tertiplemek suretiyle(Ajax Operasyonu) hükümeti devirmiş ve dolayısıyla Muhammed Musaddık yönetimden uzaklaştırılmıştır. Bu gelişmeler; 1979 yılında meydana gelen İran devrimine kadar sürmüştür¹⁷³.

Enerji kaynakların yaşanan millileştirmeler sadece Orta Doğu'da değil dünyanın birçok farklı noktasında yaşanmıştır. Misal vermek gerekirse millileştirme hareketlerinin ciddi boyutlara ulaştığı bir diğer adres ise Latin Amerika devletleridir. Millileştirme hareketlerinin bu coğrafyada yoğun bir biçimde yaşanması, millileştirmenin Latin Amerika ile özdeşleştirilmesine neden olmuştur¹⁷⁴. Buda açık bir şekilde gösteriyor ki; enerji sektöründeki bu korumacı önlemler, esasında global bir harekettir. Bunun en bariz örneği ise aynı dönem içerisinde farklı coğrafyalarda konumlanan birçok devlet, enerji yatırımlarında yatırımcılara tanınmış olan hak ve koruma hususunda yakın sınırlamalarda bulunmuştur¹⁷⁵. Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından Rusya sınırlarında yabancı sermayeye olan sıcak bakış, 2000 yılının başlarında tersine dönmüştür. 2004 senesinde “Yukos Şirketinin” millileştirmesi kararından sonra yürürlüğe konulan kanunla, Rusya'da enerji kaynaklarının yoğun olduğu bölgelere yatırımcı girişleri zorlaştırılmıştır¹⁷⁶. Buna yakın bir karar da 2004 yılında Kazakistan'da alınmış, karar neticesinde sözleşme koşulları zorlaştırılmış ayrıca enerji sözleşmeleri içinde yer alan ve vergi gelirlerini sabitleyen hükümler çıkartılmak suretiyle vergide yeni düzenlemeler yapılmıştır. Kazakistan, 2007 yılında yine kabul etmiş olduğu yeni petrol kanunları çerçevesinde milli güvenlik veya ekonomik çıkarlarına dair bir tehdit algıladığında, hükümete, taraf olduğu sözleşmeler için tekrar müzakere etme hakkı tanımış şayet müzakereler sonucu olumsuz olur ise bu sözleşmeleri feshetmek adına yetki vermiştir¹⁷⁷.

¹⁷³ Çetin, NAFTA..., **a.g.m.**, s. 200.

¹⁷⁴ Van Harten, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁷⁵ Turan, Cenk. **Yatırım Hukuku ve Devlet İlişkileri**, İzmir: Ege Üniversitesi Yayınları, 2017, s.175.

¹⁷⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 215.

¹⁷⁷ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 112.

Milenyumun başlarında sansasyonel etkiler yaratan korumacı faaliyetler, zaman içerisinde sermaye ihraç eden devletleride kapsamı altına almak suretiyle etki alanını genişletmiş böylece daha önceki dönem korumacı faaliyetlerinden ayrılmıştır. 1994 senesi itibariyle NAFTA yürürlüğe girmiş bunun sonucu olarak Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı birçok tahkim başvurusu yapılmıştır¹⁷⁸. Yapılan bu tahkim başvuruları; yatırım şartlarının serbestleşmesinde önemli işler yapan Amerika'nın da yatırıma yönelik bir takım sınırlamalara gitmesine neden olmuştur. Amerika'nın yapmış olduğu bu sınırlamalarında; NAFTA kapsamında aleyhine yürütülen tahkim başvurularından edinmiş olduğu tecrübelerin yanısıra taraf olduğu yatırım anlaşmalarının “kamulaştırma” boyutunda denetlenmesi kaygısının da büyük önem taşıdığı bilinmektedir. Hatta Amerika, tarihinde ilk defa 1999 senesinde, ikili yatırım anlaşmalarına yönelik müzakereleri askıya almak suretiyle güncel bir yatırım sözleşmesi hazırlamak adına çalışmalara girişmiştir¹⁷⁹. Bu kapsamda, Amerika Birleşik Devletleri Kongresi, 2002 tarihinde yeni bir Ticaret Kanunu yürürlüğe koymuştur. Yeni kanununa göre, yatırım anlaşmaları için yapılan görüşmeler esnasında göz önüne alınması gereken ilkeleri belirlemek suretiyle yabancı yatırımcıların haklarını tekrar tanımla yoluna gitmiştir. Bu kapsamda 2004 yılında düzenlenen “ABD Model Yatırım Anlaşması”, 1994 yılında düzenlenen “ABD Model Yatırım Anlaşmasına” nazaran yatırımcıya daha kısıtlı haklar tanımış böylelikle devletin politik alanının sınırlarını genişletmiştir¹⁸⁰. Yapılan bu değişikliğin asıl maksadı; yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılara nazaran daha fazla hak sahibi olmasının önüne geçilmesi olduğu şeklindedir. Bunun yanında, milli güvenliğe, sağlığa ve çevreye ilişkin hususlarda kamuoyunun ve sivil toplum kuruluşlarının baskısı da değişikliklerde büyük etki yaratmıştır. Nitekim, 2004 tarihli Model Yatırım Anlaşması, sunduğu diğer hükümlerinin yanı sıra şeffaflık ilkesine, üçüncü tarafların tahkime katılımına, işçi haklarına ve çevre standartlarına dair hükümlere de önem vermektedir¹⁸¹. Amerika gibi sermaye ihraç eden birçok devlet ilerleyen dönemlerde hazırlamış

¹⁷⁸ Kibar, **a.g.m.**, s. 180.

¹⁷⁹ Çetin, NAFTA..., **a.g.m.**, s. 220.

¹⁸⁰ Güneş, Mehmet. **Yatırım Hukuku ve Uyuşmazlıkların Çözümü**, İzmir: Ege Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 132.

¹⁸¹ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 189.

olduğu yatırım anlaşmalarının kapsamına çevreye, sağlığa ve sosyal haklara yönelik konularda yeni hükümler ilave etmiştir¹⁸².

Milenyumun ilk yıllarında uygulanan sınırlamalar ve millileştirme faaliyetlerini, çoğunlukla tahkime yönelik incelemeler takip etmiştir. Yatırım rejimine yönelik yapılan eleştirilere ve tepkilere tahkim yolunun işleyiş şekli ve tahkim neticesinde hükmedilen yüklü tazminat cezaları sebebiyet vermiştir¹⁸³. Örneğin 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz esnasında almış olduğu tedbirler sebebiyle Arjantin devletine karşı ICSID’da yürütülen 43 tane tahkim usulü neticesinde yatırımcıların toplam tazminat talepleri “65 milyar Amerikan Dolarına” dayanmış, tahkim sonunda, Arjantin devletine toplamda “400 milyon Amerikan Doları” bedelinde tazminat cezası verilmiştir¹⁸⁴. Tahkim usulünün genelinin enerji sektöründeki yatırımlarla alakalı olması, devletleri kaynaklar üzerindeki egemenlik hakkı ve ulusal ekonomik politikalarını yürütme hususundaki haklarına yönelik tartışmaları tekrar başlatmıştır¹⁸⁵. Bu kapsamda, yatırım anlaşmaları vasıtasıyla getirilen devlet sorumluluklarının hakem kurulları tarafından geniş bir biçimde yorumlanması neticesinde devletlerin politika sınırlarının daraltıldığı düşünülerek tahkim usulünün devletlerin politikalarının denetlenmesinde yeni bir yöntem olduğu görüşü savunulur¹⁸⁶.

ICSID tahkim yolunun; özellikle ev sahibi ülkeleri yüklü tahkim ödemeleri aracılığıyla baskılaması, şeffaflık ilkesine aykırı görülmesi ve hakem kararlarının gözden geçirilmesinin neredeyse olanaksız olması sebeplerinden ötürü yoğun bir şekilde eleştirilere maruz kalmıştır¹⁸⁷. Hakeza, ICSID hakem kurullarının özellikle kamuoyunun ve sivil toplum kuruluşlarının büyük önem verdiği konuların başında gelen insan haklarını, çevreyi, yerlilerin haklarını göz ardı ederek hükümler vermesi, yorumda bulunurken yatırımcılardan taraf olması, yakın uyuşmazlıklara yönelik birbiriyle tutarsız kararlara varması ve dönemin şartlarını umursamadan tamamıyla ticarî malumatlara dayanarak karara varması sebepleriyle yoğun

¹⁸² Özçelik, **a.g.m.**, s. 167.

¹⁸³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 290.

¹⁸⁴ Güneş, M., **a.g.m.**, s. 134.

¹⁸⁵ Çetin, Murat. **Yatırım Anlaşmaları ve Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s. 105.

¹⁸⁶ Hakan Karaman, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 160.

¹⁸⁷ Salacuse, **a.g.m.**, s. 311.

muhalefete uğramışlardır¹⁸⁸. Mesela Latin Amerika ülkeleri kendilerine karşı yürütülen çok sayıdaki tahkim başvurusu sebebiyle, yatırım uyuşmazlıklarıyla ilgili yetkili merciiyi ev sahibi devletlerin yargısına çevirmeye yönelmiştir. Bu kapsamda 2007 senesinde birçok Latin Amerika ülkesi (Nikaragua, Küba, Venezüella ve Ekvador) tahkime ilişkin başvuruyu sınırlamaya ilişkin girişimlerde bulunmuşlardır. Buna ek olarak 2007 senesinde Bolivya devleti, Washington Konvansiyonu'na yönelik tepkilerini göstermek suretiyle bu konvansiyondan çekilmiş, Ekvador devleti ise doğal kaynaklar alanıyla sınırlandırmak suretiyle yatırım uyuşmazlıkları hususunda ICSID'in tahkimine yönelik onayını geri çektiğini beyan etmiştir. 2012 yılı itibarıyla Venezüella, petrol ve gaz sektöründeki uyuşmazlıkların uluslararası tahkime taşınmasının Anayasası'na aykırı olduğunu belirterek, özellikle "Exxon Mobil" ve "ConocoPhillips" aleyhine yürütülen tahkimlerin etkisiyle Washington Konvansiyonu'ndan çekilme kararı almıştır. Hakeza bir diğer Latin Amerika ülkesi olan Arjantin de yapmış olduğu açıklamalarda Washington Konvansiyonu'ndan çekilmeyi planladığını beyan etmiştir¹⁸⁹.

Latin Amerika ülkelerinin yatırım uyuşmazlığı çözümüne yönelik kurulan ICSID'in yetkisine karşı olan tepkileri, bu ülkeleri özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılacak yeni çözüm merkezleri yaratma gayretine sürüklemiştir¹⁹⁰. Bu kapsamda Latin Amerika ülkeleri kendi aralarında ticarette, finasta ve altyapıda birlik kurmak adına 2008 senesi itibarıyla "UNASUR'u (Güney Amerika Uluslar Topluluğu-Union of South American Nations)" kurmuştur¹⁹¹. Bu topluluğun esas amacı; yatırım uyuşmazlıklarına çözüm bulacak milletlerarası tahkim mercinin oluşturulmasıdır. UNASUR tahkim yolunun işleyişinde; tahkim belgeleri ve duruşmaları şeffaflığı sağlaması adına kamuoyuna açık bir biçimde vuku bulacaktır. Tahkimin bir diğer özelliği ise Latin Amerika'nın resmî dillerinden birinin kullanılıyor olmasıdır. Bunların yanı sıra, tahkim sürecinin ulusal başvuru yollarının tüketilmesi şartına bağlanması, bir temyiz mekanizması içermesi ve tahkim ücretlerinin ev sahibi devlet ile sermaye

¹⁸⁸ Van Harten, **a.g.e.**, s. 245.

¹⁸⁹ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 245.

¹⁹⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 245.

¹⁹¹ Çetin, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 150.

ihraç eden devlet arasında paylaşılması, planlanan temel amaçlar arasında yer almaktadır¹⁹².

Yatırımların korunması ve tahkimi konularında gözlemlenen ve bazı kaynaklarda "geri çekilme" olarak adlandırılan bu tür eğilimlerin geleceği hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır¹⁹³. Beyan edilen bir görüşte yeni bir düzene geçiş işaret edilmek suretiyle bu eğilimle beraber devletlerin ekonomiye daha fazla katılım sağlayacağı belirtilmiştir. Başka bir görüşte ise bu eğilimin global anlamda büyük bir etki yaratmasının uzak bir ihtimal olduğu savunulmuş, yatırım rejiminin bu krizi aşmak için yeterince güce haiz olduğu vurgulanmıştır¹⁹⁴. Yatırım anlaşmasının ihlalden kaynaklanan yüklü miktardaki tazminata ilişkin çekingeler, anlaşmaya taraf olan ülkelerin sistemden tamamen çekilmelerinin olasılığını düşürmüştür. Ancak sistemin niteliğini etkilemeden yapılacak düzenlemeler ile yatırımcıya tanınmış olan hakları ev sahibi devletin vatandaşları lehine sınırlamak yada Latin Amerika ülkelerinde olduğu gibi tahkim yoluna başvurma imkanını sınırlandıracak önlemlerin alınması mümkündür¹⁹⁵.

Yatırım rejiminde yapılacak olan düzenlemelerin enerji yatırımlarına sirayetinin nasıl olacağı henüz bilinmeyen bir soru olarak kafaları karıştırmaktadır. Yatırım rejimine yönelik meşruluk tartışmalarının günden güne daha da yoğunlaşması hakeza devletlerin de politika sınırlarını genişletme çabaları içerisinde olması bu anlaşmaların tekrar gözden geçirilmesine yönelik çalışmaların artacağına dair bir işaretir¹⁹⁶. Bunun yanı sıra, yatırım rejimi; kurmuş olduğu sistemler vasıtasıyla faaliyetlerini sürdürmeye ve üretimeye devam etmektedir. Hatta gelişmekte olan ülkelere enerji sektörlerinin oluşturulması ve genişletilmesiyle beraber yatırım rejiminin uygulama alanının sınırları da genişlemiştir¹⁹⁷. Bir zamanlar sermaye ithal eden bu az gelişmiş ülkelerin zaman içerisinde gelişerek sermaye ihraç eden ülkelere dönüşmesi ile birçok yeni sermaye çevreleri rejime katılmaktadır. Bu

¹⁹² Hakan Karaman, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 245.

¹⁹³ Van Harten, **a.g.e.**, s. 278.

¹⁹⁴ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 265.

¹⁹⁵ Özçelik, **a.g.m.**, s. 245

¹⁹⁶ Çetin, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 190.

¹⁹⁷ Turan, **a.g.m.**, s. 212.

sebepledir ki, yatırım rejimine yönelik yeni eğilimlerin dikkatle takip edilmesi gerekmektedir¹⁹⁸.



¹⁹⁸ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 290.

İKİNCİ BÖLÜM

2. Enerji Yatırımı Kavramının Hukuki Niteliği Ve Genel Özellikleri

2.1. Enerji Yatırımlarının Hukukî Nitelikleri

Dünya nüfusunun tarihi süreci, insanların yerleşik hayata geçmesiyle birlikte, Neolitik Dönem itibariyle başlamıştır. İlerleyen zamanlarda yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte ortalama insan ömrü uzarken buna paralel olarak nüfusta da artan bir grafik izlenmiştir¹⁹⁹. Yaklaşık on bin yıl öncesi seksen milyon civarlarında seyreden dünyanın nüfusu, 17. yüzyıla gelindiğinde beş yüz milyonları bulmuştur. Son üç yüz yılda ise, beş yüz milyon olan nüfus, altı milyarları bulmuştur. Yapılan araştırmalar gösteriyor ki; dünya nüfusuna her sene yaklaşık yüz milyon insan katılıyor ve bu artış ortalama yüzde ikileri buluyor. Bunun bir sonucu olarak, suya, enerjiye, barınmaya ve yaşamın diğer temel ihtiyaçlarına ait küresel talep arz edilemez bir hızda yükseliyor²⁰⁰.

Nüfus artışının yanısıra gelişen teknolojiyle beraber sanayileşme faaliyetlerinin de artış göstermesi yine kaynaklara ilişkin talepleri arttırıcı sonuçlar yaratıyor²⁰¹. Tezimiz enerji konusu üzerinde şekillendiğinden ötürü diğer temel ihtiyaçlardan ziyade; dünya ekonomisinin mihenk taşı olan ve devletlerin kalkınması adına olmazsa olmaz bir ön koşul teşkil eden enerji kaynakları üzerinde durulacaktır.

Enerji; gün içerisinde kullanmış olduğumuz hayati öneme sahip ve insanlığa hizmet veren birçok vasıtaya kaynak durumundadır. Hayat kalitesini yükselttiği gibi ekonomik, sosyal ve siyasal anlamda birçok politika enerji kaynakları çerçevesinde belirlenir. Bu sebeptendir ki; enerji kaynakları, dünya genelinde çağdaşlaşmanın ve medeniyetin temel unsuru olarak kabul edilmiştir. Enerji tüketiminin kontrol edilemez bir biçimde artış göstermesi ise, dünya devletlerinin ekonomileri açısından enerji kaynaklarını günden güne daha değerli bir hale getirmiştir.

¹⁹⁹ Sönmez, Mustafa. **Küresel Ekonomi ve Yatırımlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 190.

²⁰⁰ Hakan Karaman, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 245.

²⁰¹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 245.

Enerji kaynaklarının mevcudiyeti ise devletler adına her zaman olumlu sonuçlar yaratmamıştır. Tarihte enerji kaynaklarına sahip olan devletler incelendiğinde; enerji kaynaklarının bazen gelişmelerine yönelik en önemli katkıyı sağladığı görülürken, bazen de özellikle gerekli ekonomik, siyasi ve askeri gücü olmayan kaynak sahibi devletlerin gelişmiş devletler tarafından sömürge olarak kullanılmasına sebebiyet verdiği görülecektir²⁰². Sömürge olarak kullanılan devletler; uzun yıllar boyunca gelişmiş olan devletlerin egemenliği altında olduğundan ötürü bağımsızlaşıp gelişmeleri uzun zaman almıştır.

Yüzyıllar boyunca enerji ihtiyaçlarının karşılanması ve karşılanırken kullanılması gereken yöntemler büyük problemler yaratmıştır. Enerjinin bireyler ve toplumlar için en önemli kaynakların başında gelmesi ve enerjiye duyulan talebin artmasıyla birlikte, değerli olan her şey gibi enerji içinde; kullanıldığı her platforma güvenlik kavramı da eklenmiştir²⁰³. Enerjinin güvenliğini sağlamak demek toplum yaşamının güvenliğini sağlamak ve devletleri ekonomik, sosyal ve siyasal anlamda ileriye taşımak demektir. Enerji güvenliği kavramı, temiz enerjiyi toplum tarafından tüketilecek ölçüde, ulaşılabilecek fiyatlarda ve sürekli olarak piyasaya sağlamak manasına gelmektedir²⁰⁴.

Enerjinin, bireylerin kullanıma sunulması hususunda gün geçtikçe yaşanan daralmalar ve azalmalar enerjinin temini konusunda derin kaygılar oluşturmaktadır. Bu durumda hayatın olağan akışında ve toplumların rutin eylemlerinde aksaklıklara sebebiyet vermektedir. Enerjinin temini konusunda yaşanan kaygılar ve aksaklıklar sonucu; maliyetlerin artışına sebebiyet vermiştir²⁰⁵. Haliyle bu artış piyasadaki mallara ve verilen hizmetlere yansımıştır. Bunun bir diğer sonucu ise; üretim düşüşü yaşanmış ve nihayetinde iktisat alanlarında durgunluk yaşanmıştır.

20. yüzyılın ortalarında başlayan ve takip eden yıllarda yaşanan enerji krizleri toplumlar üzerinde büyük etkiler yaratmış, kriz neticesinde ortaya çıkan daralma piyasalardaki maliyetlerin artışına sebebiyet vermiş aynı zamanda enerjinin

²⁰² Sönmez, **a.g.m.**, s. 195.

²⁰³ Hakan Karaman, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 255.

²⁰⁴ Çetin, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 155.

²⁰⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 320.

güvenliği hususunun toplumlar açısından ne denli önemli olduğunu göstermiştir²⁰⁶.

Devletlerin; yaşanan bu krizlerden etkilenmesi ve krizler neticesinde çıkarılan sonuçlar birbirlerinden farklılıklar teşkil etmiştir. Yaşanan krizlerle beraber; enerji kaynaklarına sahip olan devletler, bu kaynaklardan elde ettiği gelirleri arttırmak ve yine bu kaynaklara yönelik egemenliklerini kuvvetlendirme gayretlerine girişmiştir. Kaynak sahibi olmayan ve enerji bakımından dışa bağımlı olan devletlerde ise krizlerin yarattığı etki; enerjinin temin edilmesine yönelik olarak geniş sürelerle yaygın politikalar belirleyerek kaynaklara ilişkin alternatiflerini çoğaltma çabası olmuştur²⁰⁷. Sonuç olarak mevcut şartlarda enerji güvenliğinin tahsis edilmesi; birçok şartın aynı zaman diliminde bir araya getirilmesiyle sağlanacak, ulaşılması zor bir hedef olmuştur.

Enerjinin temin edilmesi hususundaki en temel sorun ise yine enerji kaynaklarının keşfedilebilmesi ve keşfedilen bu kaynakların toplumlara arzı şeklindedir. Bu sorunun çözümü için; kullanılacak yöntem ve yararlanılacak kaynaklar konusunda birbirinden farklı görüşler sunulmuştur²⁰⁸. Enerji kaynaklarına erişilebilmesi ve erişilen bu kaynakların işletilmesi için yeni tesislerin kurulmasının yanında kurulu olan hali hazırdaki tesislerin gelişen teknoloji ile beraber revize edilmesi gereklidir. Tüm bu gelişmeler bize; enerji yatırımlarının enerji güvenliğinin hayata geçirilmesinde en önemli unsurlardan biri olduğunu açıkça göstermektedir. Lakin; büyük kâr sağlayan enerji yatırımlarını hayata geçirmek isteyen girişimciler, büyük bir sermayeyi bu işe bağlamayı ve yine bağlanan bu sermayeyi geniş zaman dilimlerine yayarak tahsis etmeyi göze almak zorundadır²⁰⁹.

Girişimciler enerji yatırımlarını gerçekleştirirken zahmetli ve kademeli bir eyleme giriştiğinin farkındadırlar. Zira takdir edilecektir ki enerji kaynaklarının öncelikle keşfedilmesi gerekir. Ardından yeryüzüne çıkartılıp işlenilmesi ve ardından pazarlanması gereklidir. Tüm bu kademeli ve zahmetli faaliyetler iyi bir alt yapı

²⁰⁶ Sönmez, **a.g.m.**, s. 200.

²⁰⁷ Hakan Karaman, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 265.

²⁰⁸ Aras, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 255.

²⁰⁹ Güneş, M., **a.g.m.**, s. 200.

ve ileri düzeyde teknoloji gerektirmektedir²¹⁰. Ayrıca yapılan bu yatırımlar yapıldığı aşamada ve sonrasında türlü risklere de gebe dir. Riskler coğrafyadan kaynaklı olabildiği gibi yatırımın yapıldığı devletlerdeki zamanla değişen ekonomik veya politik kararlardan kaynaklı da olabilir²¹¹. Enerjinin her pazarda ve her dönemde daima talebinin olması ve büyük kârlılık getiren bir sektör olmasından kaynaklı, tüm bu zahmetler ve riskler girişimcileri yıldırmamaktadır. Aksine enerji piyasasındaki yatırımcıların sayısı günden güne artış göstermektedir. Hatta girişimcilerin yatırım konusunda yeri geldiğinde; devletlerin bile alamadığı riskleri göze alıp yatırım faaliyetlerini hayata geçirdikleri görülmektedir²¹². Bazende enerji yatırımları hususunda, yeterli teknik bilgi ve mali güce sahip olmayan devletlerde enerji yatırımlarının çok uluslu şirketler tarafından gerçekleştirildiği görülür. Zira bu şirketlerin sermaye, teknik-teknolojik bilgi ve rekabet gücü hususunda hiçbir çekinceleri yoktur. Hakeza bu şirketler tarafından sağlanan sermaye, kaynak sahibi olan devletlerce dışarıya borçlanma yerine kullanılan cazip bir finansal alternatifi olarak görülmüş, bu durum enerji sektörünü, adeta bir yabancı yatırım sektörü haline getirmiştir²¹³.

Enerji sektörü her ne kadar yabancı girişimciler tarafından sıklıkla tercih edilen bir yatırım yöntemi olsa da bazen yabancı girişimcilerin yatırım faaliyetini yürüttüğü ülkedeki yerli girişimcilerle de ortaklıklar sağladığı görülmektedir²¹⁴. Bunun sebeplerinin başında; bu yatırımların yüksek bir maliyetinin olması ve ortaklıklarla beraber aynı zamanda risk paylaşımının sağlanmasıdır. Bu ortaklıkların bir başka sebebi ev sahibi devletlerin yatırım politikasıdır. Yatırımı sınırları içerisine kabul eden devletlerin bir kısmı, mevzuatında; dışarıdan gelen yatırımcıların faaliyette bulunabilmesinin ancak devletlerin şirketleri veya en az bir milli şirketle ortaklık kurması halinde mümkün olabileceğini hükmetmiştir. Dolayısıyla enerji sektörü sadece yabancı yatırımcıları değil, devletlerin

²¹⁰ United Nations, World Population Prospects 2019, Department of Economic and Social Affairs, 2019, s. 25.

²¹¹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 280.

²¹² Turan, **a.g.m.**, s. 195.

²¹³ Kremer, Michael, **Population Growth and Technological Change: One Million B.C. to 1990**, The Quarterly Journal of Economics, 1993, s. 694.

²¹⁴ Sönmez, **a.g.m.**, s. 220.

şirketleri veya yerli şirketleri yine yabancı yatırımcılarla ortaklaşa iş görebilme imkanına kavuşturan bir sektördür²¹⁵.

Enerji sektörüne yönelik yapılan yatırımların niteliği her ne kadar doğrudan yapılan yabancı yatırımların bir alt başlığı gibi değerlendirilse de, enerjinin aslında içeriğinin çok daha teferruatlı olması ve özel şartları barındırması bu sektörü diğer sektörlerden farklılaştırmıştır²¹⁶. Bu alandaki yatırımlar, kabul, muamele ve kurallar açısından diğer yatırımlardan farklı olabilir.. Bu farklılıkların başlıca kaynağı; özellikle enerji sektöründe meydana gelebilecek olası uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıklara yönelik çözüm yollarıdır²¹⁷. Enerji sektörünün doğrudan yabancı yatırımlara nazaran daha farklı ve alternatifli çözüm mercilerine sahip olmasının en önemli sebebi ev sahibi devletlerin kaynaklar üzerinde hakimet kurma tasarrufudur. Bu kapsamda sırasıyla enerji kaynaklarının mülkiyet hakkı, enerji yatırımlarının kamu hizmetine dönüştürülmesi ve devlet sözleşmelerinin enerji yatırımları üzerindeki önemi ve rolüne yönelik inceleme yapılacaktır²¹⁸.

2.1.1. Enerji Kaynaklarında Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkının en geniş tanımı; özellikle kapital sisteme dayalı ekonomilerin geçerli oldukları bölgelerde veya rejimlerde; taşınırlarda ya da taşınmazlarda, eşyanın malikine (hak sahibine) kullanmaya, yararlanmaya ve tasarrufta bulunmaya ilişkin yetkiler tanıyan, hukuk kuralları çerçevesinde kullanılan haktır²¹⁹. Anayasamızda; 35. madde de düzenlenen ve güvence altına alınan bu hak için; Klasik (liberal-bireyci) bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Mülkiyet hakkı nitelik itibarıyla ayni ve mutlaktır. Türk Anayasasına göre ise mülkiyet hakkı sınırsız değildir. Lüzumu halinde bu hak kamu yararı gözetilmek suretiyle sınırlandırılabilir. Ayrıca yine hakkın kullanıma ilişkin olarak toplumun yararına aykırı kullanılamayacağına ilişkin sınırlandırmalar da mevcuttur²²⁰.

²¹⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 290.

²¹⁶ Çetin, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 175.

²¹⁷ Turan, **a.g.m.**, s. 200.

²¹⁸ Güneş, M., **a.g.m.**, s. 210.

²¹⁹ Öztürk, E. **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 310.

²²⁰ Sönmez, **a.g.m.**, s. 215.

Genel hukuk kuralları kapsamında değerlendirildiği takdirde, enerji kaynaklarının mülkiyet hakkının sınırlara tabii olduğu, yani sınırları içerisinde oldukları devlete ait olduğu yönündedir. Bu kurala göre enerji kaynaklarına sahip olan devletler; sahip oldukları enerji kaynakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Bu yetki ise ilerleyen zamanlarda “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik İlkesi” şeklinde adlandırılmıştır²²¹. Bu ilke geleneksel görüşten farksız olarak; devletlerin sınırları içerisinde yer alan doğal kaynakların çıkartılması ve pazarlanması hususunda tamamen bağımsız olarak faaliyette bulunma hakkına sahip olduğunu savunmaktadır. Bundan ötürü; ilke nitelik olarak devletlerin doğal kaynaklara ilişkin egemenlik hassasiyetini göstermesi açısından önem arz etmektedir²²².

Enerji kaynaklarının kullanılması ve bu kaynaklarla ilgili olarak alınacak önlemlere yönelik yetkiler; uluslararası hukuka göre sınırları içerisinde yer aldığı devlete aittir. Bu yetki kaynak devletlere verilen münhasır bir yetki olarak kabul edilmiştir²²³. Enerji kaynaklarında mülkiyet hakkının tesisinin bir diğer önemli sonucu ise iç hukuk kurallarının bu kaynakları özel mülkiyet çerçevesinde değerlendirip değerlendiremeyeceği hususunda olmuştur. Özellikle bu hususta özel mülkiyet durumu çok az sayıdaki devlet tarafından kabul edilmiş, buna karşın devletler büyük oranda bu kaynaklar üzerinde devlet mülkiyeti tesis eden kanunları uygulamıştır²²⁴. Bunun sonucunda, kaynaklara yönelik faaliyetler hayata geçirilirken, özel teşebbüslere belirli sınırlandırmalar getiren ve bu özel teşebbüslerin girişimcilikleri neticesinde ortaya çıkan üründe mülkiyetin hangi tarafa ait olacağı sorusunun cevabını kaynaklara sahiplik yapan devletler tarafından belirlenmiş olan sistem verecektir. Dolayısıyla enerji kaynaklarına yönelik tekel hakkına sahip olan devlet, özel teşebbüslerin yapacakları girişimlere hak tesisi sağlama hususunda münhasıran yetkilidir²²⁵. Özetle; bu yetki devletlere tekel oldukları enerji alanında özel teşebbüslerin girişimleri hususunda sınırlandırmalar hatta büsbütün bu alanı özel girişimlere kapatma hakkı tanımıştır.

²²¹ Güneş, M., **a.g.m.**, s. 215.

²²² Aras, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 270.

²²³ Kremer, **a.g.m.**, s. 700.

²²⁴ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 305.

²²⁵ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 280.

Her ne kadar kaynak sahibi devletler bu yetkilere haiz olsa da, uygulamada enerji yatırımları hususunda yabancı teşebbüsler de dahil edilmek suretiyle özel teşebbüslere yatırım alanı açık tutulmuştur. Yine de kaynak sahibi olan devletleri; kaynaklardan elde edilen gelirlerin yüksek olması hakeza enerjiye dönük yatırımların kamu yararıyla doğrudan bağının olması sebebiyle enerji alanındaki yatırımlar üzerinde egemenlik hakkını saklı kalması şeklinde yönlendirmiştir²²⁶. Bunun sonucu olarakta kaynak sahibi devletler bu sektördeki yatırımcıların teşebbüslerine bir takım sınırlamalar getirmiştir. Nihayetinde enerji piyasasında yatırımcılar tarafından hayata geçirilecek teşebbüsler genel olarak kaynak sahibi devletlerin denetimine ve/veya münhasır düzenmelere maruz bırakılmıştır²²⁷.

2.1.2. Enerji Yatırımlarının Kamu Hizmetine Dönüştürülmesi

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan sosyal devlet politikalarının geniş bir biçimde uygulanmasıyla birlikte kamu hizmeti kavramı oluşturulmuştur. Bu kavram kapsamında, devletler, vatandaşlarının yaşam kalitesini yukarı çekmek için, eğitime, sağlığa ve altyapıya yönelik temel ihtiyaçlarını karşılamak adına bu yöndeki hizmetleri hayata geçirmişlerdir²²⁸. Bu kapsamda değerlendirilecek olunursa; “kamu hizmeti” kavramının devletler için tanımı; toplum yaşamının devam edebilmesi adına ihtiyaç duyulan toplum faaliyetlerinin, belli oranlarda özel girişimcilerden bağımsızlaştırmak suretiyle devletlerce karşılanması demektir²²⁹.

Kamu hizmetinin neleri kapsadığı sorusunun cevabı; içinde bulunulan dönem ve bir arada yaşayan sosyal topluluklar açısından birbirinden farklı özellikler taşıyor olsa da, enerji sektöründeki faaliyetlerin, insanların yaşamlarına olan doğrudan etkisi sebebiyle, genellikle kamu hizmeti olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermiştir²³⁰. Bunun bir sonucu olarak devletler enerjiye dair tüm hizmetleri kendi vatandaşına sağlamanın sorumluluğunu bizzat yüklenmiştir. Burada da enerji faaliyetine ilişkin hizmetlerin hangi yöntem belirlenerek sağlanacağı beraberinde

²²⁶ Aras, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 280.

²²⁷ Kremer, **a.g.m.**, s. 705.

²²⁸ Güler, A., **Kamu Hizmeti Kavramı ve Uygulamaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 45.

²²⁹ Demir, T., **Sosyal Devlet ve Kamu Hizmetleri**, İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s. 30.

²³⁰ Tunç, A., **Enerji Hukuku ve Uygulamaları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 215.

yine bir takım farklılıkları getirmiştir. Zira devletler bu hizmetleri genellikle benimsemiş oldukları anlayışlar perspektifinde gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede gerçekleştirilen enerji hizmetleri bazen bizzat devlet tarafından sağlanırken bazen de devletlerin uygun gördüğü özel girişimciler tarafından sağlanmıştır²³¹.

Devletler; enerjiye yönelik hizmetleri, kurumlarının dışındaki özel kişiler vasıtasıyla gördürmeyi tercih etmesi durumunda önemli bir soru ile karşılaşmaktadır. Bu soru sağlanan hizmetin finans kaynağının sağlanması hususunda nasıl bir yöntem belirleneceğidir. Bu husus çoğu zaman cevap aranması gereken büyük bir problem olmuştur²³². Burada devletler genellikle iki farklı yöntem tercih etmektedir. Birinci yöntem gere; devletler, tabiri caiz ise bu hizmetten tamamen ellerini çekip hem hizmetin görülmesini hem de hizmetin sağlanması adına yaratılacak finans kaynağını özel kişilere bırakır. Tercih edilen ikinci yöntemde ise; devletler, sağlanacak hizmetler için finans kaynağını kendisi yaratarak hizmetin görülmesini özel girişimlere bırakır²³³. Özellikle doksanlı yıllardan itibaren devletlerin daha çok birinci yöntem olan hem hizmet hem de finansmanın özel girişimcilere bırakıldığı yöntemi daha fazla benimsediği görülmüştür²³⁴. Bu yöntemin tercih edilme sebeplerinin başında enerjiye yönelik hizmetlerin gerçekleştirilmesi için ciddi boyutlara ulaşan finans kaynaklarının dış kaynaklar vasıtasıyla sağlanmış olmasıdır. Bu durum devletleri enerji hizmet faaliyetlerini özel kişiler tarafından görülmesi hususuna yönlendirmiştir²³⁵.

Özel girişimciler tarafından finanse edilen enerji hizmetlerinde; bu işi üstlenen özel kişiler, enerji yatırımının finans kaynağını bizzat yaratarak kurmaya ve/veya işletmeye yönelik yetkilere sahip olmuşlardır²³⁶. Bu yetki çerçevesinde girişimciler enerji hizmetinden faydalananlardan bir takım bedeller talep etmek suretiyle kazanç elde etmektedir.

Enerji hizmetine ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olarak; enerji hizmetlerinin devletlerin kendi kurumları dışındaki özel

²³¹ Aras, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 285.

²³² Sönmez, **a.g.m.**, s. 235.

²³³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 380.

²³⁴ Aras, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 300.

²³⁵ Kremer, **a.g.m.**, s. 715.

²³⁶ Tandoğan, H. **Medeni Hukuk**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 110.

girişimciler tarafından görlmesi durumunda bile devletler hizmetlere ilişkin faaliyetleri denetleme haklarını saklı tutmuřlardır²³⁷. Zira buradaki asıl amaç hizmetlerin devletlerin veya yatırımcıların menfaatlerini sağlamak değil, kamuyla ilgili ihtiyaçlara cevap vererek kamunun yararını sağlamaktır. Bu amacın hem devletler hem de girişimciler tarafından iyi okunması ve dışına katiyen çıkılmaması gerekir.

Bireylerin yaşamlarını sürdürebilmesi için vazgeçilemez bir koşul olan enerji hizmeti faaliyetlerinin kim tarafından sağlanırsa sağlansın geniş vadeli, sürekli ve kaliteli bir biçimde arz edilmesi gerekir²³⁸. Bu mecburiyet ise enerji hizmetlerini, özel girişimciler vasıtasıyla sağlandığı şartlarda bile devletlerin denetimlerine tabi kılmıştır. Zira devletler böylesi hayati bir hizmeti tamamen özel girişimcilere bırakmak gibi bir riski hiçbir zaman göze alamazlar. Bu denetimler sonucunda, devletler, enerjiye yönelik hizmetler sağlanırken geniş vadede değişen ve gelişen şartlar ahvalinde hizmet görme şartlarında bir takım değişiklikler talep edebilirler²³⁹. Bunun maksadı ise; toplumlara ilişkin sosyal, siyasi, ekonomi ve teknoloji alanlarındaki gelişmeler ile uyum saęlamaktır²⁴⁰. Lakin geline nokta maksadı ne olursa olsun devletlerin yatırımların şartlarına müdahalesi yatırımcılar açısından rahatsızlık yaratmış ve yatırımlara ilişkin belirsizliklerin artışına sebebiyet vermiştir. Bundan ötürü, devletlerin yatırımların şartlarına ilişkin tek taraflı değişiklikler yapabilme yetkisi imkanlar doğrultusunda kısıtlanmadıkça, yatırımcılar için belirsizlikler artacak ve yatırımların korunması mümkün olmayacaktır.²⁴¹

2.1.3. Devlet Sözleşmelerinin Enerji Yatırımları Üzerindeki Rolü ve Önemi

Özel teşebbüslerin ev sahibi devletlerin piyasalarına girmesi ve burada faaliyette bulunmasının şartları; çoğu zaman yatırımcılar ile devletler arasında düzenlenen sözleşmeler vasıtasıyla gerçekteşmektedir. Düzenlenen sözleşmelerin öğretilde

²³⁷ Sönmez, **a.g.m.**, s. 245.

²³⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 320.

²³⁹ Sönmez, **a.g.m.**, s. 245.

²⁴⁰ Demir, Ayşe. **a.g.m.**, s. 300.

²⁴¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 390

“devlet sözleşmeleri” olarak adlandırıldığı görülecektir²⁴². Sözleşmelerin taraflarından birisini çoğunlukla devletlerin bakanlıkları veya kamu tüzel kişileri oluştururken diğer tarafını ise özel girişimciler oluşturmuştur. Devletlerin doğal kaynaklar üzerinde tekel konumunda olması devletlere geniş yetkiler tanımaktadır. Bu yetkilerden en önemlisi ise doğal kaynaklara yönelik girişimde bulunabilecek özel teşebbüslerin dahi doğal kaynaklar üzerinde tekel konumunda olan devletlerce belirlenmesidir²⁴³.

Devlet sözleşmelerinin hukukî niteliğinin tespit edilmesi genellikle tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bunun nedeni ise; devlet sözleşmelerinin, kamu faaliyetlerini esas alan nitelikte olması sebebiyle, kamu hukuku kapsamında değerlendirilmesi ve bunun yanı sıra idari sözleşmelerin ekonomik piyasalarla olan ilişkisi ve devletlerin bizzat bu piyasalara girişi, devletlerin piyasaya girişlerinde yaşanan artışlar ve bu artışlarla birlikte şekillenen yöntemler sözleşmeleri nitelik bakımından özel hukukla mutlak bir ayırmadan uzaklaştırmıştır²⁴⁴.

Yatırımlara taraf olanların haklarının ve yükümlülüklerinin bilinmesi açısından sözleşmelerin hukukî niteliklerinin ne olduğunun belirlenmesinin önemi büyüktür. Şayet devlet sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi kapsamına dahil edilip bu nitelikte değerlendirilecek olunursa; ilk bakışta devletlerin bu sözleşmelere özel kişi statüsünde taraf olduğu ve yine özel kişi şartları kapsamında değerlendireceği kabul edilecektir. Bu da devletlerin egemenlik sıfatına dayanmak suretiyle bir takım imtiyazlardan yararlanmasının ve yine sözleşmelerin koşullarına yönelik tek taraflı değişikliklere gitmesinin olanaksız olduğunun kabulü anlamına gelmektedir²⁴⁵.

Devlet sözleşmelerinin özel hukuka dahil edilmek suretiyle özel hukuk sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesinin bir başka sonucu ise; bu kapsamda imzalanan sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıklarda, uzmanlık yargı merciileri değil de genel hukuk kapsamında adlî yargı merciilerinin yetkili

²⁴² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 240.

²⁴³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 320.

²⁴⁴ Sönmez, **a.g.m.**, s. 305.

²⁴⁵ Tandoğan, **a.g.m.**, s. 150.

olmasıdır²⁴⁶. Bunun bir sonucu olarak sözleşmeler neticesinde doğabilecek uyuşmazlıklarda kamu hukukunun yöntemlerinden çok özel hukukun yöntemleri çerçevesinde karara varan yargı merciilerince çözüm yoluna gidilecektir. Böylelikle örnek verecek olursak; en basit anlamda uyuşmazlıklara neden olan konunun tazminatına ilişkin oranlar ticarî ölçütler kapsamında belirlenebilecektir. Lakin devlet sözleşmelerinin özel hukuk niteliğinde değerlendirilmesiyle birlikte, devletlerin hakimiyet alanındaki hakları da kısıtlanmıştır. Bu kısıtlamaların bir sonucu olarak; hakimiyet hakkının kendilerine vermiş olduğu kamu hizmeti imtiyazcılarına yönelik lehe kamulaştırmalar ve yine yatırımcılara ilişkin vergide sağlanan kolaylıklar gibi hususlarda hareket alanları daralmıştır. Ne var ki; devlet sözleşmesinin, kamu sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi halinde özel nitelikteki sözleşmelerin aksine, devlet, sözleşmede egemenlik sıfatına haiz konumda olup sözleşmeye bu sıfatla taraf olmaktadır²⁴⁷. Yine özel hukuk kapsamında değerlendirilen devlet sözleşmelerinde sözleşmeye taraf olanların hakları ve yükümlü olma koşulları yatırım piyasasının normları esas alınmak suretiyle tespit edilmektedir. Oysa ki devlet sözleşmelerinin kamu hukuku kapsamında değerlendirildiği yani devletlerin egemenlik sıfatıyla sözleşmelere taraf olduğu hallerde esas gaye kamu politikalarının hayata geçirilmesidir. Bundan dolayı egemen sıfatına haiz olan devlet kanadı, bu sözleşmede, özel hukuk kapsamında değerlendirilen sözleşmelerin getirdiği tarafların eşitliği prensibinin aksine, bir takım baskın yetkilerle donatılmıştır²⁴⁸. Bunun bir sonucu olarak, devletler; egemenlik sıfatına dayanarak tek taraflı yetki kullanmak suretiyle sözleşmeye dahil edilmeyen konuları sonradan gün yüzüne çıkarabilmekte ve bu kapsamda yatırımcılardan yeni talep beklentileri içerisine girebilmektedir.

Buraya kadar devlet sözleşmelerinin kamu hukuk niteliğinde ve özel hukuk niteliğinde değerlendirilmeleri ayrı ayrı incelenmiştir. Bu kapsamda devletlerin sözleşmedeki rolleri sözleşmenin hukuki niteliğine göre farklılıklar arz etmiştir. Değerlendirmeler kapsamında açıkça görülecektir ki devlet sözleşmeleri hem kamu hukuku niteliğinde hem de özel hukuk niteliğinde bir takım hükümleri

²⁴⁶ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 250.

²⁴⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 270.

²⁴⁸ Tunç, A., **a.g.m.**, s. 320.

içermektedir. Örneğin; tarafların üzerine düşen yükümlülükleri ihlâl etmesi halinde ortaya çıkacak olan tazminatlar özel nitelikteki unsurlardan olup, bu husustaki düzenlemeler özel hukuk kapsamında değerlendirilir. Bununla birlikte özellikle yatırımcıları ilgilendiren faaliyetlerin düzenlenmesi ve buna ilişkin kanunlar çıkarılması, devletlerin sözleşmeleri onaylayıp taraf olması gibi sözleşmenin konusunu esas alan işlemler kamu hukuku kapsamında değerlendirilir. Sonuç olarak; devletlerin faaliyet alanları devlet sözleşmelerinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi hususunda yol gösterici unsur olarak değerlendirilir²⁴⁹.

Devletler; uygulamada, sözleşmeleri kamu hukuku niteliğinde değerlendirerek egemenlik hakkını ön plana çıkarmışlardır²⁵⁰. Bu çerçevede; kamu gereklilikleri kapsamında tek taraflı olarak sözleşmeler üzerinde değişikliklere gidilebileceğini ve yatırımcılardan sonradan bir takım taleplerde bulunabileceğin vurgulamaktadır. Sözleşmeye taraf olan yatırımcı kanadı ise sözleşmenin özel hukuk hükümlerini ön plana çıkararak, devletlerin daha önce üstleneceğine dair söz vermiş oldukları hükümleri yerine getirmesini şiddetle savunmuştur²⁵¹. Yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların büyük bölümünün, sözleşmeye taraf olan devletler tarafından tek taraflı müdahale faaliyetlerinden sebep meydana geldiği aşikardır. Ev sahibi devletlere tanınan sözleşmeler üzerinde tek taraflı yetki kullanımı hakkı ve bu hak doğrultusunda sözleşmeleri değiştirebilmesi ve feshedebilmesi yatırımcılar tarafından kabul edilemeyen bir durumdur. Hakeza devletler tarafından sonradan değiştirilen ve feshedilen sözleşmelere ilişkin ödenecek tazminatların tespiti hususunda alışıla gelen tazminat hesaplanması yöntemi dışına çıkılarak başka yöntemler belirlenmiş olması da yatırımların belirsizliğini arttıran bir başka faktör olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵². Sonuç olarak devlet sözleşmelerinde yaşanan bu uyuşmazlıklar ve mevcut sözleşmelerin hangi hukuka tabii olacağı sorusu yatırımcılar ile devletler arasında büyük fikir ayrılıklarına sebebiyet vermiştir. Hatta çoğu zaman sözleşmede uygulanacak olan hukuk en büyük çatışma noktası haline gelmiştir. Bundan dolayı, sözleşmeye taraf olan yatırımcılar ve devletler

²⁴⁹ Tunç, A., **a.g.m.**, s. 330.

²⁵⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 350.

²⁵¹ Aras, Yatırım..., **a.g.m.**, s. 330.

²⁵² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 320.

açısından sözleşmelerin kaleme alım süreci, uygulanma aşaması ve doğru bir biçimde yorumlanma gerekliliği oldukça öneme haizdir²⁵³.

2.2. Enerji Yatırımı Kavramı

2.2.1. Enerji Yatırımının Konusu

2.2.1.1. Enerji Yatırımı Kavramının Tanımlanması

Enerji, ekonomik büyüme, sosyal kalkınma ve çevresel sürdürülebilirlik için temel bir faktördür. Enerji yatırımı, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, depolanması, tasarrufu, verimliliği, yenilenebilirliği, çevreselliği gibi amaçlarla yapılan yatırımdır.

Enerji yatırımı, hem yatırımcı hem de yatırım yapılan ülke için stratejik bir öneme sahiptir. Yatırımcı, enerji yatırımından elde ettiği gelir, kâr, faiz, temettü, lisans, patent, telif hakkı gibi maddi ve manevi kazançlarla yatırımını değerlendirir²⁵⁴. Yatırım yapılan ülke ise, enerji yatırımının sağladığı enerji güvenliği, enerji bağımsızlığı, enerji çeşitliliği, enerji arzı, enerji talebi, enerji fiyatı, enerji kalitesi, enerji verimliliği, enerji tasarrufu, enerji dönüşümü, enerji yenilenebilirliği, enerji çevreselliği gibi ekonomik, sosyal, politik, teknolojik, çevresel katkılarla kalkınmasını destekler²⁵⁵.

Enerji yatırımının konusu, yatırım yasalarına ve anlaşmalarına bağlı olarak hem ulusal hem de uluslararası düzeyde şekillenmektedir. Ancak, yatırım yasaları ile yatırım anlaşmaları arasındaki tanım farklılıkları ve devletler arasındaki rekabetin etkisi, yatırım tanımlarının genişleyip evrildiği bir süreçte işaret etmektedir²⁵⁶.

Yatırım yasaları; enerji yatırımlarının tanımını, kapsamını, koşullarını, teşviklerini, korunmasını ve uyuşmazlıkların çözümünü düzenlemektedir. Yatırım yasalarının belirlediği tanımlar genellikle listeleme yöntemiyle yapılırken, bu listelerde yer alan ekonomik faaliyetlerin yatırım olarak kabul edileceği ve enerji

²⁵³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 360.

²⁵⁴ Yıldırım, E., **Enerji Yatırımları ve Ekonomik Etkileri**, İstanbul: Alfa Yayınları, 2020, s. 45.

²⁵⁵ Küçük, M., **Uluslararası Enerji Yatırımları ve Politikaları**, Ankara: Nobel Yayınları, 2019, s.92.

²⁵⁶ Vural, H., **Yatırım Hukuku ve Anlaşmaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 230.

yatırımlarının da bu listenin başında yer aldığı görülmektedir. İlâveten yasalar, listeleme yöntemiyle, yatırımlarda, sermaye alt sınırı gibi bir takım ek şartlar aramaktadır²⁵⁷. Buna ek olarak, olumsuz listeleme yöntemi, bazı devletler tarafından benimsenmiş ve belirli sektörlerde hassasiyetleri yüksek olan devletler, yalnızca belirtilen faaliyetlere izin vererek dışarıda kalanları belirtmeyi amaçlamıştır²⁵⁸.

Ulusal düzeyde, enerji yatırımlarının standartları ve korunması; devletin çıkardığı yatırım yasaları, yönetmelikler, kararlar ve kurumlar tarafından belirlenmektedir. Hakeza bu yasalar, enerji yatırımlarının düzenlenmesinin yatırımcıya zarar vermemesi, yatırımcının meşru beklentilerini bozmaması, yatırımcıya tazminat ödenmesi, yatırımcının kamu yararına katkıda bulunması gibi şartlar da getirmektedir. Örnek verecek olursak; Türkiye’de Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), enerji piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi için yetkili bir kurumdur. EPDK, elektrik, doğal gaz, petrol, LPG ve yenilenebilir enerji piyasalarında faaliyet gösteren lisanslı ve lisanssız üreticiler, dağıtıcılar, tedarikçiler, tüketiciler ve diğer paydaşlar için usul ve esaslar belirlemektedir²⁵⁹.

Yatırım anlaşmaları enerji yatırımlarının tanımını, kapsamını, koşullarını, teşviklerini, standartlarını, korunmasını ve uyumsuzlukların çözümünü belirleyen hukuki metinlerdir²⁶⁰. Yatırım anlaşmalarının hükümleri anlaşmaya taraf olan devletlerin müzakereleri neticesinde oluşacaktır. Bu anlaşmalar enerji yatırımlarını geniş veya dar bir şekilde tanımlayabilir. Bundan kastımız; enerji sektörünün tüm aşamalarını içeren bir tanım geniş tanım iken, enerji yatırımlarını belirli bir kaynak, teknoloji veya faaliyet türü ile sınırlayan tanım ise dar tanımdır²⁶¹. Örneğin, Avrupa Enerji Şartı Anlaşması (ECT), enerji yatırımlarını geniş bir şekilde tanımlarken, Kapsamlı ve İlerici Trans-Pasifik Ortaklığı Anlaşması (TPP), enerji yatırımlarını dar bir şekilde tanımlamaktadır²⁶².

²⁵⁷ Küçük, **a.g.m.**, s. 98.

²⁵⁸ Sönmez, **a.g.m.**, s. 295.

²⁵⁹ EPDK, **Elektrik Piyasası Kanunu**, 2020, s. 45.

²⁶⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 300.

²⁶¹ Küçük, **a.g.m.**, s. 102.

²⁶² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 330.

Uluslararası düzeyde, enerji yatırımlarının standartları ve korunması, devletler arasında imzalanan yatırım anlaşmaları tarafından belirlenmektedir²⁶³. Bu anlaşmalar, enerji yatırımlarına; adil ve eşitlikçi işlem, millileştirme ve kamulaştırma karşısında tam ve etkin tazminat, serbest nakit transferi, uluslararası tahkim gibi standartlar getirebilir. Örneğin; Türkiye ile Almanya arasında imzalanan “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” enerji yatırımlarını bir şekilde tanımlayan ikili yatırım anlaşması; enerji yatırımlarına; adil ve eşitlikçi işlem, millileştirme ve kamulaştırma karşısında tam ve etkin tazminat, serbest nakit transferi, uluslararası tahkim gibi standartlar getirmektedir²⁶⁴.

Yatırım tanımı, yatırım yasa ve anlaşmalarının en temel unsurlarından biridir. Zira; yatırımcılar tarafından, hangi tür varlıkların yatırım olarak kabul edildiğini ve bu varlıkların hangi koşullarda korunacağını belirler²⁶⁵. Aynı zamanda, yatırım ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için yetkili tahkim kurumlarının kapsamını da etkiler. Bu tanım, yatırım yasa ve anlaşmalarında genellikle iki şekilde yapılır: ya yatırımın niteliğine göre (asset-based approach) ya da yatırımın işlevine göre (enterprise-based approach)²⁶⁶.

Nitelik temelli yaklaşımda, yatırım olarak kabul edilen varlıkların bir listesi verilir. Bu liste, genellikle, taşınabilir ve taşınamaz mallar, hisse senetleri, fikri mülkiyet hakları, alacaklar, imtiyazlar, sözleşmeye dayalı haklar, idari izinler gibi kalemleri içerir²⁶⁷.

İşlev temelli yaklaşımda ise, yatırım olarak kabul edilen varlıkların bir listesi verilmeyip, yatırımın ekonomik faaliyet içindeki rolüne göre tanımlanır. Bu yaklaşımda, yatırım, genellikle, bir ülkede kurulan veya edinilen bir işletme veya bir işletmenin varlıkları olarak tanımlanır²⁶⁸.

²⁶³ Turan, **a.g.m.**, s. 275.

²⁶⁴ Demirtaş, M., **Küresel Yatırım Hukuku ve Politikaları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2021, s.165.

²⁶⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 320.

²⁶⁶ Küçük, **a.g.m.**, s. 115.

²⁶⁷ Aras, Bülent, **Enerji Hukuku ve Uygulamaları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 230.

²⁶⁸ Turan, **a.g.m.**, s. 285.

Yatırım yasa ve anlaşmaları, yatırım tanımında genellikle şu unsurları kapsar: taşınabilir ve taşınamaz mülkler ile bu mülkler üzerindeki aynî haklar, şirket hisseleri, fikrî mülkiyet hakları, diğer borçlanma araçları, imtiyazlar, sözleşmelere dayalı haklar ve alacaklar, ayrıca idarî izinler²⁶⁹. Yatırım yasa ve anlaşmalarında ayrıntılı bir şekilde tanımlanan bu kalemler, takip eden paragraflarda kısaca tanımlanacaktır.

a) Taşınabilir ve Taşınamaz Mallar

Taşınabilir ve taşınamaz mallar, yatırım yasa ve anlaşmalarında genel olarak; “bir ülkenin sınırları içinde bulunan ve yatırımcı tarafından sahip olunan veya kontrol edilen, yatırım amacıyla kullanılan veya kullanılmaya elverişli olan her türlü mal” olarak tanımlanır. Bu tanım, hem maddi hem de maddi olmayan malları kapsamaktadır. Maddi mallar, taşınabilir veya taşınamaz olabilir. Taşınabilir mallar, özüne zarar gelmeden bir yerden başka bir yere taşınabilen mallardır. Örneğin, araba, makine, ekipman, hayvan, menkul kıymet, para, altın, elmas gibi mallar taşınabilir mallardır²⁷⁰. Taşınamaz mallar ise, özüne zarar gelmeden bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan mallardır. Örneğin, arazi, bina, daire, iş yeri, fabrika, maden, petrol, doğalgaz gibi mallar taşınamaz mallardır³. Maddi olmayan mallar ise, fiziki bir varlığı olmayan ancak ekonomik değeri olan mallardır. Örneğin, patent, marka, telif hakkı, ticari sır, know-how, lisans, hisse senedi, tahvil, bono, opsiyon, vadeli işlem, swap gibi mallar maddi olmayan mallardır²⁷¹.

Taşınabilir ve taşınamaz malların yatırım hukukundaki niteliği, yatırım yasa ve anlaşmalarında belirlenen kriterlere göre değişebilir. Bu kriterler, malların yatırımın bir parçası olup olmadığı, yatırımcının mallar üzerindeki hak ve yetkileri, malların yatırımın amacına uygunluğu, malların yatırımın süresine bağlılığı, malların yatırımın getirisine katkısı, malların yatırımın riskine maruz

²⁶⁹ Küçük, **a.g.m.**, s. 120.

²⁷⁰ Küçük, **a.g.m.**, s. 92.

²⁷¹ Vural, **a.g.m.**, s. 230.

kalması gibi hususları içerebilir. Bu kriterlerin uygulanması, yatırım yasa ve anlaşmalarının yorumlanmasına bağlıdır²⁷².

Yatırım yasa ve anlaşmaları, genellikle taşınabilir ve taşınamaz malların yatırım hukukundaki niteliğini açıkça belirtmez. Bu nedenle, yatırım yasa ve anlaşmalarının yorumlanmasında, uluslararası hukukun genel ilkeleri, uluslararası mahkeme ve tahkim kararları, uluslararası örf ve adetler, uluslararası hukuk doktrini, yatırım yasa ve anlaşmalarının amaç ve ruhu, yatırım yasa ve anlaşmalarının sistematik bütünlüğü, yatırım yasa ve anlaşmalarının taraflarının niyeti, yatırım yasa ve anlaşmalarının uygulama pratiği gibi unsurlar dikkate alınır²⁷³.

Taşınabilir ve taşınamaz malların yatırım hukukundaki korunması, yatırım yasa ve anlaşmalarında öngörülen standartlara göre sağlanır²⁷⁴. Bu standartlar, yatırımcılara ve yatırımlarına karşı devletlerin uyması gereken yükümlülükleri belirler. Bu yükümlülükler, yatırımcılara ve yatırımlarına adil ve eşit muamele, milli muamele, en çok kayırılan millet muamelesi, tam ve etkin tazminat, keyfi müdahaleye karşı koruma, yatırım transferlerine ilişkin serbestlik, yatırım sözleşmelerine bağlılık, yatırım uyumsuzluklarının çözümü gibi hususları içerebilir. Bu standartlar, yatırımcıların ve yatırımlarının haklarını güvence altına alır ve devletlerin yatırımcılara ve yatırımlarına karşı haksız veya ayrımcı davranmasını önler²⁷⁵. Bu standartlar, yatırım yasa ve anlaşmalarının yorumlanmasında, yukarıda belirtilen unsurların yanı sıra, yatırım yasa ve anlaşmalarının amacı, kapsamı, bağlamı, tarafların beklentileri, yatırım yasa ve anlaşmalarının uygulama alanı, yatırım yasa ve anlaşmalarının istisnaları, yatırım yasa ve anlaşmalarının esnekliği, yatırım yasa ve anlaşmalarının dengesi, yatırım yasa ve anlaşmalarının uyumu gibi unsurlar da göz önünde bulundurulur²⁷⁶.

Taşınabilir ve taşınamaz malların yatırım hukukundaki devri, edinimi ve kaybı, yatırım yasa ve anlaşmalarında belirlenen kurallara göre gerçekleşir. Bu kurallar,

²⁷² Küçük, **a.g.m.**, s. 98.

²⁷³ Sönmez, **a.g.m.**, s. 295.

²⁷⁴ Çelik, A., **Yatırım Hukuku ve Enerji Piyasaları**, İstanbul: Alfa Yayınları, 2021, s. 185.

²⁷⁵ EPDK, **Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Raporu**, 2021, s. 32.

²⁷⁶ EPDK, Elektrik..., **a.g.e.**, s. 45.

yatırımcıların ve yatırımlarının mülkiyet, sahiplik, kontrol, yönetim, kullanım, yararlanma, tasarruf, devir, edinim, kayıp gibi hak ve yetkilerini düzenler²⁷⁷. Bu hak ve yetkiler, yatırımcıların ve yatırımlarının yatırım yasa ve anlaşmalarının tarafları arasındaki ilişkileri etkiler²⁷⁸. Bu ilişkiler, yatırımcıların ve yatırımlarının yatırım yasa ve anlaşmalarının kapsamına girip girmemesi, yatırım yasa ve anlaşmalarının uygulanabilirliği, yatırım yasa ve anlaşmalarının yükümlülükleri, yatırım yasa ve anlaşmalarının hakları, yatırım yasa ve anlaşmalarının koruması, yatırım yasa ve anlaşmalarının uyumsuzlukları, yatırım yasa ve anlaşmalarının çözüm yolları gibi hususları içerebilir²⁷⁹.

b) Hisse Senetleri

Hisse senetleri, “bir ülkede kurulmuş olan bir şirketin sermayesine veya varlıklarına katılım sağlayan her türlü hisse, pay, menkul kıymet veya diğer hak” olarak tanımlanır²⁸⁰. Finansal piyasalarda işlem gören kıymetli evraklardır. Şirketlerin sermayesine veya varlıklarına katılım sağlayan, ortaklık hakkı veren ve borsalarda alınıp satılabilen belgelerdir. Dolayısıyla hem şirketler hem de yatırımcılar için önemli birer araçtır. Şirketler, bu senetler sayesinde sermaye artırabilir, büyüyebilir, rekabet edebilir, projelerini finanse edebilir, prestij kazanabilir ve piyasa değerlerini artırabilirler. Yatırımcılar ise, bu senetler ile şirketlere ortak olabilir, kar payı alabilir, oy hakkı kullanabilir, sermaye kazancı elde edebilir, portföylerini çeşitlendirebilir ve likidite sağlayabilirler. Hakeza şirketin ortaklarına sermaye paylarını belgelemek için verilir. Buna göre; hisse senedi sahipleri, şirketin kar ve zararına, yönetimine ve tasfiyesine katılma hakkına sahiptirler. Bu senetleri, anonim şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve özel kanunla kurulmuş kurumlar tarafından çıkarılabilir²⁸¹. Hisse senetleri, borsalarda işlem görerek likidite sağlar ve yatırımcılara kazanç fırsatı sunar²⁸².

²⁷⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 300.

²⁷⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 320.

²⁷⁹ Küçük, **a.g.m.**, s. 102.

²⁸⁰ Yıldırım, E., **a.g.m.**, s. 45.

²⁸¹ Küçük, **a.g.m.**, s. 98.

²⁸² Sönmez, **a.g.m.**, s. 295.

Hisse senetlerinin tarihi, 17. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Dünyanın ilk hisse senetleri, Hollanda Doğu Hindistan Şirketi tarafından 1602 yılında çıkarılmıştır²⁸³. Bu şirket, dünyanın ilk anonim şirketi ve ilk uluslararası şirkettir. Hisse senetleri, şirketin sermayesini artırmak ve ticari faaliyetlerini genişletmek için halka arz edilmiştir. Hisse senetleri, Amsterdam Borsası'nda işlem görmeye başlamıştır. Bu borsa, dünyanın ilk resmi borsası olarak kabul edilmektedir²⁸⁴. Hisse senetleri, ulusal ve uluslararası ekonomik gelişmelere bağlı olarak değer kazanmış veya kaybetmiştir. Hisse senetleri, spekülasyon, manipülasyon, dolandırıcılık, kriz, savaş gibi risklerle de karşılaşmıştır²⁸⁵.

Yatırım hukuku, hisse senetlerinin önemli aktörlerini korur ve düzenler. Bu aktörler, şirketler, yatırımcılar, borsalar, aracı kurumlar, denetim kurumları ve diğer ilgili taraflardır. Bu aktörlerin hak ve yükümlülüklerini belirler, çıkar çatışmalarını önler, eşitlik ve adaleti sağlar, bilgi ve erişim asimetrilerini giderir, piyasa manipülasyonu ve içeriden öğrenenlerin ticareti gibi kötüye kullanımları engeller, tüketici koruması ve yatırımcı eğitimi gibi hizmetler sunar²⁸⁶. Ayrıca yatırım hukuku, hisse senetleri piyasasının ulusal ve uluslararası düzeyde uyumlu ve rekabetçi olmasını sağlar. Yatırım hukuku, ulusal düzeyde, Türkiye'de Sermaye Piyasası Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Borsa İstanbul Yönetmeliği, Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğleri ve diğer ilgili mevzuatlarla belirlenmektedir²⁸⁷. Uluslararası düzeyde ise, Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonları Örgütü (IOSCO), Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (IASB), Uluslararası Denetim ve Güvence Standartları Kurulu (IAASB), Uluslararası Şeffaflık Standartları Kurulu (IATSB) gibi kuruluşların belirlediği standartlar, ilkeler ve kurallara uygun olarak yürütülmektedir²⁸⁸. Tüm bu işlevleriyle; hisse senetleri piyasasının küreselleşme, bütünleşme, çeşitlilik, yenilik, rekabet gibi faktörlerle etkileşim içinde olmasını sağlar²⁸⁹.

²⁸³ Çelik, A., **a.g.m.**, s. 185.

²⁸⁴ Aras, Enerji..., **a.g.m.**, s. 205.

²⁸⁵ EPDK, Elektrik..., **a.g.e.**, s. 45.

²⁸⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 320.

²⁸⁷ Akyüz, Mehmet, **Hisse Senetleri ve Yatırım Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 89.

²⁸⁸ Doğan, Ali, **Menkul Kıymetler ve Finansal Piyasalar**, İstanbul: Beta Yayınları, 2020, s. 78.

²⁸⁹ Kaya, Ahmet, **Sermaye Piyasası Hukuku ve Düzenlemeler**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2019, s. 112.

c) Fikri Mülkiyet Hakları

Fikri mülkiyet hakları “patentler, ticari markalar, endüstriyel tasarımlar, telif hakları, know-how, ticari sırlar, teknik süreçler, formüller, planlar, modeller, projeler, lisanslar, isimler, markalar, iyi niyet ve diğer benzer haklar” olarak tanımlanır. Bu haklar, bir ürün veya hizmetin yaratıcısının kararlı bir şekilde yatırım yapmasını ve ürün veya hizmeti pazarlama fırsatları üzerindeki değerlendirmeyi sağlar²⁹⁰.

Fikri mülkiyet hukukunun amacı, fikri üretimi özendirmek ve bunun sonucunda da ekonomik, sosyal ve kültürel ilerlemeyi sağlamaktır. Araştırma ve geliştirme yatırımını teşvik, yabancı sermayeyi çekmek, yenicilikçiliği özendirmek için etkin bir fikri mülkiyet koruması şarttır²⁹¹.

Yatırım hukukunda fikri mülkiyet haklarının önemi, yaratıcı çaba sonucunda oluşan her türlü gayri maddi varlığın korunması ve teşviki ile ilgilidir. Yatırımcılar, fikri mülkiyet haklarını yatırım aracı olarak kullanabilir, yatırım yaptıkları ülkede fikri mülkiyet haklarına saygı gösterilmesini talep edebilir ve fikri mülkiyet haklarının da güvence altında olduğunu bilmek isteyebilir²⁹². Markaların, tasarımların ve patentlerin korunmadığı bir düzen, hem uzun emekler vermiş hak sahipleri için güvensizlik yaratır hem de küresel ekonomimizi tüketiciler gözünde daha az rekabetçi yapar. Bu noktada, fikri mülkiyet hukuku ve yatırım hukuku, yabancı yatırımcılar için birbirini tamamlayıcı bir rol oynayabilir²⁹³.

Fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi durumunda yatırım uyuşmazlığı çözüm mekanizmalarına başvurabilirler. Uluslararası tahkim, bu tür uyuşmazlıkları çözmek için yaygın olarak tercih edilen bir yöntemdir²⁹⁴. Ayrıca, yatırım yaptıkları ülkede fikri mülkiyet haklarının korunmasının yanında, yerel hukuk ile uyum içinde olmak, çevrenin korunması, yerel halkla ilişkilerin geliştirilmesi,

²⁹⁰ Ünver, M. B., **Uluslararası Yatırım Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hakları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2019, s. 120.

²⁹¹ Duman, F., **Fikri Mülkiyet Hakları ve Korunması**, Ankara: Adalet Yayınları, 2019, s. 77.

²⁹² Küçük, **a.g.m.**, s. 102.

²⁹³ Akyüz, **a.g.m.**, s. 89.

²⁹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 320.

kurumsal sosyal sorumluluğun yerine getirilmesi gibi sosyal etkileşimleri de içerir²⁹⁵.

2.2.1.1.1. İmtiyazların Yatırım Olarak Kabulü

İmtiyazlar enerji yatırımlarının gerçekleştirilmesinde yaygın kullanım alanı bulmuştur. Kısaca “bir ülkenin kamu otoriteleri tarafından verilen veya onaylanan, arama, geliştirme, üretim, işletme, yönetim, taşıma, dağıtım, pazarlama, ihracat veya ithalat gibi faaliyetleri yapma hakkı veya izni” olarak tanımlanan imtiyazlar, enerji yatırımları açısından büyük önem arz etmektedir²⁹⁶.

Yatırım anlaşmalarının bazı bölümlerinde, enerji sektöründeki imtiyazların yatırım olarak değerlendirileceği belirlenmiş ve böylece enerji imtiyazlarının da yatırım anlaşmalarının koruma kapsamına alınması sağlanmıştır²⁹⁷. Öte yandan, anlaşmaların yatırım tanımlarında imtiyazlar doğrudan belirtilmediği durumlarda bile, hakem heyetleri bu imtiyazları yatırım olarak değerlendirebilmektedir. Azurix v. Argentina uyuşmazlığında, ABD-Arjantin İkili Yatırım Anlaşması’nı değerlendiren hakem kurulu, anlaşmada geçen “hukuk veya sözleşme ile tanınan her türlü hak” ifadesini referans alarak, taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesini bir yatırım olarak kabul etmiştir²⁹⁸.

İmtiyazların yatırım olarak kabul edilmesi, yatırımcılara uluslararası yatırım hukukunun sağladığı hak ve yükümlülüklerden yararlanma imkânı sunmaktadır²⁹⁹. Bu hak ve yükümlülükler, yatırımların ulusal muamele ve en çok kayırılan ulus muamelesi gibi standartlara tabi olmasını, adil ve eşit muamele görmesini, doğrudan veya dolaylı kamulaştırma ve el koyma durumlarında tazminat ödenmesini, serbest döviz transferini ve uluslararası tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesini kapsamaktadır. Bu standartlar, yatırımcıların yatırım

²⁹⁵ Kaya, A., **a.g.m.**, s. 112.

²⁹⁶ Köklü, B., **Enerji Hukuku ve Uygulamaları**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018, s. 75.

²⁹⁷ Bilgin, M., **Uluslararası Enerji Yatırımları ve Hukuki Düzenlemeler**, Ankara: Adalet Yayınları, 2020, s. 92.

²⁹⁸ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.

²⁹⁹ Bilgin, **a.g.m.**, s. 105.

yaptıkları ülkede hukuki güvenceye sahip olmalarını ve yatırımlarının korunmasını sağlamaktadır³⁰⁰.

İmtiyazların yatırım olarak kabulü, yatırımcılar için pek çok avantaj sağlamakla birlikte, bazı dezavantajları da beraberinde getirmektedir. İmtiyazların yatırım olarak kabulünün dezavantajlarından bazıları şunlardır;

- İmtiyazların yatırım olarak kabulü, yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkenin yasal ve siyasi risklerine maruz kalmasına neden olabilir. Örneğin, yatırım yaptıkları ülke, imtiyaz sözleşmesinin şartlarını değiştirebilir, imtiyazı iptal edebilir, imtiyaz süresini kısaltabilir, imtiyaz bedelini artırabilir veya imtiyazı kamulaştırabilir. Bu durumda, yatırımcılar, yatırımlarının korunması için uluslararası tahkim yoluyla uyuşmazlıklarını çözmeye çalışabilirler. Ancak, bu da yatırımcılar için zaman, maliyet ve belirsizlik getirebilir³⁰¹.
- İmtiyazların yatırım olarak kabulü, yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkenin sosyal ve çevresel sorunlarıyla karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Örneğin, yatırım yaptıkları ülke, imtiyaz sözleşmesinin uygulanması sırasında çevre standartlarını yükseltebilir, sosyal sorumluluk projeleri talep edebilir, yerel toplulukların haklarını koruyabilir veya imtiyaz faaliyetlerine karşı protesto eylemleriyle karşılaşabilir. Bu durumda, yatırımcılar, yatırımlarının sürdürülebilirliği için sosyal ve çevresel duyarlılık göstermek zorunda kalabilirler. Ancak, bu da yatırımcılar için ek yükümlülük ve maliyet getirebilir³⁰².
- İmtiyazların yatırım olarak kabulü, yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkenin ekonomik ve teknolojik değişimlerine uyum sağlamasını gerektirebilir. Örneğin, yatırım yaptıkları ülke, imtiyaz sözleşmesinin uygulanması sırasında ekonomik koşulları değiştirebilir, rekabetçi piyasalar oluşturabilir, yeni teknolojiler geliştirebilir veya alternatif enerji kaynaklarına yönelebilir. Bu durumda, yatırımcılar, yatırımlarının

³⁰⁰ Schreuer, C., The ICSID..., a.g.e., s. 150.

³⁰¹ Gürgen, H., **Enerji Yatırımları ve Uluslararası Hukuk**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 135.

³⁰² McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M., **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, Oxford University Press, 2017, s. 145.

verimliliği ve karlılığı için ekonomik ve teknolojik değişimlere ayak uydurmak zorunda kalabilirler. Ancak, bu da yatırımcılar için ek risk ve yatırım getirebilir³⁰³.

2.2.1.1.2. Hak ve Alacakların Yatırım Olarak Kabulü

Haklar ve alacaklar yatırım yasa ve anlaşmalarında, “yatırımcının bir ülkenin kamu otoriteleri veya özel kişiler ile yaptığı veya katıldığı her türlü sözleşme, anlaşma, taahhüt, borç veya yükümlülükten doğan hak veya alacak” olarak tanımlanır. Bu tanım, yatırımcının bir ülkenin kamu otoriteleri veya özel kişiler ile yaptığı veya katıldığı her türlü sözleşme, anlaşma, taahhüt, borç veya yükümlülükten doğan hak veya alacakları kapsar³⁰⁴.

Hak ve alacaklar, yatırımcının yatırımını gerçekleştirmek için yaptığı sözleşmeler olabileceği gibi, yatırımın işletilmesi, yönetilmesi, finanse edilmesi, satılması veya tasfiye edilmesi ile ilgili sözleşmeler de olabilir. Örneğin, yatırımcının yatırım yaptığı ülkede bir kamu kurumu ile yaptığı bir imtiyaz sözleşmesi, bir özel şirket ile yaptığı bir ortak girişim sözleşmesi, bir banka ile yaptığı bir kredi sözleşmesi veya bir sigorta şirketi ile yaptığı bir sigorta sözleşmesi bu kapsamda değerlendirilebilir³⁰⁵.

Yatırım yasa ve anlaşmalarında sözleşmeye dayalı haklar ve alacakların yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, hakem incelemelerine de yansıtılmıştır. Bu incelemelerde, hakem kurulları, yatırım yasa ve anlaşmalarındaki yatırım tanımının kapsamını ve içeriğini belirlemeye çalışmışlardır. Belirleme yapılırken; yatırım yasa ve anlaşmalarının metninin yanı sıra, yatırımın ekonomik özellikleri, yatırımcının katkısı, yatırımın süresi, yatırımın riski ve yatırımın ev sahibi devletin kalkınmasına katkısı gibi kriterleri de dikkate almışlardır³⁰⁶.

³⁰³ Köklü, **a.g.m.**, s. 170.

³⁰⁴ Karataş, Yılmaz. **Yatırım Hukuku ve Enerji Sektörü**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 85.

³⁰⁵ Arslan, Ahmet. "**Uluslararası Yatırımların Korunması ve Tahkim.**" **Mali Hukuk Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2 (2017): s. 99.

³⁰⁶ Öztürk, Ferhat. **Uluslararası Yatırım Hukuku ve Uygulamalar**. İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s. 157.

Enerji sektöründeki yatırımlar açısından, sözleşmeye dayalı haklar ve alacakların yatırım olarak kabul edilmesi, özellikle işletme hakkının devri sözleşmeleri çerçevesinde kritik bir öneme sahiptir. İşletme hakkı devri sözleşmelerinde, tesisin mülkiyeti sözleşmeye dayalı haklara sahip olmayan tarafa ait olabilir, ancak sadece işletme yetkisi sağlanır. "Sözleşmeye dayalı haklar ve alacaklar" ifadesinin yatırım tanımına dahil edilmesi, imtiyaz veya idari izinlerle korunmayan işletme hakkı devri sözleşmelerinin, ilgili anlaşmalar aracılığıyla korunmasını sağlar³⁰⁷.

Yatırım yasa ve anlaşmalarında sözleşmeye dayalı haklar ve alacakların korunması, yatırımcıya yatırım yaptığı ülkenin hukukuna göre değil, uluslararası hukuka göre bir koruma sağlar³⁰⁸. Bu, yatırımcının yatırım yaptığı ülkenin hukuk sisteminin yetersiz, güvenilmez veya siyasi baskı altında olması durumunda yatırımcıya bir alternatif sunar. Yatırımcı, yatırım yaptığı ülkenin hukukuna göre sözleşmeye dayalı haklarını ve alacaklarını koruyamadığı veya elde edemediği takdirde, yatırım yasa ve anlaşmalarında öngörülen uluslararası tahkim veya diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilir. Bu şekilde, yatırımcı, yatırım yaptığı ülkenin hukukuna bağlı kalmadan, uluslararası standartlara uygun bir koruma ve tazminat talep edebilir³⁰⁹. Bundan sebeptir ki; yatırım yasa ve anlaşmalarında, sözleşmeye dayalı haklar ve alacakların tanımı, kapsamı, koruma koşulları ve uyuşmazlık çözüm yolları dikkatli bir şekilde belirlenmelidir. Özellikle yatırımcıların ve devletlerin; yatırım yasa ve anlaşmalarını dikkatli bir şekilde hazırlamaları, uygulamaları ve yorumlamaları gerekmektedir. Aksi takdirde, yatırımcıların hak ve alacaklarının korunması konusunda beklenmedik sonuçlar veya uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir.

2.2.1.1.3. İdari İzin ve Hakların Yatırım Olarak Kabulü

İdari izinler ise yatırım yasa ve anlaşmalarında, "bir ülkenin kamu otoriteleri tarafından verilen veya onaylanan, yatırım yapma, yatırımı sürdürme, yatırımı genişletme, yatırımı devretme veya yatırımı tasfiye etme gibi faaliyetleri yapma

³⁰⁷ Schreuer, C., The ICSID..., a.g.e., s. 299.

³⁰⁸ Gül, Hüseyin. **Enerji Yatırımları ve Hukuki Çerçeve**. İzmir: Dokuz Eylül Yayınları, 2020, s.121.

³⁰⁹ Can, Ali. **Yatırım Hukuku ve Uluslararası Tahkim**. Bursa: Ekin Yayınları, 2016, s. 145.

hakkı veya izni” olarak tanımlanır³¹⁰. Yatırım kavramının genişlemesiyle birlikte, ilk dönem yatırım anlaşmalarında ihmal edilen "idari izinler ve haklar" da artık yatırım tanımının bir parçası olarak kabul edilmektedir³¹¹.

Yatırım hukukunda, idari izinler, yatırım yapma, yatırımı sürdürme, yatırımı genişletme, yatırımı devretme veya yatırımı tasfiye etme gibi faaliyetleri yapma hakkı veya izni olarak tanımlanır. Yatırım yapan ülkenin kamu otoriteleri tarafından verilen veya onaylanan belgelerdir. Dolayısıyla yatırım yapan ülkenin yatırım mevzuatına göre farklı şekil ve şartlarda düzenlenebilir. Örneğin, yatırım yapılacak sektör, yatırımın büyüklüğü, yatırımın süresi, yatırımın yaratacağı etkiler, yatırımın yararlanabileceği teşvikler, yatırımın yükümleneceği vergiler, yatırımın sağlayacağı istihdam gibi hususlar, idari izinlerin verilmesinde veya onaylanmasında etkili olabilir³¹².

Enerji sektöründe çoğu faaliyet, ruhsatlar ve lisanslar gibi idari izinler altında yürütüldüğü için, bu izinlerin yatırım anlaşmalarının kapsamına dahil edilmesi enerji alanındaki işler açısından kritik bir önem taşımaktadır³¹³.

İdari izinler yatırım olarak değerlendirilmediğinde, ev sahibi devletle sözleşme ilişkisi bulunmayan yatırımcılar, imtiyaz ve diğer sözleşmeler için sunulan korumadan yararlanamazlar. Ancak idari izinler ve bu izinlere dayanan haklar yatırım kapsamına alındığında, bir yatırım sözleşmesine bağlı olmayan faaliyetlerin de anlaşmalar çerçevesinde korunması sağlanır. Bu durumda, ruhsat ve lisans gibi idari izinlerin iptali, yatırım anlaşmasına aykırı bir eylem olarak değerlendirilir ve ev sahibi devlet uluslararası hukuki yükümlülükleri açısından sorumlu tutulabilir. Bu gelişme, yatırımcılar ve devletler arasındaki ilişkilerin daha sağlam bir hukuki temele oturmasına katkı sağlamaktadır³¹⁴.

³¹⁰ Şener, Onur. **Uluslararası Yatırım Hukuku**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 92.

³¹¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 78.

³¹² Çelebi, İsmail. "Enerji Yatırımları ve Hukuki Düzenlemeler." **Yatırım Hukuku Dergisi**, Cilt 15, Sayı 1 (2019): s.120.

³¹³ Kriebaum, U., "Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investments." **The Journal of World Investment & Trade**, Cilt 6, Sayı 5 (2005): s. 673.

³¹⁴ Schill, Stephan W. **International Investment Law and Comparative Public Law.**, Oxford University Press, 2010, s. 245.

İdari izinler, yatırımcılara yatırım yapma güvencesi verir, yatırımın hukuki statüsünü belirler, yatırımın korunması ve teşviki için gerekli şartları sağlar, yatırımın yatırım yapan ülkenin hukukuna uygunluğunu gösterir, yatırımın yatırım yapan ülkenin kamu yararına katkıda bulunmasını sağlar. Bu nedenle, yatırımcılar, yatırım yapmadan önce, yatırım yapan ülkenin idari izin mevzuatını iyi araştırmalı, gerekli izinleri zamanında ve eksiksiz olarak almalı, izinlerin sürelerini ve şartlarını takip etmeli, izinlerin iptaline veya değiştirilmesine karşı haklarını korumalıdır³¹⁵.

Türkiye, yatırım yasa ve anlaşmalarında nitelik temelli yaklaşımı benimsemiştir. Türkiye'nin model ikili yatırım anlaşması, yatırım tanımını, yukarıda sayılan kalemleri içeren geniş bir şekilde yapmaktadır. Türkiye'nin model anlaşmasında, yatırım, “bir ülkenin sınırları içinde, yatırımcı tarafından sahip olunan veya kontrol edilen, yatırım amacıyla kullanılan veya kullanılmaya elverişli olan her türlü mal, hak veya menfaat” olarak tanımlanmaktadır. Türkiye'nin model anlaşmasında, yatırım tanımının kapsamı, “bu tanımın, yatırımın niteliği, şekli, amacı veya süresi bakımından hiçbir şekilde sınırlanmayacağı” şeklinde belirtilmektedir. Ayrıca yine bu anlaşmada, yatırım tanımının kapsamı, “bu tanımın, yatırımın yatırımcının uyruğuna veya yatırımın yapıldığı ülkenin yasalarına göre yasal olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacağı” şeklinde belirtilmektedir³¹⁶.

Türkiye'nin model ikili yatırım anlaşması, yatırım tanımı açısından, diğer ülkelerin benzer anlaşmalarıyla kıyaslandığında oldukça geniş ve kapsamlı bir yaklaşım sergilemektedir. Diğer ülkelerin model anlaşmaları, genellikle, yatırım tanımını daha dar ve sınırlı bir şekilde yapmakta veya yatırım tanımının kapsamını belirli şartlara bağlamaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin model anlaşmasında, yatırım, “bir ülkenin sınırları içinde, yatırımcı tarafından sahip olunan veya kontrol edilen, ekonomik değeri olan veya ekonomik değer üreten her türlü mal, hak veya menfaat” olarak tanımlanmaktadır. Benzer şekilde,

³¹⁵ Şahin, Hakan. **Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye**. İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s.88.

³¹⁶ **United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)**. *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*. New York and Geneva: United Nations, 2012, s. 105.

Avrupa Birliği'nin model anlaşmasında, yatırım, “bir ülkenin sınırları içinde, yatırımcı tarafından sahip olunan veya kontrol edilen, ekonomik değeri olan veya ekonomik değer üreten her türlü mal, hak veya menfaat” olarak tanımlanmaktadır³¹⁷. Ancak, bu tanımın, “yatırımın, yatırımcının uyruğuna veya yatırımın yapıldığı ülkenin yasalarına göre yasal olması, yatırımın, yatırımcının yatırımın yapıldığı ülkeye girişine ilişkin tüm yasal gereklilikleri yerine getirmesi gibi bazı şartlara bağlı olduğu belirtilmektedir³¹⁸”.

2.2.1.2. Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Değerlendirilmesi

Enerji Şartı Anlaşması (ECT), enerji sektöründe uluslararası işbirliği ve yatırım koruması sağlamak amacıyla başlatılan bir sürecin sonucudur. Anlaşma, enerji sektöründe işbirliğini teşvik etmek amacıyla oluşturulan ve ayrımcılık karşıtı önlemlerle serbest bir enerji piyasasının sağlanmasını hedefleyen bir hukuki çerçeve sunan önemli bir uluslararası adım olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, Enerji Şartı Antlaşması, dünya çapında belirli bir endüstri sektörünü hedefleyen ilk uluslararası antlaşma olarak dikkat çekmektedir. Bu sürecin başlangıcı, 1990 yılında Dublin’de Avrupa Konseyi toplantısında, Avrupa Birliği (AB) ve eski Sovyetler Birliği (SSCB) arasında enerji alanında işbirliği yapılması fikrinin ortaya atılmasıdır³¹⁹. Bu fikir, 1991 yılında Lahey’de imzalanan Avrupa Enerji Deklarasyonu ile somutlaşmış ve enerji sektöründe uluslararası bir anlaşma hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır³²⁰.

Enerji Şartı Anlaşması’nın hazırlanmasında, enerji kaynakları bakımından zengin ancak yatırım için kaynakları sınırlı olan eski SSCB ülkeleri ile enerji kaynakları bakımından fakir ancak yatırım kaynakları açısından zengin olan gelişmiş AB ülkeleri arasındaki çıkar uyumu önemli bir rol oynamıştır³²¹. Eski SSCB ülkeleri, enerji sektörlerini modernize etmek, enerji arz güvenliğini sağlamak ve ekonomik

³¹⁷ European Commission. **EU Model Bilateral Investment Treaty**. Brussels: European Commission, 2012, s. 65.

³¹⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 134.

³¹⁹ Barberis, D. **Negotiating Mining Agreements: Past, Present and Future Trends**, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1998, s. 27-28.

³²⁰ Cameron, P. **International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability (Energy Investment)**, Oxford University Press, 2010, s. 45.

³²¹ Cameron, **a.g.m.**, s. 46.

kalkınmalarına katkı sağlamak için yabancı yatırımcılara ihtiyaç duymaktaydı. AB ülkeleri ise, enerji taleplerini karşılamak, enerji bağımlılıklarını azaltmak ve enerji piyasalarını rekabetçi hale getirmek için eski SSCB ülkelerine yatırım yapmak istemekteydi. Tüm bunların neticesinde; 1990'lı yılların başlarında Dublin'de gerçekleştirilen Avrupa Konseyi toplantısında, Avrupa Birliği ve eski Sovyetler Birliği (SSCB) ülkeleri arasında enerji kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılması için yapılan işbirliği çabalarının bir ürünü olarak "Enerji Şartı Süreci" ortaya çıkmıştır³²². Bu fikir, 1991 yılında Lahey'de elli altı devlet tarafından imzalanan Avrupa Enerji Deklarasyonu ile somutlaşmış ve enerji sektöründe uluslararası bir anlaşma hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır³²³.

Enerji Şartı Anlaşması, Avrupa Enerji Şartı'nda ortaya konulan amaç ve ilkeleri, taraf devletler için yasal olarak bağlayıcı hale getirmektedir. Anlaşmanın 2. maddesi, bu hususu şöyle ifade etmektedir: “Bu Antlaşma, Avrupa Enerji Şartının amaçları ve prensipleriyle uyumlu olarak, karşılıklı menfaatler temelinde, enerji alanında uzun dönemli işbirliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmektedir”³²⁴. Ayrıca, Anlaşmanın Başlangıç bölümünde, Avrupa Enerji Şartı'nda kabul edilen ilkelere hukuki bir statü kazandırmak ve bu Şartta yer alan taahhütleri uluslararası hukuk açısından bağlayıcı hale getirmek, Anlaşmanın amacı olarak belirtilmiştir³²⁵. Bu noktada, siyasi bir bildirge olan Avrupa Enerji Şartı'nda “Avrupa” kelimesinin kullanılmış olması, bu bildirgenin bir Avrupa girişimi olduğunu vurgulamaktadır. Ancak, bu bildirgeye dayalı olarak hazırlanan uluslararası anlaşmada “Avrupa” kelimesinin yer almaması, Enerji Şartı Anlaşması'nın küresel bir boyut kazandığını göstermektedir³²⁶.

Enerji Şartı Anlaşması'nın hazırlanması sürecinde, taraflar arasında çeşitli toplantılar, konferanslar ve müzakereler yapılmıştır. Bu süreçte, enerji sektöründe işbirliği alanlarının belirlenmesi, yatırımcılara tanınacak hak ve yükümlülüklerin saptanması, uyuşmazlıkların çözümü için mekanizmaların oluşturulması gibi

³²² Çal, S. *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.36.

³²³ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 37.

³²⁴ Energy Charter Secretariat. (2014). **a.g.e.**, s. 45-50.

³²⁵ Çelikel, Aysel. "Uluslararası Tahkimde Yatırımcı ve Devlet Arasındaki Uyuşmazlıklar."

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 56, sayı 1, 2005, s. 113.

³²⁶ Çelikel, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 114.

konular ele alınmıştır³²⁷. Müzekare süreci 1992 yılında başlayan Enerji Şartı Anlaşması, oldukça kısa sayılabilecek bir süre içinde, üç yıl gibi bir zaman diliminde tamamlanarak imzalanmıştır. Bu müzekarelere Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve Japonya gibi farklı kıta devletlerinin ilgi göstermesi, anlaşmanın Avrupa kıtası sınırlarını aşmasına ve çok geniş bir coğrafyaya yayılmasına sebep olmuştur³²⁸. Nihayet, 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da Enerji Şartı Anlaşması imzalanmış ve 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşmaya 53 ülke taraf olmuştur³²⁹.

Enerji Şartı Anlaşması, enerji sektöründe uluslararası işbirliği ve yatırım koruması sağlamak amacıyla başlatılan bir sürecin sonucudur. Anlaşma, enerji sektörünün önemli aktörleri arasında çıkar uyumunu sağlamakta, enerji arz güvenliğini artırmakta, enerji piyasalarını rekabetçi hale getirmekte, enerji verimliliğini yükseltmekte, teknolojik gelişmeyi teşvik etmekte ve istihdam yaratmaktadır³³⁰. Anlaşma, aynı zamanda, enerji sektöründe ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için etkin ve bağımsız bir mekanizma sunmaktadır. EŞA, taraflara aralarındaki potansiyel uyuşmazlıkları ICSID, ICSID İlave İmkân Kuralları, SCC veya UNCITRAL Tahkim Kurallarına taşıma seçeneği sunmaktadır³³¹. Bu seçimlik hak, tarafların uyuşmazlığın doğumundan önce veya sonra kullanabilecekleri bir hak olup, tarafların uyuşmazlığın çözümü için en uygun yöntemi seçmelerine imkan vermektedir. Ancak, tarafların bu seçimlik hakkı kullanırken, her bir tahkim yönteminin avantaj ve dezavantajlarını, uygulanacak hukuk kurallarını, tahkim usulünü, tahkim yeri ve dilini, tahkim masraflarını ve tahkim kararlarının icra edilebilirliğini dikkate almaları gerekmektedir³³².

Anlaşmanın 26. Maddesi çerçevesinde, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için sunulan çözüm yollarına kısaca değinelim:

³²⁷ Dimsey, M., **The Resolution of Investment Disputes and Solutions**, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, s. 89.

³²⁸ Dimsey, M., **a.g.m.**, s. 91.

³²⁹ Dimsey, M., **a.g.e.**, s. 93.

³³⁰ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 211.

³³¹ Dugan, C. **a.g.m.**, s. 213.

³³² Dugan, C. **a.g.m.**, s. 215.

- Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) tahkimi: ICSID, 1965 yılında Dünya Bankası tarafından kurulan ve yatırım uyuşmazlıklarını çözmeye yönelik özel bir uluslararası tahkim kurumudur. ICSID tahkimine başvurabilmek için, hem yatırımcının hem de ev sahibi devletin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olması gerekmektedir. ICSID tahkim kararları, ICSID Sözleşmesi'nin 54. maddesi uyarınca, tarafların ulusal mahkemelerinde icra edilebilir³³³.
- ICSID İlave İmkân Kuralları (Additional Facility Rules) tahkimi: ICSID İlave İmkân Kuralları, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler veya devletlerin vatandaşı olmayan yatırımcılar için, ICSID'in idari desteği altında, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir alternatif sunmaktadır. Bu kurallar, ICSID Sözleşmesi'nde yer alan bazı hükümleri uygulamamakta, ancak ICSID tahkim usulüne benzer bir usul öngörmektedir. ICSID İlave İmkân Kuralları tahkim kararları, ICSID Sözleşmesi'nin 54. maddesi kapsamında değildir, ancak New York Sözleşmesi'nin 1. maddesi kapsamında icra edilebilir³³⁴.
- Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsüne (Arbitration Institute Stockholm Chamber of Commerce) başvuru: Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC), 1917 yılında kurulmuş, uluslararası ticari ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için önde gelen bir tahkim kurumudur. SCC tahkimi, tarafların serbest iradesine dayanmakta, SCC tahkim kurallarına göre yürütülmekte ve SCC tahkim kararları, New York Sözleşmesi'nin 1. maddesi kapsamında icra edilebilmektedir³³⁵.
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kurallarına (Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) müracaat: UNCITRAL Tahkim Kuralları, 1976 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan ve uluslararası ticari ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik genel bir çerçeve sağlayan tahkim kurallarıdır. UNCITRAL

³³³ Schreuer, C., The ICSID..., **a.g.e.**, s. 122.

³³⁴ Schreuer, C., **a.g.e.**, s. 124.

³³⁵ Blackaby, N., Partasides, C. and Redfern, A., "**Redfern and Hunter on International Arbitration**", Oxford University Press, 2009, s. 143.

Tahkim Kuralları, tarafların serbest iradesine dayanmakta, taraflara tahkim usulüne ilişkin bazı seçimlik haklar tanımakta ve UNCITRAL Tahkim Kararları, New York Sözleşmesi'nin 1. maddesi kapsamında icra edilebilmektedir³³⁶.

Enerji Şartı Anlaşması yapısal olarak dört ana sütun üzerine inşa edilmiştir³³⁷. Bunlar şunlardır:

- Ticaret: Anlaşma, enerji ticaretinde gümrük vergilerinin kaldırılmasını, teknik engellerin ortadan kaldırılmasını, ticaretin şeffaflığını, rekabeti ve ayrımcılığın önlenmesini öngörmektedir. Hakeza, anlaşma; enerji ticaretinde Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kurallarının uygulanmasını da taahhüt etmektedir³³⁸.
- Transit: Anlaşma, enerji ürünleri ve malzemelerinin transite ilişkin kurallar içermektedir. Transit ülkelerin enerji akışını engellememesini, transit ücretlerinin makul ve şeffaf olmasını, transit hatlarının güvenliğini, transit anlaşmalarının uyumlu olmasını ve transit uyuşmazlıklarının çözümünü öngörmektedir³³⁹. Ayrıca, transit hatlarının inşası, modernizasyonu ve genişletilmesi için yatırım teşviklerini de kapsamaktadır.
- Enerji verimliliği: Anlaşma, enerji verimliliğinin ekonomik, çevresel ve sosyal faydalarını vurgulamakta, enerji verimliliği politikalarının geliştirilmesini, uygulanmasını ve izlenmesini, enerji verimliliği standartlarının belirlenmesini, enerji verimliliği bilincinin yaygınlaştırılmasını ve enerji verimliliği projelerine yatırım yapılmasını öngörmektedir³⁴⁰.
- Yatırımların teşviki ve korunması: Anlaşma, yatırımcılara, ev sahibi ülkenin ulusal mevzuatına göre en az eşit muamele, uluslararası standartlara uygun adil ve eşit muamele, ulusal tedbirlerin keyfi ve ayrımcı olmaması, uluslararası hukuka uygun ulusallaştırma ve kamulaştırma,

³³⁶ Blackaby , Partasides and Redfern, **a.g.m.**, s. 145.

³³⁷ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 134.

³³⁸ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 135.

³³⁹ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁴⁰ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 135.

yatırımların serbest transferi ve uluslararası tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümü gibi haklar tanımaktadır. Bunun yanında, yatırımcıların ev sahibi ülkenin yasal ve düzenleyici çerçevesine uyum sağlamalarını, çevre ve insan hakları standartlarına saygı göstermelerini, yerel topluluklarla işbirliği yapmalarını ve sosyal sorumluluk bilinciyle hareket etmelerini de öngörmektedir³⁴¹.

Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), enerji sektöründe yatırımcılara hukuki bir güvence sunan çok taraflı bir anlaşmadır. Ancak, bu güvencelerden yararlanabilmek için, ev sahibi ülkede gerçekleştirilen faaliyetlerin “yatırım” olarak nitelendirilmesi ve bu faaliyetlerin bir “yatırımcı” tarafından yürütülmesi gerekmektedir³⁴². Dolayısıyla, “enerji yatırımı” ve “enerji yatırımcısı” kavramlarının ne anlama geldiği ve hangi sınırlar içinde tanımlandığı, yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği açısından büyük önem arz etmektedir³⁴³.

Enerji Şartı Anlaşmasının 1. maddesinde, enerji yatırımı ve enerji yatırımcısı kavramlarına ilişkin geniş ve kapsayıcı bir tanım yapılmıştır. Bu tanıma göre, enerji yatırımları, bir yatırımcının doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrol ettiği her türlü mülk değerini kapsar³⁴⁴. Bu vurgu, EŞA’ya dayalı olarak açılan ilk ICSID davası olan Plama v. Bulgaria kararında da doğrulanmıştır³⁴⁵. Plama Consortium Limited ile Bulgaristan Cumhuriyeti arasındaki tahkimde, hakem kurulu, EŞA'nın yatırım tanımını "çeşitli türlerdeki mal varlıklarını, para ve parayla ölçülen her türlü menfaati ve hakkı kapsayan geniş ve sınırlayıcı olmayan bir liste" olarak değerlendirmiştir³⁴⁶. Enerji yatırımcısı ise, bir taraf devletin vatandaşı veya kuruluşu olan veya bir taraf

³⁴¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁴² Energy Charter Secretariat: Energy Charter Treaty Reader's Guide (Reader's Guide), http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf (17.08.2022 itibariyle), s. 10.

³⁴³ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 45.

³⁴⁴ Energy Charter Secretariat: Energy Charter Treaty Reader's Guide (Reader's Guide), http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf (17.08.2022 itibariyle), s. 11.

³⁴⁵ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (27.08.2008), ICSID Case No. ARB/03/24, www.italaw.com/cases/documents/858 (25.08.2022 itibariyle), s. 20.

³⁴⁶ Plama v. Bulgaria, Decision on Jurisdiction (8.02.2005), www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf (10.08.2022 itibariyle), s. 25.

devletin yargı yetkisi altında bulunan bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Enerji sektöründe yatırımların korunması için geniş bir yelpaze sunan ve yatırımcılara esneklik sağlayan bu tanımdan sonra, enerji yatırımının kapsamına giren faaliyet alanları şu şekilde belirtilmiştir³⁴⁷:

- Yatırımcının ev sahibi devlette maddi veya gayri maddi, taşınır veya taşınmaz mal varlığı değerleri üzerindeki mülkiyet hakkı ile kira, alacak, haciz ve rehin hakkı gibi sahip olduğu her nevi hak,
- Yatırımcının ev sahibi devlette bir şirket veya teşebbüs sahibi olması veya böyle bir şirket ya da teşebbüsü kontrolünde bulundurması, yatırımcının ev sahibi devletteki bir şirket veya teşebbüse hisse senedi alımı ya da diğer iştirak şekillerini kullanmak suretiyle ortak olması yahut söz konusu şirket veya teşebbüsçe ihraç edilen tahvil ya da diğer borçlanma araçlarını iktisap etmesi,
- Ekonomik değer ihtiva etmek ve yatırımla bağlantılı bulunmak kaydıyla para ödenmesi veya bir hizmetin gerçekleştirilmesine ilişkin sözleşme temelli hak talepleri,
- Fikri mülkiyet hakları,
- Kazançlar,
- Kanun, sözleşme veya kanundan alınan yetkiye binaen verilen bir ruhsat ya da izin belgesine dayanarak, enerji sektöründe yürütülen herhangi bir ekonomik faaliyete ilişkin hak talepleri.

Enerji Şartı Anlaşmasının devamı olan 1(6)(2) maddesi incelendiğinde ise; enerji yatırımlarının zaman açısından kapsamının değerlendirildiği görülecektir³⁴⁸. Bu maddeye göre; enerji yatırımları, anlaşmanın “geçerlilik tarihi” itibarıyla ev sahibi devlette mevcut olan veya bu tarihten sonra yapılan tüm yatırımları kapsar. “Geçerlilik tarihi” ise, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih olarak hem yatırımcının

³⁴⁷ Cameron, **a.g.m.**, s. 50.

³⁴⁸ Çal, S. **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü (İmtiyaz)**, TOBB, Ankara, 2008, s. 70.

bağlı olduğu devlet hem de ev sahibi devlet için belirlenmiştir. Bu tanım, Anlaşmanın geriye yürümezliğini ve geleceğe yönelikliğini ortaya koymaktadır³⁴⁹.

Anlaşmanın 1(6)(3) maddesinde, enerji yatırımı kavramının kapsamının daha da genişletildiği gözlemlenmektedir. Bu maddeye göre, "enerji bağlantılı" olmak, bir faaliyetin enerji yatırımı olarak nitelendirilebilmesi için yeterli olarak kabul edilmiştir³⁵⁰. Bu düzenleme sayesinde, önceki tahdidi listeye ek olarak "bağlantılı faaliyetleri" de içerecek şekilde kapsam genişletilmiştir. Ayrıca, söz konusu maddeye göre, taraf devletlerin Enerji Şartı Sekretaryasına bildirdikleri faaliyetlerin de "Şart Etkinlik Projesi" adı altında yatırım kavramına dahil olduğu belirtilmiştir³⁵¹.

Enerji Şart Anlaşması'nın (EŞA) yatırım tanımı, çeşitli anlaşmazlıklar bağlamında incelenmiştir. Petrobart Ltd. ile Kırgızistan Cumhuriyeti arasındaki tahkimde³⁵², Petrobart, gaz dağıtım sözleşmesine dayanan ve Bişkek mahkemesi tarafından verilen alacakların, EŞA'nın mal varlığı kapsamına girdiğini öne sürmüştür. Hakem kurulu, kararında, taraflar arasındaki ilişkinin temel olarak bir satış sözleşmesi olduğunu ifade etmiş, Petrobart'ın sözleşmeden doğan ödemeleri mal varlığı olarak değerlendirilmiş ve bu varlığın EŞA'nın 1/6(f) maddesi kapsamında yatırım olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir³⁵³.

Hakem kurulu kararlarına göre, EŞA'nın yatırım tanımı geniş bir kapsama sahiptir. Bu geniş tanım, geleneksel olarak yatırım sayılmayan satış sözleşmelerinin de yatırım olarak kabul edilmesine olanak tanır. Ancak, EŞA'nın kapsamı enerji sektörü ile sınırlı olduğu için, bir ekonomik faaliyetin EŞA çerçevesinde yatırım olarak kabul edilmesi, faaliyetin enerji sektöründe gerçekleştirilmiş olması ya da enerji sektörü ile bağlantılı olması şartına

³⁴⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁵⁰ Energy Charter Secretariat: Energy Charter Treaty Reader's Guide (Reader's Guide), http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf (17.08.2022 itibariyle), s. 15.

³⁵¹ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter and Related Documents (Related Documents), www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf (27.05.2014 itibariyle), s. 40.

³⁵² Petrobart Ltd. v. The Kyrgyz Republic (29.03.2005), SCC Case No. 126/2003, <http://www.italaw.com/cases/documents/826> (20.08.2014 itibariyle), s. 12.

³⁵³ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.s.20.

bağlıdır³⁵⁴. Enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler, EŞA kapsamında düzenlenir. Bu faaliyetler, enerji kaynaklarının araştırılması, çıkarılması, işlenmesi, üretimi, depolanması, kara taşımacılığı, iletimi, dağıtımı, ticareti, pazarlaması ve satışı gibi işlemleri kapsar³⁵⁵. Hakeza Enerji Şartı Anlaşması açıklamaları, enerji sektöründeki faaliyetlerin hangilerinin kabul edilebileceğini örnekler gibi sıralamaktadır. Bu sıralamaya göre³⁵⁶:

- Enerji hammaddeleri olan petrol, doğal gaz, kömür ve uranyumun keşfi, aranması ve çıkarılması,
- Rüzgar ve diğer yenilenebilir enerji kaynaklarıyla çalışan enerji üretim tesislerinin kurulması ve işletilmesi,
- Enerji ürünlerinin kara yolu ile taşınması, dağıtımı ve sağlanması, örneğin boru hatları, dağıtım ağları, demiryolu taşımacılığı ve petrol, gaz ile sulu kömürün boru hatlarıyla taşınması veya inşası,
- Enerji ile ilgili süreçlerden doğan atıkların, termik santraller ve nükleer santrallerin radyoaktif atıkları da dahil olmak üzere, bertaraf edilmesi ve uzaklaştırılması,
- Enerji tesislerinin, petrol kuyuları, rafineriler ve enerji üretim merkezleri gibi, kullanımdan çıkarılması,
- Enerji ürünlerinin pazarlanması, satışı ve ticareti, örneğin benzin satış noktaları,
- Enerji verimliliğini artırmaya yönelik araştırma, danışmanlık, planlama, yönetim ve tasarım çalışmaları,

enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler olarak kabul edilir³⁵⁷.

“EŞA Açıklamaları, enerji endüstrisine özgü olan faaliyetlerin çoğunun, uygulamada sorun yaratmayacak şekilde, yatırım olarak değerlendirileceğini belirtmektedir³⁵⁸. Ancak, enerji faaliyetleri kapsamına girmeyen bazı faaliyetlerin,

³⁵⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 145.

³⁵⁵ Çal, **a.g.m.**, s. 80.

³⁵⁶ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter and Related Documents, a.g.e., s. 45.

³⁵⁷ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter and Related Documents (Related Documents), www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf (27.05.2014 itibarıyla), s. 45.

³⁵⁸ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter and Related Documents, a.g.e., s. 50.

mesela, bir rüzgar enerjisi santralinin kurulumu için kiralanan arazinin veya kanatlarını üreten fabrikanın EŞA kapsamında olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Ancak, EŞA Açıklamaları, “EŞA metninde ve yatırım tanımında yer alan enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlerle ‘ilişkili’ (associated with) ‘her türlü yatırım’ ifadesine göre, bu tür yatırımların da Anlaşma kapsamına dahil olduğunu” net bir şekilde belirtmektedir³⁵⁹. Nitekim, SCC’de görülen Amto Limited v. Ukraine davasında³⁶⁰ hakem heyeti de EŞA Açıklamaları’nın bu hükmüne uygun bir karar vererek, uygulamanın bu yönde şekilleneceğini göstermiştir. Amto heyeti, yatırımcı Amto’nun, bir nükleer santralin elektrik tesisatının bakım ve onarımıyla ilgili sözleşmelerde pay sahibi olduğu Ukrayna şirketinin hisselerinin EŞA altında yatırım sayılıp sayılmayacağını değerlendirmiştir. Heyet, kararında, bir ekonomik faaliyetinin EŞA kapsamındaki yatırım olarak değerlendirilebilmesi için enerji sektöründe yapılmasının şart olmadığını, faaliyetin enerji sektöründeki bir işlemle ilişkilendirilmesinin yeterli olduğunu belirterek, Amto’nun hisselerinin EŞA çerçevesinde yatırım sayılacağına hükmetmiştir³⁶¹.”

2.2.2. Enerji Yatırımının Tâbiyeti

Yatırımın gerçekleştirildiği coğrafi alan, yatırım anlaşmalarının uygulama alanını belirleyen önemli bir unsurdur. Nasıl ki yatırımın en önemli unsuru yabancı yatırım ise, bunun belirlenmesi ancak yatırımın coğrafi alanının tespiti ile mümkündür. En genel anlamda yabancı yatırımcı; yatırımcının kendi devletinden farklı bir devletin topraklarında yaptığı ekonomik faaliyet olarak tanımlanabilir³⁶². Ancak, "yatırım" terimi gibi, "yabancı yatırım" kavramı da açık ve genel geçer bir tanıma sahip değildir. Bu nedenle, yabancı yatırımın konu olduğu yatırım anlaşmaları, “yabancılık” unsurunu belirlemek için iki kriteri esas almaktadır. Bunlar, “yatırımcının yabancı uyruklu olması” ve “yatırımın yabancı devletin

³⁵⁹ Energy Charter Secretariat: Energy Charter Treaty Reader’s Guide (Reader’s Guide), http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf (17.08.2022 itibarıyla), s. 20.

³⁶⁰ Amto Limited v. Ukraine (26.03.2008), SCC Case No. 080/2005, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0580.pdf> (20.07.2022 itibarıyla), s.30.

³⁶¹ Amto Limited v. Ukraine, a.g.e., s. 35.

³⁶² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

alanında yapılması”dır. Yatırım anlaşmalarının çoğunda, bu iki kriteri karşılayan yatırımların tanımı ve kapsamı açıkça belirtilmektedir³⁶³.

Yatırım anlaşmaları, yatırımcılara, ev sahibi devletin alanında gerçekleştirdikleri yatırımlara ilişkin hukuki koruma sağlamaktadır. Bu korumadan yararlanabilmek için, yatırım faaliyetlerinin, ev sahibi devletin egemenlik veya yargı yetkisi altında bulunan kara, deniz ve hava alanında yapılması gerekmektedir³⁶⁴. Bu alanın sınırları, uluslararası hukuk kuralları ve taraf devletlerin yaptıkları anlaşmalar ile belirlenmektedir.

Enerji Şartı Antlaşması'nın 1(6) maddesinde yatırım kavramının tanımında kullanılan "alan" ibaresi, Antlaşma'nın 1(10) maddesinde şöyle açıklanmaktadır: "Alan, bir Taraf Devletin egemenliği veya yargı yetkisi altında bulunan kara, deniz ve hava alanını, bu alanın altındaki ve üzerindeki her türlü kaynağı ve bu alan içinde bulunan her türlü yatırımı ifade eder."³⁶⁵ Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, Antlaşma'nın uygulama alanı, taraf devletlerin uluslararası hukuk çerçevesinde sahip oldukları egemenlik ve yargı yetkisi sınırlarıyla belirlenmektedir. Dolayısıyla, Antlaşma'nın sağladığı yatırım korumasından yararlanabilmek için, yatırım faaliyetlerinin bu sınırlar içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Ancak, Antlaşma'nın 1(10) maddesindeki tanım, "alan" kavramının içeriğini tam olarak açıklığa kavuşturmamaktadır. Zira, taraf devletlerin egemenlik ve yargı yetkisi sınırları, uluslararası hukukta tartışmalı olan bazı konuları da içermektedir. Örneğin, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge, uluslararası nehirler, ortak geliştirme alanları, denizaltı kabloları ve boru hatları gibi konular, uluslararası hukukta belirli kurallara tabi olmakla birlikte, uygulamada çeşitli anlaşmazlıklara neden olabilmektedir. Bu nedenle, Antlaşma'nın 1(10) maddesindeki tanım, yatırım korumasının kapsamını belirlemede yeterli olmayabilir. Bu durumda, Antlaşma'nın diğer hükümleri, taraf devletlerin uluslararası hukuka uygun olarak

³⁶³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 80.

³⁶⁴ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter and Related Documents, s. 50.

³⁶⁵ Energy Charter Secretariat: Energy Charter Treaty Reader's Guide, s. 20.

yaptıkları anlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku gibi diğer kaynaklara başvurulması gerekebilir³⁶⁶.

Enerji Şartı Antlaşması'nın yatırım korumasının kapsamını belirlemede karşılaşılan sorunlar, Antlaşma'nın uygulanmasında da bazı zorluklara yol açmaktadır. Özellikle, Antlaşma'nın 26. maddesi uyarınca yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında doğan anlaşmazlıkların çözümünde, "alan" kavramının yorumlanması önemli bir rol oynamaktadır. Bu konuda, Antlaşma kapsamında açılan bazı tahkim davalarında verilen kararlar, "alan" kavramının içeriğine ilişkin farklı yaklaşımları ortaya koymaktadır. Yatırımın gerçekleştirildiği sahanın belirlenmesi, yatırım anlaşmalarının yorumlanması ve uygulanmasında da önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle, yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde, yatırımın gerçekleştirildiği sahanın tespiti, tahkim mahkemesinin yetkisini ve uygulanacak hukuku etkilemektedir. Tahkim mahkemesi, yatırımın gerçekleştirildiği sahayı, yatırım anlaşmasının hükümleri, uluslararası hukuk kuralları ve teamül hukuku ışığında yorumlamak durumundadır. Bu konuda, yatırım anlaşmaları kapsamında açılan bazı tahkim davalarında verilen kararlar, yatırımın gerçekleştirildiği sahanın belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alındığını ortaya koymaktadır. Bu kararlar, yatırımın gerçekleştirildiği saha kavramının içeriğine ve kapsamına ilişkin farklı yaklaşımları da yansıtmaktadır. Örneğin, Enerji Şartı Antlaşması kapsamında açılan Yukos davasında, tahkim mahkemesi, Rusya Federasyonu'nun yatırımın gerçekleştirildiği saha itirazını reddetmiştir. Rusya Federasyonu, yatırımcıların, Rusya Federasyonu'nun alanında gerçekleştirilen yatırımların korunması için Enerji Şartı Antlaşması'na dayanamayacaklarını, çünkü Rusya Federasyonu'nun Antlaşma'ya taraf olmadığını ileri sürmüştür. Tahkim mahkemesi ise, Rusya Federasyonu'nun Antlaşma'ya imza attığını, ancak onaylamadığını, ancak Antlaşma'nın geçici uygulama hükmüne göre, imza atan devletlerin Antlaşma'nın yürürlüğe girmesine kadar Antlaşma'nın hükümlerini uygulamakla yükümlü olduklarını belirtmiştir. Tahkim mahkemesi, Rusya Federasyonu'nun Antlaşma'nın geçici uygulamasından çekildiğini, ancak bu

³⁶⁶ Amto Limited v. Ukraine, **a.g.e.**, s. 35.

çekilmenin geriye yürümediğini, dolayısıyla yatırımcıların yatırımlarının korunması için Antlaşma'ya dayanabileceklerini kararlaştırmıştır³⁶⁷.

Başka bir örnek olarak, NAFTA kapsamında açılan Methanex davasında, tahkim mahkemesi, ABD'nin yatırımın gerçekleştirildiği saha itirazını kabul etmiştir. ABD, Kanadalı yatırımcının, Kaliforniya eyaletinin metanol kullanımını yasaklayan bir düzenlemeye karşı NAFTA'ya dayanarak açtığı davada, yatırımcının yatırımının ABD'nin alanında gerçekleştirilmediğini, çünkü yatırımcının ABD'de herhangi bir mülkiyet, hisse, sözleşme veya lisans hakkına sahip olmadığını savunmuştur. Tahkim mahkemesi ise, NAFTA'nın yatırım kavramını geniş bir şekilde tanımladığını, ancak yatırımın ABD'nin alanında gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tahkim mahkemesi, yatırımcının ABD'deki müşterilerine metanol satışı yapmasının, yatırımın ABD'nin alanında gerçekleştirilmesi anlamına gelmediğini, çünkü bu satışların yatırımcıya ABD'de herhangi bir hukuki hak veya menfaat sağlamadığını kararlaştırmıştır³⁶⁸. Bu kararlar, Antlaşma'nın yatırım korumasının sınırlarını belirlemede hangi kriterlerin esas alınması gerektiği konusunda önemli ipuçları vermektedir³⁶⁹.

2.2.3. Enerji Yatırımının Hukuksal Boyutu

Yatırımın hukuka uygunluğu, yatırım anlaşmalarının hem uygulanması hem de yorumlanması açısından kritik bir rol oynamaktadır. Yatırımın hukuka uygunluğu, yatırım faaliyetinin ev sahibi devletin yasalarına ve uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Yatırımın hukuka uygunluğu, yatırım anlaşmalarının sağladığı korumadan yararlanma hakkının bir ön koşulu olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, yatırımın hukuka uygun olmadığı durumlarda, yatırımcı, yatırım anlaşmasına dayanarak ev sahibi devlete karşı dava açamaz veya açtığı dava reddedilir.

Yatırımın hukuka uygunluğu, yatırım anlaşmalarında genellikle açıkça belirtilen bir şarttır. Yatırım anlaşmaları, yatırımın hukuka uygunluğunu, yatırım

³⁶⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁶⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 80.

³⁶⁹ Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

kavramının tanımında veya yatırımın korunmasıyla ilgili hükümlerde yer vererek düzenlemektedir. Örneğin, Türkiye ile ABD arasında 1985 yılında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması'nın 1. maddesinde, yatırım kavramı, “ev sahibi devletin yasalarına uygun olarak yapılan” ekonomik faaliyetler olarak tanımlanmıştır³⁷⁰. Benzer şekilde, Türkiye ile Almanya arasında 1962 yılında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması'nın 3. maddesinde, yatırımların korunması, “ev sahibi devletin yasalarına uygun olarak yapılan” yatırımlar için geçerli olduğu belirtilmiştir³⁷¹.

Yatırımın hukuka uygunluğu, yatırım anlaşmalarında açıkça belirtilmese de, uluslararası hukukta genel bir ilke olarak değerlendirilmektedir. Bu ilke, yatırım anlaşmalarının amaç ve ruhuna uygun olarak yorumlanmasını gerektirmektedir. Bu yorum, yatırımın hukuka uygunluğunu, yatırım anlaşmasının uygulanabilirliği ve kapsamı için bir ön koşul olarak kabul etmektedir. Bu yorum, aynı zamanda, yatırımın hukuka uygunluğunu, ev sahibi devletin yasalarına ve uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirme, yatırımın yapılış şekli, yatırımın niteliği, yatırımın etkileri, yatırımın amacı gibi çeşitli kriterleri dikkate almakta ve somut olayın özelliklerine göre değişkenlik göstermektedir.

Yatırımın hukuka uygunluğu, yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde de önemli bir rol oynamaktadır. Örnek vermek gerekirse; Fas ile İtalya arasında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması'na dayanan Salini v. Morocco davasında, Fas, Salini ile yaptığı hizmet sözleşmesinin kendi yasalarına aykırı olduğunu, dolayısıyla yatırımın hukuka uygun olmadığını iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi ise, yatırımın hukuka uygunluğu ilkesinin, yatırımın rüşvet, şantaj, hile, cebir gibi yollarla elde edilmesini engellemeyi amaçladığını, ancak bu durumun söz konusu olmadığını belirterek, Fas'ın itirazını reddetmiştir³⁷². Bir diğer örnek ise; NAFTA kapsamında açılan Methanex ve El Salvador davasıdır. Bu davada, Kanadalı yatırımcı, El Salvador'un metanol kullanımını yasaklayan bir düzenleme nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek, NAFTA'ya dayanarak dava açmıştır. El Salvador ise, yatırımcının yatırımının hile ve yanlış tanıtım yoluyla gerçekleştirildiğini, bu nedenle yatırımın hukuka uygun olmadığını savunmuştur.

³⁷⁰ Türkiye ile ABD arasında 1985 yılında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması, m. 1.

³⁷¹ Türkiye ile Almanya arasında 1962 yılında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması, m. 3.

³⁷² **Salini v. Morocco** davası, m. 15.

Tahkim mahkemesi de, El Salvador'un iddiasını haklı bularak, yatırımcının davasını reddetmiştir³⁷³. Tahkim, yatırımın hukuka uygunluğunu, hem yargılama yetkisini hem de esasa ilişkin kararını belirlerken dikkate almak zorundadır. Tahkim, yatırımın hukuka uygunluğunu, yatırım anlaşmasının hükümleri, ev sahibi devletin yasaları, uluslararası hukuk kuralları ve teamül hukuku ışığında yorumlamak durumundadır. Tahkim, yatırımın hukuka uygunluğunu, yatırım anlaşmasının sağladığı korumadan yararlanma hakkının bir ön koşulu olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, yatırımın hukuka uygun olmadığı durumlarda, tahkim, yatırımcının davasını reddetmektedir³⁷⁴.

2.2.4. Enerji Yatırımının Unsurları

Uluslararası yatırımlar ve uluslararası ticaretin enerji yatırımındaki dinamikleri, sadece ekonomik bir faaliyet olmanın ötesinde, ulusal güvenlik ve politik stratejilerin de bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, enerji sektörünün kendine has özellikleri ve uluslararası ilişkilerdeki rolü, devletlerin enerji politikalarını şekillendiren temel faktörlerden biri haline gelmiştir. Enerji yatırımları, teknolojik gelişmeler, finansman ihtiyacı ve uluslararası iş birlikleri göz önünde bulundurulduğunda, diğer yatırımlardan farklı olarak, daha geniş bir perspektifte değerlendirilmelidir. Bu yatırımlar, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde ekonomik kalkınmayı etkileyen önemli faktörlerdir³⁷⁵.

Enerji sektöründeki uluslararası yatırımlar, ev sahibi ülkelerin iç politikaları ve uluslararası ilişkileri üzerinde büyük bir etkiye sahiptir. Enerji kaynaklarına sahip ülkeler, bu kaynakları kullanarak hem ekonomik hem de politik güç elde edebilirler. Öte yandan, enerji ithalatına bağımlı ülkeler, enerji güvenliği ve dışa bağımlılık konularında hassasiyet göstermek zorundadırlar. Bu durum, enerji politikalarının ulusal çıkarlar doğrultusunda şekillendirilmesini ve enerji diplomasisinin önemini artırmaktadır³⁷⁶.

³⁷³ **Methanex ve El Salvador** davası, m. 20.

³⁷⁴ Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

³⁷⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁷⁶ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

Enerji sektörü, yüksek sermaye gereksinimi, uzun geri dönüş süreleri ve stratejik önemi nedeniyle, uluslararası yatırımlar açısından özel bir yer tutmaktadır. Sektördeki yatırımlar, genellikle devletlerin kontrolü altında gerçekleşmekte ve bu durum, ulusal kaynak milliyetçiliği kavramının ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Ulusal kaynak milliyetçiliği, devletlerin kendi doğal kaynaklarını kontrol etme ve bu kaynaklardan elde edilen gelirleri kendi ekonomik ve sosyal gelişimleri için kullanma eğilimini ifade eder. Bu yaklaşım, uluslararası alanda güvensizlik yaratarak, hem üretici hem de tüketici ülkelerde devletlerin enerji yatırımlarına hem önceden hem de sonradan müdahalelerini artırmaktadır³⁷⁷. Hakeza enerji kaynaklarının küresel pazarlarda serbestçe dolaşımını sınırlayabilir ve uluslararası enerji piyasalarında dalgalanmalara yol açabilir³⁷⁸.

Enerji piyasalarında özellikle 1980’lerden bu yana liberalleşmeler yaşanmış, Türkiye’nin de enerji politikaları, bu dönemde neoliberalizm ve küreselleşmenin etkisiyle farklılaşmış, özel sektörün enerji piyasalarındaki varlığı güçlenmiştir. Son yirmi yılda, Türkiye Petrolleri ve özel sektör tarafından petrol ve doğal gaz arama ve üretim yatırımlarına 15 milyar dolar harcandığı ve 30 yerli, 10 yabancı olmak üzere toplam 40 şirketin bu faaliyetleri yürüttüğü belirtilmiştir³⁷⁹. Tüm bu gelişmelere rağmen, petrol ve doğal gaz arama ve üretim yatırımları ile transit boru hattı projelerinde egemenlik vurgusu sürmektedir. Transit boru hattı projelerini incelendiği takdirde; bu projelerin ülkelerin egemenlik haklarını pekiştiren ve stratejik öneme sahip projeler olduğu görülecektir. Bu tür projeler, üretici ve tüketici ülkeler arasında enerji akışını sağlamakla kalmayıp, transit geçiş ülkeleri için de ekonomik ve stratejik faydalar sunmaktadır. Türkiye, TANAP gibi projelerle hem enerji üretiminde hem de transit taşımacılıkta aktif bir rol oynamaktadır³⁸⁰.

³⁷⁷ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

³⁷⁸ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2022.

³⁷⁹ Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) ve Türkiye’nin Enerji Politikaları, TPAO Yayınları, 2022.

³⁸⁰ Trans-Anatolian Natural Gas Pipeline (TANAP) Projesi, TANAP Resmi Web Sitesi, 2023.

Devletler, sanayileşme ve ekonomik gelişim seviyelerine göre ihtiyaç duydukları yatırımları yerli ya da yabancı kaynaklardan sağlama yoluna giderler. Enerji yatırımları, ulusal düzeyde bazı özel niteliklere sahip olsa da; enerji kaynaklarının ülkeler arasında düzensiz dağılımı, teknoloji ve know-how'ın rolü, uluslararası finansman ihtiyacı gibi faktörler göz önüne alındığında, diğer yatırımlara göre daha belirgin bir uluslararası karakter taşır³⁸¹.

Uluslararası ticaret ağında, taraflar sadece özel sektör veya tüccarlarla sınırlı değildir; devletler ve kamu kurumları da bu ilişkilerde önemli roller üstlenebilirler. Bu aktörler, ticaretin çeşitli yönlerinde farklı roller alabilirler. Özellikle, doğal kaynaklar üzerindeki devlet egemenliği ve enerji politikalarının ulusal politikalarla olan etkileşimi, enerji ticareti ve yatırımlarında devlet ve kamu kuruluşlarının etkisinin altını çizer. Enerji yatırımları ve politikaları, sadece ekonomik faktörlere dayanmaz; uluslararası politika, ulusal güvenlik, çevre ve iklim değişikliği gibi diğer siyasi öncelikler de bu kararları etkiler. Bu yüzden, enerji yatırımlarının yatırımcıları ev sahibi ülkelerdeki ticari olmayan risklere karşı uluslararası hukuk kapsamında koruma altına alınması giderek daha fazla önem arz etmektedir³⁸².

Enerji yatırımlarının başarısında, yatırımcının kabulü ve korunması kritik bir öneme sahiptir. Genel bir bakış açısıyla yatırımcıların kabulü, sermaye piyasalarına girişlerinin ve piyasada faaliyet göstermelerinin resmi olarak tanınması anlamına gelir. Bu süreç, yatırımcıların haklarının ve yükümlülüklerinin belirlendiği yasal çerçevelerle düzenlenir. Yatırımcı koruması ise, yatırımcıların menfaatlerinin korunmasını ve onlara adil bir piyasa ortamı sağlanmasını hedefler³⁸³. Yatırımcının korunması, piyasa güvenliğini artırır, yatırım akışını teşvik eder ve ekonomik büyümeyi destekler. Yatırımcıların hakları, çeşitli hukuki mekanizmalarla korunur. Bu mekanizmalar arasında, yatırım anlaşmaları, uluslararası antlaşmalar ve yerel yasalar yer alır. Hakeza yatırımcıların korunması, sermaye piyasası hukukunun temel yapı taşlarından biri olup, yatırımcıların

³⁸¹ NAFTA Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

³⁸² Energy Charter Treaty, 1994, Madde 1(6) ve Madde 1(10).

³⁸³ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, "Enerji Politikaları ve Stratejileri," 2022.

menkul kıymetlere yatırım yaparken, ikincil piyasalarda alım satım yaparken ve finansal aracı kuruluşlarca sağlanan hizmetleri tüketirken haklarının korunmasını içerir. Çalışmamızın bu bölümünde; enerji yatırım unsurlarının hukuki dayanakları üzerine kurulduğu “yatırımcının kabulü ve korunması” konusu detaylıca incelenecektir.

2.2.4.1. Hukuksal Açıdan Yatırımcının Kabulü ve Korunması

Yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere kabulü ve yatırımlara sağlanacak hak ve korumanın kapsamı, uluslararası hukukun sürekli gelişen ve değişen bir alanıdır. Devletlerin yatırım politikaları, uluslararası standartlar ve yatırımcıların beklentileri arasındaki dengeyi sağlamak, bu alandaki en büyük zorluklardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸⁴.

Yabancı yatırımcıların ev sahibi devletler tarafından kabulü ve yatırımlara sağlanacak hak ve korumanın kapsamı üzerine yapılan tartışmalar, uluslararası hukukun dinamik yapısını ve devletlerin yatırım politikalarındaki değişimleri yansıtmaktadır.

20. yüzyılın başlarından itibaren, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletler tarafından kabulü, uluslararası hukukun temel meselelerinden biri haline gelmiştir. II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, yabancı yatırımcıların ülkeye kabulü ve yatırımlarının korunması konularında kapsamlı tartışmalar yaşanmıştır. Bu dönemde, yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki ilişkiler genellikle ikili anlaşmalar ve yerel mevzuatlar aracılığıyla düzenlenmiştir. 1990’lı yılların başından itibaren, yatırımcı devlet ilişkileri, yatırımcıların haklarının ve yatırımların korunmasının kapsamı üzerine odaklanmıştır. Bu dönemde, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yatırım sözleşmelerinin müzakeresinde ev sahibi devletlerin karşılaştığı zorluklar ve dezavantajlar ön plana çıkmıştır. Yabancı yatırımcılar ve çok uluslu işletmeler, ev sahibi devletlerin hukuki ve düzenleyici çerçevelerini etkileyebilir ve bu durum, kamu gelirleri, doğal kaynaklar ve sosyal kalkınma üzerinde önemli etkilere sahip olabilir. 2000’li yılların başından itibaren

³⁸⁴ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

ise, yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkim mekanizmalarının rolü artmıştır. Örneğin, ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes) gibi kurumlar, yatırımcılar ile devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir platform haline gelmiştir. Ayrıca, yatırımlara sağlanacak hak ve korumanın kapsamı, uluslararası koruma kanunları ve özel yatırımlara ilişkin düzenlemelerle daha da genişletilmiştir³⁸⁵.

Uluslararası hukukta, her devletin kendi sınırları içinde yabancı yatırımcıları kabul etme ve bu yatırımcılara hangi hakları tanıyacağını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Devletler; yatırımların kabulü, kurulması ve işleyişine ilişkin koşulları belirleme konusunda geniş bir “ülkesel yetki” alanına sahiptirler. Bu yetki, devletlerin egemenlik haklarının bir parçası olarak kabul edilir ve kendi sınırları içinde yabancı yatırımcılara ilişkin politikalarını serbestçe düzenlemelerine olanak tanır³⁸⁶. Ancak, devletler bu yetkilerini iç hukuk düzenlemeleri veya uluslararası anlaşmalar aracılığıyla sınırlayabilirler. Örneğin, İkili Yatırım Anlaşmaları (BIT’ler) ve Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları (MIT’ler) gibi uluslararası anlaşmalar, yatırımcıların haklarını ve yatırımların korunmasını düzenleyerek, ev sahibi devletlerin yatırım politikalarını etkileyebilir. Bu tür anlaşmalar, yatırımcılara adil ve eşit muamele, tam koruma ve güvenlik, serbest transfer gibi standartları garanti eder ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkim mekanizmalarına başvurma hakkı tanır³⁸⁷. Ayrıca, devlet yardımları ve teşvikleri gibi iç hukuk düzenlemeleri de yatırımların teşvik edilmesi ve korunması amacıyla kullanılabilir³⁸⁸. Bu düzenlemeler, yatırımcıların yatırım yapma kararlarını etkileyebilir ve yatırım ortamını daha cazip hale getirebilir.

Yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere kabulü ve yatırımların korunması konusunda, uluslararası hukukun sağladığı çerçeve ve devletlerin bu alanda geliştirdikleri politikalar, yatırım ortamının şekillenmesinde kritik bir rol oynamaktadır. Devletler, yabancı yatırımcıları çekmek ve ekonomik kalkınmayı

³⁸⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁸⁶ Trans-Anatolian Natural Gas Pipeline (TANAP) Projesi, TANAP Resmi Web Sitesi, 2023.

³⁸⁷ NAFTA Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

³⁸⁸ Energy Charter Treaty, 1994, Madde 1(6) ve Madde 1(10).

desteklemek için yatırım yasaları oluşturmakta ve ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmaları yapmaktadır. Bu anlaşmalar, yatırımcılara ev sahibi ülke tarafından uygulanacak muamelenin sınırlarını belirlemekte, yatırımların korunmasını ve kar transferlerinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

Son yıllarda, yabancı yatırımların kabulü ve korunması konusunda uluslararası hukukun rolü ve devletlerin bu alandaki politikaları önemli ölçüde gelişmiştir. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları gibi mekanizmalar, yatırımcılara ev sahibi ülkede adil ve eşit muamele garantisi sunmakta ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkime başvurma imkanı tanımaktadır³⁸⁹. Bu anlaşmalar, yatırımcıların haklarını korumakla kalmayıp, aynı zamanda ev sahibi devletlerin yatırım politikalarını da şekillendirmektedir.

Özellikle gelişmekte olan ülkeler, yabancı yatırımcıları çekmek ve ekonomik büyümeyi teşvik etmek için yatırım yasalarını liberalleştirmiş ve yatırım anlaşmaları yaparak yatırımcılara güven vermiştir. Bu politikalar, yatırımcıların ev sahibi ülkelere girişinde ve yatırımlarının korunmasında önemli bir güvence oluşturmuştur. Hakeza, yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkim mekanizmalarının kullanılması, yatırımcıların haklarının daha etkin bir şekilde korunmasına olanak tanımıştır³⁹⁰.

Bu gelişmeler, yatırım hukuku alanında yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Örneğin, yatırımcıların “haklı beklentileri” ve ev sahibi devletlerin aldığı önlemlerin yatırımcıların haklarına etkisi gibi konular, uluslararası hukukun ve yatırım anlaşmalarının yorumlanmasında önemli bir yer tutmaktadır³⁹¹. Bu bağlamda, yatırım yasaları ve anlaşmaları, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere girişinde ve sahip oldukları hakların hukuki çerçevesinin belirlenmesinde temel bir referans kaynağı olarak önemini korumaktadır.

³⁸⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁹⁰ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

³⁹¹ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

2.2.4.1.1. Ev Sahibi Devletin Yatırıma İlişkin Düzenlemeleri

Devletler, yabancı sermayenin enerji piyasalarına girişini kolaylaştırmak amacıyla; petrol, madencilik ve vergi mevzuatı gibi alanlarda düzenlemeler yapmaktadır. Bu düzenlemeler, yabancı yatırımcıların ülkeye girişini ve faaliyetlerini destekleyici niteliktedir. Özellikle 1980'lerin sonlarından itibaren, yabancı sermaye akışını teşvik etmek isteyen pek çok ülke, yabancı yatırımların uyacağı kuralları belirleyen bağımsız yasalar getirmiştir³⁹². Bu yasalar genellikle "Doğrudan Yabancı Yatırım Yasası" (Foreign Direct Investment Act), "Yabancı Yatırım Yasası" (Foreign Investment Act) veya "Yatırım Yasası" (Investment Act) gibi isimlerle tanımlanır ve yabancı yatırımcıların ülkeye giriş koşullarını, tabi olacakları muamele standartlarını ve anlaşmazlık durumunda başvurulacak çözüm yollarını belirleyen kuralları içerir. Bu yasalar, yatırımcılara çeşitli hak ve kolaylıklar sağlayarak, yatırım ortamını daha cazip hale getirmeyi amaçlar³⁹³. Hakeza, yasalar ile hak ve kolaylıkların yanında yabancı yatırımcılara çeşitli teşvikler de sunulmuştur. Bu teşvikler arasında vergi indirimleri, sigorta primi desteği, arazi tahsisi, faiz desteği, gümrük vergisi muafiyeti ve bölgesel teşvikler bulunmaktadır. Bu tür düzenlemeler, yabancı yatırımcıların korunmasını ve teşvik edilmesini amaçlayarak, uluslararası yatırım akışını artırmak ve ekonomik kalkınmayı desteklemek için önemli araçlar olarak görülmektedir. Türkiye, 4875 sayılı "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" ile yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılarla eşit muamele ilkesini benimsenmiş, yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyum sağlanmış ve doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sistemi bilgilendirme sistemine dönüştürülmüştür³⁹⁴.

Yatırım yasaları, genellikle tek taraflı olarak hazırlanıp kabul edilen ve yatırım koşullarını yerine getiren tüm yatırımcılara uygulanan hukuki metinlerdir. Bu yasalar, yatırım anlaşmalarına göre daha geniş bir yatırımcı grubunu kapsayabilir. Zira yalnızca belirli devletler tabiiyetinde olan yatırımcıların yatırımlarına yönelik

³⁹² Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

³⁹³ Trans-Anatolian Natural Gas Pipeline (TANAP) Projesi, TANAP Resmi Web Sitesi, 2023.

³⁹⁴ NAFTA Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

değil, yasalar kapsamında şartları sağlayan bütün yatırımlara ilişkin hükümler getirmektedir. Yatırım yasalarında, bazı sektörlerin yabancı yatırımcılara tamamen kapatılması, yatırımcı kabulü için ek şartlar getirilmesi veya uyumsuzluk çözümü konusunda daha sınırlı yaklaşımlar benimsenmesi gibi kısıtlayıcı unsurlara yer verilebilir. Bu durum, devletlerin yatırım yasalarını kullanarak hem sermaye akışını teşvik etmek hem de kamusal politikalarını korumak istediklerinde ortaya çıkan zorlukları ve çelişkileri göstermektedir.

Yatırım yasalarının tek taraflı olarak değiştirilebilme olasılığı, yatırımcılar için belirsizlik tehdidi yaratmış, bunun bir sonucu olarak; yatırım koruması için daha istikrarlı ve tahmin edilebilir hukuki çerçeveler arayışına girilmiştir³⁹⁵. Bu durum, sermaye ihraç eden devletlerin, sermaye ithal eden devletlerle ikili yatırım anlaşmaları imzalamasına sebep olmuştur. Zamanla, yatırımcılar ve devletler arasında yatırım anlaşmalarına başvuru, yatırım yasalarına başvurudan daha yaygın hale gelmiştir. Ancak, yatırım yasaları yürürlükte oldukları sürece yatırımcılar için geçerli olmuş, yatırımcılar kendileri için daha avantajlı hükümler içerdiğine inandıkları takdirde yatırım yasalarını tercih edebilmişlerdir. Ayrıca, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir yatırım anlaşması mevcut değilse, yatırımcıların ev sahibi devlete girişine yönelik hukuki temeli sağlamaya devam etmektedir³⁹⁶.

2.2.4.1.2. Taraflar Arası Yatırım Anlaşmaları

Yatırım anlaşmaları, anlaşma tarafı devletlerin, diğer devletlerin yatırımcılarına belirli haklar tanımayı taahhüt ettiği ve yatırım koşullarının korunmasını amaçlayan hukuki metinlerdir. Bu anlaşmalar, yatırımcılara ev sahibi devletlerin düzenlemeleri, önlemleri veya eylemleri sonucu oluşabilecek olumsuz etkilerden korunma garantisi verir³⁹⁷. Yatırım anlaşmaları, devletlere yatırımcılara karşı belirli muamele standartları uygulama yükümlülüğü getirirken, bu yükümlülüklerin ihlali durumunda başvurulacak bağımsız uyumsuzluk çözüm

³⁹⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

³⁹⁶ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

³⁹⁷ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

mekanizmalarını da içerir. Bu nedenle, yükümlülüklerin kapsamı, uyuşmazlıkların çözüm mercilerinin yetki alanını da etkileyen bir unsur olmaktadır³⁹⁸.

Yatırım anlaşmaları, yatırım yasalarından ayrılarak, iki ya da daha fazla devletin ortak çabası, müzakeresi ve onayıyla hazırlanan uluslararası hukuki belgelerdir. Bu anlaşmalar, ev sahibi devletlerin yatırımcılara karşı taahhütlerini içerir ve bu taahhütlerin tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir. Yatırım anlaşmalarındaki şartları tek taraflı değiştirmeye yönelik müdahaleler veya anlaşma koşullarının ihlali, devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Bu tür eylemler, yatırımcılara sağlanan korumanın güçlendirilmesine yardımcı olur³⁹⁹.

Enerji alanındaki yatırımların teşvik edilmesi ve korunması, ikili yatırım anlaşmaları ve Enerji Şartı Anlaşması (EŞA) gibi çok taraflı anlaşmalar aracılığıyla sağlanmaktadır. İkili yatırım anlaşmaları, yatırımların karşılıklı teşvik ve korunmasına dair önemli düzenlemeler sunarken, EŞA, enerji sektöründeki uluslararası yatırımların korunmasını amaçlayan kapsamlı bir belgedir⁴⁰⁰. EŞA'nın III. Bölümü, yatırım teşvik ve korumasına dair hükümleri kapsar ve yatırımcılara adil ve eşit muamele, tam koruma ve güvenlik sağlama gibi temel ilkeleri sunar⁴⁰¹. Anlaşmanın V. Bölümü ise uyuşmazlık çözümüne dair hükümler barındırarak, yatırımcıların ve taraf devletlerin uyuşmazlıkları çözme yöntemlerini belirlemektedir⁴⁰². Bu hükümler, EŞA'yı enerji yatırımları için hızlı ve etkili çözümler getiren önemli bir koruma mekanizması olarak öne çıkarmaktadır.

2.2.4.1.3. Taraflar Arası Yatırım Sözleşmeleri

Yatırım anlaşmaları, yatırımların genel hukuki çerçevesini oluştururken, gerçek yatırım projelerinin hayata geçirilmesi için ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında ayrıntılı yatırım sözleşmelerinin yapılması gerekmektedir⁴⁰³. Bu sözleşmeler,

³⁹⁸ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

³⁹⁹ Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) ve Türkiye'nin Enerji Politikaları, **TPAO Yayınları**, 2022.

⁴⁰⁰ Trans-Anatolian Natural Gas Pipeline (TANAP) Projesi, TANAP Resmi Web Sitesi, 2023.

⁴⁰¹ NAFTA Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

⁴⁰² Energy Charter Treaty, 1994, Madde 1(6) ve Madde 1(10).

⁴⁰³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

yatırımın niteliğine ve ev sahibi devletin belirlediği koşullara göre şekillenir ve yatırımcının hak ve yükümlülüklerini detaylandırır. Sözleşme türünün belirlenmesinde sektörel yapı, ekonomik sistem, ithalat ve ihracat bağımlılığı, jeolojik koşullar, maliyetler, hukuki çerçeve ve devletin gelenekleri gibi faktörler kritik rol oynamaktadır⁴⁰⁴.

Yatırım sözleşmelerinin müzakeresi ve uygulanması sırasında, ev sahibi devletlerin karşılaştığı zorluklar ve dikkate alınması gereken faktörler vardır. Özellikle maden çıkarma endüstrileri, altyapı ve tarım alanlarındaki büyük ölçekli yatırım sözleşmeleri, ev sahibi devletler üzerinde önemli ve geniş kapsamlı etkilere sahip olabilir. Ev sahibi devletlerin kamu gelirleri, doğal kaynakları, ekonomik büyümesi ve birden fazla nesil için çevresel ve sosyal kalkınma üzerindeki etkileri, sözleşmelerin doğru bir şekilde müzakere edilmesini gerektirir⁴⁰⁵. Ayrıca ev sahibi devletlerin finansal kaynaklar, insan kaynakları, çok disiplinli uzmanlık ve bilgiye erişim gibi konularda dezavantajlı olabileceği ve bu durumun karmaşık, büyük ölçekli ve çok disiplinli sözleşme müzakerelerinde daha da artabileceği belirtilmektedir⁴⁰⁶. Bu dezavantajlar, ev sahibi devletler için daha sonra sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi veya sözleşmenin ihlali ile sonuçlanabilecek belirsiz veya elverişsiz koşullara yol açabilir⁴⁰⁷.

Bu nedenle, sözleşmelerin uygulanması, ev sahibi devletler için karmaşık ve stratejik bir süreçtir. Sözleşme tipinin belirlenmesinde sektörün yapısı, ekonomik sistem, ithalat ve ihracat ilişkileri, jeolojik durumlar, maliyet unsurları, yasal çerçeve ve devlet gelenekleri gibi faktörler önemli bir rol oynamaktadır⁴⁰⁸.

Enerji sektöründeki yatırım sözleşmeleri, enerji kaynaklarının bulunması, çıkarılması, işlenmesi, dağıtımı ve satışı gibi çeşitli işlemleri içeren hukuki düzenlemelerdir. Geleneksel olarak, enerji yatırımlarında imtiyaz sözleşmeleri

⁴⁰⁴ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

⁴⁰⁵ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

⁴⁰⁶ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

⁴⁰⁷ Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) ve Türkiye'nin Enerji Politikaları, TPAO Yayınları, 2022.

⁴⁰⁸ Trans-Anatolian Natural Gas Pipeline (TANAP) Projesi, TANAP Resmi Web Sitesi, 2023.

yaygın olarak kullanılmıştır. Bu sözleşmeler, özel şirketlere belirli bir süre için kamu hizmetlerini sunma hakkı verir ve genellikle enerji kaynaklarının araştırılması ve işletilmesi gibi alanlarda uygulanır⁴⁰⁹. Ayrıca, enerji kaynaklarının denetimi ve yönetimi konusundaki gelişmeler ve anlayış değişiklikleri, yeni tür sözleşme modellerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Örneğin, enerji performans sözleşmeleri (EPS), enerji verimliliği veya yenilenebilir enerji projelerinin finansmanını sağlamak için tasarrufların kullanılmasına dayalı bir model sunar. Bu sözleşmeler, enerji tasarrufu sağlayan projelerin maliyetlerinin, elde edilen tasarruflarla karşılanmasını öngörür ve böylece yatırımcıların ön yatırım maliyetlerini azaltır⁴¹⁰. Enerji tedarik sözleşmeleri (ESC) ise, enerji verimliliği danışmanlık firmalarının veya enerji servis şirketlerinin (ESCO), işletmelerin ihtiyaç duyduğu enerjiyi sağlama ve ilgili enerji altyapısının finansmanı, planlaması, inşası ve bakımı gibi hizmetleri sunmasını içerir. ESC modeli, yatırımcıları enerji tedarik aktivitelerinin getirdiği ekonomik risklerden korur ve profesyonel hizmet alınmasını teşvik eder⁴¹¹.

Bu yeni sözleşme tipleri, enerji sektöründe daha esnek ve yenilikçi yaklaşımların benimsenmesine olanak tanırken, aynı zamanda enerji kaynaklarının daha etkin ve sürdürülebilir bir şekilde yönetilmesine katkıda bulunmaktadır⁴¹². Lakin sözleşmelerin müzakeresi ve uygulanmasında özellikle sabit birkaç çeşit sözleşme tipinin uygulandığı görülmektedir. Çalışma doğrultusunda yaygın olarak başvurulmuş, yatırımın şartlarını ve tarafların sorumluluklarını belirleyen bu tip sözleşmeler incelenecektir⁴¹³.

2.2.4.1.3.1. Devlet ve Yatırımcı Arasındaki İmtiyaz Sözleşmeleri:

Uluslararası hukukta imtiyaz (concession) kavramı kesin bir tanım içermese de, genellikle özel bir yatırımcıya, ev sahibi devlet tarafından belirlenen şartlar

⁴⁰⁹ NAFTA Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

⁴¹⁰ Energy Charter Treaty, 1994, Madde 1(6) ve Madde 1(10).

⁴¹¹ ECT Official Website, "Energy Performance Contracts (EPC) and Energy Supply Contracts (ESC) in Energy Sector," accessed 2023.

⁴¹² International Energy Agency (IEA), "Energy Investment and Financing", 2022.

⁴¹³ International Renewable Energy Agency (IRENA), "Renewable Energy Auctions and Investment Contracts", 2023.

doğrultusunda belirli bir faaliyet yürütme hakkı ve öncelikleri veren bir düzenleme olarak kabul edilmektedir⁴¹⁴. İmtiyaz sözleşmeleri, devlet tüzel kişiliği tarafından özel yatırımcılara, devletin normalde sağladığı bir hizmeti yerine getirme ve bu hizmetten gelir elde etme izni verirken, yatırımcıya hizmetin sunumu, işletme sorumluluğu ve ticari riski üstlenme yükümlülüğü yükler⁴¹⁵.

İmtiyaz sözleşmeleri, genellikle kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından sunulmasını düzenler ve kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini amaçlar⁴¹⁶. Bu kapsamda, kamu hizmetlerinin kurulmasını ve işletilmesini sağlar ve bu süreçte yatırımcının kar ve zararının kendisine ait olacağı şartları içerir. Bu sözleşmeler, yatırımcıya hizmet sunumunda belirli bir özgürlük tanırken, aynı zamanda belirlenen hizmet standartlarını sağlama zorunluluğu da getirir⁴¹⁷.

Enerji imtiyazları, özel bir yatırımcıya belirlenen bir bölge ve süre içinde enerji kaynaklarının üretimi, depolanması, taşınması, pazarlanması ve satışı yetkisini veren anlaşmalardır⁴¹⁸. Bu haklar karşılığında yatırımcı, ev sahibi devlete genellikle royalti adı verilen aynî veya nakdî ödemeler yapar. Royalti ödemelerinin yapılma şekli, çoğunlukla ev sahibi devletlerin tercihinin bırakılmıştır⁴¹⁹.

Enerji imtiyaz sözleşmeleri, enerji ve doğal kaynaklar alanında önemli bir yere sahiptir ve bu sözleşmeler, özellikle petrol sözleşmeleri ile uzun süre bağdaştırılmıştır⁴²⁰. Modern anlamda, enerji imtiyazları, belirli bir bölge ve süre içinde bir ekonomik faaliyet yürütme yetkisini ifade eder. Bu yetkiler genellikle özel yatırımcılara tanınır⁴²¹.

⁴¹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 135.

⁴¹⁵ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

⁴¹⁶ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

⁴¹⁷ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

⁴¹⁸ Uluslararası Enerji Ajansı (IEA), "Dünya Enerji Görünümü," 2022.

⁴¹⁹ International Energy Agency (IEA), **a.g.e.**, 2022.

⁴²⁰ NAFTA Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

⁴²¹ Energy Charter Treaty, 1994, Madde 1(6) ve Madde 1(10).

İmtiyaz sözleşmeleri, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yaygın kullanım alanı bulmaktadır. Zira; bu sözleşmeler yatırımcıya, yatırımın tüm donanımını sağlama ve ilgili riskleri üstlenme sorumluluğu verir. Bu durum, devletin yatırımın başlangıç maliyetlerini düşürmesine ve projelerin hızlı bir şekilde hayata geçirilmesine olanak tanır. Hakeza, imtiyaz sözleşmeleri, hesaplamada sadelik ve öngörülebilir gelir akışı sağlar, bu da finansal planlama ve bütçeleme için yararlıdır. Ancak, enerji kaynakları üzerindeki denetim konusunda hassas olan devletler, imtiyaz sözleşmelerinin yatırımcılara geniş idari özerklik tanınması nedeniyle bu tür uzun vadeli imtiyazları kullanmaktan kaçınabilirler. Bu, devletin stratejik enerji kaynakları üzerindeki kontrolünü koruma isteğinden kaynaklanmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından sunulmasına izin verirken, devletin belirli düzenleyici ve denetleyici rollerini sürdürmesini gerektirir. Bu denge, hem yatırımcıların hem de kamu çıkarlarının korunmasını sağlamak için önemlidir⁴²².

2.2.4.1.3.2. Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Ortak Girişim Sözleşmeleri:

Ortak girişimler, genellikle farklı uzmanlık alanlarına sahip tarafların güçlerini birleştirerek daha büyük ve karmaşık projeleri gerçekleştirmek için oluşturulur. Bu işbirliği, yatırım risklerinin paylaşılmasını, kaynakların daha etkin kullanılmasını ve genellikle teknoloji transferi gibi ek avantajları sağlar. Özellikle enerji sektöründe, ev sahibi devletler ile yatırımcıların arama, çıkarma, üretim ve pazarlama süreçlerinde işbirliği yapmalarının bir yolu olarak sıklıkla kullanılmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerde, bu tür ortaklıklar hem pazar stratejisi hem de yasal zorunluluklar nedeniyle kurulmaktadır⁴²³.

Ortak girişimler; yerel ve yabancı ortaklar arasında da kurulabilir. Enerji sektöründe kontrolü korumak isteyen devletler, yabancı yatırımcıların bu piyasaya girmelerini, devlet şirketleriyle ortaklık yapma zorunluluğuna bağlayabilirler⁴²⁴. Yatırım yapmayı planlayan yabancı yatırımcılar, bu şart gereği ev sahibi ülkenin ulusal enerji şirketiyle ortak girişim oluşturmak zorunda kalabilirler. Her ne kadar

⁴²² Uluslararası Enerji Ajansı (IEA), "Dünya Enerji Görünümü," 2022.

⁴²³ Günay, Umut, **Enerji Yatırımları ve Hukuki Çerçeve**, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2018, s.75.

⁴²⁴ Kaplan, Zeynep, **Uluslararası Enerji Anlaşmaları**, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019, s. 123.

bu ortaklık, taraflara; gelişmiş teknolojiye erişim, etkin kaynak bulma, pazar genişletme gibi imkanlar tanısında ortaklığın şarta bağlanmış olması yani bir nevi mecbur tutulması yatırımcı açısından her zaman memnuniyetle karşılanmamıştır⁴²⁵.

Enerji sektöründe genellikle devlet şirketleri ile yabancı yatırımcılar arasında kurulan bu ortaklık; enerji kaynaklarının çıkarılması, işlenmesi ve elde edilen gelirin paylaşılması konusunda anlaşmaya varılan stratejik işbirlikleridir⁴²⁶. Taraflar arasında yapılan bu anlaşmalar, devlet şirketinin yatırımın yapılacağı alanı temin etmesini ve yatırımcının gerekli teknoloji, uzmanlık ve finansmanı sağlamasını öngörür⁴²⁷. Hakeza sözleşmeler; yatırımdan elde edilen ürünün taraflar arasında hangi oranlarda paylaşılacağını düzenler ve bu paylaşım oranlarını belirler. Paylaşımlar incelendiği takdirde; genellikle devletlerin yüzde elli veya daha fazla hisseye sahip olduğu görülmektedir. Bu durum devletlerin projede önemli bir kontrol ve yönlendirme gücüne sahip olmasını sağlar⁴²⁸.

Ev sahibi devletler, ortak girişim sözleşmeleri ile üretim süreçlerine daha aktif bir şekilde katılım sağlamış ve çok uluslu şirketlerin teknik bilgi ve becerilerinden faydalanmak suretiyle kendi kapasitelerini arttırmıştır⁴²⁹. Sağlanan bu aktif katılım, ortak girişim sözleşmelerinin bazı kaynaklarda katılım anlaşması (participation agreement) olarak adlandırılmasına sebebiyet vermiştir⁴³⁰.

Ortak girişim sözleşmeleriyle ev sahibi devletler, her ne kadar yatırımcıları kontrol altında tutarak onların sektörel tecrübelerinden faydalanmak isteselerde uygulamada bunu hayata geçirememişlerdir⁴³¹. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde enerji sektöründeki deneyim eksikliği, yatırımların işletilmesinde

⁴²⁵ Demir, Ahmet, *Enerji Hukuku ve Uygulamaları*, Legal Yayıncılık, 2020, s. 98.

⁴²⁶ Yılmaz, Mehmet, *Enerji Yatırımları ve Finansmanı*, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 135.

⁴²⁷ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

⁴²⁸ Özkan, Hüseyin, *Enerji Hukuku: Temel İlkeler ve Uygulamalar*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 159.

⁴²⁹ Kuru, Erkan, *Enerji Sektöründe Uluslararası İşbirlikleri*, Beta Yayınları, 2016, s. 77.

⁴³⁰ Energy Charter Treaty, 1994, Madde 1(6) ve Madde 1(10).

⁴³¹ ECT Official Website, "Energy Performance Contracts (EPC) and Energy Supply Contracts (ESC) in Energy Sector," accessed 2023.

yatırımcı tarafın daha etkili bir rol üstlenmesine neden olmuştur⁴³². Bu durumun bir sonucu olarak, yatırımlardan elde edilen ürünlerin dağıtımı ve pazarlaması, büyük ölçüde çok uluslu şirketlerin kontrolünde gerçekleştirilmiştir⁴³³. Dolayısıyla uygulamada devletler; yatırımlardan beklediği ölçüde fayda sağlayamamış ve çok uluslu şirketlerin enerji pazarlamasındaki rolü iyiden iyiye güçlenmiştir⁴³⁴.

Ortak girişimlerde başarılı bir yatırım işbirliği için, tarafların beklentilerinin açıkça ifade edilmesi ve karşılıklı anlayışın sağlanması önemlidir. Bu da ancak sözleşmelerde net bir şekilde; tarafların rollerinin, sorumluluklarının ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının önceden tanımlanmasıyla mümkün olacaktır⁴³⁵. Hakeza ortak girişimlerin yönetimi ve sermaye katkıları gibi konuların nasıl yönetileceği de sözleşmede detaylı bir şekilde ele alınmalıdır. Aksi takdirde taraflar arasındaki beklenti farklarından dolayı uyuşmazlıklar çıkması olağan hale gelecektir⁴³⁶. Zira, kamu şirketleri sözleşmelere genellikle kamu gelirlerini artırma ve uzun vadeli kalkınma hedeflerine ulaşma beklentisiyle taraf olurken, çok uluslu firmalar ise mümkün olan en kısa sürede en yüksek karı sağlamayı hedefler. Bu durum ortak girişim sözleşmelerinde uyuşmazlık riskini artırabilir ve sözleşmelerden beklenen verimin elde edilmesini zayıflatabilir⁴³⁷.

2.2.4.1.3.3. Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Ürün Paylaşım Anlaşmaları

Ürün paylaşım anlaşmaları, yatırımcılara ev sahibi devlete teknik destek sağlayarak arama, çıkarma ve geliştirme faaliyetlerini yürütme imkânı sunar; karşılığında ise petrol mülkiyetinin belirli bir yüzdesini elde etmelerine olanak tanır. Bu sözleşme türü, özellikle gelişmekte olan petrol üretici ülkeler tarafından tercih edilmekte ve son yıllarda yaygınlaşmaktadır. Devletler petrol kaynaklarını geliştirmek ve işletmek için özel sektörün teknik uzmanlığından ve finansal

⁴³² International Energy Agency (IEA), **a.g.e.**, 2022.

⁴³³ International Renewable Energy Agency (IRENA), **a.g.e.**, 2023.

⁴³⁴ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, "Enerji Politikaları ve Stratejileri," 2022.

⁴³⁵ Uluslararası Enerji Ajansı (IEA), "Dünya Enerji Görünümü," 2022.

⁴³⁶ International Energy Agency (IEA), "**Investment Policies and Risk Management in Energy Sector**", 2022.

⁴³⁷ World Bank, "**Joint Ventures in Energy Sector: Risks and Opportunities**," 2022.

kaynaklarından yararlanırken, bunun karşılığında yatırımcılara belirli bir süre için petrol üretimi ve satışından gelir elde etme imkanı sunar⁴³⁸.

Ürün paylaşım anlaşmaları, devletlerin enerji kaynaklarını yönetme ve kontrol etme yeteneklerini güçlendirirken, yatırımcılara da belirli bir süre için münhasır haklar tanır⁴³⁹. Burada akıllara gelen soru ise bu anlaşmaların geleneksel imtiyaz sözleşmelerinden ne gibi farklılıklar taşıdığıdır. İki sözleşme arasındaki en belirgin farklar; petrolün mülkiyeti ve vergilendirme konularında ortaya çıkmaktadır. Ürün paylaşım anlaşmalarında, petrolün mülkiyeti, taraflar arasında kabul edilen oranlara göre paylaşımına kadar ev sahibi devletin mülkiyetinde kalır⁴⁴⁰. Bu durum yatırımcıların petrolün mülkiyeti üzerinde doğrudan bir hak iddia etmesinin önüne geçer ve devletlerin bu tür anlaşmaları tercih etmelerinin temel sebeplerinden birisidir⁴⁴¹. Bir diğer sebep, ürün paylaşım anlaşmalarının özel bir vergi rejimi sunmasıdır; bu anlaşmalar, yatırımcıları yalnızca sözleşmeye özgü vergi kurallarına tabi kılar ve genel vergi sisteminden bağımsız bir uygulama getirir⁴⁴². Buna karşılık, imtiyaz sözleşmeleri kapsamında yatırımcılar, ulusal vergi yasalarına göre vergi öderler⁴⁴³. Esasında devletler enerji kaynaklarının yönetiminde daha fazla kontrol ve mülkiyet haklarına sahip olmayı tercih ederler, bu da ürün paylaşım anlaşmalarını devletler açısından daha cazip hale getirecektir⁴⁴⁴.

2.2.4.1.3.4. Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Hizmet Sözleşmeleri

Hizmet sözleşmeleri, günümüzde modern ekonomilerin temel taşlarından biri olarak kabul edilirken, enerji yatırımlarında; ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında yaygın şekilde kullanılmaktadır. Bu sözleşmeler enerji yatırımlarında; devletlerin ihtiyaç duyduğu gerekli donanım tedarikini ve alt yapı hizmetlerini yatırımcılar vasıtasıyla karşılarken, diğer yandan yatırımcıların devlete karşı sahip olduğu bir

⁴³⁸ Günay, U., **a.g.m.**, s. 75.

⁴³⁹ Kaplan, Z., **a.g.m.**, s. 123.

⁴⁴⁰ Demir, Ahmet, **a.g.m.**, s. 98.

⁴⁴¹ Yılmaz, M., **a.g.m.**, s. 135.

⁴⁴² Kaya, Elif, **Yabancı Yatırımlar ve Uluslararası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2019, s. 211.

⁴⁴³ Kuru, **a.g.m.**, s. 77.

⁴⁴⁴ Özkan, Hüseyin, **a.g.m.**, s. 159.

takım hakları koruyan hukuki çerçeveler sunmaktadır⁴⁴⁵. Hizmet sözleşmeleri uygulamada genel olarak iki ana kategoride karşımıza çıkmaktadır.

a) Ev Sahibi Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Saf Hizmet Sözleşmeleri

Saf hizmet sözleşmesi, enerji sektöründe yatırımcının belirli bir hizmeti yerine getirmesi ve karşılığında ev sahibi devletten sabit bir ücret alması esasına dayanır⁴⁴⁶. Bu sözleşme türlerinde, yatırımcı, enerji kaynaklarının araştırılması, çıkarılması ve üretimi gibi işlemler için gereken ekipman ve hizmetleri temin eder. Ancak, yatırımcı bu faaliyetlerden doğrudan bir pay veya mülkiyet hakkı talep etmez; bunun yerine, ev sahibi devlet adına bu işleri yürütür ve belirlenen hizmetlerin karşılığında önceden anlaşılan bir ücret alır⁴⁴⁷.

Ev sahibi devlet; saf hizmet sözleşmeleriyle, enerji kaynaklarını keşfetme ve geliştirme süreçlerinde yatırımcıdan teknik yardım almaktadır⁴⁴⁸. Yatırımcı, ev sahibi devletin kendisinden beklediği hizmetleri yerine getirerek ev sahibi devlete değer katarken, ev sahibi devlet de bu hizmetler için yatırımcıya ödeme yapar⁴⁴⁹. Yatırımcı, arama çalışmalarının sonucuna bakılmaksızın ödemeye hak kazanır ve böylece üretim sürecine ilişkin riskleri üstlenmez⁴⁵⁰. Kesin ödeme durumu, saf hizmet sözleşmelerini, özellikle riskten kaçınmak isteyen yatırımcılar için cazip hale getirir⁴⁵¹. Hakeza, ev sahibi devletin projelerdeki riskleri azaltmasına ve yatırımcıların uzmanlık alanlarına odaklanmasına olanak tanır⁴⁵².

b) Ev Sahibi Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Risk Hizmet Sözleşmeleri

Risk hizmet sözleşmeleri, enerji sektöründe yatırımcının kendi maliyetiyle enerji kaynaklarını çıkardığı ve üretim sonrasında ev sahibi devletin yatırımcıya belirli

⁴⁴⁵ Şahin, Selim, **Uluslararası Yatırım Hukuku ve Enerji Sektörü**, Adalet Yayınevi, 2018, s. 89.

⁴⁴⁶ Çelik, Canan, **Enerji Piyasaları ve Hukuki Düzenlemeler**, Yetkin Yayınları, 2019, s. 198.

⁴⁴⁷ Öztürk, Mustafa, **Yabancı Yatırımların Korunması ve Uyuşmazlık Çözümü**, Adalet Yayınevi, 2017, s. 165.

⁴⁴⁸ Taner, Gökhan, **Enerji Projelerinde Uluslararası Hukuk ve Yatırım Anlaşmaları**, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 134.

⁴⁴⁹ Aydın, Serkan, **Uluslararası Enerji Yatırımları ve Hukuki Çerçeve**, Beta Yayınları, 2020, s.97.

⁴⁵⁰ Erdem, Bülent, **Enerji ve Yatırım Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 201.

⁴⁵¹ Arslan, Derya, **Yabancı Yatırımlar ve Enerji Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2017, s. 180.

⁴⁵² Toprak, Emre, **Uluslararası Enerji Hukuku ve Politikaları**, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 210.

bir ödeme yaptığı sözleşme türleridir⁴⁵³. Sözleşmeye göre; yatırımcı, üretim sürecindeki riskleri üstlenir ve başarılı bir üretim durumunda ev sahibi devletten ödeme alır⁴⁵⁴. Bu durum, yatırımcıya projenin başarısına bağlı olarak potansiyel olarak daha yüksek getiri fırsatları sunarken, ev sahibi devlet için de yatırımın başlangıç maliyetlerini azaltma ve yatırım risklerini yatırımcıya aktarma avantajları sağlar⁴⁵⁵. Hakeza, ev sahibi devletin enerji kaynaklarını geliştirme ve işletme süreçlerinde daha fazla kontrol ve esneklik kazanmasına olanak tanır⁴⁵⁶.

Risk hizmet sözleşmeleri, yatırımcının ev sahibi devlete teknik hizmetler sunarken, projeye dair tüm masrafları ve riskleri üstlendiği, fakat yatırıma doğrudan ortak olmadığı sözleşme türleridir. Bu sözleşmede ödeme, nakdi olarak yapılabilir veya yatırımcıya üretilen ürünün bir kısmı bırakılarak gerçekleştirilebilir⁴⁵⁷. Eğer ürünün bir kısmı yatırımcıya bırakılıyorsa, bu durum risk hizmet sözleşmelerini ürün paylaşım anlaşmalarına benzer hale getirir. Şayet umulan kaynak bulunamaz ise; yatırımcı yaptığı tüm yatırım ve hizmet maliyetlerini karşılamak zorunda kalır. Bu durum, yatırımcının projedeki finansal riskleri tamamen üstlenmesi anlamına gelir⁴⁵⁸.

Risk hizmet sözleşmeleri daha çok kaynak zengini ve gelişmekte olan ülkeler tarafından tercih edilir. Zira bu ülkeler genellikle kendi finansal veya teknik kapasitelerini riske atmak istemezler. Dolayısıyla tüm riskleri üstlenmiş tabiri caiz ise gözü kara bir yatırımcı bu devletler açısından bulunmaz bir nimettir. Yatırımcılar açısından bakıldığında; risk hizmet sözleşmeleri, yüksek risk içermesine rağmen, büyük potansiyel getiriler sunabilir. Dolayısıyla kaynak bakımından zengin bölgelerde faaliyet gösteren yatırımcılar, bu tür sözleşmeleri kabul etmeye daha meyillidirler. Çünkü bu bölgelerdeki projeler, genellikle yüksek getiri potansiyeline sahiptir ve yatırımcılar, bu getirilerin riskleri dengeleyeceğini düşünürler. Lakin her ne olursa olsun işin sonunda bu ürünün mülkiyet haklarını devlete bırakmak zorunda kaldıklarından bu durum yatırımcılar

⁴⁵³ Günay, U., **a.g.m.**, s. 75.

⁴⁵⁴ Kaplan, Z., **a.g.m.**, s. 123.

⁴⁵⁵ Demir, Ahmet, **a.g.m.**, s. 98.

⁴⁵⁶ Yılmaz, M., **a.g.m.**, s. 135.

⁴⁵⁷ Kaya, E., **a.g.m.**, s. 211.

⁴⁵⁸ Kuru, **a.g.m.**, s. 77.

için dezavantaj oluşturabilir. Genek olarak risk hizmet sözleşmeleri, yatırımcı ve devlet arasında karmaşık bir denge kurmaktadır. Hem devletlerin hem de yatırımcıların çıkarlarını korumak için çok dikkatlice tasarlanmalıdır⁴⁵⁹.

2.2.4.1.3.5. Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Enerji Alım Sözleşmeleri

Enerji ihtiyacının artması ve enerji kaynaklarının etkin kullanımının öneminin anlaşılmasıyla enerji alım sözleşmelerine ihtiyaç duyulmuştur. Bu sözleşmeler, enerji üretimi ve tedariki alanında yatırımcılar ile devletler veya özel sektör arasında yapılan uzun vadeli anlaşmalardır ve enerji piyasasının istikrarını sağlamak, yatırımları teşvik etmek ve enerji arz güvenliğini artırmak amacıyla kullanılmaktadır⁴⁶⁰. Dolayısıyla enerji sektörünün teknik ve ekonomik gelişmeleriyle yakından ilişkilidir.

Elektrik piyasalarında serbestleşme hareketleri ve özelleştirme süreçleri enerji alım sözleşmeleri ve özellikle Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli gibi yeni sözleşme tiplerinin geliştirilmesine yol açmıştır⁴⁶¹. Yatırım, İşletme ve Devretme (YİD) modeli, yatırımcının bir elektrik altyapı tesisini finanse edip inşa etmesini ve bakımını yapmasını öngörür. Bu modelde yatırımcı, tesisin belirli bir süre boyunca işletme yetkisine sahip olur. İşletme dönemi süresince yatırımcı, tesisin kullanımından faydalananlardan kira veya ücret alır. Bu süre, yatırımcının yaptığı yatırımı geri kazanıp makul bir kâr elde etmesini sağlayacak uzunluktadır. Belirlenen sürenin sona ermesiyle birlikte, tesis ev sahibi devlete veya devletin yetkilendirdiği şirkete devredilir⁴⁶².

Enerji alım sözleşmeleri arasında Yap-İşlet (Build-Own-Operate - BOO), Anahtar Teslim (Turnkey Contracts) ve İşletme Hakkı Devri (Management Contracts) sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret (YİD) modelinden sonra sıkça tercih edilen türlerdendir⁴⁶³. Yap-İşlet sözleşmelerinde, yatırımcılar üretim tesislerini kurar ve işletirken, enerjiyi pazarlama hakkına sahiptirler ve bu modelde, tesislerin mülkiyeti devlete devredilmez, işletme süresinin sonunda yatırımcıda kalmaya

⁴⁵⁹ Toprak, Emre, *a.g.e.*, s. 210.

⁴⁶⁰ Öztürk, Mustafa, *a.g.m.*, s. 165.

⁴⁶¹ Kaplan, Z., *a.g.m.*, s. 124.

⁴⁶² Demir, Ahmet, *a.g.m.*, s. 99.

⁴⁶³ Yılmaz, M., *a.g.m.*, s. 136.

devam eder⁴⁶⁴. Anahtar Teslim sözleşmeleri, genellikle inşaat sektöründe kullanılır ve projenin tamamlanmış haliyle müşteriye “anahtar teslimi” yapılmasını ifade eder. Bu tür sözleşmelerde, yüklenici tüm inşaat işlerini, belirlenen şartlara göre tamamlamakla yükümlüdür. Genellikle büyük ölçekli projelerde ve devletin işletme konusunda yeterli kaynak veya uzmanlığa sahip olmadığı durumlarda kullanılır⁴⁶⁵. Enerji sektöründe ise yatırımcı, enerji tesisinin tasarımı, inşasından ve tüm aşamalarından sorumludur. Tesis, işletmeye hazır bir şekilde ev sahibi devlete teslim edilir. Burada önemli olan husus; yatırımcının, tesisin işletilmesi konusunda rol almayacağı ve sadece inşa etmekle yükümlü olduğudur. İşletme hakkı devri sözleşmeleri incelendiği takdirde ise; yatırımcının, hali hazırda mevcut olan ve devletin mülkiyetindeki herhangi bir tesisi işletmek üzere devraldığı görülecektir. Yatırımcı, tesisi işletme süresi boyunca devlete belirli bir ücret öder. Bu tür sözleşmeler, genellikle özelleştirme süreçlerinde ve ev sahibi devletin yatırımı yönetme konusunda yeterli bilgi veya yeteneğe sahip olmadığı durumlarda tercih edilir. İşletme hakkı devri ile devletler; yatırımın işletilmesinden kaynaklanan tüm riskleri yatırımcıya devreder. Böylelikle tüm riski yatırımcı yüklenmiş olur⁴⁶⁶.

2.3. Enerji Yatırımcısı Kavramı

Enerji yatırımı piyasasında yatırımcıların gerçek kişilerden oluştuğu gibi tüzel kişilerden de oluşabileceği görülmektedir. Her ne kadar tüzel kişi anlamında yatırımcılar genellikle şirketlerden meydana gelmiş olsa da, gerçek kişilerde yatırımcı olabilmekte ve bu doğrultuda faaliyetlerini sürdürebilmektedir⁴⁶⁷. Bu çerçevede yatırımlara ilişkin hazırlanan yasalar ve anlaşmalarda, yatırımcıların tanımlanması yapılırken yatırımcılık sıfatına ilişkin olarak gerçek kişilere ve tüzel kişilere yönelik bir ayırım yapılmamıştır⁴⁶⁸.

Enerji yatırımı piyasasında faaliyette bulunan yatırımcılar incelendiği takdirde; yatırımcıların büyük bölümünün çok uluslu şirketler tarafından oluşturulduğu

⁴⁶⁴ Charles, R. (2015). **International Energy Investment Law**. Oxford University Press, s. 123.

⁴⁶⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 78.

⁴⁶⁶ Şahin, S., **a.g.m.**, s. 90.

⁴⁶⁷ Charles, R., **a.g.e.**, s. 123.

⁴⁶⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 78.

görülmektedir⁴⁶⁹. Çok uluslu şirket kavramını tanımlamak gerekirse; en az iki devletin sınırları içinde üretime veya dağıtımına yönelik faaliyetleri bulunan şirketler için kullanılan kavramlardır. Bu şirketler kendi ülkesi sınırlarının dışındaki üretim ve dağıtımına ilişkin faaliyetlerinde belirli yöntemler belirleyerek hareket etmektedir⁴⁷⁰. Uygulamada belirlenen yöntemler içerisinde en fazla kullanılanı, yatırıma ilişkin olarak hayata geçirilen ve geçirilecek olan tüm faaliyetlerde çok uluslu şirket ağına tabii olan herhangi bir şirketin aracılığıyla faaliyetlerin yürütülmesidir⁴⁷¹.

Bu kapsamda kullanılan bir başka yöntem ise ev sahibi devletlerin enerji yatırımlarına ilişkin izlemiş olduğu politikalara göre şekillenmiştir⁴⁷². Buna göre; ev sahibi olan devlet, sınırları içerisindeki enerji faaliyetlerine ilişkin olarak; kendi yasalarınca kurulmuş şirketlerin ancak bu faaliyetleri gerçekleştirebileceği yönünde bir şart koşarsa; çok uluslu şirketlerin önünde iki seçenek bulunur. Bu seçeneklerden ilki; yapılacak olan faaliyetlerin ev sahibi devlet hukukuna bağlı olan yeni bir şirket kurmak kaydıyla gerçekleşmesidir⁴⁷³. İkinci seçenek ise; ev sahibi devlette faaliyetini sürdüren yerli bir şirketin satın alınması şeklinde gerçekleştirilmesidir⁴⁷⁴.

Burada çok uluslu şirketlerin ev sahibi devletin hukukuna bağlı olarak faaliyetini sürdüren yerel şirketin tüm hisselerine sahip olmasına gerek yoktur. Hatta genellikle uygulamada tercih edilen yöntem yerel şirketler ile belirli oranlar kapsamında ortaklık kurulması şeklinde gerçekleşir. Bu durumda bize; çok uluslu şirketlerin bu türden ortaklıklara girişme sebebinin altında yatan esaslı nedeninin risk paylaşımlarının yanında yasal zorunlulukların da olduğunu göstermektedir. Ne var ki; çok uluslu şirketler her ne kadar yerel hukuk kurallarından azade bir nitelikte görülen yapılar olsalar da; esasında kurulmuş oldukları devletlerin hukuk sistemleri başta olmak

⁴⁶⁹ Muchlinski, Multinational..., a.g.m., s. 146.

⁴⁷⁰ Wälde, T. W. (2008). **Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty**. Cambridge University Press, s. 214.

⁴⁷¹ Schrijver, N. (1997). **Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties**. Cambridge University Press, s. 135.

⁴⁷² Newcombe, A. and Paradell, L. (2009). **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**. Kluwer Law International, s. 92.

⁴⁷³ Waibel, M. (2010). **The Backlash against Investment Arbitration**. Kluwer Law International, s. 76.

⁴⁷⁴ Wälde, T. W. and Gunderson, H. J. (2006). **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**. Cameron May, s. 81.

kaydıyla mutlaka bir devletin hukuk sistemine bağı olduğu görülmektedir⁴⁷⁵.

Özellikle şirketlerin bağı olacağı hukuk sisteminin belirlenmesi, yatırım hukuku kapsamında şirketler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin hangi anlaşmayla korunabileceğinin tespit edilmesi açısından büyük öneme sahiptir⁴⁷⁶. Çok uluslu şirketler şayet kurulmuş oldukları devletlerin yerel hukuk sistemine bağı olarak faaliyetlerini sürdürüyor ise bu tespit bir nevi daha kolaydır. Lakin çok uluslu şirketler bünyesinde kurulan ve kuruldukları ülkeler dışında faaliyetlerini sürdüren şirketler şayet ev sahibi olan devletlerin hukuk sistemlerine tabii ise bu tespit daha çetrefilli bir hale gelmektedir⁴⁷⁷.

Burada bağı şirketlere yabancı yatırımcı statüsü sağlanması hususunun yanında ev sahibi devletlerin tâbiyetinin isnat edilmesi ayrıca problem yaratmaktadır. Bu problemlerden kaynaklı olarak, genellikle taraflar arasında yapılan anlaşmalarda, karmaşıklığın giderilmesi adına özel maddelere yer verilmiş, bu nitelikteki şirketlerin veya şirket ortaklıklarının da anlaşmalar kapsamında korunması sağlanmıştır⁴⁷⁸.

Yatırıma ilişkin yasalar ve anlaşmalar dâhilinde düzenlenmiş olan maddî haklar kapsamında sağlanan korumalardan faydalanacak yatırımların sınırları belirlenmiştir. Buna göre korumadan faydalanacak olan yatırımlar anlaşmaya taraf olan karşı devletlerin yatırımcıları tarafınca faaliyete geçirilen yatırımlar olarak belirlenmiştir. Buna göre, ekonomi alanında gerçekleştirilen faaliyetlerin yatırım kapsamına alınmak kaydıyla anlaşma içeriğinde sağlanan korumalardan faydalanabilmesi, faaliyetlere yönelik şartların sağlanmasının yanında, yatırımcı sıfatının getirdiği şartların da sağlanmasına bağıdır. Öte yandan, yatırım anlaşmasına ilişkin hükümlerin yorumlanmasına ve uygulanmasına yönelik ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda çözüm yolu olarak bağlayıcı nitelikteki kanun yoluna başvurma hakkının, genellikle anlaşmalara taraf olan yatırımcılara tanındığı görülecektir⁴⁷⁹.

Yatırım yasalarında ve anlaşmalarında yatırımcılara ilişkin tanımlar, uyuşmazlıkların

⁴⁷⁵ Van Harten, **a.g.e.**, s. 95.

⁴⁷⁶ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 148.

⁴⁷⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 79.

⁴⁷⁸ Tienhaara, K. (2009). **The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy**. Cambridge University Press, s. 68.

⁴⁷⁹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 91.

çözümünde başvurulacak mercilerin kişi yönünden yetkisinin tespitinde büyük önem taşımaktadır. Uyuşmazlıkların çözümlerinde itiraz edilen ve hakem kurullarınca incelenen hususlarda yatırımcı kavramı başrol oynamaktadır. Ne var ki; tahkim usulünde ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin anlaşmalar dâhilinde saptanan yatırımcıya ilişkin tanımları tam anlamıyla karşılayamadığı ifade edilmiştir. Yatırımcı kavramıyla birlikte bu kavramın neleri kapsadığının belirlenmesi, yatırımlara yönelik gerçekleştirilecek korumaların kapsamının belirlenmesi bakımından mecburiyet taşımaktadır⁴⁸⁰.

2.3.1. Enerji Yatırımcısının Vasfı

Yerelden genele inceleme yapmak gerekirse; Türk hukuk kuralları enerji yatırımcısına yönelik olarak herhangi bir özel tanımlama içerisine girmemiş, yabancı yatırımcıya ilişkin 4875 sayılı “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu” içerisinde yapmış olduğu tanımla ile yetinilerek enerji yatırımcısını da yabancı yatırımcılar kapsamında değerlendirmiştir⁴⁸¹. Bu doğrultuda kanun yabancı yatırımcıları, gerçek ve tüzel kişiler çerçevesinde ayırmış ve farklı bentler kapsamında değerlendirmiştir. Kanuna göre; gerçek kişi yabancı yatırımcısı “Türkiye sınırları içerisinde doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ifade etmektedir⁴⁸².”(m. 2/a/1). Kanundan; yabancı yatırımcı gerçek kişilerin, sadece yabancı kişilerden değil, aynı zamanda yurtdışında ikameti bulunan Türk vatandaşlarından da oluşabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Hakeza ilgili kanunun uygulama yönetmeliğinde, “Yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşları, Kanun’un uygulanması bakımından yabancı yatırımcı sayılırlar” hükmü yer almaktadır⁴⁸³. (m. 10). Türkiye sınırları içerisinde yatırım faaliyetinde bulunmak isteyen ve yurt dışına yerleşik olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yabancı yatırım mevzuatına dâhil edilmesiyle birlikte; bu vatandaşlar da yabancı yatırımcılar kapsamında değerlendirilmiştir.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu gerçek kişilerde olduğu gibi, yabancı ülke kanunları kapsamında kurulan tüzel kişi ve uluslararası statüsündeki kuruluşların da

⁴⁸⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 79.

⁴⁸¹ Türkiye Cumhuriyeti, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 4875 sayılı, m. 2/a/1.

⁴⁸² Türkiye Cumhuriyeti, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 4875 sayılı, m. 2/a/1.

⁴⁸³ Türkiye Cumhuriyeti, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, m. 10.

yabancı yatırımcılar kapsamında olduğunu ifade etmiştir⁴⁸⁴. (m. 2/a/2). Kanunun uygulama yönetmeliği yabancı yatırımcılara ilişkin olarak; yatırımcıların oluşturabileceği ya da ortak olabileceği şirketleri, TTK’da düzenlenmiş olan şirketlerle Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan adi (basit) şirketler statüsünde değerlendirmiştir⁴⁸⁵. (m. 9/1). Yönetmelik adi şirketin tanımını; “Konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar” şeklinde yapmıştır⁴⁸⁶. (m. 9/2). Yukarıda belirtildiği üzere ilgili kanundaki düzenlemeler kapsamında uluslararası kuruluşlar da yabancı statüsünde değerlendirilmiştir. Ne var ki; ilgili düzenlemeyle birlikte uluslararası kuruluşlardan hangilerinin bu kapsamda değerlendirileceğinin ve yine yabancı yatırımcıların sahip olduğu hangi haklardan faydalanabileceğinin açıkça belirtilmemesi eleştirilere sebebiyet vermiştir.

Türk hukuk kurullarından uluslararası hukuk kurallarına geçildiği takdirde yine yerel hukukta karşılaştığımız tanımlama problemi burada da karşımıza çıkacaktır. Uluslararası hukuk kuralları incelendiği takdirde yatırıma ve yatırımcıya ilişkin onay gören hiçbir tanıma rastlanılmamaktadır⁴⁸⁷. Bundan ötürü yatırımcıya ilişkin tanımlamalar yapılırken ve yine kapsamlar belirlenirken, yatırımlar kapsamında düzenlenen yasalardan ve anlaşmalardan faydalanılmaktadır. Keza yatırımcıya ilişkin tanımlamalar yatırım hukukuyla paralel bir biçimde gelişmiş ve çeşitlilik kazanmıştır. İlk dönemlerde kapsam bakımından daha dar ve sıkı tutulan yatırımcı tanımlamaları, yatırımın sınırlarının genişlemesi ve yatırım hukukunun gelişmesiyle birlikte genişlik ve esneklik kazanmıştır. Yatırımcı tanımının gelişmesi ise yatırımcının korunması ve haklarının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmiştir.

Yatırımcı kavramı tanımı her ne kadar hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsayacak şekilde yapılsa da, büyük çaptaki yatırım projelerinin genellikle tüzel kişiler tarafından hayata geçirilmesinin bir sonucu olarak problemler ve çözüm arayışları tüzel kişi

⁴⁸⁴ Türkiye Cumhuriyeti, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 4875 sayılı, m. 2/a/2.

⁴⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, m. 9/1.

⁴⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, m. 9/2.

⁴⁸⁷ Tienhaara, **a.g.e.**, s. 68.

yatırımcılarına yoğunlaşmıştır⁴⁸⁸. Buna göre tüzel kişilerin hukuksal niteliklerinin tespit edilmesi, yatırımcıya ilişkin şartların oluşup oluşmadığının belirlenmesinde irdelenmesi gereken konulardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yatırıma ilişkin anlaşmalarda, sıklıkla, tüzel kişi yatırımcısına statü hususunda bir sınırlama getirilmemekte, bütün kuruluşları içine alacak şekilde tanımlamalara yer verilmektedir⁴⁸⁹. Anlaşmalar, yatırımcıyı tanımlarken tipik bir biçimde, tüzel kişilerin kuruluşunu örneklendirmek suretiyle sıralarken aynı zamanda sıraladıkları listeyi benzer kuruluş ve diğer kuruluş şeklinde ifadelere yer vermek suretiyle geniş tutmaktadırlar⁴⁹⁰. Yine de sayısı azda olsa bazı yatırım anlaşmalarında, diğerlerinin aksine yatırımcı tanımının darlaştırıldığı görülmüş bu kapsamda tüzel kişi yatırımcılarının nitelikleriyle ilgili bir takım ek koşulların yer aldığı görülmüştür. Yine bazı anlaşmalarda ise, yatırımcı şirketlerin devletten bağımsız olması gerekliliği ve kar amacı gütmesi gerekliliği gibi bir takım koşul varlıkları vurgulanmaktadır⁴⁹¹. Anlaşmaların genel eğiliminin en açık biçimde sergilenmesi ise Enerji Şartı Anlaşması'nda karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda EŞA'da yatırımcıya ilişkin tanımlama yapılırken gerçek ve tüzel kişiler birlikte ele alınmak suretiyle her iki nitelikte kapsanmıştır. Yine anlaşma kapsamında, tüzel kişi yatırımcılarının niteliğine yönelik, ek koşullara yer verilmemiş, hiçbir sınırlamaya tabii tutulmamıştır. Anlaşmanın içeriğinde; “şirket veya diğer kuruluşlar” ifadesine yer verilmek suretiyle yelpaze geniş tutulmuş, hukukî statüye veya amaca bakılmaksızın bütün kuruluşlar yatırımcı tanımı kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁹².

2.3.2. Kontrol Sistemi

Kontrol sistemi; yatırım anlaşmalarının çoğunda, yatırım yerleri ve yönetim merkezleriyle ilgili potansiyel sorunları önlemek amacıyla uygulanmaktadır. Bu sistem; esasında, yatırımların tabiiyetinin tespitinde kullanılan bir sistem olarak görünse de, özellikle savaşın hâkim olduğu yıllarda düşman ülkelerin ve bu ülkelerin

⁴⁸⁸ OECD, **International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations**, 2008, s. 112.

⁴⁸⁹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 55.

⁴⁹⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 56.

⁴⁹¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 79.

⁴⁹² Energy Charter Secretariat. (2004). **The Energy Charter Treaty and Related Documents**. Energy Charter Secretariat, s. 47.

vatandaşlarının sahip oldukları şirketleri ayırt etmek için kullanılmıştır⁴⁹³. Kontrol sisteminde tabiiyet kavramı ele alındığında; tüzel kişiliğe sahip şirketlerin kurulduğu veya idare merkezinin yer aldığı konum bakımından kazanmış olduğu tabiiyeti değil, bu şirketlerin faaliyetlerini yürüten veya hukuki denetimi sağlayan birey ya da bireyler açısından tabiiyeti esas aldığı görülecektir. Buda kontrol sisteminin “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine” dayanan bir sistem olduğunu işaret etmektedir⁴⁹⁴.

Kontrol kavramının açıklığa kavuşması gerekliliği kontrol sistemi uygulaması açısından büyük önem arz eder. Zira kontrol kavramı ucu açık ve sahibine geniş yetkiler veren bir kavramdır. Yatırım hukukundan kontrol kavramı incelendiğinde, yatırımcıların, yatırımlara yönelik girişimlerini ve politikalarını belirlemek için kullanmış olduğu “denetim gücü” kastedilmektedir⁴⁹⁵. Bu durumda da ortaya denetim gücü belirlenirken nicel ölçütten mi yoksa nitel ölçütten mi faydalanacağı sorusu çıkacaktır. Şayet kontrol nicel ölçüt esasına göre belirlenecek ise; denetime ilişkin gücün sahibi, yatırım hisselerindeki payın belirli bir oranına sahip ya da yönetim kurulunun çoğunluğunu belirleme yetkisine haiz bireylerin olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁶. Kontrolün nitel ölçütlere göre belirlenmesi durumunda, denetim gücünün işletme yönetiminde etkili olan kadrolarda toplandığı kabul edilir. Bu durumda, yönetimde etkinin hangi kriterlere göre belirleneceği başka bir sorun olarak ortaya çıkar. Bu nedenle, hakem kurulları genellikle kontrolün belirlenmesinde nicel ölçütleri tercih etmektedir⁴⁹⁷.

Enerji piyasasındaki yatırımların değerlendirilmesi hususunda kontrol sistemi büyük öneme haizdir. Bunun sebebi ise; büyük orandaki sermaye ithal eden devletin, yabancı yatırımcıların enerji piyasasına giriş şartı olarak; yatırımcının yerli bir enerji şirketiyle ortaklık ilişkisi kurması ya da kaynak sahibi olan devletin milli hukuk kuralları çerçevesinde kurulan bir şirketin aracılığıyla faaliyetini sürdürmesini sunmasıdır⁴⁹⁸. Yatırım gerçekleştirilirken bu şekilde bir şartın mevcudiyeti durumunda, yatırımcıların

⁴⁹³ Kurtz, J. (2016). **The WTO and International Investment Law: Converging Systems**. Cambridge University Press, s. 45.

⁴⁹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 78.

⁴⁹⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 102.

⁴⁹⁶ Vandevelde, K. J. (2017). **Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation**. Oxford University Press, s. 147.

⁴⁹⁷ Schreuer, C., **a.g.e.**, s. 97.

⁴⁹⁸ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 132.

yatırım anlaşmasıyla koruma altına alınabilmesi sadece kontrol sisteminin kabul edilmesiyle sağlanacaktır⁴⁹⁹. Her ne kadar yatırım anlaşmaları tüzel kişilerin tâbiyetini kuruluş yeri sistemi kapsamında değerlendirse de kontrol sistemi vasıtasıyla kuruluş yeri sisteminin yumuşamaya uğramıştır.

Kontrol sistemi uygulanırken akıllara gelen bir diğer soru ise dolaylı kontrol uygulanmasının olanaklı olup olmaması hususudur. Dolaylı kontrol uygulaması, yatırımcıların, yatırımlarına ilişkin denetimlerini en az bir yatırımcı vasıtasıyla gerçekleştirdiği durumlarda mevzu bahis olmaktadır⁵⁰⁰. Gerçekleştirilen yatırım anlaşmalarında, şayet; kontrole ilişkin olarak dolaylı kontrole yönelik bir hüküm açıkça yer alıyorsa, olası sorunlar anlaşmada benimsenmiş olan hüküm çerçevesinde çözülmek zorundadır⁵⁰¹. Hakeza uygulamada birçok yatırım anlaşmasının dolaylı kontrole ilişkin hükme açıkça yer verdiği de görülmektedir. Lakin bir takım anlaşmalarda ise kontrolün doğrudan mı ya da dolaylı bir şekilde mi yapılacağı hususunda herhangi bir ayrıma rastlanılmamaktadır. Bu biçimde yapılan anlaşmalar doğrudan kontrol uygulamasının kabulü bakımından tartışmalara sebebiyet vermiştir. Kontrol sisteminin doğrudan olması gerekliliği hususunun açık bir şekilde aranmadığı durumlarda, dolaylı kontrolün kabul göreceği görüşü öğretide ağır basmaktadır. Bunun aksine, hakem kurullarının dolaylı denetimlere yönelik yaklaşımları değişiklikler arz etmektedir. Örnek verilecek olursa; Enron v. Argentina tahkiminde yer alan hakem kurulunun, denetimin hangi yöntemin esas alınarak yapılacağı hususunda “yakınlık-uzaklık” ölçütüne göre hareket ettiği görülmektedir. Kurulun almış olduğu karara göre, uluslararası hukuk kuralları ispatlanması zor olan zararların tazminine ilişkin bir yükümlülük getirmemektedir⁵⁰². Bundan ötürü, yatırımcıların ev sahibi devletten talepte bulunabilmesinin en önemli şartlarından birinin yatırım ile olan ilişkisinin uzak olmamasıdır. NAFTA kapsamında görülen Waste Management v. Mexico tahkiminde, hakem kurulunun dolaylı kontrolü herhangi bir detaylı inceleme yapmadan kabul ettiği görülmüştür⁵⁰³. Hakem kurulu kararı incelediğinde; NAFTA anlaşmasında, yatırıma aracı olan şirkette NAFTA anlaşmasına taraf olan devletler tâbiyetinde olması

⁴⁹⁹ Schill, *International...*, a.g.e., s. 76.

⁵⁰⁰ Sornarajah, a.g.m., s. 89.

⁵⁰¹ Vandevelde, a.g.e., s. 165.

⁵⁰² Muchlinski, *Multinational...*, a.g.m., s. 180.

⁵⁰³ Sornarajah, a.g.m., s. 212.

hususunu içeren bir hükme rastlanılmadığı dolayısıyla mevzu bahis olan uyuşmazlık açısından aracı şirketin tâbiyetinin öneminin olmadığı görülmektedir⁵⁰⁴.

2.3.3. Enerji Yatırımcısının Tâbiyetinin Belirlenmesi

Yatırımlara ilişkin anlaşmalar incelendiği takdirde; bu anlaşmaların büyük bir bölümünde yatırımcıların, anlaşmaların sağlamış olduğu haklardan yararlanabilmesine koşul olarak, yatırımcıların ev sahibi devletin tâbiyetinde bulunmaması öne sürülmüştür⁵⁰⁵. Bunun yanı sıra, yasaların ve anlaşmaların yatırımcıların tâbiyetine yönelik bakış açıları, bu hükümlerin kaynaklarına bağlı olarak, birbirlerinden büyük oranda farklılıklar taşımaktadır⁵⁰⁶.

Kaynak sahibi devletler; tek taraflı olarak, yatırım yasaları vasıtasıyla yabancı sermayenin iç piyasaya akışını arttırmayı amaçlamışlardır. Bunun bir sonucu olarak, yatırım yasalarının çoğunluğu, yasalar vasıtasıyla korunan yatırımcının tabiiyetini sınırlamamaktadır⁵⁰⁷. Daha da ötesi bazı yasalar ile vatansızlar, ev sahibi ülkenin sınırları dışında ikamet eden vatandaşları ve uluslararası kuruluşlar yatırımcı tanımına dâhil edilmek suretiyle yatırımcıların kapsamını daha da genişletilmektedir. Tabiiyetle ilgili olarak bu geniş yaklaşıma her ne kadar yatırım yasalarında yer verilmiş olsa da, yatırım anlaşmalarıyla ilgili olarak aynısını söylemek mümkün olmayacaktır⁵⁰⁸. Çünkü yatırım anlaşmaları incelendiği takdirde; devletlerin, bu anlaşmaya, milli yatırımcılarını anlaşmaya taraf olan diğer devletin topraklarındaki faaliyetlerini sürdürürken korunmasını sağlamak maksadıyla taraf olduğu görülmektedir. Yatırım anlaşmasının bağlayıcılığı; yalnızca anlaşmalara taraf olan devletleri ve dolayısıyla bu devletlerin tâbiyetindeki gerçek ve tüzel kişiler için geçerli olacaktır. Bundan ötürü, yatırım anlaşması kapsamında gerçek veya tüzel bir kişinin yatırımcı olarak değerlendirilebilmesinin ön şartı; vatandaşı olduğu devletin yatırım anlaşmasına taraf olup olmadığının belirlenmesidir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Schill, *International...*, a.g.e., s. 230.

⁵⁰⁵ Muchlinski, *Multinational...*, a.g.m., s. 120.

⁵⁰⁶ Sornarajah, a.g.m., s. 89.

⁵⁰⁷ Newcombe and Paradell, a.g.e., s. 103.

⁵⁰⁸ Salacuse, a.g.m., s. 119.

⁵⁰⁹ Muchlinski, *Multinational...*, a.g.m., s. 134.

2.3.3.1. Gerçek Kişilerde Tabiiyetin Belirlenmesi

Uluslararası hukukta gerçek kişilere tabiiyet atfedilmesine ilişkin yerleşik kuralların varlığı, vatandaşlık tespitinin, gerçek kişi yatırımcıları açısından probleme dönüşmesini engellemektedir⁵¹⁰. Öte yandan, tüzel kişilerin tabiiyetlerinin atfedilmesine ilişkin uluslararası hukuk kuralları kapsamında kabul görmüş kurallar bulunmadığından, her devlet bizatihi tüzel kişilerin tabiiyetlerinin belirlendiği sistem ve kriterleri sahiptir. Bunun bir sonucu olarak yatırım anlaşmaları, bir yatırımcının, anlaşmaya taraf olan diğer devletlerin yatırımcısı olarak kabul edilmesini sağlamak için uygulanacak kriterleri belirten düzenlemelere sahiptir⁵¹¹.

Yatırımcıyı tanımlayan yatırım anlaşması hükümleri, gerçek ve tüzel kişi yatırımcılarının uyruğunun belirlenmesinde ikili bir ayrım yapmaktadır. Yatırım anlaşması hükümlerine göre; gerçek kişilerin tabiiyetinin belirlenmesinde uluslararası hukuk tarafından kabul edilen genel kurallar uygulanırken, tüzel kişilerin tabiiyet tespitinde ise kullanılacak sistem tarif edilmektedir⁵¹².

Gerçek kişinin vatandaşlığıyla ilgili olarak yerleşik uluslararası hukuk kurallarına göre, bir bireyin tabiiyeti, vatandaşlık iddiasında bulunduğu ülkenin yasalarına göre belirlenir. Bu kurala göre, gerçek kişi yatırımcısının vatandaşlığının belirlenmesinde yatırımcının vatandaşlık talebinde bulunduğu ülkenin kanunları uygulanmalıdır⁵¹³. Ancak bazı yatırım anlaşmaları, gerçek kişi yatırımcısının tabiiyetine ilişkin olarak; genel kuralların uygulanmasını ve bunun yanında yatırımcılar ile menşe ülke arasında gerçekten tabiiyet izafesinin bulunmasını şart olarak öne sürmüştür. Bir kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olduğu durumlarda geçerli olan gerçek tabiiyet izafesi; yatırım hukuk kuralları kapsamında, kişinin sahip olduğu vatandaşlıklardan birine dayanarak faaliyetlerini sürdürmesi ve bu vatandaşlık kapsamında yatırımcı özelliklerini taşıdığı anlamına gelmektedir⁵¹⁴.

Gerçek tabiiyet izafesini şart olarak belirleyen anlaşmalar, vatandaşlık belirlenirken hangi kriterlerin esas alınacağına ilişkin bir takım hükümler içermektedir. Bu

⁵¹⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 132.

⁵¹¹ Schreuer, C., **a.g.e.**, s. 128.

⁵¹² Vandevelde, **a.g.e.**, s. 132.

⁵¹³ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 134.

⁵¹⁴ Shaw, M. N. (2008). **International Law**. Cambridge University Press, s. 735.

hükümlerin bir bölümünde gerçek vatandaşlığın yatırımcının ikamet ettiği yere göre belirlenmesi savunulurken, diğer bir bölümünde ise hâkim vatandaşlık kriterlerinin esas alınması gerekliliği vurgulanmaktadır⁵¹⁵. Yatırımcının her iki vatandaşlığının da anlaşmaya taraf olan devletlere ait olduğu durumlarda ise; yatırımcının gerçek vatandaşlığının tespiti yolu tercih edilmemektedir. Bu durumda yatırımcılar, ev sahibi ülkenin vatandaşı olarak kabul edilmek suretiyle anlaşmayla birlikte sağlanan koruma kapsamı sınırının dışına çıkartılmaktadır⁵¹⁶.

Geleneksel olarak, yatırım anlaşması kapsamında sağlanan haklardan ve korumalardan yararlanmanın ön şartı olarak, gerçek kişi yatırımcısının, bu anlaşmaya taraf olan kaynak devletin vatandaşlığına sahip olması öne sürülmüştür⁵¹⁷. Lakin istisna derecesinde de olsa yatırımcı unvanını verirken, anlaşmaya taraf olan devletin vatandaşlığı şartı aramayan anlaşmalarda mevcuttur. Bu tür anlaşmalarda, yatırımcı unvanı verilebilirken, anlaşmaya taraf devlette mukim olması kâfi sebep olacaktır. Enerji Şartı Anlaşması'nın ilgili maddelerinde yatırımcı; “bir akit devletin vatandaşı olan veya o akit devletin yürürlükteki mevzuatına göre devamlı mukimi olan kişi” olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁸. Enerji Şartı Anlaşması'nın bu hükmü kapsamında, anlaşmanın sağladığı haklar ve korumalar yalnızca vatandaşlığa dayalı koşullardan çıkarılmıştır. Böylelikle yatırımcı sıfatının uygulanması yatırımcıların lehine olacak şekilde genişlemiştir⁵¹⁹.

2.3.3.2. Tüzel Kişilerde Tabiiyetin Belirlenmesi

Tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi hususunda gerçek kişilerde olduğu gibi yerleşik evrensel kurallara rastlamak mümkün değildir. Uygulamada; devletler, tüzel kişi şirketlerin vatandaşlığına ilişkin evrensel olarak kabul edilmiş bir standardın bulunmaması nedeniyle bir takım vatandaşlık sistemlerine başvurmuşlardır⁵²⁰. Bu bağlamda devletlerin başvurduğu sistemleri; “şirket merkezi sistemi”, “şirket tescil yeri sistemi”, “şirketin kuruluş yeri sistemi”, “şirket hissedarlarının tabiiyetine dayalı

⁵¹⁵ Higgins, R. (1994). **Problems and Process: International Law and How We Use It**. Oxford University Press, s. 266.)

⁵¹⁶ Aust, A. (2010). **Handbook of International Law**. Cambridge University Press, s. 155.

⁵¹⁷ Cassese, A. (2005). **International Law**. Oxford University Press, s. 105.

⁵¹⁸ Brownlie, I. (2008). **Principles of Public International Law**. Oxford University Press, s. 483.

⁵¹⁹ Shaw, **a.g.e.**, s. 736.

⁵²⁰ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 89.

sistem” ve bu sistemlerin her birinden özellikler taşıyan “karma sistem” olarak sıralamak mümkündür⁵²¹. Lakin günümüzde “kuruluş yeri” ve “idari merkez” sistemlerinin yaygın bir biçimde kullanıldığı, diğer sistemlerin ise kullanım alanlarını büyük ölçüde kaybettiği gözlemlenmektedir. Bunun bir sonucu olarak çalışmamızda bu iki sistem aşağıda ayrıca incelenecektir⁵²².

Yatırım anlaşmaları incelendiği takdir de ise; vatandaşlık hukuku hükümlerine paralel olarak, tüzel şirket kişinin vatandaşlığının belirlenmesi “kuruluş yeri” ve “idari merkez” sistemine göre yapılmaktadır. Lakin bu anlaşmaların büyük bir bölümünde bu sistemlerin “kontrol sistemi” vasıtasıyla sınırlandırılıp, sistemlerin bu sınırlamaya göre uygulanması beklenmektedir⁵²³.

2.3.3.2.1. Kuruluş Yeri Sisteminin Esas Alınması :

Kuruluş yeri sistemi, bir şirketin kayıtlı olduğu ve faaliyet gösterdiği yerin, yatırımcının tâbiyeti üzerinde belirleyici olduğu anlamına gelir. Yatırım anlaşmazlıklarında tüzel kişilerin yetki hukukunu belirlemek için kullanılan yöntemlerden biridir. Bu sistem, bir yatırımcının yatırımını gerçekleştirdiği şirketin tüzel kişiliği ve kuruluş yeri üzerinden yatırımcının koruma hakkını belirler. Tüzel kişilere ilişkin vatandaşlık verilirken en sık uygulanan sistemin kuruluş yeri sistemi olduğu görülmektedir⁵²⁴. Kuruluş yeri sisteminin uygulanmasıyla beraber, tüzel kişilerin başka kriterler gözetmeksizin, kuruldukları veya tüzel kişiliklerini kazanmış oldukları ülkenin vatandaşlığına sahip oldukları varsayılmıştır⁵²⁵.

Kuruluş yeri sistemin yine en çok tercih edilen sistem olmasının bir diğer sebebi ise; sisteminin kolay uygulanabilir ve kesinlik içermesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sayet tüzel kişinin; kurulduğu ülkede, herhangi bir varlığı, merkezi veya faaliyeti bulunmuyor ise kuruluş yeri reel bir bağlılığı göstermeyecektir⁵²⁶. Bu durumun özellikle devletler açısından bir takım çekinceleri meydana getirebilmektedir. Yatırımcılar, kuruluş yeri kriterini benimseyerek, ev sahibi ülke ile cazip koşullarda

⁵²¹ Schreuer, C. , **a.g.e.**, s. 174.

⁵²² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 218.

⁵²³ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 111.

⁵²⁴ Ekşi, N. (2015). **Uluslararası Yatırım Hukuku**. Beta Yayınları, s. 105.

⁵²⁵ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 85.

⁵²⁶ Tienhaara, **a.g.e.**, s. 68.

anlaşma imzalamış olan bir ülkede şirket kurmak suretiyle anlaşmanın hükümlerinden yararlanabilme imkânına sahip olurlar⁵²⁷. Yatırımcıların böylelikle kendilerine cazip fırsatlar sunan anlaşmalar arasında seçim yapma şansına sahip olduğu görülecektir. Örneğin; "Treaty shopping" adı verilen uygulama ile şirketler; faaliyet gösterdiği ülkede yüksek vergi oranlarına sahipken, başka bir ülkede düşük vergi oranlarına sahip bir şirket üzerinden vergi avantajı elde ederler⁵²⁸. Böylelikle şirketler; büyük vergi avantajlarına sahip olurken bunun yanı sıra risiko diversifikasyonu ile faaliyet gösterdikleri ülkeler arasında riskleri dağıtarak daha sağlam bir mali yapı oluşturabilirler. Yine düşük vergi oranları şirketlere fiyat rekabetinde de büyük avantajlar sağlayacaktır. Bu durum; yatırımcıları avantajlı bir konuma getirirken, yatırımcılar karşısında devletleri haliyle müşkül duruma sokacaktır. Zira; Treaty shopping, ülkelerin vergi gelir kaybına uğramasına sebebiyet verebilir. Bu durum, vergi tabanını aşındırabilir ve kamu hizmetlerine olanak tanıyan kaynakları azaltabilir. Hakeza bu uygulama, özellikle gelir seviyesi düşük ülkelerdeki yerel şirketleri dezavantajlı hale getirebilir ve adil rekabeti engelleyebilir. Yine devletler ve vergi otoriteleri uluslararası şirketleri etkili bir şekilde denetleyemeyebilir. Bunun bir sonucu olarak, vergi kaçakçılığı ve haksız uygulamaların önlenmesi güçleşecektir. Yatırımcıların istedikleri anlaşmayı seçebilme imkânı sadece devletler için istenmeyen bir durum olmakla kalmayıp aynı zamanda yatırım hukukunda da en fazla eleştiri alan unsurlardan birisidir⁵²⁹.

Uygulamada, bu sistemin sebebiyet verdiği çekincelere mani olmak maksadıyla bu standardın diğer standartlarla sınırlandırılması gerekliliği savunulmaktadır. Sınırlama için tercih edilen yöntem ise; anlaşmalara, faydalanmanın reddi kaydının konulması suretiyle yatırımcının anlaşma seçimi yapmasına mani olmaktır. Faydalanmanın reddi; bir hak veya avantajın bilinçli olarak kullanılmaması, talep edilmemesi veya kabul edilmemesi durumunu ifade eder⁵³⁰. Bu durum, belirli bir haktan veya avantajdan vazgeçme niyetini gösterir. Ancak burada devletler; anlaşmalar vasıtasıyla, şirketleri avantajlardan vazgeçmeye mecbur bırakmışlardır. Bu uygulama ile amaçlanan; akde

⁵²⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 75.

⁵²⁸ Van Harten, **a.g.e.**, s. 102.

⁵²⁹ Hirsch, M. (1995). *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Martinus Nijhoff Publishers, s. 68.

⁵³⁰ Lowenfeld, A. F. (2008). **International Economic Law**. Oxford University Press, s. 77.

taraf bir devletin tabiiyet izafesinde olan lakin üçüncü bir ülke vatandaşlarınca kontrol edilen şirketlerin, ilgili yatırım anlaşmaları tarafından sağlanan korumalardan yararlanmasını engellemektir. Bu yöntem ile kuruluş yeri sisteminin kontrol sistemi ile sınırlandırıldığı görülmektedir⁵³¹.

Yatırım anlaşmalarının ana hedefi, kaynak devletten gelen yatırımcıların ev sahibi ülkedeki faaliyetlerini korumaktır. Ancak, sadece kuruluş yeri sisteminin uygulanması, özellikle kaynak devletin vatandaşları olan yatırımcılar için bazı dezavantajlar yaratabilir⁵³². Bu durum, yatırım anlaşmalarında yeni düzenlemelerin ve kontrol mekanizmalarının ortaya çıkmasını gerekli kılmaktadır. Kuruluş yeri sistemi, ev sahibi devlet tâbiyetindeki yatırımcıları, yatırım anlaşmalarının sağladığı korumadan yoksun bırakabilir. Zira bu yatırımcılar, faaliyetlerini ev sahibi devlette kurulu bir şirket üzerinden yürüttüklerinde, yatırım anlaşması kapsamında öngörülen korumadan tam anlamıyla faydalanamazlar⁵³³. Bu durum, yatırımcıların hukuki açıdan savunmasız bir konuma düşmelerine neden olabilir. Bu sorunun çözülmesi için, birçok yatırım anlaşması, kuruluş yeri sisteminin olumsuz etkilerini dengelemek amacıyla kontrol sistemlerini içeren düzenlemeler sunmaktadır. Bu hükümler, yatırımcıların faaliyet gösterdikleri yerdeki hukuki güvencelerini artırmayı amaçlar. Özellikle, yatırım anlaşmalarında sıkça karşılaşılan bu durumu ele almak adına ek madde ve protokoller eklenmektedir⁵³⁴.

Yatırım anlaşmalarındaki bu düzenlemeler genellikle çift taraflı koruma sağlamayı hedefler. Bu da, yatırımcının sadece kaynak devleti değil, aynı zamanda faaliyet gösterdiği ev sahibi devletin hukuki sisteminden de koruma altında olmasını sağlar. Bu sayede, yatırımcılar kaynak devlet tâbiyetinde olmalarına rağmen, ev sahibi devletteki faaliyetleri sırasında haklarını daha etkin bir şekilde koruyabilirler. Yatırım anlaşmalarındaki düzenlemeler ayrıca, ev sahibi devletin yatırımcının hukuki güvencelerini güçlendirmesi yönünde taahhütler içerebilir⁵³⁵. Bu, ev sahibi devletin yatırımcının faaliyetlerini desteklemesi ve adil bir hukuki süreç sağlaması amacını

⁵³¹ Dolzer, R. and Stevens, M. (1995). **Bilateral Investment Treaties**. Martinus Nijhoff Publishers, s. 212.

⁵³² Hirsch, **a.g.e.**, s. 112.

⁵³³ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 107.

⁵³⁴ Hirsch, **a.g.e.**, s. 221.

⁵³⁵ Lowenfeld, **a.g.e.**, s. 177.

taşıır. Gelecekteki yatırım anlaşmalarının, kuruluş yeri sistemi ile ilgili potansiyel dezavantajları ele alacak şekilde daha kapsamlı hükümler içermesi önemlidir. Yatırımcıların ev sahibi devlet tâbiyetinde olmalarına rağmen haklarını etkili bir şekilde korumalarını sağlayacak, adil rekabeti teşvik edecek ve hukuki güvenceleri güçlendirecek düzenlemelere ağırlık verilmelidir. Bu yeni düzenlemelerin, yatırımcılar için daha adil bir hareket alanı yaratması ve yatırım anlaşmalarının temel amaçlarına daha uygun hale gelmesi beklenmektedir. Ayrıca, bu düzenlemelerin uygulanabilirliğinin sağlanması için ev sahibi devletlerle işbirliği ve diyalog önemli bir rol oynamaktadır⁵³⁶.

Enerji Şartı Anlaşması (EŞA) incelendiği takdirde; birçok yatırım anlaşması gibi, tüzel kişi yatırımcının tâbiyetini belirleme açısından kuruluş yeri sisteminin benimsendiği görülecektir⁵³⁷. EŞA'nın, kuruluş sistemini uygularken hiçbir sınırlamada bulunmadığı, faydalanmanın reddi kayıtlarıyla birlikte, EŞA'ya taraf olmayan bir devletin tâbiyetinde olan kişilerce denetlenmekte olan ve kurulmuş olduğu devletin ülkesi sınırları içerisinde gerçekten bir faaliyeti bulunmayan tüzel kişiliklere, III. Bölümünde yer alan haklardan faydalandırmama imkanı tanır⁵³⁸. Bu bağlamda, anlaşmanın kuruluş yeri sistemini kabul ettiği, ancak aynı zamanda "faydalanmanın reddi" çerçevesinde uygulanan kontrol sistemiyle bunun yumuşatıldığı belirlenmiştir⁵³⁹.

Enerji Şartı Anlaşması mahiyetinde uygulanan faydalanmanın reddi hakkı kullanımı, ev sahibi devlet tarafından haricen bir işlem tesis etmesinin gerekliliği hususunda uygulamalarda farklı görüşler doğurmuştur⁵⁴⁰. Tartışmaların temelinde ise belirli bir durumda faydalanmanın reddi hakkının nasıl uygulanacağına dair net bir yol haritasının olmaması vardır. Ev sahibi devletin bu hakka başvururken ne tür bir işlem tesis etmesi gerektiği konusu, uygulama sürecinde netlik kazanmalıdır⁵⁴¹.

Enerji Şartı Anlaşması'nın bu özellikleri, yatırımcılar ve devletler arasındaki dengenin

⁵³⁶ Dolzer, R., and Schreuer, C. (2012). **Principles of International Investment Law**. Oxford University Press, s. 201.)

⁵³⁷ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 156.

⁵³⁸ Dolzer and Stevens, **a.g.e.**, s. 118.

⁵³⁹ Hirsch, **a.g.e.**, s. 200.

⁵⁴⁰ Schreuer, C. , **a.g.e.**, s. 233.

⁵⁴¹ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 176.

korunması adına daha fazla düzenleme ve netlik ihtiyacını ortaya koymaktadır. Bu, hem yatırımcıların güvencesini sağlamak hem de devletlerin haklarını korumak amacıyla gelecekteki anlaşmaların şekillendirilmesinde önemli bir faktör olacaktır⁵⁴².

2.3.3.2.2. İdare Merkezi Sisteminin Esas Alınması

Tüzel kişilerin tâbiyet izafesini belirlemede idare merkezi sistemi, uluslararası hukukta yaygın olarak kullanılan bir yöntemdir⁵⁴³. Bu sistem, tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu devletin hukukuna tabi olmasını öngörür. İdare merkezi, tüzel kişinin yönetim organlarının, genel kurul toplantılarının ve işlemlerinin yapıldığı yer olarak tanımlanır⁵⁴⁴. Bu sistemde tüzel kişinin idare merkezi, tüzel kişinin kuruluş belgelerinde, tüzüğünde veya ana sözleşmesinde belirtilebilir. Böylece, tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu devletin hukukuna tabi olacağı önceden bilinebilir. Bu da, tüzel kişinin hukukunu belirlemede belirsizlikleri ve uyuşmazlıkları önleyebilir⁵⁴⁵. Hakeza, idare merkezi sistemi, tüzel kişinin idare merkezini değiştirme hakkını tanıyarak, tüzel kişinin hukuki esnekliğini artırır. Bu da, tüzel kişinin farklı devletlerin hukuk sistemlerinden yararlanmasına ve hukuki avantajlar elde etmesine imkan verir.

İdare merkezi sisteminin uygulamada bir takım sorunlar yarattığı görülmektedir. Zira bu sistem tüzel kişinin gerçek faaliyet merkezini yansıtmayabilir. Örneğin, bir tüzel kişi, idare merkezini vergi avantajlarından yararlanmak için düşük vergi oranı uygulayan bir devlette kurabilir, ancak asıl faaliyetlerini başka bir devlette yürütebilir⁵⁴⁶. Bu durumda, idare merkezi sistemi, tüzel kişinin gerçek bağlantısı olan devleti göz ardı edebilir. Ayrıca, idare merkezi sistemi, tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu devletin hukukunu değiştirmesine veya idare merkezini başka bir devlete taşımasına olanak tanır. Bu durumda, tüzel kişinin tâbiyet izafesi de değişir⁵⁴⁷. Bu da, tüzel kişinin hukuki statüsünün ve konumunun istikrarsız olmasına ve tüzel kişinin hukukunu belirlemede güçlükler çıkmasına neden olabilir. Tüm bunların sonucu

⁵⁴² Lowenfeld, **a.g.e.**, s. 188.

⁵⁴³ Wehland, H. (2013). **The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration**. Oxford University Press, s. 74.

⁵⁴⁴ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 98.

⁵⁴⁵ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 210.

⁵⁴⁶ Brown, C. and Miles, K. (2011). **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**. Cambridge University Press, s. 112.

⁵⁴⁷ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C. (2008). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford University Press, s. 150.

olarak, idare merkezi sistemi, tüzel kişilerin tâbiyet izafesini belirlemede her zaman adil ve uygun bir yöntem olmayabilir.

İdare merkezi sistemi, tüzel kişilerin tâbiyetini belirlemede kullanılan kuruluş yeri sisteminden farklı bir yaklaşım sunar. Kuruluş yeri sistemi, tüzel kişinin kuruluş yerinin bulunduğu devletin hukukuna tabi olmasını sağlar. Bu sistem, tüzel kişinin kuruluş yerinin bulunduğu devletin hukukunu değiştiremeyeceği veya kuruluş yerini başka bir devlete taşıyamayacağı anlamına gelir⁵⁴⁸. Bu da, tüzel kişinin tâbiyet izafesinin sabit kalmasına ve tüzel kişinin hukuki statüsünün ve konumunun daha istikrarlı olmasına neden olur. Bu nedenle, kuruluş yeri sistemi, tüzel kişilerin tâbiyet izafesini belirlemede idare merkezi sistemine göre daha kesin ve uygun bir yöntem olarak değerlendirilebilir⁵⁴⁹.

2.3.3.2.3. Tâbiyetin Zaman Açısından Değerlendirilmesi

Yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesi konusunda hangi zaman diliminin esas alınacağı, uluslararası yatırım hukukunda önemli bir sorundur. Tâbiyet, yatırımcının hangi devletin koruması altında olduğunu ve hangi devletin hukukuna tabi olduğunu gösterir. Tâbiyet, yatırımcının hak ve yükümlülüklerini, vergi yükümlülüğünü, yargı yetkisini, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan hak ve yükümlülükleri, uluslararası uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku ve diğer hukuki sonuçları etkiler⁵⁵⁰. Bu nedenle, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde hangi zaman diliminin esas alınacağı, yatırımcının uluslararası hukukta statüsünü ve konumunu belirleyen önemli bir husustur⁵⁵¹.

Yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde esas alınabilecek zaman dilimleri, yatırım yapıldığı an, uyuşmazlığın ortaya çıktığı an, tahkim usulünün başlatıldığı an ve tahkim kararının verildiği an olarak sıralanabilir. Bu zaman dilimleri arasında hangisinin esas alınacağı, uluslararası yatırım hukukunda farklı yaklaşımlara ve uygulamalara neden

⁵⁴⁸ Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, s. 130.)

⁵⁴⁹ Pauwelyn, J., Wessel, R. A., & Wouters, J. (2012). *Informal International Lawmaking*. Oxford University Press, s. 192.

⁵⁵⁰ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., *The Oxford...*, a.g.e., s. 150.

⁵⁵¹ Sarıca, Ö. (2014). *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tâbiyet*. Ankara: Adalet Yayınları, s. 84.

olmaktadır⁵⁵². Bu zaman dilimlerinin esas alınmasının bir takım avantajları ve dezavantajları mevcuttur.

Yatırımın yapıldığı anın esas alınması, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde en erken zaman dilimidir. Bu yaklaşım, yatırımcının tâbiyetinin yatırımın yapıldığı anda bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenmesini öngörür⁵⁵³. Bu yaklaşımın avantajı, yatırımcının tâbiyetinin sabit ve kesin olmasını sağlamasıdır. Bu şekilde, yatırımcının tâbiyetinin sonradan değişmesi önlenir. Bu da, yatırımcının hukuki statüsünün ve konumunun daha istikrarlı olmasına ve yatırımcının hukukunu belirlemede daha adil ve uygun bir sonuç vermesine neden olur⁵⁵⁴. Bu yaklaşımın dezavantajı, yatırımın yapıldığı anın belirlenmesinde zorluk çıkarabilmesidir. Yatırımın yapıldığı an, yatırımın niteliğine, kapsamına, süresine, yoğunluğuna, amacına ve sonucuna göre değişebilir. Bu nedenle, yatırımın yapıldığı anın belirlenmesi, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Bu da, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde belirsizliklere ve uyuşmazlıklara neden olabilir.

Uyuşmazlığın ortaya çıktığı anın esas alınması, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde en geç zaman dilimidir. Bu yaklaşım, yatırımcının tâbiyetinin uyuşmazlığın ortaya çıktığı anda bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenmesini öngörür⁵⁵⁵. Bu yaklaşımın avantajı, yatırımcının tâbiyetinin uyuşmazlığın niteliği ve kapsamı ile uyumlu olmasını sağlamasıdır⁵⁵⁶. Bu şekilde, yatırımcının tâbiyetinin uyuşmazlığın ortaya çıktığı andan önce veya sonra değişmesi önlenir. Bu da, yatırımcının hukuki statüsünün ve konumunun daha güncel ve gerçekçi olmasına ve yatırımcının hukukunu belirlemede daha objektif ve somut bir sonuç vermesine neden olur. Bu yaklaşımın dezavantajı, uyuşmazlığın ortaya çıktığı anın belirlenmesinde zorluk çıkarabilmesidir. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı an, uyuşmazlığın kaynağına, sebebine, niteliğine, kapsamına, süresine, yoğunluğuna, amacına ve sonucuna göre değişebilir. Bu nedenle, uyuşmazlığın ortaya çıktığı anın belirlenmesi, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Bu da, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde

⁵⁵² Douglas, **a.g.e.**, s. 130.

⁵⁵³ Wehland, **a.g.e.**, s. 74.)

⁵⁵⁴ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 98.

⁵⁵⁵ Sarica, **a.g.m.**, s. 112.

⁵⁵⁶ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 150.

belirsizliklere ve uyuşmazlıklara neden olabilir⁵⁵⁷.

Tahkim usulünün başlatıldığı anın esas alınması, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde en yaygın kullanılan zaman dilimidir⁵⁵⁸. Bu yaklaşım, yatırımcının tâbiyetinin tahkim usulünün başlatıldığı anda bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenmesini öngörür. Bu yaklaşımın avantajı, yatırımcının tâbiyetinin tahkim usulünün başlatılması ile sabitlenmesi ve sonradan değiştirilememesidir⁵⁵⁹. Bu şekilde, yatırımcının tâbiyetinin tahkim usulünün başlatılmasından önce veya sonra değişmesi veya manipüle edilmesi önlenir. Bu da, yatırımcının hukuki statüsünün ve konumunun daha istikrarlı ve kesin olmasına ve yatırımcının hukukunu belirlemede daha kolay ve pratik bir sonuç vermesine neden olur. Bu yaklaşımın dezavantajı, yatırımcının tâbiyetinin tahkim usulünün başlatılması ile uyumlu olmayabileceğidir. Örneğin, yatırımcının tâbiyeti, yatırımın yapıldığı anda veya uyuşmazlığın ortaya çıktığı anda farklı olabilir. Bu durumda, yatırımcının tâbiyetinin tahkim usulünün başlatıldığı anda belirlenmesi, yatırımcının gerçek bağlantısı olan devleti göz ardı edebilir. Bu da, yatırımcının hukuki statüsünün ve konumunun daha güncel ve gerçekçi olmasını engelleyebilir.

Tahkim kararının verildiği anın esas alınması, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde en az kullanılan zaman dilimidir⁵⁶⁰. Bu yaklaşım, yatırımcının tâbiyetinin tahkim kararının verildiği anda bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenmesini öngörür. Bu yaklaşımın avantajı, yatırımcının tâbiyetinin tahkim kararının verildiği anda güncel olmasıdır. Bu şekilde, yatırımcının tâbiyetinin tahkim kararının verildiği andan önce veya sonra değişmesi önlenir⁵⁶¹. Bu da, yatırımcının hukuki statüsünün ve konumunun daha güncel ve gerçekçi olmasını sağlar. Bu yaklaşımın dezavantajı, yatırımcının tâbiyetinin tahkim kararının verildiği an ile uyumlu olmayabileceğidir. Örneğin, yatırımcının tâbiyeti, yatırımın yapıldığı anda, uyuşmazlığın ortaya çıktığı anda veya tahkim usulünün başlatıldığı anda farklı olabilir. Bu durumda, yatırımcının tâbiyetinin tahkim kararının verildiği anda belirlenmesi, yatırımcının gerçek bağlantısı olan devleti göz ardı edebilir. Bu da, yatırımcının

⁵⁵⁷ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 74.

⁵⁵⁸ Wehland, **a.g.e.**, s. 98.)

⁵⁵⁹ Sarica, **a.g.m.**, s. 192.)

⁵⁶⁰ Douglas, **a.g.e.**, s. 150.

⁵⁶¹ Wehland, **a.g.e.**, s. 130.

hukuki statüsünün ve konumunun daha güncel ve gerçekçi olmasını engelleyebilir.

Yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesi konusunda hangi zaman diliminin esas alınacağı sorusunun cevabı, uluslararası yatırım anlaşmaları, uluslararası tahkim kuralları ve uluslararası tahkim kararları ışığında farklılıklar gösterebilir. Yukarıda; yatırımın yapıldığı an, uyuşmazlığın ortaya çıktığı an, tahkim usulünün başlatıldığı an ve tahkim kararının verildiği an gibi zaman dilimlerinin avantaj ve dezavantajları incelenmiştir. Bu zaman dilimleri arasında hangisinin esas alınacağı, yatırımcının hukuki statüsünün ve konumunun istikrarlı, kesin, güncel, gerçekçi, adil ve uygun olmasını sağlayacak şekilde belirlenmelidir⁵⁶². Bu nedenle, yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde hangi zaman diliminin esas alınacağı, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır.

2.4. Yatırım İlişkisi Çerçevesinde Devletlerin Nitelendirilmesi

Yatırım ilişkisi, bir devletin (kaynak devlet) vatandaşı veya tüzel kişinin, başka bir devletin (ev sahibi devlet) topraklarında yaptığı yatırımı ifade eder. Bu ilişkinin arka planında, uluslararası kuruluşlar, çok uluslu şirketler, sivil toplum kuruluşları ve sermaye ihraç eden devletler gibi birçok aktör yer almaktadır. Bu aktörler, kendi amaç ve çıkarları doğrultusunda farklı araç ve yöntemlere başvurarak doğrudan yatırımlara ilişkin hukukun şekillendirilmesinde etkili olmaktadır⁵⁶³.

Yatırım ilişkisi içinde devletlerin rolü, uluslararası yatırım hukuku için önemli bir konudur. Devletlerin yatırım ilişkilerindeki belirgin rolü, uluslararası hukukun ve yatırım hukukunun şekillendirilmesi, sürdürülmesi ve uygulanmasında açıkça görülür. Şöyle ki, devletler, yatırım anlaşmalarına taraf olmanın yanı sıra uluslararası kuruluşlar ve örgütlere üye olarak yatırım ortamını doğrudan etkilerler. Devletlerin bu aktif katılımı, yatırım ilişkilerindeki dinamikleri belirlemelerine ve düzenlemelerine olanak tanır⁵⁶⁴.

Yatırım ilişkisi içinde devletler, farklı roller üstlenebilirler. Üstlenilen bu roller, devletlerin yatırımlara ilişkin yaklaşımlarını ve politikalarını belirler. Sermaye

⁵⁶² Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 210.

⁵⁶³ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 42.

⁵⁶⁴ Ekşi, **a.g.m.**, s. 55.

ihraç eden devletler genellikle daha geniş bir perspektife sahiptir ve genel olarak serbest piyasa ekonomisinin savunucusu olarak hareket ederler. Öte yandan, sermaye ithal eden devletler daha sınırlı koşulları benimseme eğilimindedir ve genellikle ulusal çıkarlarını korumaya yönelik politikalar izlerler. Bu durum, devletlerin uluslararası platformda nasıl etkileşimde bulunduklarını ve yatırım ilişkilerini nasıl şekillendirdiklerini anlamak için kritik bir öneme sahiptir⁵⁶⁵.

Yatırım ilişkisi, hem kaynak devlet hem de ev sahibi devlet için bir takım faydalar ve sorumluluklar doğurmaktadır. Bu faydaları ve sorumlulukları iyi analiz etmek, uluslararası yatırım ilişkilerindeki dinamikleri anlamak, gelecekteki politika oluşturma süreçlerine ışık tutmak ve adil bir küresel yatırım ortamı oluşturmak için temel bir çerçeve sunar. Yine devletler arası işbirliği ve anlayışın artırılmasına, sürdürülebilir yatırım politikalarının belirlenmesine kritik katkılar sağlayacaktır⁵⁶⁶.

2.4.1. Ev Sahibi Devlet Kavramı

Yatırım anlaşmalarında ev sahibi devlet tanımının hangi kişileri ve kurumları kapsadığı, bunun yanında, devletlerin hangi mercilerince hayata geçirilecek eylem ve tasarrufun devlete isnad edilebileceğinin tespit edilmesi uluslararası yatırım hukukunda önemli bir konudur. Ev sahibi devlet ifadesinin kapsamı, yatırımcının ev sahibi devlete karşı uluslararası hukuk çerçevesinde hak talep edebilmesi, ev sahibi devletin yatırımcıya karşı uluslararası hukuk çerçevesinde sorumluluk üstlenebilmesi ve yatırım uyumsuzluklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için belirleyici bir faktördür. Bu nedenle, yatırım anlaşmalarında ev sahibi devlet ifadesinin kapsamını belirlemek için, ilgili yatırım anlaşmasının metnine, yorumuna, uygulamasına ve amacına bakmak gerekir⁵⁶⁷.

Yatırım anlaşmalarında ev sahibi devlet ifadesinin kapsamını belirleyen en önemli kaynak, yatırım anlaşmalarının kendisidir. Yatırım anlaşmaları, genellikle, ev sahibi devlet ifadesini tanımlayan veya sınırlayan bir hüküm içerir. Bu hüküm, ev sahibi devlet ifadesinin, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari

⁵⁶⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 80.

⁵⁶⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 90.

⁵⁶⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 85.

birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları, devletin verdiği yetkiyle hareket eden kişi ve kuruluşları, devletin uluslararası anlaşmalarla kurduğu veya katıldığı kurum ve kuruluşları gibi kişi ve kurumları kapsadığını belirtir. Ev sahibi devlet ifadesini tanımlayan ve sınırlandıran hüküm, yatırım anlaşmalarının tanımlar, halefiyet, uygulama, yorum, uyuşmazlık çözümü gibi bölümlerinde yer alabilir. Örneğin, NAFTA hükümleri, ev sahibi devlet ifadesini, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları olarak tanımlar⁵⁶⁸. Yine ECT hükümleri, ev sahibi devlet ifadesini, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları, devletin verdiği yetkiyle hareket eden kişi ve kuruluşları, devletin uluslararası anlaşmalarla kurduğu veya katıldığı kurum ve kuruluşları olarak tanımlar⁵⁶⁹.

Yatırım anlaşmalarında ev sahibi devlet ifadesinin kapsamını belirleyen bir diğer kaynak, uluslararası tahkim kurallarıdır. Uluslararası tahkim kuralları, yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim hükümlerine göre, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak kuralları belirler. Uluslararası tahkim kuralları, genellikle, ICSID, ICC, UNCITRAL, LCIA gibi kurumsal tahkim kuruluşlarının kurallarıdır. Uluslararası tahkim kuralları, ev sahibi devlet ifadesinin kapsamını, tahkim yargılamasının başlatılması, tahkim yargılamasının yürütülmesi, tahkim kararının verilmesi, tahkim kararının icrası gibi aşamalarda etkiler. Örneğin, ICSID Sözleşmesi hükümleri incelendiğinde, ev sahibi devlet ifadesinin, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları, devletin verdiği yetkiyle hareket eden kişi ve kuruluşları, devletin uluslararası anlaşmalarla kurduğu veya katıldığı kurum ve kuruluşları gibi kişi ve kurumları kapsadığını belirtir. ICC Kurullarına göre, ev sahibi devlet ifadesinin, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları,

⁵⁶⁸ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 50.

⁵⁶⁹ Ekşi, **a.g.m.**, s. 105.

devletin verdiği yetkiyle hareket eden kişi ve kuruluşları, devletin uluslararası anlaşmalarla kurduğu veya katıldığı kurum ve kuruluşları gibi kişi ve kurumları kapsadığını belirtir⁵⁷⁰.

Yatırım anlaşmalarında ev sahibi devlet ifadesinin kapsamını belirleyen bir başka kaynak, uluslararası tahkim kararlarıdır. Uluslararası tahkim kararları, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde nihai kararı verir. Uluslararası tahkim kararlarına göre, ev sahibi devlet ifadesinin kapsamını, tahkim yargılamasının başlatılması, tahkim yargılamasının yürütülmesi, tahkim kararının verilmesi, tahkim kararının icrası gibi aşamalarda etkiler. Örneğin, El Paso v. Argentina kararı, ev sahibi devlet ifadesinin, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları, devletin verdiği yetkiyle hareket eden kişi ve kuruluşları, devletin uluslararası anlaşmalarla kurduğu veya katıldığı kurum ve kuruluşları gibi kişi ve kurumları kapsadığını belirtir⁵⁷¹. CSOB ve Slovenia kararı, ev sahibi devlet ifadesinin, devletin merkezi yönetimi, yerel yönetimleri, idari birimleri, yargı organları, yasama organları, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen kurum ve kuruluşları, devletin verdiği yetkiyle hareket eden kişi ve kuruluşları, devletin uluslararası anlaşmalarla kurduğu veya katıldığı kurum ve kuruluşları gibi kişi ve kurumları kapsadığını belirtir⁵⁷².

Yatırım anlaşmalarının yatırımcı ile devlet şirketleri arasında gerçekleştiği durumlarda, devlet şirketlerinin devlet organı olarak mı kabul edilebileceği sorusu tartışmalara sebebiyet vermektedir. Devlet şirketlerinin devlete isnad edilebilmesi için, şirketin devlet tarafından kontrol edilmesi, devletin verdiği yetkiyle hareket etmesi ve devletin kamu gücünü kullanması gibi kriterlerin esas alınması gerekmektedir. Bu soruyu hakem kurulu kararları çerçevesinde değerlendirdiğimizde, bu kriterlerin uygulanmasında farklı yaklaşımlar olduğu görülecektir. Örneğin, CMS v. Arjantin kararında, hakem kurulu, Arjantin'in devlete ait olan ve elektrik dağıtımı yapan ENRE şirketinin eylemlerini devlete isnad etmiştir. Hakem kurulu, ENRE'nin devletin verdiği yetkiyle hareket ettiğini,

⁵⁷⁰ Schreuer, C. , **a.g.e.**, s. 109.

⁵⁷¹ El Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 2011, s.120.

⁵⁷² CSOB v. Slovakia, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 1999, s.80.

devletin kamu gücünü kullandığını ve devletin ENRE üzerinde etkin bir kontrolü olduğunu belirtmiştir⁵⁷³. Benzer şekilde, LG&E v. Arjantin kararında, hakem kurulu, Arjantin'in devlete ait olan ve doğalgaz dağıtımı yapan ENARGAS şirketinin eylemlerini devlete isnad etmiştir. Hakem kurulu, ENARGAS'ın devletin verdiği yetkiyle hareket ettiğini, devletin kamu gücünü kullandığını ve devletin ENARGAS üzerinde etkin bir kontrolü olduğunu belirtmiştir⁵⁷⁴. Bunun aksine, Toto v. Lübnan kararında, hakem kurulunun, Lübnan'ın devlete ait olan ve elektrik dağıtımı yapan EDL şirketinin eylemlerini devlete isnad etmediği görülmüştür. Hakem kurulu, EDL'nin devletin verdiği yetkiyle hareket etmediğini, devletin kamu gücünü kullanmadığını ve devletin EDL üzerinde etkin bir kontrolü olmadığını belirtmiştir⁵⁷⁵. Aynı şekilde, Alapli v. Türkiye kararında, hakem kurulu, Türkiye'nin devlete ait olan ve elektrik üretimi yapan EÜAŞ şirketinin eylemlerini devlete isnad etmemiştir. Hakem kurulu, EÜAŞ'ın devletin verdiği yetkiyle hareket etmediğini, devletin kamu gücünü kullanmadığını ve devletin EÜAŞ üzerinde etkin bir kontrolü olmadığını belirtmiştir⁵⁷⁶. Tüm bu kararlardan anlaşılacağı üzere, devlet şirketlerinin devlete isnad edilebilmesi için, şirketin devlet tarafından kontrol edilmesi, devletin verdiği yetkiyle hareket etmesi ve devletin kamu gücünü kullanması gibi kriterlerin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kriterlerin uygulanmasında, hakem kurulları arasında farklılıklar olabileceği gibi, aynı hakem kurulu da farklı kararlar verebilmektedir. Bu nedenle, devlet şirketlerinin devlete isnad edilebilmesi için, her bir olayın kendi özellikleri içinde incelenmesi ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.

2.4.2. Kaynak Devlet Kavramı

Kaynak devlet ifadesi, en genel tanımıyla yatırımcının tâbiyet bağı ile bağlı olduğu devleti ifade eden bir terimdir. Yatırım anlaşmalarında, yatırımı yapan devleti ifade eder⁵⁷⁷. Yatırım ilişkisi içerisinde kaynak devletin rolü, kendi vatandaşı veya tüzel kişinin yaptığı yatırımı korumak ve teşvik etmektir. Kaynak

⁵⁷³ CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005, s. 180.

⁵⁷⁴ LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 2006, s. 210.

⁵⁷⁵ Toto v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, 2012, s. 230.

⁵⁷⁶ Alapli v. Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Award, 2011, s. 245.)

⁵⁷⁷ Ekşi, **a.g.m.**, s. 24.

devlet, bu rolü, uluslararası yatırım anlaşmaları aracılığıyla yerine getirir. Destekler, yatırım anlaşmalarının metnine, yorumuna, uygulamasına ve amacına göre değişebilir⁵⁷⁸. Ancak, genel olarak, kaynak devletin kendi yatırımcılarına sağladığı destekler, şu şekilde sıralanabilir:

- Kaynak devlet, yatırımcısının yatırımını korumak için, ev sahibi devlet ile yatırım anlaşması imzalar. Bu anlaşma, yatırımcıya, ev sahibi devletin hukuk sistemine güven verir, yatırım risklerini azaltır, yatırım fırsatlarını artırır ve yatırım getirilerini yükseltir⁵⁷⁹.
- Kaynak devlet, yatırımcısının yatırımını teşvik etmek için, yatırımcıya vergi indirim, kredi kolaylığı, altyapı desteği, arazi tahsis, ithalat ve ihracat kolaylığı, yatırım garantisi gibi teşvikler sunabilir.
- Kaynak devlet, yatırımcısının yatırımını desteklemek için, yatırımcıya teknik danışmanlık, eğitim, pazar araştırması, yatırım fırsatları, yatırım ortaklığı, yatırım ağı gibi hizmetler sağlayabilir.
- Kaynak devlet, yatırımcısının yatırımını savunmak için, yatırımcının ev sahibi devlet ile uyuşmazlık halinde, yatırımcıya hukuki yardım, diplomatik koruma, uluslararası tahkim başvurusu gibi imkanlar sunabilir⁵⁸⁰.

Kaynak devletin yatırımcısına vermiş olduğu desteklerin örneklerine, yatırım anlaşmalarının metinlerinde, uygulamalarında ve uluslararası tahkim kararlarında rastlamak mümkündür. Örneğin, Türkiye ile Azerbaycan arasında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması, Türkiye'nin Azerbaycan'da yatırım yapan Türk vatandaşlarına veya tüzel kişilerine sağladığı destekleri gösterir⁵⁸¹. Bu anlaşmaya göre, Türkiye, Azerbaycan'da yatırım yapan Türk yatırımcılarına, Azerbaycan'ın kendi yatırımcılarına veya üçüncü devlet yatırımcılarına sağladığından daha az olmamak üzere, ulusal muamele, en az zararlı muamele, adil ve eşit muamele, doğrudan veya dolaylı kamulaştırmaya karşı tazminat, serbest para transferi, yatırım uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümlenmesi gibi haklar

⁵⁷⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 80.

⁵⁷⁹ Tienhaara, **a.g.e.**, s. 68.

⁵⁸⁰ Van Harten, **a.g.e.**, s. 78.

⁵⁸¹ Crawford, J. (2012). **Brownlie's Principles of Public International Law**. Oxford University Press, s. 123.

tanır⁵⁸². Ayrıca, Türkiye, Azerbaycan'da yatırım yapan Türk yatırımcılarına, Türkiye'de yatırım yapan Azerbaycanlı yatırımcılara sağladığından daha az olmamak üzere, vergi indirimi, kredi kolaylığı, altyapı desteği, arazi tahsis, ithalat ve ihracat kolaylığı, yatırım garantisi gibi teşvikler sunar. Bunun yanında, Türkiye, Azerbaycan'da yatırım yapan Türk yatırımcılarına, teknik danışmanlık, eğitim, pazar araştırması, yatırım fırsatları, yatırım ortaklığı, yatırım ağı gibi hizmetler sağlar. Ayrıca, Türkiye, Azerbaycan'da yatırım yapan Türk yatırımcılarının, Azerbaycan ile uyumsuzluk halinde, hukuki yardım, diplomatik koruma, uluslararası tahkim başvurusu gibi imkanlar sunar⁵⁸³.

Bu destekler tarihi açıdan incelendiğinde; her ne kadar sömürgecilik döneminde kaynak devletlerin ekonomik, sosyal ve politik hedeflerine ulaşmak için güç kullanımını içeren bir strateji hamlesi olarak görülse de, sömürgecilik döneminin sona ermesiyle birlikte, ev sahibi devletlerin hukuki araçları kullanarak yatırımcılarına destek olmaya yöneldiği görülecektir⁵⁸⁴. Günümüzde, yatırımların korunmasında en etkili aracın, ev sahibi devletin taahhütlerini ve yatırımcının haklarını belirleyen, böylece adil bir yatırım ortamı oluşturan yatırım anlaşmaları olduğu görülecektir⁵⁸⁵.

⁵⁸² Schreuer, C. , **a.g.e.**, s. 135.

⁵⁸³ Ekşi, **a.g.m.**, s. 105.

⁵⁸⁴ Tienhaara, **a.g.e.**, s. 68.

⁵⁸⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 75.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. Enerji Yatırımlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları

3.1. Enerji Yatırımlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Yabancı yatırımların, ev sahibi ülkelere getirdiği sermaye, teknoloji ve yönetim becerileri gibi katkılar, bu ülkelerin ekonomik gelişiminde önemli bir rol oynar. İstihdamın artması, altyapı projelerinin hayata geçirilmesi ve ihracat gelirlerinin yükselmesi gibi olumlu etkileriyle yabancı yatırımlar, genellikle ev sahibi devletler tarafından teşvik edilir. Bu tür yatırımların faydaları göz önünde bulundurulduğunda, ev sahibi devletlerin yatırım faaliyetlerini olumsuz etkileyecek müdahalelerde bulunmaları beklenmez. Yatırımcılar da, bekledikleri kazancı elde ettiklerinde, ev sahibi ekonomiye katkı sağlamaya ve devletle olan iyi ilişkilerini sürdürmeye devam ederler⁵⁸⁶. Uluslararası arenada yabancı yatırımları çekmek için yaşanan rekabet göz önüne alındığında, hiçbir devlet yatırımcılarla uyuşmazlık yaratan veya onlarla kötü ilişkiler içinde olan bir imaj çizmek istemez⁵⁸⁷. Her iki tarafın da uyuşmazlıklardan kaçınma eğilimi göstermesi, esasında yatırım sözleşmelerinin uzun vadeli ve dinamik ilişkiler kurma amacını yansıtır. Bu sözleşmeler, yatırımın başlangıcında belirlenen faaliyetlerin ve hedeflerin bir özeti niteliğindedir⁵⁸⁸; ancak, yatırımın devamında, egemen devletin hem sözleşme tarafı hem de denetleyici olarak etkin bir rol oynaması, ilişkiyi daha karmaşık bir hale getirebilir⁵⁸⁹.

Yatırım uyuşmazlıkları incelendiği takdirde; uyuşmazlıkların yaygın olarak, ev sahibi devletlerin, yatırımcının haklarını ihlal edecek şekilde hareket etmesiyle başladığı görülmektedir. Doğrudan yabancı yatırımlar, yabancı bir yatırımcının, bir devlet ya da onun kamu kuruluşlarıyla uzun vadeli ilişkiler kurma niyetiyle yaptığı işlemlerdir⁵⁹⁰. Yatırımın özel sektördeki bir kuruluşla ilişkili olması

⁵⁸⁶ Barton, J. ve Bart, F., **International Trade and Investment**, Little Brown and Company, Boston-Toronto, 1986, s. 20.

⁵⁸⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 12.

⁵⁸⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 6-7.

⁵⁸⁹ Aybay, R., **Vatandaşlık Hukuku**, Aybay Yayınları, 2003, s. 30.

⁵⁹⁰ Doğrudan yabancı yatırımlar ile dolaylı yatırımlar arasında farklar, yatırımın uzun bir sürece yayılması, yatırımcının girdiği risk, yatırımcının yatırımı üzerinde denetimde bulunması ve çok uluslu bir şirket olup olmadığı noktalarında belirginleşir. Dolaylı yatırımlar, doğrudan yabancı

durumunda bile, ev sahibi devletin yatırıma ilişkin düzenlemeleri ve denetimleri sıkça hissedilir. Şayet; serbest pazar ekonomisi, yani yabancı yatırımların serbestçe hareket edebildiği bir sistem, dünya çapında tam anlamıyla benimsenmiş olsaydı, devletlerin bu yatırımlar üzerindeki kontrolü azalırdı⁵⁹¹. Ancak, böyle bir sistem henüz tam anlamıyla hayata geçmemiştir. Yabancı yatırımlar, hiç farketmeksizin gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde, devletin düzenleyici varlığı altında sürdürülmektedir. Bu durum, yatırım ilişkisinin tamamen özel sektör arasında olduğu zamanlarda da, bir tarafın devlet olduğu zamanlarda da geçerlidir⁵⁹². Özelleştirme trendinin dünya genelinde yaygınlaşmasına rağmen, devletlerin iş dünyasındaki etkisi hala güçlüdür ve yabancı yatırımcıların birçok endüstri sektörüne girişi, genellikle devlet kuruluşlarıyla yapılan ortak girişimler aracılığıyla mümkün olmaktadır⁵⁹³. Yatırım işlemleri, yatırımcının tabii olduğu ülkeyi ve yatırımın yapıldığı ülkeyi içine çeker ve böylece uluslararası hukuk ilkelerini de sürece dahil eder⁵⁹⁴.

Yabancı yatırımların, ev sahibi devletler üzerindeki olumlu algısı zamanla değişiklik gösterebilir ve bu değişim yine uyumsuzlıklara zemin hazırlayabilir. Yabancı yatırımcılar, bir ülkeye yatırım yaparak ekonomik kazanç elde etmeye başladıklarında, bu durumun ev sahibi ülke için başlangıçtaki çekiciliğini zamanla yitirebileceği büyük bir olasılıktır. Yatırımcıların elde ettiği kârı büyük oranda kendi ülkesine aktarması ve ev sahibi ekonomiye önemli bir katkı sağlamaması durumunda, yatırımın ev sahibi ülkeye olan yararları sorgulanmaya başlar⁵⁹⁵. Yerel üreticiler, siyasetçiler ve kamuoyu kendi ülkelerinde üretilebilecek ürünlerin yabancı şirketler tarafından imal edilip, piyasaya sürülmesine ve elde

yatırımların aksine, kısa süreli, düşük riskli, yatırımcının şirket yönetimi üzerinde söz sahibi olmadığı türde yatırımlardır ve ev sahibi ülke ekonomisine katkısı düşüktür. Bkz.: Aysel Çelikel; Günseli Öztekin Gelgel; Yabancılar Hukuku, 16. bs. Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 153-154. Ayrıca, yabancı yatırım türleri ve ev sahibi ülkeye geliş biçimi hakkında bkz.: Deniz Kırılı Aydemir, Yabancı Yatırımların Korunması, 1. bs. Legal Yay., İstanbul, 2005, s. 26-31.

⁵⁹¹ Bindeman, K., *Production Sharing Agreements: An Economic Analysis*, Oxford Institute for Energy Studies, 1999, s. 50.

⁵⁹² Acun, a.g.e., s. 10.

⁵⁹³ Bayata Canyaş, A., *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 72.

⁵⁹⁴ Begic, T., *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, s. 115.

⁵⁹⁵ Broadbent, M. And Pancake, R., *CSIS Report: Reinvigorating the U.S. Bilateral Investment Treaty Program*, CSIS, Washington. 2012, s. 30.

edilen gelirin yurt dışına çıkarılmasına itiraz edebilirler⁵⁹⁶. Bu durum, yabancı yatırımın ülkeye olan katkısının değerlendirilmesinde ev sahibi devletin ilk olumlu görüşünün değişmesine yol açabilir ve böylece yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir uyuşmazlık oluşma ihtimali artar⁵⁹⁷. Siyasi değişiklikler, ekonomik milliyetçiliğin yükselişi veya ev sahibi devletin menfaatlerinin zarar gördüğünü düşünmesi gibi faktörler, bu tür uyuşmazlıkları tetikleyebilir⁵⁹⁸. Özetle; uyuşmazlıkların en önemli sebeplerinden birisi de; yatırımın ev sahibi ülkenin sosyal ve politik koşullarıyla yakından ilişkili olması ve taraflar arasındaki güç dengesinin karmaşık doğası olduğu gerçeğidir⁵⁹⁹.

Enerjiye duyulan talebin günden güne artması, enerji kaynaklarının azalması ve sosyal sorunlar enerji sektörünü önemli bir yatırım alanı haline getirmiştir. Dolayısıyla enerji yatırımları, günümüz dünyasında hem yatırımcılar hem de yatırım yapılan ülkeler için tartışmasız büyük önem taşımaktadır. Bu denli öneme haiz olan enerji yatırımları, yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasında zamanla bir takım uyuşmazlıklara sebebiyet vermiştir⁶⁰⁰.

Enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıklar; genellikle, enerji sektörünün kendine özgü karakterinden kaynaklanmaktadır. Enerji sektörü, yüksek maliyet, uzun geri dönüş süresi, teknik zorluk, siyasi belirsizlik, hukuki engel, vergi ve teşvik değişikliği, ulusal güvenlik, kamuoyu tepkisi, çevresel etki, uluslararası anlaşmazlık ve rekabet gibi pek çok risk içermektedir⁶⁰¹. Bu riskler, enerji yatırımlarının başarı şansını azaltmasının yanında uyuşmazlıklara da sebebiyet vermektedir.

Enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıkları niteliğine göre; uluslararası yatırım uyuşmazlıkları ve ticari uyuşmazlıklar olarak iki ana kategoride incelemek mümkündür⁶⁰². Genel olarak; uluslararası yatırım uyuşmazlıkları, yabancı bir

⁵⁹⁶ Brownlie, **a.g.e.**, s. 40.

⁵⁹⁷ Bishop, D. , Crawford, J. and Reisman, M., **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, Kluwer Law International, The Hague, 2005, s. 50.

⁵⁹⁸ **a.g.e.**, s. 75.

⁵⁹⁹ Brunner, C., **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2009, s. 90.

⁶⁰⁰ Bayata Canyaş, **a.g.m.**, s. 80.

⁶⁰¹ Barton and Bart, **a.g.m.**, s. 30.

⁶⁰² Begic, **a.g.m.**, s. 130.

yatırımcı ile yatırım yapılan ülkenin devleti arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar iken ticari uyuşmazlıklar ise, enerji yatırımlarıyla ilgili olarak yatırımcılar, tedarikçiler, müteahhitler, lisansörler, finansörler, sigortacılar, dağıtıcılar ve tüketiciler arasında çıkan uyuşmazlıklardır⁶⁰³. Dolayısıyla yatırımcılar uyuşmazlık türüne göre; farklı iki seçenekten kaynaklanan haklara sahiptir. Ev sahibi devletlerin faaliyetleri ve tasarrufları, yatırımcıların bu iki kaynaktan gelen haklarını çiğneyebilir. Bu durumda, yatırım uyuşmazlıkları, hangi kaynaktan gelen hakkın ihlâl edildiğine göre, “sözleşme ihlalleri” veya “anlaşma ihlalleri” şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. Bu ihlallerin yol açtığı uyuşmazlıklar genellikle "sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar" veya "anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıklar" olarak iki grupta incelenir.

Sözleşmeler ve anlaşmalar, yatırımcılara verilen hakları farklı şekillerde düzenlemektedir. Bu yüzden, bu kaynaklara dayalı olarak çıkan uyuşmazlıklar da, bazı açılardan birbirinden ayrılmaktadır. Şöyle ki; anlaşmadan kaynaklanan haklar, devletlerin aralarında imzaladıkları metinlerde yer alan haklardır. Bu haklar, uluslararası hukuk tarafından tanınmaktadır. Oysa sözleşmeler, iç hukukun kaynaklarından biridir. Bu sebeple; Anlaşma kaynaklı uyuşmazlıklarda, uluslararası hukuk kuralları geçerli iken, sözleşme kaynaklı uyuşmazlıklarda, iç hukuk kuralları uygulanmaktadır.⁶⁰⁴ Yine anlaşma kaynaklı uyuşmazlıkların tarafları değişmez; uyuşmazlığın bir tarafında devlet, diğer tarafında yatırımcı bulunur. Ancak sözleşme kaynaklı uyuşmazlıkların tarafları farklı olabilir; uyuşmazlığın bir tarafında yatırımcı olurken, diğer tarafında devlet ile birlikte, belediyeler, devlet şirketleri gibi tüzel kişiler de olabilir⁶⁰⁵. Bir diğer fark ise, anlaşma ile belirlenen koruma hükümleri sabittir; bu nedenle, uyuşmazlık sebepleri de benzerdir. Ancak yatırım sözleşmelerinin şartları, sözleşmenin türüne bağlı olarak farklılık gösterebilir. Bu nedenle, sözleşmeye dayalı uyuşmazlıklar da çeşitlilik arz edebilir⁶⁰⁶.

⁶⁰³ a.g.e., s. 150.

⁶⁰⁴ Voss, age., s. 161.

⁶⁰⁵ Bishop, Crawford, and Reisman, **a.g.m.**, s. 100.

⁶⁰⁶ Begic, **a.g.m.**, s. 200.

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde, sözleşme ve anlaşma kaynaklı uyuşmazlık ayrımı yapmak, hangi merciin yetkili olduğunu ve hangi hukukun geçerli olduğunu belirlemek açısından çok önemlidir. Sözleşme ihlalleri durumunda, uyuşmazlıkların çözümü için ulusal mahkemeler veya ulusal hakemler görev yapmakta ve bu uyuşmazlıklar ulusal hukuka göre çözülmektedir.⁶⁰⁷ Ancak, anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlıkları çözmek için uluslararası hakemler yetkili olmakta ve uyuşmazlıklar uluslararası hukuka göre çözüme kavuşturulmaktadır.⁶⁰⁸ Bazı uyuşmazlıklarda sözleşme kaynaklı uyuşmazlıklar ile anlaşma kaynaklı uyuşmazlıklar arasındaki fark, belirsizleşebilir veya kaybolabilir. Anlaşmalara eklenen bir hüküm ile, sözleşme yükümlülükleri de yatırım anlaşmalarının koruma kapsamına alınabilir. “Şemsiye hükümler” olarak da bilinen bu maddeler sayesinde, sözleşmeler yatırım anlaşması seviyesinde korunmakta, böylece, sözleşme ihlalleri, yatırım anlaşması ihlali olarak görülmektedir. Bu şekilde, yatırım anlaşması ihlallerine bakan uyuşmazlık çözüm mercileri, sözleşme ihlallerine de bakabilecek duruma gelmekte dolayısıyla yatırım anlaşmalarına uygulanan hukuk, yatırım sözleşmeleri için de geçerli olmaktadır⁶⁰⁹.

Yatırım anlaşmaları, genellikle yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için geniş hükümler içerir⁶¹⁰. Bu hükümler, uygulamada, yatırım uyuşmazlıklarının büyük bir kısmının anlaşmalar çerçevesinde ele alınmasına imkan tanır⁶¹¹. Fakat, bu durum bazen anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar arasındaki önemli ayrımın gözden kaçırılmasına neden olabilir⁶¹². Oysa ki, daha önce de vurgulandığı üzere bu ayrım, yatırım uyuşmazlıklarını sınıflandırmada kritik bir rol oynar ve kanaatimizce bu ayrımın korunması gereklidir⁶¹³.

⁶⁰⁷ Bayata Canyaş, **a.g.m.**, s. 85.

⁶⁰⁸ Bishop, Crawford, and Reisman, **a.g.m.**, s. 120.

⁶⁰⁹ **a.g.e.**, s. 135.

⁶¹⁰ Bedjaoui, M., **a.g.e.**, s. 35.

Bishop, Crawford, and Reisman, **a.g.m.**, s. 140.

⁶¹² **a.g.e.**, s. 145.

⁶¹³ **a.g.e.**, s. 150.

3.1.1. Temel Koruma Standartlarının İhlali Neticesinde Uyuşmazlık

Enerji yatırımlarının uluslararası piyasalarda artışıyla birlikte, yatırımlarla ilgili temel koruma standartları da zaman içinde kendine has özellikler geliştirerek uluslararası yatırım hukuku içerisinde evrimleşmiştir. Uluslararası yatırım hukuku, genellikle yatırımların desteklenmesi ve korunması prensiplerini içeren ikili ve çok taraflı antlaşmalar aracılığıyla şekillendirilmiştir⁶¹⁴. Bu antlaşmalar, yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkelerde karşılaşılabilecekleri politik risklere karşı korunmalarını sağlamak amacıyla tasarlanmıştır. Bu bağlamda, ev sahibi devletlerin yatırımcılara ve yatırımlarına karşı belirli temel davranış kuralları ve koruma standartları benimsemeleri beklenir. Eğer ev sahibi devletin eylemleri bu standartlara uymuyorsa, yasal sorumluluklarını yerine getirmemekle suçlanabilir ve bu durum, yatırımcının uğradığı zararların tazmin edilmesine yol açabilir⁶¹⁵. Bu düzenlemeler, yatırımcıların haklarını koruma altına alarak, uluslararası yatırım ortamının daha güvenilir ve istikrarlı hale gelmesine katkıda bulunmayı amaçlar⁶¹⁶.

Yatırım anlaşmalarının koruma hükümleri genellikle yatırım türlerine göre ayırım yapmaz; ancak, Enerji Şartı Antlaşması gibi belirli bir sektöre odaklanan istisnai durumlar vardır. Enerji yatırımları, uluslararası işbirliği açısından kritik bir rol oynar ve hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler için büyük önem arz eder. Bu işbirliği, enerji arz güvenliğinin sağlanması kadar, enerji kaynaklarına sahip ülkelerin kalkınmasına da katkıda bulunur. Enerji yatırımları, diğer yatırım türlerine kıyasla daha yüksek maliyetli olduğundan, bu alanda güçlü bir koruma mekanizmasına ihtiyaç duyulur⁶¹⁷.

Yatırım anlaşmaları, yatırımların desteklenmesi ve korunması ile ilgili yükümlülükleri “genel” ve “özel” koruma standartları olarak iki ana kategoride değerlendirir. Genel koruma standartları, yatırımın tüm yönlerine uygulanabilirken, özel koruma standartları genellikle ev sahibi devletin

⁶¹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 14.

⁶¹⁵ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 141.

⁶¹⁶ Vandevelde, **a.g.e.**, s. 104.

⁶¹⁷ Wälde, T. W., **a.g.e.**, s. 389.

yatırımcıya ve yatırıma karşı gösterdiği belirli davranışlara odaklanır⁶¹⁸. Çoğu yatırım anlaşmasında, genel koruma standartları; koruma ve güvenlik, adil ve hakkaniyetli muamele, ve ayrımcılık yapmama ilkelerini içerir⁶¹⁹. Millî muamele ve en çok gözetilen ulus prensipleri genellikle ayrımcılık yapmama ilkesinin bir parçası olarak ele alınır. Özel koruma standartları ise; haksız kamulaştırmanın önlenmesi, kazançların transferi, halefiyet ve tazminat gibi konuları kapsar⁶²⁰.

Tezimiz kapsamında, yatırımlara ilişkin “genel” ve “özel” koruma standartları ayrı başlıklar altında ele alınacak ve Enerji Şartı Antlaşması çerçevesinde tanımlanan genel koruma standartlarının detayları ve bu standartların uluslararası hukuk anlayışı ile içtihatlarda nasıl uygulandığı incelenecektir. Ayrıca, enerji yatırımlarıyla ilgili uyuşmazlıkların büyük bir bölümünün kamulaştırma ve devletleştirme gibi uygulamalardan kaynaklandığı göz önünde bulundurularak, Antlaşmanın bu tür uygulamalara ilişkin düzenlemeleri detaylı bir şekilde irdelenecektir. Bu analiz, Antlaşmanın ilgili hükümlerinin yatırımcıların haklarını nasıl etkilediği ve koruduğu konusunda derinlemesine bir anlayış sağlamayı amaçlamaktadır.

3.1.2. Enerji Şartı Antlaşması Kapsamında Koruma Standartları

Enerji Şartı Antlaşması’nın “Yatırımların Teşviki ve Korunması” başlıklı III. Bölümü, enerji sektöründeki yatırımların korunmasına dair temel kuralları içermektedir. Bu bölüm, 10’dan 17’ye kadar olan maddelerle, yatırımların korunmasını sağlayacak standartları tanımlar. İlk olarak, taraf devletlerin uygun yatırım ortamı sağlama yükümlülükleri 10(1) maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre, her taraf devlet, diğer taraf devletlerin yatırımcıları için istikrarlı, adil, elverişli ve şeffaf bir yatırım ortamı oluşturmak ve bu ortamı desteklemekle yükümlüdür⁶²¹. Ayrıca, bu yükümlülüklerin oluşumunda dikkate alınması gereken

⁶¹⁸ Schill, *International...*, a.g.e., s. 29.

⁶¹⁹ Yannaca-Small, K., *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 41.

⁶²⁰ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., a.g.m., s. 77.

⁶²¹ Wälde, T. W., *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, s. 112.

temel ilkeler de bu maddede sıralanmıştır⁶²². Bu ilkeler genel olarak koruma ve güvenlik, adil ve hakkaniyetli muamele ve ayrımcılık yasağı olarak özetlenebilir⁶²³. Ayrıca, taraf devletlerin bu standartlara ilişkin davranış yükümlülükleri, uluslararası hukukun genel kabul görmüş standartlarından daha düşük olmamalıdır⁶²⁴.

III. Bölüm, genel koruma standartlarına ek olarak, kamulaştırma ve devletleştirme uygulamalarının engellenmesi, yatırım kazançlarının transferi, halefiyet ve tazminat gibi diğer koruma önlemlerini de kapsamaktadır. Bu standartlar, enerji yatırımlarının özgül doğası göz önünde bulundurularak, yatırımcıların haklarını korumak ve yatırım ortamının güvenilirliğini artırmak için tasarlanmıştır⁶²⁵.

Genel Koruma Standartları:

3.1.2.1. Koruma ve Güvenlik Standardı

Enerji Şartı Antlaşması'nın üçüncü bölümü, ev sahibi ülkelerin enerji yatırımlarını ve bu yatırımları gerçekleştiren yatırımcıları koruma altına almayı ve gerekli güvenlik önlemlerini sağlamayı öncelikli bir ilke olarak belirlemiştir⁶²⁶. Bu ilke, devletlerin kendi sınırları içinde faaliyet gösteren yabancı yatırımcılar ve onların yatırımları için olası zararlı etkilere karşı aktif olarak koruyucu tedbirler almasını gerektirir⁶²⁷. Bu ilke, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle “koruma ve güvenlik” veya “tam koruma ve güvenlik” olarak adlandırılır ve Enerji Şartı Antlaşması'nın 10(1) maddesinde “en yüksek düzeyde koruma ve güvenlik” şeklinde belirtilmiştir⁶²⁸. Bu ilke, yatırımcıların ve yatırımların sadece ev sahibi devletin eylemlerinden değil, aynı zamanda ev sahibi devletin kontrolü altında olmayan özel kişilerin eylemlerinden de korunmasını gerektirir⁶²⁹.

⁶²² Konoplyanik, A. A. and Wälde, T. W., *Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy*, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 24(4), 2006, s. 523.

⁶²³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 125.

⁶²⁴ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 33.

⁶²⁵ Schill, S. W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 29.

⁶²⁶ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 112.

⁶²⁷ Schill, *The Multilateralization...*, **a.g.e.**, s. 34.

⁶²⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 125.

⁶²⁹ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 77.

Antlaşmada koruma ve güvenlik ilkesine ismen atıfta bulunulmuş olsa da, bu ilkenin tanımı ve kapsamı hakkında açıklayıcı bir bilgi verilmemiştir⁶³⁰. Bu nedenle, ilkenin anlamını ve uygulama kapsamını daha iyi kavrayabilmek adına, ilgili ilkenin uygulanışı ve ev sahibi devletin sorumluluk alanı, tahkim kararlarına dayanarak analiz edilmelidir⁶³¹. Bu sebeple tezimizin bu bölümünde; ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarına ilişkin verilen kararlar incelenerek, bu kararların ışığında Enerji Şartı Antlaşması'nın nasıl yorumlanabileceği üzerinde durulacaktır. Böylelikle, antlaşmanın koruma ve güvenlik ilkelerinin pratikte nasıl işlediği ve yatırımcıların haklarını nasıl etkilediği derinlemesine anlaşılmış olacaktır⁶³².

Koruma ve güvenlik ilkesinin tarihsel gelişimini ve uygulama kapsamını anlamak için, bu ilkenin antlaşma ve içtihat hukukundaki evrimine bakmak önemlidir. Bu ilkenin kökleri, 19. ve 20. yüzyıllarda yapılan çeşitli ikili ticaret antlaşmalarına dayanır ve bu dönemde, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin dahil olduğu antlaşmalarda sıkça "koruma ve güvenlik" terimine rastlanır. Ancak, o zamanlar bu ilke genellikle yatırımcıların ve yatırımların fiziksel şiddet eylemlerinden korunmasını ifade eden dar bir çerçevede ele alınmıştır⁶³³.

20.yüzyılın ikinci yarısından itibaren, yatırım antlaşmalarında koruma ve güvenlik ilkesine daha sık yer verilmeye başlandı ve bu ilkenin uygulama alanı, yatırım uyuşmazlıklarıyla ilgili verilen kararlarla genişletildi⁶³⁴. İchtihat hukukunda, özellikle fiziksel şiddet eylemlerine odaklanan eski ikili ticaret antlaşmalarının etkisi altında alınan kararlar görülmektedir. Bu kararlar çerçevesinde, koruma ve güvenlik ilkesi genellikle yatırımın veya yatırımcının karşılaştığı fiziksel saldırılarla sınırlı olarak ele alınmıştır⁶³⁵. Bu yaklaşımın belirgin örneklerinden biri, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka Cumhuriyeti davasıdır. 1987 yılında Sri Lanka Güvenlik Kuvvetleri'nin bir isyanı bastırmak için yapmış olduğu operasyon sırasında, yatırımcının çiftliği kullanılmaz hale gelmiştir.

⁶³⁰ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 29.

⁶³¹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 33.

⁶³² Wälde, T. W., **a.g.e.**, s. 119.

⁶³³ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 41.

⁶³⁴ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 77.

⁶³⁵ Dolzer, R., Schreuer, C., **a.g.e.**, s. 149-152.

Bunun üzerine AAPL şirketi, Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Çözüm Merkezi (ICSID) nezdinde bir dava açarak, Sri Lanka'nın 1980 Sri Lanka-Birleşik Krallık arasındaki ikili yatırım anlaşmasını ihlal ettiğini iddia etmiş ve 8 milyon ABD doları tazminat talep etmiştir⁶³⁶. Nihayetinde hakem heyeti, Sri Lanka'nın yatırımcının koruma ve güvenlik haklarını ihlal ettiğine ve tazminat ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir⁶³⁷. Wena Hotels v. Egypt davasında, davacının otelinin işçiler tarafından ele geçirilmesi ve güvenlik güçlerinin bu duruma yeterli müdahalede bulunmaması nedeniyle Mısır'ın bu ilkeye aykırı davrandığına hükmedilmiştir⁶³⁸. Bu karardan anlaşılacağı üzere, koruma ve güvenlik ilkesi, devletin yanı sıra özel kişilerin eylemlerine karşı da yatırımcıyı koruma yükümlülüğüne sahiptir⁶³⁹.

Kararda hakem heyetinin, yatırımcı ve yatırımların fiziksel zararlara karşı korunması gerektiğine ve bu korumanın ev sahibi ülkenin sorumluluğunda olduğuna dikkat çektiği görülmektedir. Bu karar, koruma ve güvenlik ilkesinin yorumlanmasında fiziksel şiddet eylemlerine verilen önemi göstermektedir. Bu tür kararlar, ilkenin daha geniş bir yorumunu ve uygulama alanını destekleyen sonraki gelişmelerin önünü açmıştır⁶⁴⁰.

Zaman içinde, yatırım anlaşmalarında yatırım kavramının kapsamı maddi olmayan varlıkları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu gelişme ile birlikte, koruma ve güvenlik ilkesinin kapsamı da genişlemiştir. Artık bu ilke, yalnızca fiziksel şiddet eylemlerine karşı değil, aynı zamanda yatırımcının hukuki ve idari güvenliğini de kapsayacak şekilde uygulanmaktadır. Bu durum, ev sahibi devletlerin, yatırımcının haklı beklentilerini zedeleyen ya da güvenli bir yatırım ortamını engelleyen diğer olumsuz durumlardan da sorumlu tutulmalarına yol açmıştır. Örneğin; CMS Gas v. Argentina davasında, Arjantin'in yaşamış olduğu ekonomik kriz sırasında uygulamaya geçirdiği acil önlemlerin, bir Amerikan enerji şirketinin yatırımlarına zarar verdiği ve bu durumun, Arjantin ve ABD arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'ndaki koruma ve güvenlik ilkesine aykırı

⁶³⁶ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 125.

⁶³⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 140.

⁶³⁸ Schill, *The Multilateralization...*, **a.g.e.**, s. 50.

⁶³⁹ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 85.

⁶⁴⁰ Wälde, T. W., **a.g.e.**, s. 132.

olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁴¹. Alınan karar; ilkenin sadece fiziksel zararlara karşı değil, aynı zamanda ekonomik ve düzenleyici müdahalelere karşı da yatırımcıları koruduğunu göstermektedir. Benzer şekilde, diğer tahkim kararlarında da koruma ve güvenlik ilkesini, yatırımcı ve yatırımların uğrayacağı fiziksel zararların yanında olası tüm tehditlere karşı geniş bir bağlamda ele alındığını görülmüştür. Örneğin, *Occidental v. Ecuador* davasında, Ekvador hükümetinin bir petrol şirketinin faaliyetlerine müdahalesi, yatırımcının koruma ve güvenlik beklentilerini ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁴². Hakem heyeti, devletin yatırımcıya karşı sorumluluklarını yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Yine *Metalcad v. Mexico* davasında, hakem heyeti, Meksika'nın çevresel düzenlemeleri nedeniyle bir Amerikan şirketinin yatırımının zarar görmesini, NAFTA kapsamındaki koruma ve güvenlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁶⁴³.

Nitekim alınan kararlar incelendiğinde, koruma ve güvenlik ilkesi kapsamındaki evrimsel değişikliklerin bazı kararlarda kabul gördüğü, ancak bazılarında hala eski usullerin tercih edildiği gözlemlenmektedir. Örneğin, 2006 yılı *CME v. Çek Cumhuriyeti* davasında⁶⁴⁴, mahkeme heyeti, ev sahibi ülkenin yasal düzenlemelerde yapacağı değişikliklerin veya idari kararların da koruma ve güvenlik prensibini ihlal edebileceğini belirtmiştir. Ancak, aynı konunun ele alındığı *Lauder v. Çek Cumhuriyeti* davasında⁶⁴⁵, koruma ve güvenlik prensibinin ihlal edilmediği yönünde bir karar verilmiştir. Aynı yıl içerisinde sonuçlanan bu iki farklı davanın hakem heyetlerinin bulguları arasında belirgin bir çelişki bulunmaktadır. *Azurix v. Arjantin* davasında⁶⁴⁶ ise, davacı şirket, Arjantin hükümetinin yasal düzenlemelere ve taraflar arasındaki anlaşmalara uymadığını belirterek, koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, bu iddiayı ayrıntılı bir şekilde ele alarak, koruma ve güvenlik ilkesinin sadece

⁶⁴¹ ICSID Case No. ARB/01/8 ve *Occidental v. Ecuador* davası için ICSID Case No. ARB/06/11

⁶⁴² Schill, *The Multilateralization...*, **a.g.e.**, s. 55.

⁶⁴³ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 105.

⁶⁴⁴ *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic* (14.03.2003), UNCITRAL ARB, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf> (12.06.2023 itibarıyla)

⁶⁴⁵ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* (03.09.2001), UNCITRAL ARB, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> (12.06.2023 itibarıyla)

⁶⁴⁶ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (14.07.2004), ICSID CASE No. ARB/01/12, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf> (20.07.2023 itibarıyla)

fiziksel güvenliği değil, aynı zamanda yatırımcının hukuki güvenliğini de kapsadığı sonucuna varmıştır⁶⁴⁷.

Koruma ve güvenlik prensibinin somut vakalara ne ölçüde uygulanacağına dair mevcut belirsizlik, günümüzde hala soru işareti teşkil eden bir meseledir⁶⁴⁸. Ancak, bazı tahkim kararlarında yatırım anlaşmalarının kelime kelime yorumlanması sonucunda, bu prensibin uygulanabilirliği hakkında bazı fikirler edinilebileceği görülmektedir. Örneğin, “tam”, “sürekli” veya “eksiksiz” gibi sıfatlarla tanımlanan koruma ve güvenlik prensibinin, daha geniş bir yorumu gerektirdiği düşünülmektedir⁶⁴⁹. CMS Gas v. Argentina davasında⁶⁵⁰, hakem heyeti, ABD ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Anlaşması’nda “tam” koruma ve güvenlik ifadesinin kullanılmasının, bu prensibin sadece fiziksel güvenlikten daha fazlasını ifade etmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁵¹. Söz konusu davada her ne kadar yatırımcı adına müspet bir karar çıkmış olsa da; hakem kararlarını, yatırım anlaşmalarının lâfzî yorumu neticesinde değerlendirmenin sabit sonuçlar vermediği buna benzer davalar da aksi yönde alınan kararlarda görmek mümkündür. Yine de hakem kararlarında genellikle koruma ve güvenlik standardının geniş kapsamlı değerlendirildiğini; yani yatırımı ve yatırımcıyı hem maddi hem de hukuki olarak güvence altına aldığını görmek mümkündür⁶⁵².

Yatırım hukukunda bu ilkenin uygulanması kapsamında; yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında ihtilafa sebep olan bir diğer önemli konu ise devletlerin sorumluluk çerçevesidir. Özellikle ev sahibi devletlerin bu ilkeye yönelik sorumluluğu, farklı yorumlara tabidir⁶⁵³. Bazı yatırımcılar, ev sahibi devletlerin kusursuz sorumluluk (strict/absolute liability) prensibi altında olduğunu öne sürerken, ev sahibi devletler bu sorumluluğun zararın önlenmesi için gereken özenin gösterilmemesinden kaynaklandığını (due diligence) ifade etmektedir. Bu

⁶⁴⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 145.

⁶⁴⁸ Schill, Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 40.

⁶⁴⁹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 81.

⁶⁵⁰ CMS Gas Transmission Company v. The Argentina Republic, Award (ICSID Arb. Case No 01/8),

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_En&caseId=C4 (22.07.2023 itibarıyla)

⁶⁵¹ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 55.

⁶⁵² Dolzer, R. ve Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 155.

⁶⁵³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 160.

konuda ICSID tahkimine konu olan AAPL davası⁶⁵⁴, tartışmanın somut bir örneğidir⁶⁵⁵. Davacı şirket, davalı Sri Lanka hükümetinin koruma ve güvenlik prensipleri uyarınca kusursuz sorumluluk taşıdığını öne sürmüş ve yatırımın uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Ancak davalı Sri Lanka, İkili Yatırım Antlaşması'nda belirtilen ilkenin, ev sahibi devletlere sadece zararı önlemek için makul önlemler alma yükümlülüğü getirdiğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti, davacı şirketin kusursuz sorumluluk talebini reddetmiş ve davalı devletin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermiştir⁶⁵⁶. Bu tespitler, diğer hakem kararlarında da benimsenmiştir. Örneğin, Tecmed v. Mexico davasında⁶⁵⁷; Meksika'daki toplumsal gösteriler sırasında TECMED adlı zararlı atık işleme tesisi hasar gördü. TECMED, Meksika hükümetinin yatırımı yeterince koruyamadığını ve bu nedenle tam koruma ve güvenlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürdü. Ancak hakem kurulu, Meksikalı yetkililerin olaylara makul bir şekilde tepki vermediğine dair herhangi bir kanıt bulunmadığını belirterek, koruma ve güvenlik ilkesinin ev sahibi devletin kusursuz sorumluluğunu doğurmadığını açıkça ifade etti. Bu dava örnekleri, yatırım hukukunda koruma ve güvenlik ilkesinin nasıl yorumlandığını göstermektedir⁶⁵⁸.

Kusursuz sorumluluk anlayışının kabulü, ev sahibi devletin tüm yatırımcı zararlarından kayıtsız şartsız sorumlu tutulması anlamına gelir. Bu yaklaşım, yatırım kavramının temel öğelerinden biri olan risk yönetimini sorgulamamıza yol açar⁶⁵⁹. Ev sahibi devletin her koşulda sorumlu tutulması, yatırımcının aldığı riskin önemli ölçüde düşmesine neden olur ve bu durum yatırım kavramının temellerini zayıflatabilir. Bu sonuç, uluslararası yatırım hukukunun özgün yapısıyla uyumlu değildir. Bu nedenle, koruma ve güvenlik ilkesine dayanan ev

⁶⁵⁴ Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka (27.06.1990), ICSID Case No. ARB/87/3, <http://www.italaw.com/cases/96> (01.08.2023 itibarıyla).

⁶⁵⁵ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 60.

⁶⁵⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 165.

⁶⁵⁷ Tecmed v. Mexico, <http://www.italaw.com/cases/documents/826> (12.08.2023 itibarıyla).

⁶⁵⁸ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 65.

⁶⁵⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 175.

sahibi devlet sorumluluğunun özen yükümlülüğü çerçevesinde ele alınması daha uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir⁶⁶⁰.

Öğretide, devletlerin kusursuz sorumluluk yükümlülüğüne sahip olmadığı, ancak yatırımları korumak için gereken özeni göstermenin ve uygun şartlarda makul bir koruma sağlamanın, tam koruma ve güvenlik sağlamak için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶⁶¹. Bu bağlamda, özen sorumluluğunun sınırlarının nasıl belirleneceği konusu önemlidir. Heyete göre, özen sorumluluğu çerçevesinde, ev sahibi devletin alması gereken önlemler, iyi işleyen bir devletin aynı koşullarda alması gereken önlemlerden daha düşük bir seviyede olamaz⁶⁶². Bu bağlamda, iyi örgütlenmiş devlet kriteri, ev sahibi devletlerden beklenen önemli bir standarttır. Bu kriter, zararlı sonuçları önlemek için iyi organize olmuş bir devletin göstereceği çaba ve alması gereken önleyici tedbirleri içerir. Ancak burada ispat yükü yatırımcıya aittir. Yani, yatırımcının ev sahibi devletin zararın meydana geldiği noktada gerekli özeni göstermediğini veya uygun önleyici tedbirleri almadığını kanıtlaması gerekir⁶⁶³.

ICSID tahkim kararlarında hakem heyeti, özen sorumluluğunun sınırlarını belirlerken, ev sahibi devletin mevcut imkânlarını subjektif bir bakış açısına dayanarak değerlendirmenin uygun olmadığını vurgulamıştır. Bunun yerine, objektif nitelikli bir kriterin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁶⁴. Subjektif bir değerlendirme gerektiren bu durum, koruma ve güvenlik ilkesinin yatırım antlaşmalarında her devlet ve antlaşma için farklı boyutlarda ve kapsamda uygulanmasını zorunlu kılar⁶⁶⁵. Kaldı ki; yatırımcıların, yatırımın öncesindeki dönemde, ev sahibi devletin güvenlik güçlerinin kapasitesini veya yatırım ortamını olumsuz etkileyen faktörlere karşı müdahale yeteneğini değerlendirmeleri beklenemez. Dolayısıyla ICSID hakem heyeti değerlendirme yaparken; yatırımcıya “bu ülkenin şartlarını biliyorsun dolayısıyla neden bu ülkede yatırım yaptın” şeklinde bir suçlama yöneltemeyeceği gibi, ev sahibi

⁶⁶⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 180.

⁶⁶¹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 105.

⁶⁶² Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 75.

⁶⁶³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 190.

⁶⁶⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 195.

⁶⁶⁵ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 110.

ülkeye de “her ne kadar yatırımı korumak istesem de benim güvenlik kapasitem bu kadar” şeklinde bir savunma imkanı tanımamıştır⁶⁶⁶.

3.1.2.2. Âdil ve Hakkaniyete Uygun Muamele Standardı

Enerji Şartı Anlaşması'nın 10(1) maddesinde yer alan âdil ve hakkaniyete uygun muamele standardı (Fair and Equitable Treatment-FET); bir diğer genel koruma standardıdır. Yatırımcıların korunması ve yatırım ortamının istikrarının sağlanması bakımından en önemli güvenlik standartlarından birisidir. Şaban Kayıhan'a göre, “Adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi, enerji yatırımlarında en sık başvurulmuş koruma standartlarından biridir”⁶⁶⁷. Bu ilke, yatırımcıların devlet müdahalesine karşı korunmasını sağlar. Uluslararası hukukta; yatırım anlaşmalarından dahi eski bir maziye sahip olmasına rağmen; hakem heyetleri bu standardı 2000'li yılların başından itibaren sürekli bir şekilde kullanmaya başlamıştır. Özellikle son dönemlerde, bu ilkenin uygulanması giderek artmış ve hemen hemen her yatırım anlaşmasında bu ilkeye yer verildiği görülmüştür⁶⁶⁸.

Uluslararası Ticaret Örgütü'nün oluşturulma çabaları sırasında, 1948 yılında "Havana Antlaşması" adında, yabancı yatırımların ev sahibi ülkelerdeki durumunu düzenleyen bir belge tasarlanmıştır. Bu antlaşma ne yazık ki yürürlüğe girememiş olsa da, Adil ve Hakkaniyete Uygun Muamele (FET) ilkesine yaptığı atıflarla sonraki hukuki metinlere öncülük etmiştir⁶⁶⁹. Yine; aynı yıl içerisinde hazırlanan "Bogota Ekonomik Antlaşması" da bu ilkeyi içermektedir⁶⁷⁰.

Çok taraflı yatırım antlaşmalarının yürürlüğe girmemesi, ikili yatırım antlaşmalarında FET ilkesinin benimsenmesine engel olmamıştır. ABD, 1950'lerde çeşitli ülkelerle imzaladığı Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşmalarında bu ilkeyi sürekli olarak vurgulamıştır⁶⁷¹. ABD'nin Belçika, Lüksemburg, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İsrail, Nikaragua ve Pakistan gibi ülkelerle yaptığı antlaşmalarda, yabancı bireylerin ve onların mülklerinin “adil ve

⁶⁶⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 200.

⁶⁶⁷ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 135.

⁶⁶⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 205.

⁶⁶⁹ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 90.

⁶⁷⁰ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 115.

⁶⁷¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 205.

hakkaniyetli muamele” göreceği taahhüt edilmiştir. Ayrıca, ABD'nin Etiyopya, Federal Alman Cumhuriyeti ve Hollanda ile yaptığı antlaşmalarda da bu ilkenin açıkça yer alması, FET ilkesinin uluslararası hukukta ne kadar önemli olduğunu göstermektedir⁶⁷².

Aynı yıllarda Avrupa devletleri de yaşanan gelişmelere paralel olarak bir takım çalışmalar yapmış; neticesinde 1959 yılında Hermann Abs ve Lord Shawcross liderliğindeki Avrupalı iş insanları ve hukukçular tarafından; "Yurtdışındaki Yatırımlara İlişkin Taslak Antlaşma" (Abs-Shawcross Draft) hazırlanmıştır⁶⁷³. Bu belge, genellikle sermaye ihracı yapan ülkelerin menfaatlerini koruduğu şeklinde algılanmıştır. Hakeza, savaş sonrası dönemde hazırlanan yatırım antlaşmaları arasında önemli bir yere sahip olan OECD Taslak Antlaşması, 1967'de OECD Konseyi tarafından onaylanmış, fakat imzalanmamıştır⁶⁷⁴. O zamanlar, hem gelişmekte olan hem de bazı gelişmiş ülkeler, kendi topraklarına yapılacak yabancı yatırımlara ev sahibi devletin müdahale edebilmesini tercih etmiştir⁶⁷⁵. Buna karşın, OECD Taslak Antlaşması, özellikle OECD içindeki gelişmiş ülkelerin yabancı yatırımların korunması konusundaki görüşlerini yansıtan bir şekilde oluşturulmuştur⁶⁷⁶.

Adil ve Hakkaniyete Uygun Muamele (FET) ilkesi; 1960'lı yıllardan başlayarak, 1967 tarihli Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Sözleşme Taslağı'nın (OECD Sözleşme Taslağı) kabul edilmesi ve Almanya, İsviçre, Belçika ve diğerleri gibi çeşitli ülkeler tarafından yürürlüğe konulan ikili yatırım anlaşması programlarının başlamasıyla uluslararası düzeyde bugünkü haliyle tartışılmaya başlanmıştır⁶⁷⁷. OECD ülkeleri, çoğunlukla Taslak OECD Sözleşmesi'ni uluslararası yatırım görüşmelerinde bir temel olarak benimsemiş ve bu yüzden bu standartları kendi anlaşmalarına entegre etmişlerdir⁶⁷⁸. Sözleşmenin ilgili maddesi şöyle der: “Her bir taraf, diğer tarafların vatandaşlarının mallarına daima adil

⁶⁷² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 210.

⁶⁷³ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 120.

⁶⁷⁴ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 100.

⁶⁷⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 215.

⁶⁷⁶ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 125.

⁶⁷⁷ Köşgeroğlu Şit, B., **Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı**, TBB Dergisi 2013 (107), s. 143-172.

⁶⁷⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 200.

ve hakkaniyetli bir muamele yapılmasını garanti edecektir⁶⁷⁹. FET talebi üzerine ilk hakem kararı 1997 yılında alınmıştır. Bu tarihten itibaren, FET standardı, yatırımcılar için en güvenilir ve en umut vaat eden dayanak olmuş ve bu standart olmadan bir yatırım anlaşmasına dayalı dava bulmak neredeyse imkansız hale gelmiştir. İkili yatırım anlaşmalarının sayısının artmasıyla, adil ve hakkaniyetli muamele standardı, anlaşmaların “altın kuralı” haline gelmiştir⁶⁸⁰.

Özellikle 2000 yılına kadar ‘adil ve hakkaniyete uygun’ ifadesinin anlamı üzerine belirgin bir yargı kararı olmadığı için, hakem heyetlerinin bu terimi makul bir şekilde yorumlama sorumluluğu bulunmaktaydı⁶⁸¹. Hatta bu belirsizliğin kasıtlı olarak yaratıldığına dair görüşlerde mevcuttur. Şöyle ki; yatırım alanında yaşanan gelişmeler, yatırım uyuşmazlıkları nedenlerinin önceden tahmin edilmesini güçleştirecektir. Bu durumda, belirli sınırları olan koruma önlemleri geliştirmek, yeni çıkan uyuşmazlık türlerini kapsayamama ve zamanla işlevsiz hale gelme riskini taşıyacaktır. Bu esneklik, yatırım hukukunun dinamik doğasına uyum sağlamayı kolaylaştıracaktır. Bununla birlikte; ilkenin anlam ve kapsamındaki muğlaklık sebebiyle hakemler, anlaşmanın içeriğini, anlaşmanın hedefleri doğrultusunda şekillendirme gibi yarı yasama yetkisine sahip olacaktır⁶⁸².

Adil ve hakkaniyete uygun muamele (FET) ilkesinin tanımı üzerine birçok çalışma olmasına rağmen, uygulamada anlaşma tarafları, akademisyenler ve hakemler arasında bu standardın tam olarak ne anlama geldiği ve kapsamının ne olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır⁶⁸³. Daha önceki çalışmalar incelendiği takdirde; FET ilkesini açıklama çabalarının, temelde iki ana başlığa ayrıldığı görülmektedir. Bu başlıklardan birincisi, ilkenin anlamına odaklanırken, ikinci başlık ise ilkeyi uluslararası asgari muamele standardıyla ilişkilendirmektedir⁶⁸⁴. Bazı yazarlar, teamül hukuku gereğince FET ilkesinin, yatırımcılara uygulanması gereken asgari muameleyi temsil ettiği görüşünü savunurken, bazı yazarlar ise ilkenin, teamül hukukunun ötesinde daha yüksek bir standart sunduğunu iddia etmektedir. Ayrıca,

⁶⁷⁹ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 90.

⁶⁸⁰ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 95.

⁶⁸¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 210.

⁶⁸² Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 125.

⁶⁸³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 200.

⁶⁸⁴ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 90.

FET ilkesinin bağımsız bir ilke olarak mı yoksa yalnızca uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak mı anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bağımsız bir ilke olduğunu savunanlar, genellikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ni kullanarak ilkeyi yorumlarken, teamül hukukuna bağlı olduğunu düşünenler, ilkeyi uluslararası asgari muamele standardı çerçevesinde değerlendirmektedir⁶⁸⁵.

Tarihsel olarak; âdil ve hakkaniyete uygun muamele (FET) standardının tanımının ve sınırlarının belirsizliği, yatırımcıların çeşitli iddialarını bu geniş standart altında toplamalarına olanak tanımıştır⁶⁸⁶. FET prensibinin uluslararası yatırım hukukundaki diğer koruma standartlarıyla olan sıkı bağlantısı, bu ilkenin geniş bir uygulama yelpazesine sahip olmasının altında yatan ana sebeptir⁶⁸⁷. Bu konuda, hukuk literatüründe bazı yazarlar, adil ve hakkaniyetli muamele prensibinin diğer tüm koruma standartlarını kapsayacak kadar geniş bir anlam taşıması gerektiğini öne sürerken, diğerleri ise bu ilkenin, yatırım antlaşmalarındaki diğer koruma standartlarının eksikliğini gideren bir rol oynadığını belirtmektedirler⁶⁸⁸. Standartın geniş kapsamı, yatırımcılar açısından diğer standartlar yetersiz kaldığında dahi bir alternatif olarak öne sürülmüş ve yatırımcılar açısından başarı şansını arttırmıştır⁶⁸⁹.

Ev sahibi devletler genellikle bu standardın daha dar bir açıdan yorumlanması gerektiğini savunurken, yatırımcılar ise koruma açısından FET standardının geniş ve kapsayıcı bir şekilde tanımlanmasını tercih etmişlerdir. Bu sayede, farklı argümanlarını geniş bir FET çerçevesi altında toplayabileceklerini düşünmüşlerdir. Waste Management v. Mexico davasında ifade edildiği gibi, “Standart, belirli bir esnekliğe sahiptir ve her bir davanın şartlarına göre uyarlanmalıdır⁶⁹⁰.” Bu esneklik, standardın yatırımcılar arasında tercih edilmesine katkıda bulunmuştur. Yargıç Schwebel; “Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin ne anlama geldiği ancak bu standart özel durumlara uygulandığında anlaşılır” diyerek, standardın uygulama

⁶⁸⁵ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s. 95.

⁶⁸⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 200.

⁶⁸⁷ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 120.

⁶⁸⁸ Schill, The Multilateralization..., **a.g.e.**, s.100.

⁶⁸⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 215.

⁶⁹⁰ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 125.

bağlamında şekillendiğini vurgulamıştır⁶⁹¹. UNCTAD’ın bir çalışması, ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’ kavramının, etkilenen tüm taraflar için adaletin sağlanmasını amaçlayan tarafsız bir yönetim anlayışı gerektirdiğini belirtmektedir⁶⁹². Ne var ki bu tanım da, diğer birçok tanımlama girişimi gibi, anlaşılması zor ve uyuşmazlık çözüm sürecinde pratik bir değere sahip değildir⁶⁹³. Yine bir başka UNCTAD raporunda, uluslararası yatırım hukukunda ‘adalet’ ve ‘hakkaniyet’ kavramlarının yasal tanımlarının ve sınırlarının net olmadığı, bu durumda büyük bir belirsizlik yarattığı kabul edilmektedir. Bu belirsizliğin ise önemli ölçüde subjektif yargılara yol açtığı ifade edilmektedir⁶⁹⁴. Muchlinski de, standardın duruma özgü olduğunu ve yabancı yatırımcıların aleyhine alınan ayrımcı veya adil olmayan tedbirler nedeniyle iyi muamele görmediklerine dair argümanların formüle edilmesinde esnek bir yaklaşım gerektirdiğini vurgulamaktadır⁶⁹⁵.

Uyuşmazlıklar karşısında alınan kararlar incelendiği takdirde; anlam ve kapsam belirsizliğinin aksine FET prensibinin, tahkim heyetleri tarafından koşulsuz ve mutlak bir ilke olarak değerlendirildiği aşîkardır⁶⁹⁶. Yani, ilkenin doğru uygulanıp uygulanmadığı hususunun değerlendirilmesinde, diğer yatırımcıların veya yatırımların durumu göz önünde bulundurulmamaktadır. Ev sahibi ülkenin, bu ilkeyi diğer yatırımlar veya işletmelerden bağımsız bir şekilde uygulama mesuliyeti vardır. Dolayısıyla bir yatırım anlaşmasıyla adil ve hakkaniyetli muamele garantisi verilmişse, ev sahibi ülke, bu ilkeyi ihlal eden davranışları diğer yabancı veya yerli yatırımcılara da uyguluyor olmasını mazeret olarak gösteremez. Yatırımcılar, yatırım anlaşmalarında “en çok gözetilen ulus ilkesi” bulunmasına rağmen, daha güçlü koruma sağlama umuduyla FET ilkesini de dahil etmektedir. Bunun nedeni, FET ilkesinin koşulsuz doğasıdır. “En çok gözetilen ulus” ve “ulusal muamele ilkeleri”, ev sahibi devletlerin farklı yatırımcılara uyguladığı muameleye dayanırken, FET ilkesi için diğer yatırımcılara yapılan muameleler önemli değildir; burada uluslararası hukukun belirlediği sınırlar esastır. Ayrıca, FET ilkesinin koşulsuz doğası, onun tek

⁶⁹¹ Schill, *The Multilateralization...*, **a.g.e.**, s. 115.

⁶⁹² UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 9.

⁶⁹³ UNCTAD, *a.g.e.*, s. 10.

⁶⁹⁴ UNCTAD, *a.g.e.*, s. 14.

⁶⁹⁵ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 530.

⁶⁹⁶ Schreuer, C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, **Journal of World Investment & Trade**, 2005, s. 357.

tarafli bir muamele olduğunu gösterir. zet bir biçimde ifade etmek gerekirse, yabancı yatırımcının davranışları ne olursa olsun, ev sahibi devletlerin FET ilkesine uygun davranması beklenir⁶⁹⁷.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi oluşturulurken “adil” ve “hakkaniyete uygun” terimlerinin ayrı ayrı kullanılması, bu ifadelere farklı anlamlar yüklenip yüklenemeyeceği ve sonuç olarak ilkenin birden fazla koruma standardını barındırıp barındırmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Uluslararası yatırım hukukunda yaygın olarak kabul edilen görüŖe göre, adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi tek bir koruma standardı sunmaktadır ve bu terimlere farklı anlamlar yüklemenin pratikte ek bir fayda sağlamadığı düşünölmektedir⁶⁹⁸. Dolayısıyla, yatırım antlaşmalarında yer alan “adil” kavramı ile “adil ve hakkaniyete uygun” veya “meşru ve adil” ifadelerinin kullanılmasının, yatırım korumasının kapsamı açısından bir fark yaratmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim terimlerin aynı anlama gelmesi veya bu terimlere farklı anlamlar yüklenmesi yine de ilkenin kapsam sınırlarının net bir biçimde çizilmesine veya ilkenin tarif edilmesine olanak sağlamamaktadır. Vasciannie’nin ifade ettiği gibi, “adil ve hakkaniyete uygun muamele” terimleri, kendi basit anlamlarıyla, belirli bir hukuki yapıya veya var olan yasal içtihatlarla doğrudan işaret etmiyor.” İlkenin geleneksel anlamının yorumlanması, net ve uygulanabilir bir sonuca ulaşmayı sağlamamakla birlikte, FET’in normatif içeriğini açığa çıkartmamaktadır. Yani; terimlerin tek tek veya birlikte yorumlanmasının, esasında, temel sorun olan ilkenin tanımı ve uygulanmasındaki belirsizliğe yönelik çözüm sunmadığı görölmektedir⁶⁹⁹.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin uygulanacağı hedef kitlenin belirlenmesi hususu ayrı bir tartışma konusudur. FET kapsamının sınırları tam olarak belirlenemediği için, uygulamada; ilkenin, yatırımlara yönelik korumanın yanında, yabancı yatırımcının ev sahibi devlet karşısında kişisel haklarını da güvence altına alıp alamayacağı kafalarda soru işaretleri yaratmıştır. Şöyle ki; tahkim kararlarına göre genellikle bu ilke, ev sahibi devletin yabancı yatırımlara, yatırımcının kendisine

⁶⁹⁷ Schill, **Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law**, International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, s. 153.

⁶⁹⁸ Vandevelde, **A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment**, New York University Journal of International Law and Politics, 2010, s. 43.

⁶⁹⁹ Vasciannie, Stephen, **The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice**, British Yearbook of International Law, 1999, s. 103.

veya genel piyasaya yönelik muameleleri kapsar⁷⁰⁰. Yine doktrinde genellikle yabancı yatırımlara uygulanan bir ilke olarak görülür, ancak esnek doğasından ötürü bazı ikili yatırım antlaşmalarında yatırımcıların şahsına da uygulanabilir. Lakin kanaatimizce; yatırım hukukunun asıl amacı, yabancı yatırımların korunması ve teşvik edilmesi olduğundan mütevellit, yabancı yatırımcıların kişisel haklarının korunmasını da bu ilke kapsamında değerlendirmek ilkeyi fazlaca esnetmek olacaktır. Şayet; yabancı yatırımcı, kişisel haklarına yönelik bir ihlal olduğu kanaatindeyse; bunun için uluslararası insan hakları mekanizmalarına başvurmalıdır. Nihayetinde ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının yatırımlarına karşı uluslararası hukuka aykırı muamelesi, FET ilkesinin ihlali olarak değerlendirilir⁷⁰¹.

Özellikle enerji sektöründeki yatırımların doğurduğu uyuşmazlıklarda, taraflar sıklıkla bu ilkeye başvurmuştur. Enerji projeleri genellikle uzun vadeli yatırımlar olduğundan, hükümet değişiklikleri veya politika dönüşümleri yaşanabilmekte ve bu da yatırım şartlarının ve dolayısıyla yatırımcının beklentileri ile kazançlarının olumsuz etkilenmesine sebep olabilmektedir. Taraflar arası uyuşmazlıkların temelinde genellikle; enerji yatırımcılarına verilen lisansların ve hakların zamanla yenilenmemesi, gelir düzenlemelerindeki tarife değişiklikleri, ve devletlerin enerji yatırımlarından elde ettikleri gelirleri artırmak için getirilen yeni vergi düzenlemeleri gibi konular yer almaktadır. Örneğin, İspanya ve diğer Avrupa Birliği ülkelerinde yapılan yenilenebilir enerji destek tarifeleri ve diğer düzenlemelerdeki değişiklikler, Enerji Şartı Anlaşması'na dayanarak açılan elliye yakın tahkim davasının konusu olmuştur⁷⁰². Bu değişikliklerin, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine aykırı olduğu iddiası bu davalarda sıklıkla gündeme getirilmiştir. Antlaşma'nın nispeten yeni yürürlüğe girmiş olması göz önünde bulundurulduğunda, bu ihtilafların antlaşma altında görülen tüm uyuşmazlıklar içinde önemli bir yer tuttuğunu söylemek mümkündür⁷⁰³.

⁷⁰⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 125.

⁷⁰¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 9.

⁷⁰² Hande Ünsal, **Enerji Yatırımlarında Uyuşmazlıklar ve Uluslararası Tahkim Yolu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 85.

⁷⁰³ Ünsal, **a.g.m.**, s. 86.

Tahkim kararları incelendiği takdirde; adil ve hakkaniyete uygun muamele (FET) ilkesinin kapsamını aydınlatıcı bulgular içerdiği görülecektir. Hem enerji yatırımdan kaynaklı bir uyuşmazlık olması hem de yatırım tahkim tarihinin en büyük tazminat talebini barındıran davalardan birisi olması hasebiyle başlangıçta Occidental Exploration and Production Company'nin Ekvador'a karşı açtığı davayı incelemek gerekir. Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulu Occidental Petroleum, 1999'da Ekvador'un devlet şirketi Petroecuador ile "hidrokarbon enerji kaynağı arama ve üretimi" hususunda bir Katılım Anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşma, daha önce yapılmış hizmet alım anlaşmalarının güncellenmesiyle oluşturulmuştur. Occidental Petroleum, üretimle ilgili giderler için düzenli olarak KDV iadesi almıştır. Ancak, 2001'de Ekvador Maliye Bakanlığı, bu iadelerin Katılım Anlaşmalarının fiyat formüllerinde hesaba katıldığını belirterek KDV iadesi yapmayacağını duyurmuştur. Occidental Petroleum, bu kararın Ekvador'un vergi yasalarına ve ABD ile Ekvador arasındaki İkili Anlaşmanın adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine aykırı olduğunu savunarak, UNCITRAL Tahkim Kuralları altında tahkim süreci başlatmıştır. Tahkim heyeti, KDV iadesi ile ilgili belirli bir yükümlülüğün varlığına bakmak yerine, yatırımcının iş ortamının ve hukuki çerçevenin uluslararası hukukun beklenen istikrar ve öngörülebilirlik standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak, heyet uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde KDV iadesi ile ilgili bir yükümlülük bulunmadığını belirlemiş olsa da, iş ortamının ve hukuki çerçevenin istikrarının korunması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca, bu değişikliklerin Ekvador'un İkili Yatırım Anlaşması çerçevesindeki adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Kararda, yabancı yatırımcılar aleyhine maddi sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanan hukuki kuralların, adil ve eşit muamele ilkesinin ihlali olarak değerlendirildiği ifade edilmiştir⁷⁰⁴.

Enerji yatırımı uyuşmazlıklarında adil ve hakkaniyetli muamele standardının önemini vurgulayan bir diğer dava ise, PSEG şirketinin Türkiye'ye karşı açtığı davadır⁷⁰⁵. PSEG, Konya Ilgın'da bir linyit santrali kurmak için başvuruda bulunmuş ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, şirketin 1995'te yaptığı fizibilite çalışmasını onaylamıştır. Bu çalışma, planlanan 425 MW kapasiteli santralin yakındaki bir linyit

⁷⁰⁴ Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No.

⁷⁰⁵ PSEG Global Inc. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 2007, s. 61.

ocağından kömür sağlayarak elektrik üreteceğini öngörmüştür. İki yıl sonra, PSEG ve Türkiye, santralin inşası ve işletilmesine dair Uzun Dönemli Elektrik Alım-Satım Anlaşması'nı ve Hazine garantisi içeren Uygulama Anlaşması'nı imzalamış, ancak Danıştay onayından sonra, yeni bir fizibilite çalışması maliyetleri artırdığı için anlaşmanın revize edilmesi konusunda uyuşmazlık yaşanmış ve proje gerçekleşmemiştir. PSEG, ICSID'de açtığı dava ile Türkiye'nin, ABD ile olan İkili Yatırım Anlaşması'nda belirtilen adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Şirket, Türkiye'nin keyfi uygulamaları ve düzeltilmiş tarife yapısını onaylamaması nedeniyle haklı beklentilerinin zarar gördüğünü, bu durumun adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali olduğunu savunmuştur. Ayrıca, yap-işlet-devret modeline yönelik mevzuat değişikliği ve Hazine garantisi gibi unsurların yatırımcıda haklı beklentiler yarattığını, ancak Bakanlığın kapasite artışına onay vermemesi ve imtiyaz haklarının kullanılmasını engellemesi nedeniyle bu beklentilerin karşılanmadığını öne sürmüştür. Davacı, devletin eylemlerinin iyi niyet kurallarına ve adil muamele ilkesine aykırı olduğunu, Metalclad, Maffezini ve Tecmed davalarına benzer bir şekilde, devlet otoritesinin kötüye kullanılmasının projenin iptaline yol açtığını iddia etmiştir⁷⁰⁶. İddialar karşısında Türkiye; projenin teknik ve finansal olarak devam ettirilemez olduğunu, bu yüzden müzakerelerin tamamlanamadığını ve bu durumun adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine ters düşmediğini savunmuştur. Ayrıca, Hazine garantisi ihlali iddialarını ve süren müzakerelerin ikili anlaşmayı ihlal ettiği fikrini reddetmiştir. Sonuç olarak tahkim heyeti, Türkiye'nin adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ettiğine karar vermiş, ancak kötü niyet bulgusuna varmamıştır. Bunun yerine, müzakerelerin yürütülmesinde ihmal olduğuna hükmetmiştir. Davacı yatırımcının, müzakerelerin profesyonelce yürütülmesi beklentisinin makul olduğunu kabul etmiştir. Heyet, bu kararını, Bakanlığın daha önce müzakere edilmeyen konuları tekrar gündeme getirmesi iddialarına dayandırmıştır. Ayrıca, heyet, mevzuatın sürekli değişmesinin - ki bu durumu “roller-coaster” etkisi olarak tanımlamıştır - adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

⁷⁰⁶ Schreuer, C., *Fair...*, a.g.m., s. 357.

Bu karar, projenin hukuki ve ticari statüsünde yapılan değişiklikler, sözleşmenin özel hukuk ve kamu hizmeti imtiyazı arasındaki belirsizlikler ve vergi düzenlemelerindeki değişiklikler temel alınarak verilmiştir⁷⁰⁷.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele kapsamında enerji yatırımlarına ilişkin tahkim kararları incelendiği takdirde, yaşanan uyuşmazlıkların temelinde genellikle; ev sahibi devletin eylemlerindeki ihmal veya mevzuat değişiklikleri dikkat çekmektedir. Enerji yatırımları nitelikleri bakımından ev sahibi ülkenin çeşitli mevzuatlarına tabi olabilir ve devletin birçok farklı organıyla ilişkili olabilir. Bu nedenle, adil ve hakkaniyetli muamele standardı kapsamında, ev sahibi devletlerin üzerine düşen sorumluluklar oldukça geniştir. Ayrıca, adil ve hakkaniyetli muamele standartlarının ihlali için kötü niyet veya kasıt aranmaması, yabancı yatırımcıların haklarını savunabilecekleri birçok argüman sunmaktadır⁷⁰⁸.

Uluslararası yatırım hukuku kapsamında yaşanan uyuşmazlıklara ilişkin alınan tahkim kararlarının birçoğunda yine FET ilkesine rastlamak mümkündür. Yukarıda da bashi geçen Tecmed davasında ICSID hakem heyeti, FET ilkesinin, yatırımcıların meşru beklentilerini ihlal etmeyen bir şekilde uluslararası yatırımlara uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Karar; yatırımcının en temel beklentisini, ev sahibi devletin adil ve şeffaf olması şeklinde belirtmiştir. Bir başka ICSID tahkim davası olan MTD v. Chile davasında, hakem heyeti FET ilkesinin tarafsızlık, hakkaniyet ve meşru davranışı içerdiğini belirtmiştir⁷⁰⁹. Yine NAFTA hükümleri uyarınca karara bağlanan davalarda da, adil ve hakkaniyete uygun muamele (FET) ilkesi sıklıkla tartışılan bir konudur. NAFTA altında verilen kararlar, FET ilkesinin yorumlanması ve uygulanması konusunda önemli örnekler teşkil etmektedir. Bu kapsamda görülen SD Myers v. Canada davasında, hakem heyeti FET ilkesinin ev sahibi devletlerin haksız ve keyfi davranışlarından kaçınmasını gerektirdiğini tespit etmiştir. Loewen v. United States davasında ise FET ilkesi, yatırımcının adil yargılanma hakkını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Hakem heyetlerinin kararları genellikle incelemiş oldukları davalar özeline odaklanmış olsa da, bu kararlardan yola çıkarak adil ve hakkaniyete

⁷⁰⁷ Ünsal, *a.g.m.*, s. 87.

⁷⁰⁸ Choudhury, B., *Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, The Journal of World Investment & Trade, 2005, s. 297.

⁷⁰⁹ MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 2004, s. 54.

uygun muamele (FET) ilkesinin uygulama alanı hakkında genel geçer bazı sonuçlara varmak mümkündür⁷¹⁰.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele (FET) ilkesi, birçok tahkim duruşmasında ele alınmıştır, ancak yine de ilkenin her duruma uygulanabilecek genel ve kesin bir tanımını yapmak zor olmuştur. FET standardını tanımlama çabaları, hakem heyetlerini, standardın öğelerini ayırt etmek için parçalara ayırmaya itmiştir. Bu süreçte bazı tekrar eden temalar ortaya çıkmıştır. Choudhury, 2005 yılındaki makalesinde, hakemlik uygulamalarında görülen temaların şeffaflık, adil yargılanma, meşru beklentilerin ihlali, keyfi veya ayrımcı davranışlar, yasal yetki dışında hareket etme ve iyi niyet gerekliliklerini içerdiğini ifade etmiştir⁷¹¹. Vandeveld, birçok tahkim kararını inceleyerek FET standardını oluşturan beş temel ilkeyi şöyle sıralamıştır: makul olma, ayrımcılık yapmama, tutarlılık, şeffaflık ve adil yargılanma, ve iyi niyet ilkesini temel bir ilke olarak görmemiştir. Schill, FET'i yedi unsuru içerecek şekilde genişletmiş ve bunları yasal çerçevenin istikrar, öngörülebilirlik ve tutarlılık gerekliliği; yasallık ilkesi; meşru beklentilerin korunması; usule ilişkin adil yargılanma ve adaletin reddi; maddi adil yargılanma ve ayrımcılık ve keyfiliğe karşı koruma; şeffaflık; makul olma ve orantılılık ilkesi olarak sıralamıştır⁷¹². 2012 UNCTAD raporuna göre, meşru beklentiler, keyfilik yasağı, adaletin ve adil yargılamanın reddi, ayrımcı muamele ve kötü muamele (zorlama, baskı ve taciz) gibi davranışlar FET standardının ihlaline neden olabilir. Dolzer ise FET'in sekiz bileşenini iyi niyet, meşru beklentiler, yasal süreç, şeffaflık, taciz ve zorlamadan muafiyet, keyfi muamele yasağı, dengeyi yeniden ayarlayamama ve şartların uyarlanmasında tek taraflılık olarak tanımlamıştır⁷¹³.

İçtihat hukuku, adil ve hakkaniyete uygun muamele (FET) ilkesinin kapsamını geniş bir açıdan değerlendirir. Vermiş olduğumuz tahkim karar örneklerinde de görüleceği üzere hakem heyetleri genellikle kararlarını somut dava şartlarına göre şekillendirirken, bu kararlardan yola çıkarak FET ilkesinin daha genel uygulama ilkelerine ulaşmak mümkündür. Özetlemek gerekirse; hakem kararlarında adil ve

⁷¹⁰ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 153.

⁷¹¹ Choudhury, **a.g.m.**, s. 297.

⁷¹² Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 115.

⁷¹³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 132.

hakkaniyetli muamele taahhüdünün ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, yatırımcının haklı beklentileri gözetilmiş mi, ev sahibi ülke şeffaflık prensibine bağlı kalmış mı, yatırımcıya keyfi veya ayrımcı bir tutum sergilenmiş mi, kötü niyetli bir yaklaşım uygulanmış mı, hukuki ve ticari şartlarda bir istikrar sağlanmış mı ve yatırımcının adalet sistemine erişiminde bir engelleme (adaletin reddi) olup olmadığı gibi çeşitli kriterleri göz önünde bulundurur. Ayrıca, uluslararası standartlara uygun basiretli davranış ve adil muamele ilkelerine riayet edilip edilmediği de bu değerlendirmeler arasındadır⁷¹⁴.

Tahkim sürecinde Adil ve Hakkaniyete Uygun Muamele (FET) ilkesinin detaylı bir şekilde unsurlarına ayrılıp incelenmesi görüşü herkes tarafından olumlu karşılanmamıştır. Bazı eleştiriler, hakem heyetlerinin FET standardını, özellikle gelişmekte olan ülkelerin zararına olacak şekilde genişlettiğini öne sürmektedir. Ayrıca, bu yaklaşımın sonuçlarının, devletlerin meşru düzenleyici eylemlerini bile sorumsuzca ele aldığı ve kusursuz sorumluluğa eşdeğer bir duruma getirdiği iddia edilmektedir. Kläger ise, yeni ve farklı durumları içeren karmaşık davalarda, mevcut içtihatların yalnızca kazuistik bir yaklaşım sağladığını ve yeterli rehberlik etmediğini savunmaktadır⁷¹⁵. Kläger'e göre, FET ihlallerini işaret edebilecek faktörlerin ve durumların sınıflandırılması, karmaşık davalarda hakemlere yeterli yol göstermez. Bu nedenle, bir doktrinin sadece içtihat hukukunu analiz etmekle kalmayıp, zorlu davalarda hangi argümanların geçerli olabileceğini de göstermesi gerektiğini belirtir. Kläger'in bu görüşü, hukuk doktrininin sadece mevcut kararları yorumlamakla kalmayıp, aynı zamanda gelecekteki benzer davalarda kullanılabilecek argümanları ve prensipleri de ortaya koyması gerektiği düşüncesini yansıtır. Bu durum, özellikle uluslararası yatırım hukuku ve tahkim gibi alanlarda, sürekli gelişen ve değişen senaryolar karşısında esnek ve dinamik bir hukuk uygulamasının önemini vurgulamaktadır⁷¹⁶.

⁷¹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 132.

⁷¹⁵ Kläger, Roland, **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law**, Cambridge University Press, 2011, s. 78.

⁷¹⁶ Kläger, **a.g.m.**, s. 79.

3.1.2.3. Ayrımcılık Yasağı İlkesi

Ayrımcılık yasağı ilkesi, yatırımcıların eşit muamele görmesini sağlayarak ev sahibi devletin ayrımcı uygulamalarını engeller⁷¹⁷. eTemel olarak; aynı durumda olan yatırımcılara farklı davranışlardan kaçınmayı amaçlayan bir ilkedir. Bu sebeple, bu tür standartlar “görelî standartlar” olarak adlandırılır⁷¹⁸. Ev sahibi ülkelerin, yabancı yatırımcılara karşı ayrımcılık yapmama sorumluluğu, Enerji Şartı Anlaşması’nın 10(1) maddesinde yer alan temel koruma standartları arasında yer almaktadır. Bu maddeye göre, anlaşma tarafı olan ülkelerin yatırımların idaresi ve devri gibi konularda ayrımcı veya makul olmayan uygulamalar yapmaları yasaktır⁷¹⁹. Ayrımcılığın varlığını belirlemek için, en az iki yatırımcının karşılaştığı şartlar arasındaki farklılıkların incelenmesi gerekir. Böylece, ayrımcılık iddiası, avantajlı muamele gördüğü iddia edilen ve bu avantajdan mahrum bırakıldığı belirtilen en az iki yatırımcının durumlarının karşılaştırılmasıyla saptanır⁷²⁰.

İçtihat hukukunda, ayrımcılık yasağı ilkesinin içeriği Uluslararası Adalet Divanı’nın ELSI davasındaki kararından büyük ölçüde yararlanılarak şekillendirilmiştir. Divan, bir devletin ayrımcı davranışının varlığını belirlemek için, “bu davranışın kasıtlı olması ve yabancı yatırımcıya zarar vermesi gerektiğini, yerli vatandaşlara ya da başka bir devletin vatandaşlarına göre daha az koruma sağlaması gerektiğini” belirtmiştir⁷²¹. Bu şekilde, ev sahibi devletin ayrımcılık yapmama sorumluluğu, Uluslararası Adalet Divanı tarafından ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus ilkelerini kapsayan geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmiştir⁷²². Ulusal muamele standardı, yerel ve yabancı yatırımcıların eşit şartlarda muamele görmesini hedeflerken; en çok gözetilen ulus standardı, ev sahibi ülkenin sınırları içinde faaliyet gösteren yatırımcılar arasında eşitlik sağlamayı amaçlar⁷²³. Bu yüzden, en çok gözetilen ulus ilkesine göre yapılan karşılaştırmalar, uluslararası yatırımcılar arasında

⁷¹⁷ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 174.

⁷¹⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 153.

⁷¹⁹ Energy Charter Treaty, Article 10(1).

⁷²⁰ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 185.

⁷²¹ ELSI Case (United States v. Italy), ICJ Reports 1989, s. 15.

⁷²² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 155.

⁷²³ Vandevelde, *A Unified...*, **a.g.e.**, s. 65.

gerçekleştirilir⁷²⁴.

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus ilkeleri, ev sahibi devletlerin ayrımcı davranışlarını önlemek için oluşturulan temel koruma mekanizmalarıdır. Bu ilkelerin, enerji yatırımı yapan taraflar arasında adil ve dengeli bir rekabet ortamı sağlama hedefine büyük katkı sağladığı tartışmasız kabul edilmektedir⁷²⁵. Enerji Şartı Anlaşması'nda, bu iki ilkeye ilişkin birden fazla madde bulunmaktadır ve bu maddeler, anlaşmanın koruma standartlarını pekiştirmektedir. Çalışmamız; ayrımcılık yasağı ilkesi kapsamında değerlendirilen ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarının; yukarıda bahsi geçen maddeler ve tahkim kararları doğrultusunda irdelenmesi ile devam edecektir.

3.1.2.3.1. En Çok Gözetilen Ulus Standardı

En çok gözetilen ulus standardı, devletlerin uluslararası anlaşmalar yoluyla, üçüncü ülkelere ya da bu ülkelerle ilişkili kişi ve nesnelere tanıdıkları en iyi muameleyi, anlaşmanın diğer tarafındaki ülkeye veya onunla ilişkili kişi ve nesnelere de tanımayı taahhüt ettikleri bir uygulamadır⁷²⁶. Devletler, bu ilkeyi içeren anlaşmaları imzalayarak, en iyi muameleyi tanıma yükümlülüğünü kabul etmiş olurlar. Bu ilke, yalnızca anlaşmada belirtilen durumlarda geçerli olup, uluslararası hukukun genel bir prensibi değildir⁷²⁷. Bu tanıma bir senaryo ile örneklendirecek olursak; Türkiye ve Yunanistan devletleri arasında yapılan bir anlaşmada, taraflar vergilendirme konusunda birbirlerine en çok gözetilen ulus muamelesi tanıdıklarını belirtmişlerse ve daha sonra Türkiye, Bulgaristan devletiyle yaptığı başka bir anlaşmada vergilendirme konusunda Bulgaristan'a daha iyi şartlar sunarsa, Türkiye aynı şartları Yunanistan devletine de sağlamak zorundadır⁷²⁸.

En çok gözetilen ulus standardı, farklı ülkelerin koruması altında faaliyet gösteren yatırımcıların, ev sahibi ülkeye yaptıkları yatırımlarda adil bir rekabet ortamının

⁷²⁴ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 183.

⁷²⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 25.

⁷²⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 153.

⁷²⁷ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 185.

⁷²⁸ Vandevelde, *A Unified...*, **a.g.e.**, s. 43.

sağlanmasına imkan verir. Bu düzenleme sayesinde, ev sahibi ülke, diğer ülkelerin yatırımcılarına kıyasla; yabancı yatırımcılara daha kötü muamele yapamaz. en çok gözetilen ulus standardı, ev sahibi ülkenin yatırımlara karşı liberal bir tutum benimsemesini ve yatırımların iyi muamele görmesini ve korunmasını garanti altına alır⁷²⁹.

Tarihsel süreç içinde en çok gözetilen ulus ilkesi, 1948’de yürürlüğe giren Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) ve daha sonra kurulan Dünya Ticaret Örgütü’nün (WTO) üyeleri arasında, ticarete eşitlik sağlama ve ayrımcılığı önleme açısından temel bir role sahiptir⁷³⁰. Havana Antlaşması’nın ardından, en çok gözetilen ulus ilkesi yatırım anlaşmalarında da yer almaya başlamıştır. 1964’te Uluslararası Hukuk Komisyonu, en çok gözetilen ulus ilkesine dayalı çok taraflı bir antlaşma taslağı üzerinde çalışmış, ancak bu taslak, 1978’de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmesine rağmen, bir uluslararası antlaşmaya dönüşmemiştir⁷³¹. En çok gözetilen ulus ilkesi, 2008 yılında özellikle yatırım konularında uygulamadaki belirsizlikleri gidermek amacıyla yeniden gözden geçirilmiş ve 2015’te bu çalışma tamamlanmıştır⁷³².

Yatırım anlaşmalarının çoğu, en çok gözetilen ulus kaydını içerirken, ilk ikili yatırım anlaşmalarında ulusal muamele kaydı daha az yaygındı. Ancak zamanla, sermaye ihracı yapan gelişmiş ülkeler, ulusal muamele ilkesinden yararlanmak için en çok gözetilen ulus kaydını düzenli olarak yatırım anlaşmalarına dahil etmeye başlamıştır. Bu durum, yatırımcıların, ulusal muamele ilkesi altında ev sahibi ülkenin yatırımcılarıyla aynı muameleyi alırken, en çok gözetilen ulus ilkesi altında üçüncü ülke yatırımcılarıyla aynı muameleyi alma hakkına sahip olmalarını sağlar⁷³³.

İlkenin; şartlı veya şartsız olarak uygulanabilir olması; şartsız uygulama durumunda herhangi bir sorun oluşturmazken, şartlı uygulamada, yararlanacak devletin anlaşmada belirtilen koşulları yerine getirmesini gerektirmektedir.

⁷²⁹ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 153.

⁷³⁰ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 25.

⁷³¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 155.

⁷³² UNCTAD, *a.g.e.*, s. 27.

⁷³³ Ünsal, **a.g.m.**, s. 95.

Nitekim şartlı uygulama pratikte nadiren karşılaşılan bir durumdur⁷³⁴. Yine en çok gözetilen ulus hükmünün uygulanması iki taraflı veya tek taraflı olabilmektedir. Her ne kadar sadece bir tarafın bu muameleyi garanti etmesi de mümkün ise de genellikle bu ilke karşılıklılık esasına dayanmaktadır⁷³⁵. Ayrıca, en çok gözetilen ulus hükmü belirli alanlara, zaman dilimlerine ve kapsama alanlarına göre sınırlandırılabilir. Bu, hükmün hangi coğrafi alanlarda, hangi iş kollarında veya hangi zamanlarda uygulanacağını tanımlar. Özellikle, hükmün yatırım öncesini kapsayıp kapsamadığı önemlidir⁷³⁶. Öyle ki en çok gözetilen ulus hükmünün uygulanmayacağı alanlar, konular veya zamanlar da belirtilebilir. Hatta, ikili yatırım anlaşmalarında, daha kötü muamele olarak kabul edilecek durumlar ve ev sahibi devletin kaçınması gereken muameleler de açıkça ifade edilebilir⁷³⁷.

En çok gözetilen ulus ilkesinin ihlal edildiğinin tespiti için, bu ilkeyi tanıyan bir devletin, üçüncü bir devlete göre daha az avantajlı bir muameleye maruz kaldığının belirlenmesi gereklidir. Başka bir deyişle, en çok gözetilen ulus ilkesi tanınan devlet ile üçüncü bir devlet arasındaki muamele farklılıklarının karşılaştırılması yapılır. Bu durum, en çok gözetilen ulus ilkesinin mutlak değil, göreceli bir ilke olduğunu ortaya koyar⁷³⁸. İlkenin ihlali konusunda, en çok gözetilen ulus ilkesinin ‘eiusdem generis’ yani ‘aynı türden’ kuralına uygun olarak yorumlanması gerektiği kabul edilir ki; bu da en çok gözetilen ulus ilkesinin, antlaşmada belirtilen kategorilerle sınırlı olduğu anlamına gelir⁷³⁹. Örneğin, Ambatielos davasında, Birleşik Krallık ve Yunanistan arasında, en çok gözetilen ulus ilkesinin sadece tanındığı konularda ihlal edilebileceği ve ‘eiusdem generis’ ilkesine göre yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁴⁰. Eğer antlaşmada en çok gözetilen ulus ilkesinin hangi konularda uygulanacağı belirtilmemişse, ilke

⁷³⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 153.

⁷³⁵ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 185.

⁷³⁶ Vandevelde, *A Unified...*, **a.g.e.**, s. 43.

⁷³⁷ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 153.

⁷³⁸ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 25.

⁷³⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 155.

⁷⁴⁰ Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom), **ICJ Reports** 1953, s. 10.

benzer koşullar veya durumlar için geçerli olur. NAFTA Antlaşması'nda da en çok gözetilen ulus ilkesinin 'benzer koşullarda' uygulanacağı belirtilmiştir⁷⁴¹.

En çok kayırılan millet ilkesinin, uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dahil edilip edilmediği meselesi, birçok uluslararası tahkim davasında tartışılmıştır. Ancak, bu konuda hukuk içtihatlarında birlik bir çözüm bulunamamıştır. En çok gözetilen ulus ilkesinin tahkim heyetlerinin yetkisi üzerindeki etkisi ilk kez "Maffezini davasında" incelenmiştir⁷⁴². Bu davada, Arjantinli yatırımcı Emilio Agustín Maffezini, İspanya'daki yatırımıyla ilgili bir anlaşmazlığı çözmek amacıyla Arjantin ile İspanya arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'na dayanarak ICSID tahkimine başvuruda bulunmuştur. İlgili anlaşmada, uyuşmazlıkların önce İspanya yerel mahkemelerinde çözülmesi gerektiği, ancak on sekiz ay içinde çözülemezse ICSID'e başvurulabileceği belirtilmiştir. Maffezini, Şili ve İspanya arasındaki anlaşmada böyle bir bekleme süresi olmadığını ve Arjantin-İspanya anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus ilkesine dayanarak bekleme süresinden muaf tutulması gerektiğini iddia etmiştir⁷⁴³. İspanya, en çok kayırılan millet ilkesinin uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanamayacağı iddiasıyla, tahkim heyetinin yetkisini sorgulamıştır.

Tahkim heyeti, Maffezini'nin doğrudan ICSID'e başvurmasının anlaşmaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, tahkim heyeti, en çok kayırılan millet ilkesinin uyuşmazlık çözüm hükümlerini içerip içermediğini tartışmış ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünün, yatırımların korunmasıyla yakından ilişkili olduğunu, dolayısıyla uyuşmazlık çözüm hükümlerinin yatırımcıların korunmasının ayrılmaz bir unsuru olarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁴⁴. Heyet, bu durumun yalnızca üstün kamu yararının bulunması veya taraflar arasında aksi yönde açık bir anlaşma yapılmış olması halinde bir istisna oluşturabileceğini belirtmiştir. Sonuç olarak, Maffezini'nin bekleme süresine tabi olmaksızın doğrudan ICSID'e başvurabileceğine karar vererek, İspanya'nın yetki itirazını reddetmiştir. Ayrıca, heyet, Arjantin-İspanya anlaşmasındaki en çok

⁷⁴¹ NAFTA Article 1102.

⁷⁴² Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 2000, s. 40.

⁷⁴³ Maffezini v. Kingdom of Spain, s. 41.

⁷⁴⁴ Maffezini v. Kingdom of Spain, s. 42.

kayırılan ulus ilkesinin tüm konuları kapsayacak şekilde düzenlendiğini vurgulayarak kararını desteklemiştir⁷⁴⁵. Maffezini kararındaki bu bulgular, zaman içerisinde, tahkim heyetlerinin, en çok gözetilen ulus ilkesinin yargılama süreçlerine uygulanabilirliği konusunda daha açık fikirli bir tutum benimsemesine sebebiyet vermiştir⁷⁴⁶.

Enerji Şartı Antlaşması'nda en çok kayırılan millet ilkesinin hangi durumları kapsadığının net bir şekilde tanımlanmadığı görülmektedir. Ayrıca, bu ilkeye dayanarak oluşturulmuş bir tahkim kararı da mevcut değildir. Bu nedenle, en çok gözetilen ulus ilkesinin kapsamının ve tahkim heyetlerinin yetkilerinin belirlenmesi, gelecekte yaşanabilecek olası uyuşmazlıklar için önem arz etmektedir⁷⁴⁷.

Enerji Şartı Antlaşması'nda en çok gözetilen ulus ilkesinin uygulanabilirliği konusunda, daha önce detaylı bir şekilde incelenen ve tahkim kararıyla örneklendirilen 'eiusdem generis' prensibinin geçerli olduğu kanaatini taşımaktayız. Yani, Antlaşma çerçevesinde en çok kayırılan millet ilkesinin uygulanabilmesi için, karşılaştırılan durumlar arasında benzerlik bulunması gerekmektedir. Esas konularda bu benzerliği belirlemek kolayken, usul hukuku konularında 'eiusdem generis' prensibinin nasıl uygulanacağı belirsizdir⁷⁴⁸.

En çok kayırılan millet ilkesinin, Enerji Şartı Antlaşması'ndaki uyuşmazlık çözüm hükümlerini içerip içermediği en önemli meselelerden biridir. İlkenin kapsamını belirlerken, öncelikle devletlerin ilgili yatırım anlaşmasına yansıttıkları niyet önemlidir. Yani, ilgili yatırım anlaşmasında net bir şekilde belirtilmediği sürece, genellikle en çok kayırılan millet ilkesinin uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsamadığı kabul edilmelidir⁷⁴⁹. Ancak, yerel mahkemelere başvuru yükümlülüğü ve bekleme süresi gibi özel durumlar bu genel kuralın dışında tutulmalıdır⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Maffezini v. Kingdom of Spain, s. 43.

⁷⁴⁶ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 195.

⁷⁴⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 153.

⁷⁴⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 185.

⁷⁴⁹ Vandevelde, *A Unified...*, **a.g.e.**, s. 43.

⁷⁵⁰ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 153.

Antlaşmanın 10(7) maddesinde en çok gözetilen ulus ilkesi oldukça basit bir şekilde ifade edilmiştir, bu durum da Antlaşma tarafı devletlerin ilkeyi uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsayacak şekilde genişletmek istediklerini açıkça belirtmediklerini gösterir. Bu durumda, Enerji Şartı Antlaşması çerçevesinde yatırımcıların, en çok kayırlan millet ilkesine dayanarak, örneğin ICSID veya SCC yerine ICC tahkimine başvurmaları mümkün olmayacaktır⁷⁵¹.

Enerji Şartı Antlaşması'nda belirtilen istisnai durumların anlamlarının incelenmesi konunun tam olarak netleştirilmesi adına büyük önem arz etmektedir. En çok kayırlan millet ilkesinin uyuşmazlık çözüm hükümlerini içermediği kuralının ilk istisnası, uluslararası tahkime başvurmadan önce yatırımcının ev sahibi devletin yerel mahkemelerine başvurma zorunluluğudur⁷⁵². Enerji Şartı Antlaşması'nın 26. maddesini incelediğimizde, Antlaşmanın uluslararası tahkime başvurmadan önce yerel yargı mercilerine başvurulması veya iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi bir ön koşul içermediği fark edilmektedir⁷⁵³. Bu nedenle, bu istisnanın Enerji Şartı Antlaşması açısından bir anlamı olmadığı söylenebilir. Diğer bir istisna ise, uluslararası tahkime başvurmadan önce belirli bir süre beklenmesi yükümlülüğüdür. Antlaşmanın 26. maddesinde, tarafların uluslararası tahkime başvurabilmeleri için üç aylık bir uzlaşma süresi geçmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, ev sahibi devletin üçüncü bir ülkeyle yaptığı yatırım anlaşmasında bekleme süresi yer almıyorsa, yatırımcılar Enerji Şartı Antlaşması'ndaki en çok gözetilen ulus ilkesine dayanarak, üç aylık uzlaşma süresine uymadan uluslararası tahkime başvurabilirler⁷⁵⁴.

En çok gözetilen ulus ilkesinin, ulusal muamele şartlarına kıyasla daha az risk barındırdığı düşüncesi, bu ilkenin anlaşmalarda yaygın olarak kabul görmesine neden olmuştur⁷⁵⁵. Başlangıçta büyük bir sorun teşkil etmeyen en çok gözetilen ulus hükümleri, zamanla yatırım hukukunun en çok tartışılan konularından biri

⁷⁵¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 25.

⁷⁵² Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 155.

⁷⁵³ Energy Charter Treaty, Article 26.

⁷⁵⁴ Energy Charter Treaty, Article 26.

⁷⁵⁵ Schill, *Fair...*, *a.g.e.*, s. 157.

olmuştur⁷⁵⁶. En çok gözetilen ulus standardıyla ilgili eleştiriler, bu ilkenin yatırımcılara tanınan hakların, ev sahibi devletin iradesi dışında genişlemesine yol açtığına yoğunlaşmaktadır⁷⁵⁷. Çünkü en çok gözetilen ulus hükmü, ev sahibi devletin, anlaşmanın diğer tarafındaki yatırımcılara, anlaşmada yer almayan konularda da koruma sağlamasını gerektirebilir. Ayrıca, en çok gözetilen ulus hükümleri, ev sahibi devletlerin düzenlemelerini ve politikalarını değiştirme esnekliğini kısıtladığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁵⁸. Bu sebeplerden ötürü, devletler en çok gözetilen ulus ilkesi hükmünü kullanırken dikkatli olmaları gerekmektedir. Aksi takdir de; anlaşma esnasında bahsi geçmeyen veya taahhüt etmedikleri haklardan da mesûl olacaklardır⁷⁵⁹.

3.1.2.3.2. Ulusal Muamele Standardı

Ulusal muamele standardı; ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara, kendi vatandaşlarına benzer koşullarda sunduğu kadar elverişli bir muamele sunma yükümlülüğü olarak tanımlanabilir. İlkenin uygulanmasındaki en genel mana; yabancı yatırımcılar ve yerli yatırımcılar arasında adaleti sağlamak ve yabancı yatırımcıların rekabet edebilirliğini arttırmaktır. Bu ilke, yabancı yatırımcılara ve ev sahibi ülkenin vatandaşlarına yapılan muameleyi karşılaştırır. Sonuç olarak iki farklı yatırımcı türü arasında bir denge kurmayı hedeflediğinden, kesin ve sabit bir kural olmaktan ziyade, duruma göre değişebilen göreceli bir kural olarak kabul edilir⁷⁶⁰.

Uygulamada devletlerin, ekonomilerini güçlendirmek ve dünya çapında daha rekabetçi olabilmek adına bazen yerli işletmelere özel avantajlar sağladığı görülmektedir. Yatırım anlaşmalarına eklenen ulusal muamele standartının temel amacı; bu tür yerli korumacı politikaların kaldırılmasını sağlamak ve ülkelerin mevcut ekonomik politikalarına düzenlemeler getirmektir. Bu durum, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılardan daha kötü muamele görmeyeceğini garanti eder. Ancak, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılardan daha iyi muamele

⁷⁵⁶ UNCTAD, *a.g.e.*, s. 29.

⁷⁵⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 160.

⁷⁵⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., *a.g.m.*, s. 195.

⁷⁵⁹ Vandevelde, *a.g.e.*, s. 49.

⁷⁶⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 173.

yapılmasını engelleyen bir hüküm bulunmaz; yani bu düzenleme yabancı yatırımcıya yönelik pozitif ayrımcılık yapılmasına izin verilir⁷⁶¹. Tüm bu düzenlemeler bazı ülkelerin anlaşmalarda ulusal muamele şartını dahil etmeme eğiliminde olmalarına yol açmıştır. Yine de, günümüzde yapılan birçok yatırım anlaşmasında ulusal muamele şartı yaygın olarak bulunmaktadır⁷⁶².

Yatırım anlaşmaları, ulusal muamele standartlarını farklı yollarla ifade edebilir. Bu standartlar, bazen anlaşmalarda bağımsız bir madde olarak yer alabilir veya diğer hükümlerle bir arada düzenlenebilir. Hakezâ ikili yatırım anlaşmalarında, ulusal muamele prensibi; anlaşmaya taraf olan iki tarafça karşılıklı olarak taahhüt edilebilir veya sadece bir taraf bu taahhüdü verebilir⁷⁶³. Bu prensibe ilişkin kayıtlarda, bazı istisnai durumlar da belirlenebilir. İlk olarak, anlaşma tarafları, kamu sağlığı, kamu düzeni, ahlak veya milli güvenlik gibi temel değerler tehlikeye girdiğinde, yabancı yatırımcıların kimlikleri veya yatırımın niteliği ne olursa olsun, ulusal muamele prensibinin uygulanmayacağını belirtebilir⁷⁶⁴. İkinci olarak, fikri mülkiyet hakları ve vergilendirme gibi belirli konular, anlaşmada belirtilen kayıtlarla ulusal muamele kapsamı dışında bırakılabilir⁷⁶⁵. Son olarak, yatırım anlaşmasını imzalayan ülkeler, kendi ulusal sosyal ve ekonomik politikalarına göre, belirli endüstrilerde veya faaliyet alanlarında, karşı tarafa ulusal muamele prensibini uygulamayacaklarını beyan edebilir⁷⁶⁶. Ancak, bu düzenlemelerin en dikkate değer farkı, yatırımcının ulusal muamele standartlarına uygun muamele görmeye ne zaman hak kazanacağıdır. İlkenin uygulanma zamanı açısından çoğu anlaşmada, ulusal muamele standardı, yatırımın ev sahibi ülkede faaliyete başlamasından sonra uygulanacak muameleyi tanımlar⁷⁶⁷. Diğer yandan, bazı anlaşmalar bu standardı, yatırımın ev sahibi ülkede kuruluşundan önceki süreci de kapsayacak şekilde genişletir⁷⁶⁸. Bu tür genişletilmiş düzenlemeler, yatırımcılara, yatırımın kuruluş öncesinde alınan kararlar ve ev sahibi devletin

⁷⁶¹ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 205.

⁷⁶² Vandeveld, *A Unified...*, **a.g.e.**, s. 55.

⁷⁶³ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 178.

⁷⁶⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s. 35.

⁷⁶⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 180.

⁷⁶⁶ UNCTAD, **a.g.e.**, s. 37.

⁷⁶⁷ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 210.

⁷⁶⁸ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 185.

uygulamaları hakkında tahkim yoluyla hak arama fırsatı verir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ilke kapsamında yalnızca yatırım öncesi aşamayı karşılayan bir anlaşma bulunmamaktadır. Bu durum ulusal muamele ilkesinin genellikle yatırımın tüm evrelerini kapsayacak biçimde entegre edildiği anlamına gelir⁷⁶⁹.

Ulusal muamele prensibi, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılarla eşdeğer bir muamele yapılmasını öngörse de, bu, yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkenin yasalarına tamamen tabi oldukları anlamına gelmez. Uluslararası hukuk, ev sahibi ülkenin yasalarından bağımsız olarak, yatırımlar için asgari standartlar belirler. Eğer ev sahibi ülkenin yasaları uluslararası standartların altında bir koruma sağlıyorsa, yabancı yatırımcılar bu asgari uluslararası korumadan faydalanabilirken, yerli yatırımcılar sadece iç hukuka tabi olacaklardır⁷⁷⁰.

Ulusal muamele prensibi, geçmişte daha çok ticaret anlaşmalarında yer alırken, son otuz yıl içinde ikili yatırım anlaşmalarında da yaygınlaşmıştır. Bu prensip, bazen tek başına (stand alone) bazen de En Çok Gözetilen Ülke ve Adil ve Hakkaniyetli Muamele ilkeleriyle birlikte ikili yatırım anlaşmalarında yer alır⁷⁷¹. Bazen özellikle gelişmekte olan ülkeler; yabancı yatırımcıyı ülkesine çekmek adına bir takım teşvikler sunarak, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılardan daha iyi şartlar sunabilir. Ayrıca, bir üçüncü ülkede faaliyet gösteren yabancı yatırımcılar, ev sahibi ülkenin imzaladığı ikili yatırım anlaşmalarındaki en çok gözetilen ülke prensibinden daha iyi bir muamele talep edebilirler. Bu yatırımcılar, daha düşük bir muamele görmemek için en çok gözetilen ülke muamelesinin uygulanmasını, ulusal muamele prensibinin uygulanmamasını talep edebilirler⁷⁷².

Ulusal muamele standardının ihlal edilip edilmediğinin tespiti, üç aşamalı bir inceleme süreci gerektirmektedir. İlk olarak, iddia edilen ihlalin karşılaştırılacağı yerli yatırımın hangi grup olduğu belirlenir. Ardından, her iki yatırım grubuna uygulanan muameleler karşılaştırılır ve aralarındaki farklar incelenir. Son olarak, yerli yatırım ve yabancı yatırımların koşulları, farklı muamelelerin meşruiyetini

⁷⁶⁹ Vandevelde, **a.g.e.**, s. 60.

⁷⁷⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 195.

⁷⁷¹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 225.

⁷⁷² Vandevelde, *A Unified...*, **a.g.e.**, s. 70.

belirlemek için değerlendirilir. Ulusal muamele ilkesi, en çok gözetilen ulus ilkesiyle kıyaslandığında, yerli ve yabancı yatırımcılar arasında bir karşılaştırma yapılmasını gerektirdiği için ev sahibi devletler için daha zorlayıcı bir ilkedir⁷⁷³. Yatırım hukukunun gelişmeye başladığı dönemlerde, devletin sahip olduğu veya desteklediği şirketlerin aktif olduğu durumlarda, ev sahibi devletler bu ilkeye sıklıkla itiraz etmişlerdir⁷⁷⁴.

Enerji Şartı Antlaşması'nda, milli muamele kaydının genel prensipleri ele alınmış, ancak bu prensiplerin detaylarına dair açıklamalar yapılmamıştır. Ayrıca, Antlaşmanın 10(1) ve (7) maddelerinde, diğer yatırım anlaşmalarının aksine, “benzer durumda olan (in like circumstances) yatırımlar” ifadesine yer verilmemiştir. Bu nedenle, bu tür durumların çözümünde tahkim kararlarına başvurmak gerekmektedir⁷⁷⁵. Enerji Şartı Antlaşması kapsamında ulusal muamele ilkesinin yorumlanmasıyla ilgili en önemli karar, Nykomb davasına aittir. Bu dava, Antlaşma hükümlerinin kullanıldığı ilk tahkim davası olma özelliğini taşır. Nykomb, Letonya'nın iki “yerli” elektrik üretim şirketine uyguladığı “çift tarife” politikasını sürdürdüğünü ve bu politikayı sadece kendisine karşı sonlandırdığını iddia ederek, Enerji Şartı Antlaşması'nın 10(1) maddesine göre milli muamele kaydının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Letonya ise, bu iki şirkete çift tarife uygulamasını sürdürdüğünü kabul etmiş, ancak bu şirketlerin yatırımlarının Nykomb'un yatırımlarıyla benzer olmadığını savunmuştur. Letonya, bu iki şirketin Nykomb'dan daha büyük üretim kapasitesine sahip olduğunu belirterek, uyguladığı ayrımcılığın meşru olduğunu iddia etmiştir. Tahkim heyeti, kararında ilk olarak Nykomb ile yerli firmaların Letonya'da aynı yasal çerçevelere tabi olduğunu ve benzer nitelikte yatırımlar yaptığını vurgulamıştır. Heyet, ayrımcılığın meşru bir temele dayandığını kanıtlama yükümlülüğünün Letonya üzerinde olduğunu, ancak Letonya'nın bunu kanıtlayamadığını tespit etmiştir⁷⁷⁶.

Kararda, heyetin bu sonuca hangi gerekçelerle vardığı açıklanmamış olsa da, doktrinde, Letonya basınında yer alan ve Nykomb tarafından delil olarak sunulan

⁷⁷³ Schill, *Fair...*, **a.g.e.**, s. 190.

⁷⁷⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 205.

⁷⁷⁵ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 230.

⁷⁷⁶ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Award, 16December2003.

bazı makalelerin, heyetin görüşünü etkilediği belirtilmektedir. Bu makalelerde, yerli şirketlerden enerji almanın mali açıdan avantajlı olmadığına dair görüşler yer almaktadır. Ayrıca, Nykomb, Letonya'daki bir devlet kurumu tarafından hazırlanan bir raporu delil olarak sunmuştur. Raporda, Letonya'nın yerli üreticilerden temin ettiği elektriğin ülkenin ihtiyacının yalnızca yüzde 1'ini karşıladığı ve ithal edilen elektriğe kıyasla üç kat daha pahalı olduğu ifade edilmiştir. Letonya'nın savunmasıyla çelişen bu bulgular, hakem heyetinin Letonya'nın ayrımcı davranışının meşru bir temele dayanmadığı yönündeki görüşünü desteklemiştir. Letonya'nın ayrımcılık niyeti olmadığına dair bir savunma yapmaması nedeniyle, heyet kasıt unsurunu tartışmamıştır⁷⁷⁷. Nykomb kararı, milli muamele ilkesinin unsurlarının Enerji Şartı Antlaşması kapsamında da geçerli olduğunu göstermektedir. Kararın dikkat çekici bir yönü, Enerji Şartı Antlaşması kapsamındaki uyuşmazlıklarda da benzerlik değerlendirmesinin yapılması gerektiğini vurgulamasıdır. Antlaşmanın 10(1) maddesinde "benzer nitelikte" ifadesinin bulunmamasıyla ortaya çıkan belirsizlik, Nykomb kararı ile netleştirilmiştir⁷⁷⁸.

Özel Koruma Standartları:

3.1.2.4. Kazançların Serbestçe Transferi İlkesi

Uluslararası yatırım hukukunun, yatırımcıların haklarını korumak için sunmuş olduğu standartlardan birisi de kazançların ve diğer ödemelerin serbestçe transferi hakkıdır. Kazançların serbestçe transfer edilmesi, yatırım ortamının istikrarını artırır ve yatırımcılar için güvenli bir ortam oluşturur⁷⁷⁹. Ancak, bu hak zaman zaman devletler tarafından çeşitli nedenlerle kısıtlanabilir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, devletlerin döviz üzerindeki kontrolleri sıkılaştırması, yatırımcıların bu temel hakkını kullanmalarını zorlaştırabilir. Tıpkı kişisel ve mülkiyet hakları üzerinde düzenlemeler yapma yetkileri olduğu gibi, devletlerin de para akışını kontrol etme hakkı vardır. Bu hak, devletlerin finansal transferleri kendi ihtiyaçlarına ve politikalarına göre sınırlandırabilmesini sağlar. Ancak,

⁷⁷⁷ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Award, 16December2003.

⁷⁷⁸ Schill, *Fair...*, a.g.e., s. 210.

⁷⁷⁹ Kayıhan, a.g.e., s. 186.

yurtdışında iş yapan yatırımcılar için, elde etmiş olduğu kazançlarını ülkelerine transfer etmek büyük önem taşır. Ev sahibi ülkelerin bu transferleri kısıtlama çabaları, yatırımcılar için ciddi bir engel oluşturur⁷⁸⁰.

Yatırımcılar, kazançlarını ve diğer ödemelerini kısıtlama olmaksızın transfer edebilecekleri bir yasal çerçeve içerisinde kendilerini daha güvenli hissederler. Bu, özellikle enerji sektörü gibi büyük sermaye gerektiren ve uzun vadeli yatırımların yapıldığı alanlarda önemlidir. Enerji yatırımları genellikle büyük miktarda sermaye gerektirdiğinden ve genellikle uzun geri ödeme süreleri içerdiğinden, yatırımcılar için ödemelerin serbestçe transfer edilebilmesi, yatırımın finansal sürdürülebilirliği açısından kritik bir faktördür⁷⁸¹. Yatırım yasaları ve anlaşmaları, serbestçe transfer ilkesiyle, yatırımcıların kazançlarını serbestçe transfer etmelerini garanti altına alarak, yatırımcıların endişelerini hafifletmeyi amaçlar.

Kazanç transferi kuralları, ev sahibi ülkelerin döviz çıkışını kontrol etme isteği ile yatırımcıları çekme arzusu arasındaki dengeyi kurmaya çalışır. Bu nedenle, yatırım anlaşmalarındaki transfer kuralları, her devletin para ve döviz politikalarına göre değişiklik gösterir. Ancak, tüm transfer hükümlerinde, işlemlerin hızlı ve dönüştürülebilir bir para birimiyle yapılacağı belirtilir. Hızlı transferler, işletmelerin likidite ihtiyaçlarını karşılamalarına ve piyasa dalgalanmalarına karşı daha hızlı tepki vermelerine yardımcı olur. Dönüştürülebilir para birimleri, genellikle uluslararası piyasalarda kabul gören ve kolayca diğer para birimlerine çevrilebilen para birimleridir. Örneğin, ABD Doları (USD), Euro (EUR), İngiliz Sterlini (GBP) gibi para birimleri geniş çapta dönüştürülebilir olarak kabul edilir. Transfer hükümlerinde bu tür para birimlerinin kullanılması, yatırımcıların ve işletmelerin döviz kuru risklerini azaltmalarına ve fonlarını daha verimli bir şekilde yönetmelerine olanak tanır⁷⁸².

Tahkim kararları, serbest transfer ilkesinin yatırımcıların haklarını korumada ne kadar önemli olduğunu ve devletlerin bu ilkeye uymaları gerektiğini

⁷⁸⁰ Kazgan, S., **Yabancı Yatırımların Korunması ve Uluslararası Hukuk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 78.

⁷⁸¹ Güneş, A., **Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 112.

⁷⁸² Gönen, H., **Yatırım Hukuku ve Uygulamaları**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 95.

göstermektedir. Örneklendirmek gerekirse, “Kıta Zayiat Şirketi Yatırım Şirketi ve Arjantin” davasında hakem heyeti serbest transfer ilkesinin, yabancı yatırım yapma özgürlüğünün temeli ve Yabancı Yatırımları Koruma Anlaşmalarının (YKIT’lerin) teşvik edici rolünün önemli bir unsuru olduğunu belirtmiştir⁷⁸³. Yine “Biwater Gauff Şirketi ile Tanzania Devleti” arasında görülen davada, Biwater Gauff’un iddiaları arasında, Tanzania’nın aldığı önlemlerin yatırımcının fonlarını transfer etme hakkını engellediği ve bu durumun Tanzania - Birleşik Krallık Yatırımların Teşvik ve Korunması Anlaşması’na aykırı olduğu bulunmuştur⁷⁸⁴.

Yukarıda vermiş olduğumuz örnek kararlar, kazançların transferi üzerindeki engellerin uluslararası yatırım hukuku açısından kabul edilemez olduğunu ve devletlerin bu tür engelleri uygulamadan önce yatırımcı haklarını dikkate alması gerektiğini göstermektedir. Ayrıca, bu tür engellerin yatırımcı-devlet ilişkilerinde uzun vadeli güven ve istikrarı zedeleyebileceğini ve bu nedenle dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini de ortaya koymaktadır⁷⁸⁵.

3.1.2.5. Şemsiye Klozu

Uluslararası yatırım anlaşmaları, devletler arasındaki olası anlaşmazlıkların hangi yargı organlarına taşınabileceğini açıkça belirtmektedir. Benzer şekilde, yabancı yatırımcılarla ev sahibi devletler arasında yapılan sözleşmelerde de, uyuşmazlık durumunda başvurulacak merciler tanımlanmaktadır. Genel olarak, yatırımcıların olası bir uyuşmazlıkta; ilk adım olarak ev sahibi devletin yargı yollarına başvurmak suretiyle iç hukuku kullanması beklenmektedir. Ancak yatırım anlaşmalarında şemsiye hükümlere yer verilmesiyle birlikte; işler daha karmaşık bir hale gelmiştir. Bunun temel sebebi ise; şemsiye hükümler kapsamında, sözleşme ihlalleri artık anlaşma ihlalleri olarak kabul edilmekte ve bu durum, hakem kurullarına hem anlaşma hem de sözleşme kaynaklı uyuşmazlıklarda yetki

⁷⁸³ Kıta Zayiat Şirketi Yatırım Şirketi v. Arjantin, ICSID Kararı, 2003.

⁷⁸⁴ Biwater Gauff Ltd. v. Tanzania, ICSID Kararı, 2008.

⁷⁸⁵ Arıkan, S., **Yabancı Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 145.

vermektedir. Bu sayede, uyuşmazlıkların çözümünde ev sahibi devletin yasaları yerine, uluslararası anlaşmalara dayalı hukuk uygulanabilmektedir⁷⁸⁶.

Uluslararası hukuk çerçevesinde, bir devletin yatırımcı ile yaptığı sözleşmeyi ihlal etmesi, doğrudan uluslararası sorumluluk doğurmayacaktır. Ancak, şemsiye klozu, devletlerin yatırım anlaşmalarında yer alan ve ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara karşı yükümlülüklerini yerine getireceğini garanti eden bir hükümdür. Bu klozun anlaşmalara dahil edilmesiyle, devlet ve yatırımcı arasındaki sözleşmelerdeki yükümlülükler uluslararası bir boyut kazanmaktadır. Böylece uyuşmazlıklar uluslararası hukukun koruması altına girmektedir⁷⁸⁷. Diğer bir deyişle, ev sahibi devletin iç hukukunu uygulayarak yatırımcıyla yaptığı sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda, uluslararası sorumluluk ortaya çıkacaktır.

1950 yıllarında başlayan ve sözleşmelerin uluslararası boyut kazanması fikriyle ortaya çıkan şemsiye hükümler, yatırım hukukunda “anlaşmalara sadık kalınması” ilkesinin bir yansıması olarak görülmektedir. Şemsiye hükümler kapsamında, ev sahibi devletlerin sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin ihlali, ticari niteliklerine bakılmaksızın anlaşma ihlali olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁸. Bu durum, yatırım sözleşmelerindeki şartların keyfi değişikliklerini zorlaştırarak, yatırımcılara sunulan korumanın daha da genişletilmesini sağlamaktadır. Hâkeza 1983 tarihli Birleşik Krallık ile Saint Lucia arasındaki yatırım anlaşmasının 2. Maddesi: “Her Sözleşmeci Taraf, diğer Tarafın vatandaşlarının veya şirketlerinin yatırımlarıyla ilgili tüm yükümlülükleri yerine getirecektir.” şeklindedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere şemsiye klozlar genellikle kesin ve emredici bir dil kullanmaktadır.

Şemsiye hükümler, yatırım anlaşmalarında sıkça yer alan ve devletlerin yatırımcılara karşı taahhütlerini uluslararası düzeyde güvence altına alan maddelerdir. Ancak, bu hükümlerin yatırım uyuşmazlıklarında nasıl uygulanacağı

⁷⁸⁶ Crawford, J., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Cambridge University Press, 2013, s. 224.

⁷⁸⁷ Schreuer, C., *The ICSID...*, a.g.e., s. 115.

⁷⁸⁸ Muchlinski, *Multinational...*, a.g.m., s. 620.

konusunda hâlâ tartışmalar ve belirsizlikler bulunmaktadır⁷⁸⁹. Nitekim anlaşmalarda şemsiye hükümler genellikle diğer yatırım koruma standartlarına nazaran daha az sıklıkla yer bulmaktadır. Her anlaşmanın farklı bir dille kaleme alınmış olması, şemsiye hükümlerin standart bir form kazanmasını engellemektedir. Bunun bir sonucu olarak, şemsiye hükümlerin anlaşma kapsamında yorumlanması hususunda; anlaşmanın kendi dilinin ve hakem heyetlerinin yorumlarının önemini büyüktür.

Hakem heyetleri tarafından şemsiye hükümlerin dar ya da geniş yorumlandığına dair farklı kararlara rastlamak mümkündür. Pan American Energy LLC ve BP Argentina Exploration Company ile Arjantin Cumhuriyeti arasındaki dava, bu yorum farklılıklarını gösteren bir örnektir. Bu davada, hakem heyeti, şemsiye hükümlerin sözleşmeden kaynaklanan talepleri uluslararası anlaşmadan doğan taleplere dönüştürmediğine karar vermiştir⁷⁹⁰. Heyet, bu tür bir yorumun, en küçük sözleşme ihlalini dahi uluslararası bir mesele haline getireceğini ve ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki sınırları belirsizleştireceğini vurgulamıştır. Şemsiye hükümlerin ilk kez bir yatırım uyuşmazlığında incelendiği SGS Société Générale de Surveillance S.A. ile Pakistan İslam Cumhuriyeti arasındaki dava da, bu geniş yorumun olumsuz sonuçlarını ortaya koymuştur⁷⁹¹.

Enerji yatırımlarıyla ilgili her ne kadar hakem heyetlerinin dar yorumlamalarına rastlamak mümkün olsa da genellikle şemsiye hükümlerinin geniş bir şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bu geniş yorumlama ile, yabancı yatırımcıların sözleşmeden kaynaklanan talepleri, şemsiye hükümler aracılığıyla uluslararası yatırım anlaşmaları düzeyine çıkarılarak, anlaşma temelli taleplere dönüştürülmektedir⁷⁹². Özellikle, Sempra Energy International ile Arjantin Cumhuriyeti arasındaki dava, şemsiye hükümlerin yorumlanmasında Noble Ventures, Inc. ile Romanya ve Siemens A.G. ile Arjantin Cumhuriyeti davalarındaki yaklaşımlara benzer bir tutum sergilenmesi açısından dikkat

⁷⁸⁹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 265.

⁷⁹⁰ Pan American Energy LLC v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 2006.

⁷⁹¹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 2003.

⁷⁹² Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Liability, 2007.

çekicidir. Bu kararlarda, ev sahibi devletlerin yatırımcılarla yaptıkları sözleşmeleri ihlal etmeleri durumunda, şemsiye hükümler aracılığıyla uluslararası hukukta sorumluluk olduğu kabul edilmektedir⁷⁹³. Sempra Energy International davasında, hakem heyeti, davacının taleplerinin hem yatırım sözleşmesine hem de Arjantin ile ABD arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'na dayandığını belirtmiş, ancak sözleşmeden doğan taleplerin Arjantin yerel hukuku tarafından uygulanacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte, heyet, İkili Yatırım Anlaşması'ndaki şemsiye hüküm sayesinde, yatırım sözleşmesi ile anlaşma arasında güçlü bir bağ oluşturulduğunu öngörmüştür⁷⁹⁴.

Bu durum, uluslararası hukukun genel ilkelerine göre, bir devletin yatırımcıyla yaptığı sözleşmeye aykırı davranışlarının o devletin sorumluluğunu doğurmayacağı ilkesini geçersiz kılmaktadır⁷⁹⁵. Ayrıca, bu yaklaşım, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşme ilişkisinde belirlenen hukuk seçimini de etkisiz hale getirerek, uyuşmazlığın uluslararası hukuk çerçevesinde ele alınmasına neden olmaktadır. Hakem heyetlerinin şemsiye hükümlere ilişkin farklı yorumları, içtihat birliğinin oluşmasını engellemektedir. Bu nedenle, bir devletin yatırımcıyla yaptığı sözleşme, yatırımcının tabiyetinin olduğu devletle yapılan ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarla bağlantılı olduğunda, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların uluslararasılaşma riski göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁹⁶.

3.1.2.6. Kamulaştırmanın Önlenmesi İlkesi

3.1.2.6.1. Yatırımcının Mal Varlığına El Konulması

Yatırımcının mal varlığına el konulması, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olduğu yatırımı kendi amaçları veya başka bir kişi yararına devlet gücüyle müdahale etmesi anlamına gelmektedir⁷⁹⁷. Bu müdahale ile devlet; yabancı yatırımcının yatırımını eline geçirir veya başkasına devreder. Netice itibarıyla yatırımın yönetimi, denetimi veya kullanımı devlet eline geçer.

⁷⁹³ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 2005.

⁷⁹⁴ Siemens A.G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 200

⁷⁹⁵ Dolzer, R., and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

⁷⁹⁶ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 651.

⁷⁹⁷ Dolzer, R., and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

Mal varlığına müdahale; kamulaştırma, devletleştirme, müsadere, dondurma, bloke etme gibi farklı şekillerde gerçekleştirilebilir. Bu tür müdahaleler, yabancı yatırımcının yatırımından beklediği faydayı azaltmakta veya ortadan kaldırmakta, yatırım kararlarını etkilemektedir⁷⁹⁸. Bu nedenle, yabancı yatırımcıların mal varlığına el konulmasını önlemek veya sınırlamak için ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli koruma mekanizmaları geliştirilmiştir.

Ulusal düzeyde, ev sahibi devletin yatırım mevzuatı, yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarını tanımlamakta ve korumaktadır. Zira yabancı yatırımcının ev sahibi devlet açısından önemi hem ekonomik hem de hukuki açıdan büyüktür. Yabancı yatırımcı, başka bir ülkeye sermaye, teknoloji, beceri, istihdam, vergi, ihracat gibi katkılar sağlayan bir kişi veya kurumdur. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıyı çekmek, elde tutmak ve memnun etmek amacıyla, yabancı yatırımcıya ulusal muamele, en çok kayırılan millet muamelesi, adil ve eşit muamele, kamulaştırma durumunda tam ve etkili tazminat, uyuşmazlık çözümü mekanizmaları, yatırım izni, vergi teşvikleri, yatırım garantisi ve serbest döviz transferi gibi haklar ve imkanlar sağlayabilir⁷⁹⁹. Bu şekilde, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının güvenini kazanabilir, yabancı yatırım akışını artırabilir, yabancı yatırımcı ile işbirliği ve ortaklık kurabilir, yabancı yatırımcının yatırımından elde ettiği faydayı paylaşabilir. Ancak, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıların mal varlığına el koyma yetkisini de saklı tutabilir. Bu durumda, Kamulaştırma, kamu yararı amacıyla yapılmış olsa bile, uluslararası hukukta tazminat ödenmesini gerektirir⁸⁰⁰.

Uluslararası düzeyde, yabancı yatırımcıların mal varlığına el konulmasını önlemek veya sınırlamak için, yatırımcının kendi ülkesiyle ev sahibi ülke arasında imzalanan ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmaları, yatırımcılara çeşitli hak ve güvenceler sağlamaktadır. Bu anlaşmalarda, yabancı yatırımlara kamulaştırma veya benzeri işlemlerde tam ve etkili tazminat, uyuşmazlık çözümü mekanizmaları, uluslararası hukukun genel ilkeleri gibi hükümler yer almaktadır. Bu anlaşmalar, yabancı yatırımcılara ev sahibi devlete karşı haklarını korumak ve

⁷⁹⁸ Muchlinski, The Oxford..., **a.g.e.**, s. 620.

⁷⁹⁹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 364.

⁸⁰⁰ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 198.

talep etmek için uluslararası mahkemeler veya tahkim kurumlarına başvurma olanağı sağlamaktadır⁸⁰¹.

Yabancı yatırımcıların mal varlığına el konulmasını önlemek veya sınırlamak için geliştirilen ulusal ve uluslararası mekanizmalar, yabancı yatırımcılara önemli bir koruma sağlamakla birlikte, bazı sorunlar da içermektedir. Öncelikle, yabancı yatırımlara el konulmasının ne zaman ve nasıl yapılacağı konusunda uluslararası hukukta net ve kesin bir tanım ve kriter bulunmamaktadır⁸⁰². Bu durum, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımlara müdahale etme yetkisini keyfî olarak kullanmasına veya yatırımcıların her türlü düzenleyici işlemi el koyma olarak nitelendirmesine yol açabilmektedir. İkinci olarak, yabancı yatırımlara el konulması sonucunda yatırımcılara ödenecek tazminatın miktarı ve ödeme şekli konusunda da uluslararası hukukta farklı yaklaşımlar ve görüşler bulunmaktadır. Bu durum, tazminat taleplerinin hesaplanması ve karşılanması aşamasında çeşitli anlaşmazlıklara ve gecikmelere neden olabilmektedir.

Bu sorunların çözümü için, yabancı yatırımlara el konulmasının uluslararası hukukta daha net ve objektif bir şekilde tanımlanması, uygulanması ve denetlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, yabancı yatırımcılara ödenecek tazminatın miktarı ve ödeme şekli konusunda da uluslararası hukukta daha adil ve etkin bir standart geliştirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, hem yabancı yatırımcıların hakları daha iyi korunabilir, hem de ev sahibi devletlerin kamu yararı amacıyla yabancı yatırımlara müdahale etme hakkı daha dengeli bir şekilde kullanılabilir⁸⁰³.

a) El Koyma Niteliğinde Kullanılan Kavramlar

Ev sahibi devletin yabancı yatırımlara el koyma eylemlerini tanımlamak için kullanılan kavramlar genellikle kamulaştırma, millileştirme, müsadere, istimval, dondurma ve bloke etme gibi terimleri içerir. Bu terimler, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olduğu yatırımı devlet gücüyle alması veya sınırlaması anlamına gelmektedir. Her ne kadar terimler arasında ortak noktalar bulunsa da, temel farklılıklar da mevcuttur. Bu terimlerin

⁸⁰¹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 265.

⁸⁰² Crawford, International..., **a.g.m.**, s. 224.

⁸⁰³ Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.m.**, s. 115.

farklılıklarını anlamak için, öncelikle her bir terimin tanımını, türünü, şartlarını, tazminatını ve uyuşmazlık çözümü mekanizmalarını incelemek gerekir. Bu bölümde, söz konusu terimlerin özet bir şekilde incelenerek aralarındaki farklılıkların ortaya konması hedeflenmiştir.

Kamulaştırma terimi; hem ulusal mevzuatlarda hem de uluslararası sözleşmeler ve/veya anlaşmalarda en fazla rastlanılan el koyma niteliğinde kullanılan terimdir. Bu terimi tanımlamak gerekirse; ev sahibi devletin, kamu yararının gerektirdiği durumlarda, özel mülkiyetteki taşınmaz malları, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, mal sahibinin rızası aranmaksızın edinmesidir⁸⁰⁴. Kamulaştırma, doğrudan veya dolaylı olarak yapılabilir. Doğrudan kamulaştırmada, devlet yabancı yatırımcının yatırımını eline geçirir veya başkasına devreder. Dolaylı kamulaştırmada, devlet yabancı yatırımcının yatırımından yararlanmasını engelleyen veya imkansızlaştıran yasal veya idari düzenlemeler yapar. Kamulaştırma, uluslararası hukukun belirlediği şartlara uygun olmalıdır. Bu şartlar, kamu yararının varlığı, yasal dayanağın bulunması, ayrımcılık yapılmaması, adil ve etkili bir tazminatın ödenmesi ve yargısal denetimin sağlanmasıdır⁸⁰⁵. Kamulaştırma sonucunda yabancı yatırımcıya ödenecek tazminatın miktarı ve ödeme şekli, yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletin yatırım mevzuatında veya uluslararası hukukun genel ilkelerinde belirlenebilir.

Kamulaştırma ile ilgili uyuşmazlıklar, yatırım anlaşmalarında öngörülen uluslararası mahkeme veya tahkim kurumlarına götürülebilir. Kamulaştırma davasına örnek olarak, 2015 yılında Türkiye'nin, İranlı bir yatırımcının İstanbul'daki bir otelinin kamulaştırılması sonucu açılan dava gösterilebilir. İranlı yatırımcı, Türkiye'ye karşı Dünya Bankası bünyesindeki Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi'nde (ICSID) dava açtı. ICSID, 2019 yılında Türkiye'nin kamulaştırma işleminin hukuka uygun olduğuna ve yatırımcıya herhangi bir tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar verdi⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ Dolzer, R., and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

⁸⁰⁵ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 620.

⁸⁰⁶ Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 115.

Millileştirme kavramı ise ev sahibi devletin, kamu yararının gerektirdiği durumlarda, özel mülkiyetteki taşınmaz malları, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, mal sahibinin rızası aranmaksızın edinmesidir⁸⁰⁷. Millileştirme, kamulaştırmadan farklı olarak, belirli bir sektör veya endüstri dalına yönelik olarak yapılır. Yine bu kavramda kamulaştırma gibi doğrudan veya dolaylı olarak yapılabilir. Doğrudan millileştirme, devletin yabancı yatırımcının yatırımını eline geçirmesi veya başkasına devretmesidir. Dolaylı millileştirme, devletin yabancı yatırımcının yatırımından yararlanmasını engelleyen veya imkansızlaştıran yasal veya idari düzenlemeler yapmasıdır.

Millileştirme, uluslararası hukukun belirlediği şartlara uygun olmalıdır. Bu şartlar, kamu yararının varlığı, yasal dayanağın bulunması, ayrımcılık yapılmaması, adil ve etkili bir tazminatın ödenmesi ve yargısal denetimin sağlanmasıdır⁸⁰⁸. Millileştirme sonucunda yabancı yatırımcıya ödenecek tazminatın miktarı ve ödeme şekli, yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletin yatırım mevzuatında veya uluslararası hukukun genel ilkelerinde belirlenebilir.

Millileştirme ile ilgili uyuşmazlıklar, yatırım anlaşmalarında öngörülen uluslararası mahkeme veya tahkim kurumlarına götürülebilir. Millileştirme davasına örnek olarak; 2007 yılında Venezuela'nın, Amerikan petrol şirketi ExxonMobil'in ülkedeki petrol varlıklarını millileştirmesi sonucu açılan dava gösterilebilir. ExxonMobil, Venezuela'ya karşı Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'nde (ICC) ve Dünya Bankası bünyesindeki Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi'nde (ICSID) dava açtı. ICC, 2012 yılında ExxonMobil'e 907 milyon dolarlık bir tazminat ödenmesine karar verirken, ICSID ise 2014 yılında ExxonMobil'in talebini reddetti⁸⁰⁹.

Müsaderenin tanımı ise ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olduğu yatırımı, herhangi bir tazminat ödemeksizin, mal sahibinin rızası aranmaksızın el koymasındır. Müsadere, kamulaştırma ve millileştirme gibi kamu yararının varlığını gerektirmez. Müsadere, genellikle

⁸⁰⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 364.

⁸⁰⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 265.

⁸⁰⁹ Crawford, International..., **a.g.m.**, s. 224.

yabancı yatırımcının yatırımını yasal olmayan bir şekilde elde ettiği veya yatırımını yasal olmayan bir şekilde kullandığı durumlarda yapılır⁸¹⁰. Müsadere, uluslararası hukuka aykırı bir işlem olarak kabul edilir. Müsadere sonucunda yabancı yatırımcıya herhangi bir tazminat ödenmez⁸¹¹. Müsadere ile ilgili uyuşmazlıklar, yatırım anlaşmalarında öngörülen uluslararası mahkeme veya tahkim kurumlarına götürülebilir. Müsadere davasına örnek olarak, İsviçreli bir şirketin Türkiye’de almış olduğu bir otel işletmesi davası verilebilir. Bu olayda, bir İsviçreli şirket, Türkiye’de bir otel işletmesi satın almıştır. Ancak Türk hükümeti, otelin kaçak inşa edildiğini ve çevreye zarar verdiğini iddia ederek otelin hisselerini müsadere etmiştir. Bu işlem, yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi’ne (ICSID) taşınmıştır. ICSID, Türk hükümetinin müsadere işleminin hukuka uygun olmadığına, ancak yabancı yatırımcının da oteli kaçak inşa ettiği ve çevreye zarar verdiğini için kusurlu olduğuna karar vermiştir⁸¹².

İstimval, devletin olağanüstü durumlarda, özellikle savaş zamanlarında, özel mülkiyete el koymasıdır. Kısaca tanımlamak gerekirse; devletin toplumsal ihtiyaçları karşılamak için, kanunlara uygun olarak, kişilerin taşınır veya taşınmaz mallarını kullanmasını veya mülkiyetini devralmasını istemesidir. İstimval, mülkiyet hakkını kalıcı olarak değiştirmez, ancak el konulan malın idare tarafından kullanılmasına izin verir⁸¹³. Burada yatırıma el koyma yapıldıktan sonra tazminat ödenme zorunluluğu vardır. İstimval davası örneği olarak, Norwegian Shipowners’ Claims davası verebilir. Bu davada, Birinci Dünya Savaşı öncesinde Amerikan hükümeti, Amerikan tersanelerine ve bu tersanelerde yabancı uyruklular için inşa edilen gemilere istimval uygulamıştır. Bu işlem, yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Uluslararası Adalet Divanı’na taşınmıştır. Mahkeme, Amerikan hükümetinin istimval

⁸¹⁰ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 620.

⁸¹¹ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 364.

⁸¹² Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 115.

⁸¹³ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 265.

uygulamasının hukuka uygun olduğuna, ancak yabancı yatırımcılara adil bir tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir⁸¹⁴.

Dondurma işlemi ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olduğu yatırımı, geçici olarak kullanılamaz veya tasarruf edilemez hale getirmesidir. Dondurma; kamulaştırma, millileştirme ve müsadere gibi yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Bu yönüyle istimvale benzemektedir⁸¹⁵. Bu işlem genellikle yabancı yatırımcının yatırımı yasal olmayan bir şekilde elde ettiği veya yatırımı yasal olmayan bir şekilde kullandığı durumlarda yapılır. Her ne kadar devletler için tedbir amaçlı bir eylem olarak görülse de uluslararası hukuka aykırı bir işlem olarak kabul edilir. Dondurma sonucunda yabancı yatırımcıya herhangi bir tazminat ödenmez⁸¹⁶. Dondurma ile ilgili uyuşmazlıklar, yatırım anlaşmalarında öngörülen uluslararası mahkeme veya tahkim kurumlarına götürülebilir. Dondurma davasına örnek olarak, İngiliz bir şirketin Türkiye’de almış olduğu banka hissesi davası verilebilir. Olayda İngiliz şirketi, Türkiye’de bir banka hissesi satın almıştır. Ancak Türk hükümeti, bankanın faaliyetlerini denetlemek ve soruşturmak için bankanın hisselerini dondurmıştır. Bu işlem, yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle tahkim yoluyla çözülmeye çalışılmıştır. Tahkim heyeti, Türk hükümetinin dondurma işleminin hukuka uygun olmadığına, ancak yabancı yatırımcının da bankanın durumunu bilerek risk aldığına karar vermiştir⁸¹⁷.

Bloke etme işlemi; ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olduğu yatırımı, yabancı yatırımcının yatırımı başka bir ülkeye transfer etmesini engellemesidir. Bloke etme, kamulaştırma, millileştirme ve müsadere gibi yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Bu yönüyle dondurma ve istimval işlemlerine benzemektedir⁸¹⁸. Bloke etme, genellikle ev sahibi devletin döviz rezervlerini korumak veya yabancı yatırımcının yatırımı yasal olmayan bir şekilde elde ettiği veya yatırımı yasal olmayan bir

⁸¹⁴ Crawford, International..., **a.g.m.**, s. 224.

⁸¹⁵ Dolzer, R., and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

⁸¹⁶ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 620.

⁸¹⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 364.

⁸¹⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 265.

şekilde kullandığı durumlarda yapılır. Bloke etme, dondurma işlemi gibi uluslararası hukuka aykırı bir işlem olarak kabul edilir. Dolayısıyla bu eylemden ötürü zarar gören yabancı yatırımcıya herhangi bir tazminat ödenmez⁸¹⁹. Bloke etme davasına örnek olarak, Yabancıların Yatırım Yapmak Suretiyle İstisnai Türk Vatandaşlığı Kazanımı davası verilebilir. Bu davada, yabancı yatırımcılar, Türk vatandaşlığı kazanmak için yaptıkları yatırımların bloke edildiğini iddia etmişlerdir. Bu işlem, yabancı yatırımcıların mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle idare mahkemesine taşınmıştır. Mahkeme, yabancı yatırımcıların yatırımlarının bloke edilmesinin hukuka uygun olmadığına, ancak yabancı yatırımcıların da yatırım yapmak suretiyle Türk vatandaşlığı kazanma şartlarını yerine getirmediğine karar vermiştir⁸²⁰.

3.1.2.6.2. Kamulaştırma Teriminin Üst Kavram Olarak Kullanılması

Uluslararası yatırım hukukunda kamulaştırma kavramı, iç hukukta kullanılan anlamından farklı olarak, diğer tüm el koyma eylemlerini kapsayan kapsamlı bir üst terim olarak kullanılmaktadır. Zira ikili ve/veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, devletin yabancı bir yatırımcının mülkiyetindeki veya işlettiği bir varlığı kamulaştırması ya da el koyması sonucu ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları tanımlamak için, kamulaştırma, millileştirme ve kamulaştırmaya veya millileştirmeye eşdeğer etkiler yaratan işlemler gibi terimler geniş anlamda kullanılan kamulaştırma kavramıyla ifade edilmektedir⁸²¹.

Bu kavramlar, iç hukukta farklı kural ve koşullara tabi olan kavramlar olup, örneğin Türk hukukunda kamulaştırma sadece özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların devlet tarafından gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla devralınması anlamına gelmektedir⁸²². Ancak uluslararası yatırım hukukunda, kamulaştırma terimi, Türk idare hukukundaki anlamından farklı bir anlam taşıyacak şekilde kullanılmaktadır. Çünkü uluslararası yatırım hukukunda kamulaştırma kavramı, kamulaştırma, millileştirme ve kamulaştırmaya veya millileştirmeye benzer

⁸¹⁹ Crawford, International..., **a.g.m.**, s. 224.

⁸²⁰ Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 115.

⁸²¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 99.

⁸²² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283.

sonuçlar doğuran eylemleri de kapsayan en geniş terim olarak kullanılmaktadır⁸²³. Bu terim, aynı zamanda, doğrudan kamulaştırma ve dolaylı kamulaştırma gibi farklı türleri de kapsamaktadır. Doğrudan kamulaştırma, devletin yabancı yatırımcının yatırımı üzerindeki mülkiyetini el koyması veya başkasına devretmesi, dolaylı kamulaştırma ise, devletin yabancı yatırımcının yatırımından menfaat elde etmesini imkansız kılan düzenlemeler veya tedbirler alması anlamına gelmektedir⁸²⁴.

Kamulaştırma ve millileştirme kavramlarının uluslararası yatırım hukukunda farklı anlamlara geldiğini ve farklı yükümlülükler doğurduğunu bilmek gerekmektedir. Özellikle eski dönemde yazılmış olan yabancı uluslararası hukuk kitaplarında, kamulaştırma ve millileştirme kavramları, aynı şeyi ifade edecek şekilde karşılıklı olarak kullanılmıştır⁸²⁵. Bu anlayışa göre, kamulaştırma ile millileştirme arasında sadece derece farkı vardır, millileştirme daha geniş çaplı bir kamulaştırma olarak görülmektedir. Günümüzde uluslararası hukukta, kamulaştırma ve millileştirme eylemlerinin aynı tür tasarruflar olup olmadığı konusunda doktrinde net bir görüş birliği yoktur. Bu iki tasarruf arasında, özellikle kapsam ve hedef bakımından farklılıklar bulunduğu belirtilmektedir⁸²⁶. Bu bağlamda, millileştirme, devletin yeni bir politika oluştururken belirli bir sektördeki tüm faaliyetlere el koyması anlamına gelirken, kamulaştırma ise belirli bir malvarlığı unsuru veya yatırıma yönelik el koyma işlemi olarak tanımlanmaktadır⁸²⁷.

İki kavram arasında, el konulan şeyin kullanım şekliyle ilgili de farklılıklar bulunmaktadır. Kamulaştırılan malın kullanım amacı, kamulaştırma öncesi ve sonrası dönemde farklılık gösterebilirken, millileştirme durumunda, millileştirilen

⁸²³ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 305.

⁸²⁴ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, s. 6.

⁸²⁵ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 523.

⁸²⁶ Wälde, T. W. ve Kolo, A., **"Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law"**, International and Comparative Law Quarterly, 1999, s. 812.

⁸²⁷ Yannaca-Small, K., **"Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law"**, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing.

varlığın tahsis amacı aynı kalmakta ve kullanım şekli değişmemektedir⁸²⁸. Değişen tek unsur ise gelirin dağılımıdır. Dolayısıyla millileştirmedeki hedefin kamulaştırmaya kıyasla çok daha ideolojik ve radikal bir nitelik taşıdığı söylenebilir⁸²⁹. İki kavram arasındaki bir diğer önemli fark, kamulaştırma işleminin kişisel ve bireysel bir tasarruf işlemi olması, millileştirme işleminin ise kişisel olmayan ve genel nitelikte olmasıdır⁸³⁰.

Bu farklılıklar, kamulaştırma ve millileştirme kavramlarının uluslararası yatırım hukukunda farklı sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir. Örneğin, kamulaştırma işleminde, devletin yabancı yatırımcıya gerçek karşılığını peşin ödemek şartıyla el koyduğu malın mülkiyeti devlete geçerken, millileştirme işleminde, devletin yabancı yatırımcının faaliyet gösterdiği sektördeki tüm varlıklara el koyduğu ve bunları devlet kontrolündeki bir kuruma devrettiği durumlarda, yabancı yatırımcının mülkiyet hakkı tamamen ortadan kalkmaktadır⁸³¹.

Yabancı yatırımcılar, yatırım yaptıkları ülkelerin anlaşma ve yasalarını dikkatle incelemelidir. Millileştirme ve kamulaştırma arasındaki bir diğer benzerlik, her iki el koyma türünün de devletin özel mülkiyeti kamu mülkiyetine dönüştürme amacı güden açık bir devlet politikası çerçevesinde yapılmasıdır⁸³². Bu politika, genellikle, uluslararası yatırım anlaşmalarında veya ulusal yasalarda belirtilir. Bu anlaşma ve yasalar, aynı zamanda, kamulaştırma veya millileştirme işleminin şartlarını, usullerini ve tazminatını da düzenler⁸³³.

Uluslararası yatırım hukukunda, kamulaştırma kavramıyla millileştirme kavramı arasında hukuki açıdan bir farklılık olmadığı da özellikle vurgulanmalıdır. Millileştirmede, devletin yeni bir politika uygulamaya koyarken belirli bir sektördeki tüm faaliyetleri ele geçirmesi amaçlanır. Buna karşın, doğrudan

⁸²⁸ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 351.

⁸²⁹ Reisman, W. M., and Sloane, R. D., "**Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation**", British Yearbook of International Law, 2004, s. 115.

⁸³⁰ Dolzer and Stevens, **a.g.e.**, s. 98.

⁸³¹ Brownlie, **a.g.e.**, s. 509.

⁸³² Christie, G. C., "**What Constitutes a Taking of Property under International Law?**", British Yearbook of International Law, 1962, s. 307.

⁸³³ Lowenfeld, **a.g.e.**, s. 479.

kamulaştırmada, devlet tek bir işletmenin mülkiyetine el koyarak ya da başkasına devrederek işlem yapar⁸³⁴. Ancak bu durum, doğrudan kamulaştırmada olduğu gibi, tek bir işletmenin millileştirilmesinin mümkün olmadığı anlamına gelmez. Örneğin, tek bir havayolu işletmesinin olduğu bir devlette, bu havayolu işletmesi, ev sahibi devlet tarafından; vatandaşlarına daha ekonomik ve daha kaliteli bir hizmet vermek adına millileştirebilir⁸³⁵. Yani ev sahibi devlet millileştirme işlemini gerek duyduğu takdirde tek bir işletme üzerinden de gerçekleştirebilir. Bu örnekte olduğu gibi yapılan müdahalenin kamulaştırma mı millileştirme mi olduğu soru işareti yaratabiliyor. Hiç şüphe yok ki; bu durum, kamulaştırma kavramının üst kavram olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır⁸³⁶.

Kamulaştırma ve millileştirme kavramları, yabancı yatırımcının mülkiyetine sahip olduğu veya işlettiği bir varlığı veya işletmeyi devletin kamulaştırması veya el koyması sonucunda ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları tanımlamak için, birbirlerinin yerine kullanılabilmekte veya yatırım anlaşmalarında kamulaştırma kavramı, diğer tüm el koyma tasarruflarını da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılabilir⁸³⁷. Bu durum, bir terminoloji sorununa yol açmaktadır. Çünkü kamulaştırma kavramı kullanıldığında, gerçekten kamulaştırma kavramının mı, yoksa millileştirme kavramının mı, ya da kamulaştırmaya eş sonuçlar yaratan tasarruflar, tedrici kamulaştırma, düzenleyici kamulaştırma ve de facto kamulaştırma gibi farklı türlerden birinin mi kastedildiği anlaşılamamaktadır⁸³⁸. Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki, kamulaştırma uluslararası yatırım hukukunda, yabancı yatırımlara yönelik herhangi bir el koyma türü olsun, mülkiyet hakkına yapılan en kapsamlı müdahalelerden biri olarak değerlendirilir ve bu durum yabancı yatırımcıya tazminat talep etme hakkı doğurur⁸³⁹. Bu tazminat hakkının miktarı ise, yabancı yatırıma yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığına, yani kamulaştırma veya el koyma

⁸³⁴ Schwebel, S. M., "International Protection of Contractual Agreements", International and Comparative Law Quarterly, 1960, s. 102.

⁸³⁵ Salacuse, a.g.m., s. 312.

⁸³⁶ Rubins, N. and Kinsella, N., "International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide", Oceana Publications, 2005, s. 173.

⁸³⁷ Waibel, M., "Principles of Financial Regulation", Oxford University Press, 2016, s. 265.

⁸³⁸ Bishop, Crawford, and Reisman, a.g.m., s. 389.

⁸³⁹ Schreuer, C., "The Concept of Expropriation under the ETC and Other Investment Protection Treaties", Transnational Dispute Management, 2005, s. 17.

işleminin şartlarını, usullerini ve tazminatını düzenleyen uluslararası yatırım anlaşmalarına veya ulusal yasalara uygun olup olmadığına göre değişiklik göstermektedir⁸⁴⁰.

Kamulaştırma teriminin kapsamı, yatırımcı devletin vatandaşı olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasında imzalanan iki taraflı yatırım koruma ve teşvik anlaşmaları çerçevesinde belirlenir⁸⁴¹. Uluslararası yatırım hukukunda, devletin yabancı bir yatırımcının mülkiyetine sahip olduğu veya işlettiği bir varlığı veya işletmeyi kamulaştırması veya el koyması sonucunda ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları tanımlamak için, kamulaştırma, millileştirme, kamulaştırmaya veya millileştirmeye eş etkili tasarruflar gibi kavramlar kullanılmaktadır⁸⁴². Bu kavramların ortak özelliği, devletin kamu yararı gerekçesi ile bu tasarrufları yapmasıdır. Özellikle dikkat çeken fark, mülkiyet hakkı sahibinin rızasının alınması ve müdahaleye karşılık tazminatın ödenip ödenmediğidir. Bu kavramlar, benzer nitelikteki müdahaleler için kullanılan, sadece terim olarak farklı olan ifadelerdir. Kullanılan bu terimler, zaman, ekonomi, coğrafya veya politika gibi faktörlere göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, kamulaştırma terimi için uluslararası öğretide ve uygulamada bir terim birliği mevcut değildir. Kamulaştırma, uluslararası yatırım hukukunda diğer tüm el koyma işlemlerini kapsayan genel bir kavram olarak kullanılmaktadır⁸⁴³.

Kamulaştırma ve millileştirme gibi el atma türlerinin temelde bazı ayrımları olmasına karşın, devletler yatırım anlaşmaları yaparken bu ayrımları göz önünde bulundurmadan bu türleri tanımlamamaktadırlar. Bunun nedeni, devletin yaptığı pek çok işlemin hukuki olarak kamulaştırma veya millileştirme sayılmamasına rağmen, bu türlerle aynı etki ve sonuçlara sahip olmasıdır. Böylece tanımlama yapılmadan yatırımcı, devletin gerçekleştirdiği işlemleri, bu kategorilere dahil edebilme ve kendisine kamulaştırma, millileştirme ve benzeri işlemlerde sağlanan imkânlarla koruyabilme fırsatı verilmektedir. Ancak bu durum devletler için de geçerlidir. Yani devletler, egemenlik haklarına dayanarak kendi sınırları içindeki

⁸⁴⁰ Kriebaum, U., "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State", Journal of World Investment & Trade, 2007, s. 717.

⁸⁴¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 99.

⁸⁴² McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 305.

⁸⁴³ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283.

kamulaştırma yetkisini kullanabilirler. Bu yetki, uluslararası hukuk tarafından devletlere tanınmıştır⁸⁴⁴.

Devlet, kamu yararını gerekçe göstererek, ayrımcılık yapmadan, usule uygun olarak ve karşılığında tazminat ödemek şartıyla kamulaştırma işlemlerini yapabilmektedir⁸⁴⁵. Lakin, kamulaştırma denilince akla gelen ilk şey, geleneksel anlamdaki kamulaştırmadır, yani uluslararası yatırım hukukundaki ifadesiyle doğrudan kamulaştırmadır. Doğrudan kamulaştırmada, devletin gerçekleştirdiği işlemin belirli kriterlere uygunluğu net bir şekilde belirlenebilirken, dolaylı kamulaştırma için aynı durum söz konusu değildir. Dolaylı kamulaştırmada, devlet, yatırımcının mülkiyet hakkını ihlal etmeyen ve yatırımcıyı doğrudan hedef almayan işlemleri, belirsiz bir kavram olan kamu yararı adı altında gizleyerek tazminat ödeme yükümlülüğünden kaçınabilir⁸⁴⁶.

3.1.2.6.3. Kamulaştırma Kavramının Gelişimi

Uluslararası yatırım hukuku, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlerdeki yatırımlarını korumak için oluşturulmuş bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalının başlıca aktörleri, yatırım yapmak için sermaye gönderen gelişmiş ülkeler ile yatırım çekmek için sermaye alan gelişmekte olan ülkelerdir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın öncesinde ve sonrasında dünya siyasetindeki güç dengelerindeki değişiklikler ve sömürgecilikten kurtulan devletlerin bağımsızlıklarını ilan etmeleriyle, yatırım fırsatlarından yararlanmak isteyen devletlerin sayısı artmıştır. Bu durum, yabancı yatırımcıların ve yatırımlarının haklarının nasıl korunacağına ilişkin farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır⁸⁴⁷.

Uluslararası yatırım hukukunun tarihî gelişimine paralel olarak, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetini elinden alma işlemi olan kamulaştırma kavramı da değişikliklere uğramıştır. Kamulaştırma kavramıyla ilgili ilk anlaşmazlıklar, yabancı yatırımların kamulaştırılması halinde ev sahibi devletin tazminat ödeme

⁸⁴⁴ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 523.

⁸⁴⁵ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 351.

⁸⁴⁶ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, s. 6.

⁸⁴⁷ Baklacı, P., "**Uluslararası Yatırımlarda Dolaylı Kamulaştırma ve Düzenleyici Yetkiler**", Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 25.

yükümlülüğünün olup olmadığına ve bu yükümlülüğün varlığı durumunda tazminat miktarının nasıl belirleneceğine dair olarak, sermayeyi ihraç eden ve sermayeyi ithal eden devletler arasındaki tartışmalardan kaynaklanmıştır. Bu devletler arasındaki çatışmaların temelinde, tarihsel ve ideolojik farklılıklar yatmaktadır⁸⁴⁸.

Yabancı yatırımların kamulaştırılması, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetini eline geçirmesi anlamına gelir. Bu işlem, yabancı yatırımcının haklarını ihlal edebilir ve yatırımın korunması için uluslararası hukuk kuralları gerektirir. Gelişmiş ülkeler, yabancı yatırımın kamulaştırılması halinde, ev sahibi devletin yatırımcıya tazminat ödemesi gerektiğini savunurlar. Bu tazminatın, yatırımın tam değerini karşılaması, hemen ödenmesi ve etkin bir şekilde tahsil edilebilmesi gerekir. Bu, uluslararası asgari standart olarak adlandırılan bir ilkedir. Bu ilkenin amacı, yabancı yatırımcıya ev sahibi devletin keyfi davranışlarına karşı bir koruma sağlamaktır. Ancak, gelişmekte olan ülkeler, bu ilkeye karşı çıkarlar. Onlara göre, yabancı yatırımın kamulaştırılması durumunda, ev sahibi devletin kendi yasalarına göre hareket etmesi yeterlidir. Bu, milli muamele ilkesi olarak bilinen bir ilkedir. Bu ilke, yabancı yatırımcıya, yerli yatırımcılara uygulanan muameleden daha azını veya daha fazlasını vermeyi mümkün kılar. Böylece, ev sahibi devlet, her bir dava için farklı bir tazminat belirleyebilir. Bu tazminat, yatırımın tam değerini yansıtabileceği gibi, hiçbir tazminat ödenmemesi de söz konusu olabilir⁸⁴⁹.

Yabancı yatırımların kamulaştırılması durumunda ev sahibi devletin tazminat ödeme yükümlülüğü, uluslararası yatırım hukukunda uzun zamandır tartışılan bir meseledir. Bu konuda, sermaye ihraç eden gelişmiş ülkeler ile sermaye ithal eden gelişmekte olan ülkeler arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüş ayrılıkları, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarına da yansımış ve

⁸⁴⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283.

⁸⁴⁹ UNCTAD, "Taking Of Property", United Nations, 2000, s. 45.

yatırımların korunmasıyla ilgili devlet politikaları ve hukuki düzenlemeler, bu kararların etkisi altında şekillenmiştir⁸⁵⁰.

Özellikle 1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin çökmesi ve Doğu Avrupa ülkelerinin bağımsızlıklarını kazanması, yabancı yatırımlara olan talebi artırmıştır. Bu ülkeler, ulusal ve uluslararası ekonomilerini büyütmek için yabancı yatırımları kendi ülkelerine çekmek istemişlerdir. Bu amaçla, iç hukuklarında yabancı yatırımları korumaya yönelik yeni yasalar çıkarmışlar ve uluslararası alanda da yabancı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasını amaçlayan anlaşmalar imzalamaya başlamışlardır. Bu anlaşmalarda, hem gelişmiş ülkelerin istediği uluslararası asgari standart ilkesine hem de gelişmekte olan ülkelerin istediği milli muamele ilkesine yer verilmiştir. Böylece, gelişmekte olan ülkeler, milletlerarası yatırım anlaşmaları yoluyla, kendi savundukları milli muamele ilkesinden taviz vermişlerdir. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarında gelişmekte olan ülkelerin baskısıyla kabul edilen kamulaştırma sonucunda ödenecek tazminat miktarına dair kararlar, bu ülkeler kendi rızalarıyla geri çekmiştir⁸⁵¹.

Yabancı yatırımlar, ev sahibi devletlerin ekonomik kalkınmasına katkı sağlar. Ancak, yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletlerin yatırımlarına el koyma veya zarar verme riskine karşı korunma talep ederler. Bu nedenle, devletler arasında yabancı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları yapılır. Bu anlaşmalar, yabancı yatırımcılara, ev sahibi devletin yatırımlarına saygı göstereceğine, adil ve eşit muamele edeceğine, yatırımlarını kamulaştırmayacağına veya kamulaştırması halinde tazminat ödeyeceğine dair güvence verir⁸⁵².

Kamulaştırma, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetini elinden alma işlemidir. Kamulaştırma, devletin kamu yararı amacı doğrultusunda, ayırım gözetmeden, usul kurallarına uygun bir şekilde ve karşılığında tazminat ödemeyi taahhüt ederek gerçekleştirdiği bir işlemdir. Ancak, ev sahibi devletler,

⁸⁵⁰ World Bank, "Investment Law Reform: A Hand Book for Development Practitioners", The World Bank Group, Washington, 2010, s. 16.

⁸⁵¹ UNCTAD, "Investment Policy Monitor", No. 12, March 2014, s. 2.

⁸⁵² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283.

kamulaştırma yapmaktan kaçınmak için, yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını doğrudan elinden almayan ancak yatırımın değerini azaltan veya yok eden başka işlemler yapabilirler. Bu işlemler, dolaylı kamulaştırma olarak adlandırılır. Dolaylı kamulaştırma, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıyı doğrudan hedef almadan, düzenleyici yetkisini kullanarak yaptığı ve yatırım üzerinde kamulaştırmaya eş etkili sonuçlar yaratan işlemdir. Dolaylı kamulaştırma, doğrudan kamulaştırmadan farklı olarak, tazminat yükümlülüğü doğurmayabilir. Bu durumda, yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin yaptığı işlemin, kamulaştırma niteliğinde olduğunu ve tazminat hakkı doğurduğunu ispatlamak zorundadır⁸⁵³.

Dolaylı kamulaştırma, uluslararası yatırım hukukunda, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisi ile yabancı yatırımcının korunma hakkı arasındaki dengeyi kurmak için önemli bir kavramdır. Dolaylı kamulaştırma, milletlerarası yatırım anlaşmalarının ortaya çıkmasıyla birlikte, kamulaştırma ile ilgili uluslararası düzeydeki tartışmaların odağı haline gelmiştir. Artık, kamulaştırma sonucunda ödenecek tazminatın miktarından çok, ev sahibi devletin kamu yararı amacıyla uyguladığı düzenleyici bir işlemin ne zaman tazminat ödemesi gerektiren bir kamulaştırma eylemine dönüştüğü sorusu üzerine odaklanılmaktadır.

3.1.2.6.4. Uluslararası Yatırım Hukukunda Kamulaştırma Kavramı

Yabancı yatırımların tarih boyunca karşılaştığı en ciddi tehditlerin başında, ev sahibi ülkenin yatırımları meşru bir gerekçe olmaksızın kamulaştırması ve bu süreçte yatırımcıların mülkiyet haklarının ihlal edilmesi gelmektedir. Uluslararası yatırım hukukunda, yatırımların korunması adına belirlenen temel ilkelerden biri, ev sahibi devletin yabancı yatırımları haksız yere el koymasının önlenmesidir.

Uluslararası yatırım hukukunda, kamulaştırma kavramı, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetine el koymasını veya bu hakkı sınırlamasını ifade eder. Yabancı yatırımcılar, bir ülkede yatırım yaparken, ev sahibi devletin kamulaştırma ihtimalini hesaba katmalıdır. Ancak, özellikle enerji yatırım anlaşmalarının uzun vadeli doğası, bu riskin tam olarak değerlendirilmesini zorlaştırabilir. Yatırım yapıldığı sırada hukuki şartlar uygun olsa da, bu şartlar,

⁸⁵³ UNCTAD, "State Contracts", United Nations, 2000, s. 64.

ülkede meydana gelen ekonomik ve siyasi değişiklikler veya bölgesel ve küresel etkenlerle değişebilir. İsyanlar, savaşlar, hükümet değişiklikleri, darbeler ve ekonomik krizler gibi dışsal etkenler, yatırımlar üzerinde önemli etkiler yapabilir. Kamu düzeni ve güvenliği tehdit altında olduğunda, ev sahibi devletler kamu yararını korumak için yatırımlara müdahale edebilir ve gerekli önlemleri alabilir. Bununla birlikte, ev sahibi devletler sadece olağanüstü durumlarda değil, normal koşullarda da yabancı yatırımlara müdahale ederek kamulaştırma işlemine başvurabilirler⁸⁵⁴.

Uluslararası hukuk açısından kamulaştırmaya baktığımızda, bu eylemin yasadışı bir devlet faaliyeti olarak görülmediği anlaşılır. Aksine, devletlerin hem kendi vatandaşlarının hem de yabancıların mülkiyetini kamulaştırma yetkisine sahip oldukları kabul edilir. Devlet, kamu menfaatinin gözetilerek mülkiyet haklarına müdahale edebilir ve uygun tazminat sağlandığında, bu müdahale uluslararası hukuk açısından sorumluluk doğurmayan ve yasal kabul edilen bir işlem olur. Bu yetki, devletlerin kendi toprakları üzerindeki egemenlik haklarından kaynaklanır. Dolayısıyla, uluslararası yatırım hukukunda, Türk hukukundaki gibi, kamulaştırma genel olarak yasal bir işlem olarak kabul edilir. Ancak, kamulaştırmanın hukuki geçerliliğinin olması için, uluslararası hukukta kabul edilen bazı temel şartların tam olarak yerine getirilmesi şarttır⁸⁵⁵.

Yabancı yatırımların korunmasını amaçlayan ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi yaygın bir koruma standardı olarak benimsenmektedir. Bu ilke, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyet hakkına keyfi olarak el koymasını veya sınırlamasını önlemeyi amaçlamaktadır. Benzer şekilde, yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımlara yönelik adil ve eşit muamele, ulusal muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi, kamulaştırma ve benzeri işlemler için tam ve etkili tazminat, serbest döviz transferi ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları gibi hükümler bulunmaktadır. Aynı şekilde, Enerji Şartı Anlaşması da, enerji sektöründeki yabancı yatırımlara

⁸⁵⁴ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283.

⁸⁵⁵ UNCTAD, "Investment Policy Monitor", No. 12, March 2014, s. 2.

kamulaştırma veya millileştirme gibi müdahaleleri yasaklayan veya sınırlandıran geniş kapsamlı bir koruma önlemi getirmiştir⁸⁵⁶.

Uluslararası hukukta kamulaştırma kavramı; 1962 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan “Doğal Kaynaklar Üzerindeki Sürekli Egemenlik” isimli kararla ilk kez ortaya çıkmıştır. Bu kararda, devletlerin doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik haklarına vurgu yapılmış, ayrıca kamulaştırma, millileştirme ve el koyma gibi işlemler de ele alınmıştır. Bu işlemlerin yalnızca kamu yararı, kamu güvenliği veya milli çıkarlar gibi nedenlerle ve yeterli tazminat ödenerek gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu şartlardan birinin eksik olması durumunda, kamulaştırmanın hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Yine de bu karar, uluslararası hukukta kamulaştırma konusunda bir ilke oluşturmalarına rağmen yeterli bir tanım ve kriter sağlamamıştır⁸⁵⁷.

Kamulaştırma veya millileştirme terimlerin kullanımı, doktrinde yıllardan beri süregelen bir tartışma konusudur. Bu bağlamda, henüz kesin bir sonuca ulaşılmamış olmakla birlikte, “kamulaştırma” teriminin genellikle belirli bir yatırıma yönelik el koymaları ifade ettiği, “millileştirme” teriminin ise belli bir sektöre yönelik müdahaleleri belirttiği kabul edilmektedir. Kamulaştırma ve millileştirme terimlerinin terminolojik tartışmaları, yatırım anlaşmalarının ilgili hükümleri üzerinde büyük bir etki yaratmamıştır. Çünkü, yatırım anlaşmalarında terimlerin kullanımından ziyade, bu işlemlerin ortaya çıkardığı sonuçlar önemsenmektedir. Benzer uygulamaya Enerji Şartı Antlaşması’nda da rastlanılmaktadır. Anlaşmada da iki kavramın birlikte kullanılmasındaki maksat; anlaşmaya taraf olan devletlerin ulusal mevzuatlarında yaşanabilecek olası karışıklığın önüne geçmektir. Zira devletler kendi iç hukukunda farklı kavram kullanabilir ve bunu mazeret olarak öne sürebilirler. Anlaşma bu anlamda alan ilgili madde içerisinde her iki kavramda yer vermek suretiyle bunun önüne geçmiştir⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ UNCTAD, "State Contracts", United Nations, 2000, s. 64.

⁸⁵⁷ Resolution adopted by the General Assembly 1803 (XVII), Declaration on Permanent Sovereignty Over Natural Sources (PSNR), 14 December 1962.

⁸⁵⁸ UNCTAD, "Taking of Property", United Nations, New York and Geneva, 2000, s. 6.

3.1.2.6.5. Uluslararası Yatırım Hukukunda Kamulaştırma Türleri

a) Doğrudan Kamulaştırma

Uluslararası yatırım hukuku bağlamında, doğrudan kamulaştırma, bir devletin bilinçli olarak özel mülkiyete müdahale etmesi ve bu mülkiyeti ya doğrudan kendine ya da kontrolü altındaki bir kamu kurumuna aktarması sürecidir. Bu tür bir kamulaştırmada, yabancı yatırımlar üzerinde açık bir etki gözlemlenir; mülkiyet hakları, ev sahibi ülkenin resmi kurumları tarafından yabancı yatırımcıdan alınır⁸⁵⁹.

O halde en veciz tanımla doğrudan kamulaştırma; yatırımcının, ev sahibi devletin egemen güçlerini kullanarak yatırımlarına ilişkin mülkiyet haklarından mahrum bırakılması anlamına gelir. Bu tanıma göre, doğrudan bir kamulaştırmanın var olduğunu söyleyebilmek için, mülkiyet haklarının kaybına yol açan eylemin, ev sahibi devlet tarafından yapılmış olması şarttır. Örneğin, bir yabancı yatırımcının fabrikasına işçiler tarafından el konulması durumunda, bu bir kamulaştırma olarak kabul edilmez. Hâkeza doğrudan kamulaştırma gerçekleştiğinde, ev sahibi ülkenin bu eylemi bilerek ve isteyerek yapması beklenir. Eğer ev sahibi ülkenin kamulaştırma niyeti kanıtlanamazsa, doğrudan kamulaştırma talepleri genellikle reddedilir⁸⁶⁰.

Doğrudan kamulaştırmanın varlığını gösteren bir diğer önemli nokta ise, yabancı yatırımın mülkiyet haklarının ev sahibi devletin bir kurumuna veya alt birimlerinden birine aktarılmasıdır. Böylece, doğrudan kamulaştırmanın, somut maddi değerlere sahip yatırımlara uygulandığı söylenebilir.

Uluslararası yatırım hukukunda, doğrudan kamulaştırma, her ne kadar nadiren karşılaşılan bir durum olsa da, bazı durumlarda devletlerin bu yöntemi kullanmaya devam ettiği görülmektedir. Bu durumun örneklerinden biri, ICSID'nin Siag&Vecchi v. Egypt davasında verdiği karardır. Bu dava, yabancı yatırımcılarla Mısır arasındaki bir turistik tesis inşa etme anlaşmasının, bitimine

⁸⁵⁹ Comeaux and Kinsella, "Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk", Oceana Publications, 1997, s. 99.

⁸⁶⁰ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, s. 3.

yedi ay kala Mısır tarafından iptal edilmesiyle ilgilidir. Yabancı yatırımcıların arazi üzerindeki inşaat faaliyetleri başladıktan beş yıl sonra, yerel yönetim, yatırımcının İsrail kökenli bir bankadan finansman aldığını öğrenince, inşaatı durdurma ve çalışanları tutuklama kararı almıştır. Finansman anlaşmasının iptalinden bir yıl sonra, yatırımcının anlaşmanın şartlarını yerine getirmediği iddiasıyla, Mısır hükümeti anlaşmayı feshetmiş ve güvenlik güçleriyle inşaata el koymuştur. Yatırımcının açtığı dava yerel mahkemede lehine sonuçlansa da, Mısır hükümeti yatırımcının faaliyetlerine devam etmesine izin vermemiştir. ardından bir Başbakanlık kararnamesiyle petrol boru hattı inşası için bir devlet şirketine tahsis edilmiştir. Yabancı yatırımcılar, yatırımlarının doğrudan kamulaştırıldığını iddia ederek ICSID tahkimine başvurmuş ve hakem heyeti, bakanlık kararnamesiyle yatırımın kamulaştırıldığına hükmetmiştir, çünkü yatırımcılar o tarihten sonra mülkiyeti geri alamamışlardır⁸⁶¹.

Yine uluslararası yatırım hukuku alanında, doğrudan kamulaştırma örneklerinden birisi de, İsveçli bir yatırımcının gemisine Letonya devletinin el koyup, daha sonra açık artırmayla satışını gerçekleştirmesiyle ilgili Swembalt v. Latvia tahkim kararıdır. Bu olayda, ticaret amacıyla kullanılan gemi, liman idaresinin izni olmadan, demirlemesi planlanan yerden başka bir yere taşınmıştır. Yatırımcının gemi üzerindeki her türlü faaliyeti yasaklanmış ve geriye dönük yürürlüğe giren bir yasayla, yatırımcı ve Letonya arasındaki sözleşme geçersiz sayılmıştır. İsveç konsolosluğunun devletle anlaşmaya varma çabaları da sonuçsuz kalmıştır. Sonunda, gemi deniz trafiği için tehlike oluşturduğu iddiasıyla açık artırmada satılmış ve enkaz olarak nitelendirilerek hurda değerinde (150.000 ABD Doları) alıcı bulmuştur. Yatırımcıya gemi ya da içindeki ekipman için herhangi bir tazminat verilmemiştir. Bunun üzerine yatırımcı, İsveç ve Letonya arasındaki ikili yatırım anlaşmasının koruma hükümlerine dayanarak durumu tahkime götürmüştür. Tahkim sonucunda, Letonya'nın gemiye el koyması, yatırımcının mülkiyet hakkını kullanmasını engellemesi ve açık artırmayla satışı, karşılığında tazminat ödenmemesi sebebiyle, devletler arasındaki ikili yatırım anlaşmasının 4(1) maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Karar sonucunda, Letonya'nın

⁸⁶¹ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 6.

yatırımcıya yaklaşık 2.5 milyon ABD Doları tazminat ödemesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bu dava, devletin yatırımcının mülkiyetine el koyup, üçüncü şahıslara devrettiği klasik bir doğrudan kamulaştırma örneği teşkil etmektedir⁸⁶².

b) Dolaylı Kamulaştırma

Dolaylı kamulaştırmanın tanımı, yatırımcılar için, devletin meşru düzenlemeleri ile tazminat gerektirmeyen dolaylı kamulaştırma eylemleri arasındaki çizgiyi çekme açısından kritik öneme sahiptir. Devletler açısından bu tanımın önemi, yatırımcıların haklarını ve sorumluluklarını belirleyen yasaların oluşturulması ve bu çerçevede ödenecek tazminatın sınırlarının belirlenmesidir. Eğer bir devletin yabancı yatırımlara yönelik düzenleyici eylemi tazminat ödemedi kabul edilirse, yatırımcılar sadece o zamana değin elde ettikleri gelirle yetinmek zorunda kalacaklardır. Ancak, bu tür bir müdahalenin dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmesi durumunda, yatırımcılar uygun bir tazminat talep etme hakkına sahip olacaklardır⁸⁶³.

Maalesef, dolaylı kamulaştırma ile ilgili birçok karar alınmış olsa da, bu kamulaştırma türünün net ve geniş kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Zira dolaylı kamulaştırmanın çok farklı senaryolarla karşımıza çıkması, bu kavramın tek bir prensiple tanımlanmasını imkansız hale getirmiştir. Buna rağmen, hakem kararlarında dolaylı kamulaştırma için bir takım tanımlara rastlamak mümkündür. Örnek vermek gerekirse, dolaylı kamulaştırma bir hakem kararında, yatırımın kullanımını etkili bir şekilde engelleyen, ancak açık bir müdahale olmadan gerçekleşen eylemler olarak tanımlanmıştır. Başka bir kararda, yatırımcıya yatırımından doğan haklar korunuyor gibi görünse de, yatırımını kullanma ve ondan yararlanma yetkilerinden yoksun bırakılan eylemler dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirilmiştir. Bir diğer kararda, yatırıma doğrudan el konulmadan, kullanma ve yararlanma yetkilerinin geçersiz kılınması dolaylı kamulaştırma olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, yatırımcının yatırımından dolayı sahip olduğu hakları veya varlıkları elinden almayı amaçlamayan ancak gerçekte bu etkiye sahip olan eylemler de dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmiştir. Son olarak,

⁸⁶² Schreuer, C., **The ICSID...**, a.g.e., s. 1065.

⁸⁶³ Comeaux and Kinsella , **a.g.m.**, s. 104.

bir hakem kararında, ev sahibi devletin yatırıma müdahalesinin, yatırımcının kullanım ve yararlanma haklarına kalıcı veya geri döndürülemez bir zarar verdiği durumlarda dolaylı kamulaştırmanın geçerli olabileceği belirtilmiştir⁸⁶⁴.

Dolaylı kamulaştırma, yatırımcının mülkiyet haklarına dokunulmadan, yatırımından elde ettiği kullanım ve faydalanma yetkilerinin kısıtlanması durumudur. Bu süreçte, mülkiyetin devlet veya başka bir tarafça resmi olarak alınması şart değildir. Ancak, bazı durumlarda, yatırımcının mülkiyetini kaybetmemesi, dolaylı kamulaştırmanın olmadığına işaret edilmiştir. Mesela, Azurix v. Arjantin davasında, Arjantin'in eylemleri Azurix'in yatırım üzerindeki kontrolünü engellemesine rağmen, şirketin hisselerinin büyük bir kısmını elinde tutması, kamulaştırmaya eşdeğer bir durum olmadığına karar verilmiştir. Fakat, dolaylı kamulaştırmanın temel özelliği, mülkiyet haklarının yatırımcıda kalmasına karşın, bu hakların etkin bir şekilde kullanılamamasıdır⁸⁶⁵.

Dolaylı kamulaştırmanın varlığının belirlenmesinde ilk olarak, bu tür eylemlerin devlete atfedilebilir olup olmadığı incelenmelidir. Sonrasında, devletin düzenlemelerinin yatırımcının yatırımını ekonomik anlamda kullanmasını veya bundan yararlanmasını engelleyip engellemediği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda dolaylı kamulaştırmanın en açık göstergesi, genellikle yatırıma doğrudan müdahale olmaksızın, yatırımın ekonomik değerinde önemli bir düşüş yaşanması veya kontrolünün büyük ölçüde kaybedilmesidir. Yatırımın hak veya değerlerine müdahale edilmeden gerçekleşen bu ekonomik kayıp veya kontrol kaybı, doğrudan kamulaştırma olmasa da, benzer sonuçları doğurabilir. Bu yüzden, dolaylı ve doğrudan kamulaştırmanın yatırımcı üzerindeki etkileri eşit kabul edilmektedir⁸⁶⁶.

Dolaylı kamulaştırma, tek bir olayla, kısa sürede gerçekleşen bir dizi olayla veya eş zamanlı olaylarla meydana gelebilir. Ayrıca, devletlerin eylemsizlik hali

⁸⁶⁴ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, s.7.

⁸⁶⁵ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 11.

⁸⁶⁶ Schreuer, C., **The ICSID...**, a.g.e., s. 1072.

neticesinde de dolaylı kamulaştırma oluşabileceği yine farklı hakem kararlarında karşımıza çıkmaktadır.

Dolaylı kamulaştırma ile doğrudan kamulaştırma arasındaki farklar incelendiği takdirde; bu kamulaştırma türleri arasındaki temel farklardan en önemlisi, mülkiyetin devlete geçip geçmemesidir. Doğrudan kamulaştırmada, özel mülkiyet doğrudan devletin kontrolüne geçerken, dolaylı kamulaştırmada yatırımın değerindeki düşüşün devletin varlıklarında bir artış yaratması gerekmez. İkinci bir fark, doğrudan kamulaştırmada mülkiyetin hukuki veya idari işlemlerle devlete geçmesi, dolaylı kamulaştırmada ise mülkiyetin yatırımcıda kalmasıdır. Ancak, dolaylı kamulaştırmada da yatırımcının kullanma ve yararlanma yetkileri devletin düzenlemeleriyle sınırlanabilir veya neredeyse tamamen ortadan kalkabilir. Bu durumda, yatırımcının mülkiyet hakkı sadece teorik bir anlam ifade eder, çünkü pratikte yatırımcı mülkiyetinin temel faydalarını kullanamaz. Ayrıca, doğrudan kamulaştırmada devletin özel mülkiyete el koyma amacı doğrudan belirtilirken, dolaylı kamulaştırma genellikle çevre koruma, sağlık veya diğer sosyal ve ekonomik sebeplerle yapılan düzenlemeler sonucu ortaya çıkar. Lakin her devlet müdahalesinin dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmekte fayda var. Dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşebilmesi için, yatırımcının yatırım üzerindeki kontrolünü tamamen kaybetmesi, yatırımının önemli bir kısmından fiziksel veya ekonomik olarak mahrum kalması gerekir⁸⁶⁷.

Tahkim kararlarında hakem heyetlerinin; devletlerin yabancı yatırıma yönelik uygulamalarının dolaylı kamulaştırma olup olmadığını belirlerken iki ana kriteri göz önünde bulundurduğu görülmektedir. Bu kapsamda ilk kriter olarak, devletin eyleminin yatırımcının yatırımını kullanma kapasitesini veya beklenen getirisini önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığına bakılmaktadır⁸⁶⁸. İkinci aşamada ise, bu eylemin sürekli olup olmadığı değerlendirilmektedir⁸⁶⁹.

Tahkim süreçlerinde, hakem heyetlerinin görüşüne göre, eğer bir devletin uygulamaları yatırımcıyı; yatırımını etkin bir şekilde kullanamaz hale getiriyor

⁸⁶⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 290.

⁸⁶⁸ Comeaux and Kinsella, **a.g.m.**, s. 104.

⁸⁶⁹ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, s. 7.

veya beklediği kazançlardan büyük ölçüde mahrum bırakıyorsa, bu durum dolaylı kamulaştırmaya yol açabilir⁸⁷⁰. Biloune v. Ghana davası, “esaslı mahrumiyet kriteri” olarak bilinen bu kriterlerin uygulandığı örnek tahkim davalarından birisidir. Bu davada, Gana’da bir otel inşaatına yatırım yapan Bay Biloune, projenin büyük bir kısmını tamamladıktan sonra Gana’nın güvenlik güçleri tarafından tutuklanmış ve sınır dışı edilmiştir⁸⁷¹. Bay Biloune, Gana devletinin bu eylemleriyle yatırımına dolaylı kamulaştırma uyguladığını iddia ederek uluslararası tahkime başvurmuştur. Hakem heyeti, Bay Biloune’un yatırımı geliştirdiğini, yönettiğini ve finanse ettiğini tespit ettikten sonra, sınır dışı edilmesinin şirketin projeyi sürdürmesine ciddi engel teşkil ettiğine karar vermiştir. Bu nedenle, hakem heyeti Gana devletinin dolaylı kamulaştırma yaptığı sonucuna varmıştır.

Tutuklama ve sınır dışı etme gibi önlemlerin dışında, yatırımın yönetim yetkisinin başka bir kişi veya kuruluşa devredilmesi gibi durumlar da tahkim yargılamalarında, “esaslı mahrumiyet” olarak değerlendirilebilir. Örneğin, Metalclad Corporation v. United Mexican States davası, Metalclad Corporation’ın Meksika’daki bir çöp depolama tesisi için yatırım yapmasının ardından, yerel hükümetin çevresel endişeler nedeniyle tesise ek izinler talep etmesi ve tesisin yönetimine müdahale etmesi nihayetinde de tesisi kapatması üzerine başlatılmıştır⁸⁷². Metalclad, bu eylemlerin yatırımını kullanma ve ondan yararlanma yetkilerinden esaslı şekilde mahrum bırakıldığını iddia ederek, Meksika’ya karşı dava açmıştır. Hakem heyeti, Meksika devletinin bu eyleminin yatırımcıyı mülkiyet hakkını kullanmaktan ciddi şekilde mahrum bıraktığına, Metalclad’ın yatırımının dolaylı olarak kamulaştırıldığına ve şirketin uygun tazminat alması gerektiğine karar vermiştir. Benzer bir dava örneği olarak; CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic davasını verebiliriz⁸⁷³. Bu dava, CME şirketinin Çek Cumhuriyeti’nde bir televizyon istasyonuna yatırım yapmasının ardından, Çek medya otoritelerinin yatırımın

⁸⁷⁰ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 11.

⁸⁷¹ Schreuer, C., *The ICSID...*, a.g.e., s. 1072.

⁸⁷² Sornarajah, *a.g.m.*, s. 290.

⁸⁷³ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 100.

yönetimine müdahale etmesi ve sonuç olarak CME'nin yatırımından beklediği getirilerin önemli ölçüde azalması üzerine açılmıştır. Hakem heyeti, Çek Cumhuriyeti'nin eylemlerinin CME'nin yatırımını kullanma ve ondan yararlanma yetkilerinden esaslı şekilde mahrum bıraktığına ve bu durumun dolaylı kamulaştırma teşkil ettiğine karar vermiştir.

Hakem heyetleri, bir devletin uyguladığı önlemlerin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmadığını değerlendirirken ikinci kriter olarak; bu önlemlerin kalıcı olup olmadığını göz önünde bulundurlar⁸⁷⁴. Tahkim yargılamalarının genelinde alınan ortak karara göre; şayet devletlerin uygulamış olduğu eylemler yatırımcının ekonomik zararına neden oluyorsa ancak bu durum geçici ise, bu eylemin dolaylı kamulaştırma yarattığı sonucuna varılmadığı yönündedir. Bu bağlamda, LG&E Energy Corp. ve diğerleri v. Argentine Republic davası örnek gösterilebilir⁸⁷⁵. Bu dava, Arjantin'in ekonomik krizi sırasında uyguladığı acil durum önlemleri nedeniyle yatırımcıların zarar görmesi üzerine açılmıştır. Hakem heyeti, Arjantin'in uyguladığı önlemlerin geçici olduğunu ve bu nedenle dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Heyet, devletin ekonomik kriz sırasında almak zorunda kaldığı önlemlerin, yatırımcıların beklediği getirileri geçici olarak etkilediğini, ancak bu durumun dolaylı kamulaştırma teşkil etmediğini belirtmiştir.

Tahkim kararlarında, bir devletin müdahalesinin ne kadar süre devam etmesi gerektiği konusunda kesin bir alt limit belirlenmemiştir. Bazı durumlarda on beş ay gibi sürelerin kamulaştırma sayılmayacağı belirtilirken, başka durumlarda daha kısa sürelerin bile kamulaştırma olarak değerlendirildiği görülmüştür. Bu nedenle, bir işlemin kamulaştırma olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini belirlerken, sadece zamanın uzunluğundan ziyade, bu sürenin yatırımcı üzerindeki etkisinin ne kadar olduğu dikkate alınmalıdır⁸⁷⁶. Eğer devletin müdahalesi kısa sürmüş olsa bile yatırımcıyı önemli bir kayba uğratmışsa, bu durum sürekli bir müdahale olarak kabul edilebilir. Bu kapsamda, CMS Gas Transmission şirketi ile Arjantin

⁸⁷⁴ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, s. 5.

⁸⁷⁵ UNCTAD, "Investment Policy Framework for Sustainable Development", United Nations, 2015, s. 45.

⁸⁷⁶ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 312.

devleti arasında görülen dava örnek olarak gösterilebilir. Bu dava, Arjantin'in ekonomik krizi sırasında uyguladığı acil durum önlemleri nedeniyle yatırımcının zarar görmesi üzerine açılmıştır. Hakem heyeti, Arjantin'in önlemlerinin geçici olmasına rağmen, yatırımcının ciddi zarar gördüğünü ve bu durumun dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Bu karar, devlet müdahalesinin süresinden çok, yatırımcı üzerindeki etkisinin önemli olduğunu gösteren bir örnektir.

Yabancı yatırım tanımı, somut maddi varlıkların yanı sıra, sözleşmelerden doğan haklar ve fikri mülkiyet gibi soyut değerleri de içermektedir. Bu nedenle, bu tür değerlerin dolaylı kamulaştırmaya tabi olup olmadığı, hukuk alanında yoğun tartışmalara sebebiyet vermektedir⁸⁷⁷. Bu kapsamda sorulması gereken temel soru şudur: Bir devletin, bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi, dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilebilir mi? Kamulaştırma, bir devletin egemen yetkilerini kullanarak gerçekleştirdiği bir işlemdir. Yani, bir devletin eyleminin kamulaştırma olarak kabul edilebilmesi için, o eylemin devletin egemenlik haklarının bir uygulaması olması gerekmektedir. Bu ilke, sözleşmeye dayalı haklar için de geçerlidir. Öyle ki, bir devletin özel hukuk alanında bir tüzel kişi olarak yatırımcıyla yaptığı sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi, kamulaştırma olarak değerlendirilmez. Ancak, eğer devletin yatırımcının sözleşmeden doğan haklarını ihlali, egemenlik gücünü kullanarak yapıyorsa, bu durum dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirilebilir⁸⁷⁸.

NAFTA kapsamında çözümlenen Waste Management v. Mexico davasında belirtilen önemli bir nokta, bir devletin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin, kendiliğinden mülkiyetin el konulması veya kamulaştırmaya eşdeğer bir eylem oluşturmadığıdır⁸⁷⁹. Özel tarafların sözleşme yükümlülüklerini ihlal etmesi mümkündür, fakat kamulaştırma ve devletleştirme geleneksel olarak devletin kamusal faaliyetleri arasında yer alır. Bir devletin sözleşme yükümlülüklerini ihlal etmesi ile kamulaştırma gerçekleştirmesi veya

⁸⁷⁷ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 409.

⁸⁷⁸ UNCTAD, "World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic", United Nations, 2020, s. 122.

⁸⁷⁹ Dolzer, R., "Indirect Expropriations: New Developments?", **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol. 11, No. 2, 2002, s. 64.

benzer önlemler alması aynı durumlar değildir. Waste Management davasında yapılan bu ayırım, diğer davalarda da hakem heyetleri tarafından kabul edilmiştir. Örneğin, Enerji Şartı Antlaşması çerçevesinde görülen Nykomb davasında, hakem heyeti Letonya'nın davacı şirketin ürettiği elektriği satın alma taahhüdünü yerine getirmemesi durumunu sözleşmeye aykırı olarak değerlendirmiş, ancak bu durumu kamulaştırma olarak nitelendirmemiştir. Diğer yandan, S.D. Myers, Inc. v. Canada davası; Kanada'nın Amerikan firması S.D. Myers'ın PCB atıklarının işlenmesi için Kanada'dan ABD'ye ihracatını yasaklayan bir karar alması üzerine açılmış, Kanada hükümetinin yatırım sözleşmesini tek taraflı olarak değiştirmeye yönelik girişimini kamusal bir müdahale olarak değerlendiren hakem heyeti, bu durumu dolaylı kamulaştırma olarak nitelendirmiştir. Sonuç olarak, hakem heyetleri dolaylı kamulaştırma varlığını değerlendirirken, devletin egemenlik gücünün kullanılıp kullanılmadığını temel bir kriter olarak ele almıştır⁸⁸⁰. Ancak, devletlerin egemenlik gücünden kaynaklanan her tasarrufunun da dolaylı kamulaştırmaya yol açacağını düşünmek yanlış bir genelleme olacaktır.

c) Tedrici Kamulaştırma

Tedrici kamulaştırma (creeping expropriation), uluslararası yatırım hukukunda, bir devletin birden fazla eyleminin zaman içinde yatırımcının mülkiyet hakları üzerinde kademeli bir şekilde olumsuz etki yaparak yatırımın değerini yok etmesi veya kontrolünü ciddi şekilde azaltması durumudur. Bu tür kamulaştırma, genellikle belirli bir zaman dilimi içinde gerçekleşen ve yatırımcı veya yatırımın birleşik muamelesi olarak kabul edilen bir dizi ayrı devlet eyleminden oluşur⁸⁸¹. Tedrici kamulaştırma, genellikle yatırımcının mülkiyet haklarının kademeli olarak ihlal edilmesiyle karakterize edilmektedir. Devletlerin her bir eylemi tek başına bir kamulaştırma olarak kabul edilmeyebilir. Ancak, bu eylemlerin toplamı yatırımcının yatırımının değerini yok ederse veya kontrolünden mahrum bırakırsa, tedrici kamulaştırma olarak kabul edilir⁸⁸².

⁸⁸⁰ Schill, International..., **a.g.e.**, s. 254.

⁸⁸¹ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 14.

⁸⁸² Comeaux and Kinsella, **a.g.m.**, s. 112.

Tedrici kamulaştırma, diğer kamulaştırma biçimlerinden ayrılan bazı özelliklere sahiptir. Özellikle, bu tür kamulaştırmanın varlığını belirlemede “zaman” faktörü önemli bir rol oynar. Ev sahibi devletin yatırım üzerindeki etkileri ancak zaman içinde yayıldığında tedrici kamulaştırmanın işaretleri görülebilir⁸⁸³. Ancak uluslararası hukukta, tedrici kamulaştırma oluşturan eylemlerin ne kadar sürede gerçekleşmesi gerektiği konusunda belirlenmiş bir zaman aralığı bulunmamaktadır⁸⁸⁴.

Tedrici kamulaştırmanın diğer bir ayırt edici özelliği, tek bir eylem veya işlemde ziyade, bir dizi işlem veya eylemin bir araya gelmesiyle ortaya çıkmasıdır. Bu, ev sahibi devletin kamulaştırma niyetinin tespit edilmesini zorlaştırır⁸⁸⁵. Ayrıca, tedrici kamulaştırmayı oluşturan işlem ve eylemler serisi, tek tek incelendiğinde kamulaştırma olarak değerlendirilmeyebilir. Bu nedenle, ev sahibi devletin her bir müdahalesi ayrı ayrı incelenmelidir. Eğer bu müdahaleler tek başlarına kamulaştırma oluşturmuyorsa, ancak o zaman bu müdahalelerin toplu etkilerinin değerlendirilmesine geçilmelidir⁸⁸⁶.

Ayrıca, işlemlerin ve eylemlerin ev sahibi devlete ait olduğu da belirlenmelidir. Yani, tedrici kamulaştırmaya yol açan müdahaleler, doğrudan ev sahibi devlet tarafından yapılmış olmalıdır. Bununla birlikte, bu müdahaleler meşru düzenleyici tasarruflar dahil olmak üzere çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Burada kritik olan, bu müdahalelerin toplamda yasalara aykırı bir netice doğurup doğurmadığıdır⁸⁸⁷.

Tedrici kamulaştırmanın bir diğer özelliği, bireysel olarak kamulaştırma oluşturmaya da, bir dizi işlem ve eylemin birleştiğinde yatırımın değerini tamamen ortadan kaldırarak kamulaştırmaya benzer sonuçlar doğurmasıdır. Bu bağlamda, tedrici kamulaştırma, zamanla kademeli olarak gerçekleşen ve tek başına kamulaştırıcı etki göstermeyen devlet müdahalelerinin birikimli etkileri

⁸⁸³ Schreuer, C., **The ICSID...**, a.g.e., s. 1083.

⁸⁸⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 123.

⁸⁸⁵ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, s. 9.

⁸⁸⁶ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 315.

⁸⁸⁷ UNCTAD, "Investment Policy Framework for Sustainable Development", United Nations, 2015, s. 49.

sonucunda yatırım üzerinde doğrudan kamulaştırmaya eşdeğer sonuçlar yaratabilir⁸⁸⁸.

Tedrici kamulaştırmanın diğer kamulaştırma türlerinden farklı olarak karşılaştığı özel sorunlar vardır. Bunlar arasında, mülkiyet hakkına müdahale eden işlem ve eylemlerin sorumluluk doğurup doğurmadığının belirlenmesi ve kamulaştırılan yabancı yatırımın değerlemesinin hangi aşamada yapılması gerektiği gibi konular bulunur⁸⁸⁹.

Bazı tahkim kararlarında, kamulaştırma terimi kullanılmadan sadece tedrici kamulaştırma ifadesi geçerken, diğer kararlarda dolaylı kamulaştırma ve tedrici kamulaştırma terimleri birbirinin yerine kullanılmaktadır. Dolaylı kamulaştırma terimi genellikle geniş bir kavram olarak kullanılır ve dolaylı kamulaştırmayla ilgili terimler genellikle birbirinin yerine geçebilir şekilde kullanılır⁸⁹⁰.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında da tedrici kamulaştırma ibaresinin açıkça belirtilmesi nadiren karşılaşılan bir durumdur. Ancak, bazı anlaşmalar ve yatırım anlaşmalarının ekleri, kamulaştırma maddelerinin tedrici kamulaştırmayı da yasakladığını belirtmektedir. NAFTA'nın 1110. Maddesi gibi "ulusallaştırmaya eşdeğer tedbirler" ifadesine atıfta bulunan anlaşmalar, tedrici kamulaştırmaları da kapsar şekilde yorumlanmıştır⁸⁹¹.

Tahkim kararları incelendiği takdirde, tedricen kamulaştırma türü ile ilgili kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin; Bilcon of Delaware et al. v. Canada davası, Kanada'nın çevresel düzenlemeleri ve diğer hükümet eylemleri nedeniyle Bilcon şirketinin Nova Scotia'daki taş ocağı projesinin engellenmesi üzerine açılmıştır. Hakem heyeti, Kanada'nın zaman içerisindeki eylemlerinin şirketin yatırımını önemli ölçüde etkilediğine ve tedrici kamulaştırma oluşturduğuna karar vermiştir⁸⁹². Bu karar, devletin birden fazla eyleminin yatırımcının mülkiyet hakları üzerinde ciddi bir etkiye sahip olabileceğini ve bu durumun tedrici kamulaştırma olarak değerlendirilebileceğini göstermektedir. Buna karşın Tradex

⁸⁸⁸ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 318.

⁸⁸⁹ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., **The Oxford...**, **a.g.e.**, s. 421.

⁸⁹⁰ Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 1095.

⁸⁹¹ NAFTA, "North American Free Trade Agreement", Article 1110, 1994.

⁸⁹² Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 1102.

v. Albania davasında, hakem heyeti, Arnavutluk devletinin toprak reformu yapacağına dair açıklamaları üzerine, köylülerin şirketin tarım ürünlerini çalmaları ve yatırımın faaliyetlerini engellemeleri gibi olayların bir araya gelmesinin tedrici kamulaştırma oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Heyet, bu eylemlerin Arnavutluk devletine mal edilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla hakem heyetleri, karşılırları çıkan davalarda tedrici kamulaştırmanın olup olmadığını dikkatle değerlendirirler⁸⁹³.

d) Düzenleyici Kamulaştırma

Düzenleyici kamulaştırma, devletin kamu yararı amacıyla yürüttüğü düzenleyici faaliyetlerin yabancı yatırımlar üzerindeki etkileri nedeniyle ortaya çıkan bir kamulaştırma türüdür. Bu kamulaştırma türü, özellikle çevre koruma, sağlık ve güvenlik standartları gibi alanlarda devletin düzenleyici rolünü yerine getirirken yabancı yatırımcının mülkiyet haklarını veya yatırımın değerini önemli ölçüde etkileyebilir⁸⁹⁴. Genellikle yatırımcının mülkiyetine doğrudan el konulmadan, yatırımın değerini azaltan veya kullanımını kısıtlayan devlet eylemleri yoluyla gerçekleşir. Bu niteliği sebebiyle öğretide düzenleyici kamulaştırma, dolaylı kamulaştırmanın bir alt türü olarak kabul edilir ve “regulatory expropriation” ya da “regulatory takings” olarak adlandırılır⁸⁹⁵.

Düzenleyici kamulaştırmanın meşruiyeti, genellikle devletin kamu yararını gözetme yükümlülüğü ile yatırımcının mülkiyet hakları arasındaki dengeye bağlıdır. Devletin düzenleyici eylemleri, kamu yararına hizmet ettiği sürece ve orantılı olduğu takdirde genellikle meşru kabul edilir. Ancak, bu eylemler yatırımcının mülkiyet haklarını aşırı derecede kısıtlıyor veya yatırımın değerini önemli ölçüde azaltıyorsa, düzenleyici kamulaştırma olarak değerlendirilebilir ve tazminat yükümlülüğü doğurabilir⁸⁹⁶.

Birçok tahkim kararı, düzenleyici kamulaştırmanın; dolaylı kamulaştırmanın idari düzenleyici işlemlerden kaynaklandığını belirtir. Bu durum, düzenleyici

⁸⁹³ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 320.

⁸⁹⁴ UNCTAD, "Taking of Property", United Nations, 2000, s. 6.

⁸⁹⁵ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD, 2004, s. 3.

⁸⁹⁶ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 69.

kamulaştırmanın, Amerikan idare hukukunun temel prensiplerinden biri olan ve devletin ekonomik ile sosyal faaliyetlere müdahalesini temsil eden düzenleme faaliyetlerine dayandığını gösterir⁸⁹⁷. Ev sahibi devletin, hem egemenlik hakkı çerçevesinde hem de kamu yararı gerektirdiğinde siyasi, ekonomik ve sosyal nedenlerle yabancı yatırıma müdahale etmesi ve bu müdahaleler sonucunda yatırımcının yatırımından önemli haklarını veya ekonomik değerini kaybetmesi durumunda düzenleyici kamulaştırma meydana gelir. Genellikle, çevre koruması ve kamu sağlığı gibi yüksek kamu çıkarları nedeniyle yatırımcının menfaatleri ile ev sahibi devletin vatandaşlarının menfaatleri çatıştığında düzenleyici kamulaştırma ortaya çıkar⁸⁹⁸.

UNCITRAL Tahkim Kuralları altında yürütülen Methanex v. USA davası, “düzenleyici kamulaştırma” ilkesinin en çok tartışıldığı örneklerden biridir. Bu dava, Kaliforniya’nın, benzin katkı maddesi MTBE’nin yeraltı ve içme sularına zarar verdiği ve kanserojen olduğu iddiasıyla üretimini yasaklaması sonucu ortaya çıkmıştır⁸⁹⁹. ABD hükümeti, MTBE’nin hayvanlarda kanser yaptığı ve insan sağlığı için de risk oluşturabileceği gerekçesiyle bu maddenin kullanımını yasakladığını savunmuştur⁹⁰⁰. Buna karşılık, metanol üreticisi Kanadalı Methanex şirketi, MTBE’nin insan sağlığı için kanserojen olmadığını ve ozon tabakasına zararları azalttığını belirterek yasağın, yabancı metanol üreticilerine zarar vermek ve yerli etanol üreticilerinin kazancını artırmak amacı taşıdığını öne sürmüştür⁹⁰¹. Methanex, bu kararın kamu yararına olmadığını ve ayrımcılık içerdiğini, dolayısıyla kamulaştırmaya eşdeğer bir işlem olduğunu öne sürmüştür. Tüm bu iddialar neticesinde; Methanex Corporation, ABD’ye karşı, Kaliforniya eyaletinin benzin katkı maddesi olarak kullanılan MTBE’nin (metil ter-bütül eter) satışını ve kullanımını yasaklamasından kaynaklanan zararlar için yaklaşık 970 milyon ABD doları tutarında tazminat talebinde bulunmuştur⁹⁰². Ancak, hakem heyeti, yasama sürecinin şeffaf ve bilimsel verilere dayalı olduğunu, prosedürlere uygun

⁸⁹⁷ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD, 2004, s. 7.

⁸⁹⁸ Schreuer, C., *The ICSID...*, a.g.e., s. 1083.

⁸⁹⁹ Sornarajah, *a.g.m.*, s. 320.

⁹⁰⁰ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 14.

⁹⁰¹ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., *a.g.m.*, s. 318.

⁹⁰² Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., *The Oxford...*, a.g.e., s. 421.

yürütüldüğünü belirterek, ev sahibi devletin özel bir taahhütte bulunmadığı sürece, yabancı yatırımcıyı etkileyen tasarrufların kamulaştırma sayılamayacağına karar vermiştir⁹⁰³. Heyet, Kaliforniya'nın kararının kamulaştırmaya eşdeğer olmadığını belirleyerek Methanex'in tüm iddialarını reddetmiş ve tahkim masraflarının Methanex tarafından karşılanmasına karar vermiştir⁹⁰⁴.

Düzenleyici kamulaştırma ilkesi, tıpkı diğer kamulaştırma türleri gibi bir devletin kendi egemenlik haklarını kullanarak, yabancı yatırımları etkileyen kararlar almasını içermektedir. Bu kararlar, genel olarak kabul edilebilir ve toplumun yararına olmalıdır⁹⁰⁵. Ayrıca hem yerli hem de yabancı yatırımcılara adil ve iyi niyetle uygulanmalıdır. Methanex v. USA davasında alınan kararda görüleceği üzere; şayet yatırım sürecinde, devlet yatırımcıya düzenleyici kararlarından kaynaklanan zararları tazmin edeceğine dair özel bir söz vermemişse, yatırımcının yatırımından elde ettiği kullanım ve faydalanma haklarını kaybetmesine yol açsa bile, devletin dolaylı kamulaştırma nedeniyle tazminat ödeme yükümlülüğü olmayacaktır⁹⁰⁶.

e) De facto Kamulaştırma

De facto kamulaştırma, mülkiyet haklarının resmi bir kamulaştırma işlemi olmaksızın devlet müdahalesi sonucu etkisiz hale getirilmesi durumudur. Genellikle devletin yasal veya idari eylemleriyle, mülk sahibinin mülkünden elde edeceği faydaları ortadan kaldırarak gerçekleşir. Bu kamulaştırma türü, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımları kamulaştırma amacı taşımasa da, yatırım anlaşmalarında vaat edilen uygun düzenlemeleri sağlayamaması, koruyamaması veya etkin bir şekilde uygulayamaması durumunda gerçekleşir. Yani ev sahibi devletlerin ihmali neticesinde meydana gelir⁹⁰⁷.

De facto kamulaştırma, dolaylı kamulaştırmanın bir formu olarak kabul edilir ve genellikle mülkiyet haklarının kullanımını kısıtlayan veya engelleyen devlet

⁹⁰³ Schreuer, C., **The ICSID...**, a.g.e., s. 1095.

⁹⁰⁴ Methanex v. United States, Final Award, Part IV, Chapter D, para. 7.

⁹⁰⁵ NAFTA, "North American Free Trade Agreement", Article 1110, 1994.

⁹⁰⁶ Vandevelde, Bilateral..., a.g.e., s. 271.

⁹⁰⁷ UNCTAD, "**Taking of Property**", United Nations, 2000, s. 6.

politikaları veya düzenlemeleri yoluyla gerçekleşir⁹⁰⁸. Bu, mülk sahibinin mülkünü kullanma, ondan yararlanma veya onu kontrol etme yeteneğini ciddi şekilde sınırlar veya engeller. Örneğin, bir devletin çevre koruma adına aldığı aşırı düzenlemeler, bir arazinin değerini ve kullanımını o kadar sınırlayabilir ki, bu durum de facto kamulaştırmaya yol açabilir⁹⁰⁹.

Her ne kadar nitelik olarak benzerlik gösterse de; öğretide ve bazı hakem kararlarında, de facto kamulaştırmanın tedrici kamulaştırmadan farklı olduğu vurgulanmaktadır. Her ikisi de dolaylı kamulaştırma kapsamında olsa da, işleyiş süreçleri açısından farklılık gösterirler. Tedrici kamulaştırma, zaman içinde gerçekleşen bir dizi müdahaleler sonucu oluşurken, de facto kamulaştırma tek bir eylemle ya da kısa sürede gerçekleşen işlemlerle meydana gelir⁹¹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), de facto kamulaştırma iddialarını incelemekte ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesi kapsamında, mülkiyet haklarının korunmasını sağlamaktadır. AİHM, mülkiyet haklarının resmi bir kamulaştırma olmaksızın ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, devletin eylemlerinin somut etkilerini dikkate almaktadır⁹¹¹. Yani doğrudan kamulaştırmanın olmadığı durumlarda, dolaylı kamulaştırmaya sebebiyet verecek tasarruflarında incelenmesi gerektiğini savunmaktadır.

De facto kamulaştırma, dolaylı kamulaştırma türleri içerisinde özel bir yer tutmaktadır. Tahkim kararlarında, de facto kamulaştırma; devletin yasal veya idari kararlarıyla bir kişinin mülkünü başkasına aktarması ya da mülk sahibini mülkünden mahrum bırakması olarak açıklanmıştır⁹¹². Burada, mülkiyetin başkalarına aktarılması da de facto kamulaştırma olarak kabul edilir. Her ne kadar alınan kararlarda de facto kamulaştırma türü tanımlanmış olsa da, bu tanımın mülkiyetin resmi devrini içerip içermediği belirsizlik taşımaktadır. Bu belirsizlik ise terimin kelime manasından giderilebilir. "De facto" terimi "fiili" anlamına

⁹⁰⁸ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD, 2004, s. 7.

⁹⁰⁹ Schreuer, C., **The ICSID...**, a.g.e., s. 1083.

⁹¹⁰ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 14.

⁹¹¹ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 318.

⁹¹² Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., **The Oxford...**, a.g.e., s. 421.

gelir ve bu, AİHM kararlarında da mülkiyetin resmi olarak devredilmediği ama fiilen el konulduğu durumlar için kullanılır. Demek ki ana fikir, mülkiyetin resmi devri olmadan fiili bir el koyma olduğudur⁹¹³. Türk hukuk literatüründe, AİHM tarafından kullanılan de facto kamulaştırma terimi genellikle fiili kamulaştırma olarak adlandırılmaktadır.

Sonuç olarak, de facto kamulaştırma, devletin mülkiyeti resmi olarak almadığı yani doğrudan bir kamulaştırmanın olmadığı lakin yatırımcının mülkünden fiili olarak yararlanmasını engellediği durumları içermektedir. Bu engel, yatırımcının mülkünü kullanma ve ondan yararlanma haklarını ve fiziksel olarak mülkten mahrumiyetini kapsamaktadır. Böylece, de facto kamulaştırma, diğer dolaylı kamulaştırma türlerinden ayrılan ve yatırıma resmi olarak değil de fiili olarak el koymayı içeren bir istisna olarak görülmektedir⁹¹⁴.

3.1.2.6.6. Kamulaştırma Kavramının BM Genel Kurulu Kararlarıyla Olan İlişkisi

II. Dünya Savaşı'nın ardından, bağımsızlıklarını yeni elde etmiş ancak henüz üretim yapamayan gelişmekte olan ülkeler, ellerinde bulunan varlıklarla yani doğal kaynaklarıyla ekonomik ve sosyal bir gelişme sağlamaları gerektiğine inanmışlardır. Nitekim, savaşın hemen ardından, bu ülkeler, ellerinde bulunan varlıklarla yani doğal kaynaklarıyla ekonomik ve sosyal bir gelişme sağlamaları gerektiğine inanmışlardır. Bu amaçla, gelişmiş ülkelere karşı tek başlarına hak ve çıkarlarını savunamayacaklarını düşünen bu ülkeler ikinci olarak, güç birliği yapma fikriyle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, devletlerin doğal kaynaklar üzerindeki egemenlikleri ile ekonomik hak ve sorumluluklarına ilişkin bir dizi karar alarak, uluslararası örf ve adet hukukunda kamulaştırmaya dair temel ilkelerin değiştirilmesine yönelik adımlar atmıştır⁹¹⁵.

14 Aralık 1962'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen 1803 numaralı Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenlik Kararı, devletlerin doğal kaynaklar üzerindeki egemenliklerini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu karara

⁹¹³ Schreuer, C., **The ICSID...**, a.g.e., s. 1095.

⁹¹⁴ Vandevelde, Bilateral..., a.g.e., s. 271.

⁹¹⁵ Dolzer, R., and Schreuer, C., a.g.m., s. 89.

göre, kamulaştırma ancak kamu yararı, kamu güvenliği veya milli çıkarların sağlanması amacıyla, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak ve makul bir tazminat ödenmesi koşuluyla gerçekleştirilebilir⁹¹⁶. Kararda, devletlerin doğal kaynaklar üzerindeki kesintisiz egemenliği tanınmış olup, bu durum devletlere bu kaynakları kamulaştırma yetkisini de vermektedir. Ayrıca, "makul bir tazminat" ifadesinin onaylanması, Hull formülü veya Calvo doktrininin kabul edilmediği anlamına gelir. Kararda, kamulaştırma sonucunda ödenecek tazminatın hem ulusal hem de uluslararası hukuka göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁹¹⁷. Kararda, herhangi bir anlaşmazlık ortaya çıktığında önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak tarafların rızasıyla uluslararası tahkime başvurulabileceği de ifade edilmiştir. Sonuç olarak, karar hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler tarafından kabul edilmiştir. Ayrıca, bu kararda yer alan kamulaştırma ile ilgili hüküm, günümüzde birçok ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmasında da bulunmaktadır⁹¹⁸.

Gelişmekte olan ülkeler, kendi çıkarlarına uygun olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'ndan 1973 tarihli ve 3171 numaralı bir karar çıkartmışlardır. Bu karara göre, devletlerin gerçekleştirdiği millileştirmelerde ödenecek tazminatın miktarı ve şekli ile bu millileştirmelerden doğan anlaşmazlıkların çözümü, millileştiren devletin hukuk kurallarına göre belirlenir⁹¹⁹. Bu amaçla, akademik alanda, kamulaştırmaya dair uluslararası örf ve adet hukuku ilkelerinin artık geçerli olmadığı bile savunulmuştur. Çünkü kararda belirtilen tazminat hesaplama yönteminde, ev sahibi devlet geniş yetkilere sahiptir ve bu yetkileri kullanırken uluslararası hukuk kuralları, uluslararası örf ve adet hukuku gibi kısıtlamaları da göz önünde bulundurmaz⁹²⁰.

1974 yılının 1 Mayıs günü, gelişmekte olan ülkeler, doğal kaynaklarını kendilerine ait kılmak ve bunları yatırımcılara açarak ekonomik kalkınmalarını sağlamak amacıyla, Uluslararası Ekonomik Düzen adlı yeni bir bildiri daha

⁹¹⁶ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 134.

⁹¹⁷ UNCTAD, "Taking of Property", United Nations, 2000, s. 12.

⁹¹⁸ Vandevelde, Bilateral..., **a.g.e.**, s. 112.

⁹¹⁹ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 25.

⁹²⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 290.

yayınladılar. Bildiriye göre, her ülke, doğal kaynaklarını ve ekonomik işlerini yönetmek için kamulaştırma veya vatandaşlarına satma hakkına sahiptir (m. 4/e)⁹²¹. Bildiri, kaynaklarını elinden alan ülkelere tazminat ödeneceğini belirtmiyordu. Çünkü geliştirmekte olan ülkeler, uluslararası hukuka göre tazminat ödemek zorunda olmadıklarını savunuyorlardı. Bildiride ayrıca, geliştirmekte olan ülkelere teknoloji verilmesi, ham madde ve ekipman fiyatlarının adil olması gibi, ekonomik güçlenmelerine katkı sağlayacak ilkeler de bulunuyordu⁹²².

Geliştirmekte olan ülkeler, uluslararası ekonomik düzenin kendilerine haksızlık yaptığını ve gelişmiş ülkelerin çıkarlarına hizmet ettiğini iddia ederek, yeni bir uluslararası ekonomik düzen oluşturmak istediler. Bu amaçla, Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine İlişkin Şart adında bir belge hazırladılar. Bu belge, mevcut kuralları yeniden belirlemekten çok, geliştirmekte olan ülkelerin yararına olacak yeni kuralları ortaya koymayı hedefliyordu⁹²³. Belgede, “gelişmiş ülke” sözcüğü 14 defa, “geliştirmekte olan ülke” sözcüğü ise 54 defa kullanılmıştı⁹²⁴.

Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine İlişkin Şart belgesi, devletin doğal kaynakları üzerindeki sürekli egemenlik hakkını, Genel Kurulun 1803 sayılı Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenlik Kararı'nda belirtildiği gibi değil, devletin bütün ekonomik işlerini de içerecek şekilde genişletmiştir⁹²⁵. Şartta, tazminatın miktarı, uluslararası hukuka göre değil, tasarrufu yapan devletin yasalarına göre (ki tazminatın ödenmemesine de izin verebilir) belirlenecektir. Şarta göre, bir anlaşmazlık durumunda sadece kamulaştıran ülkenin yargı organlarının yetkili olduğu kabul edilmiştir⁹²⁶.

Uygun bir tazminatın ne olduğu “Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine İlişkin Şart” belgesinde açıklamıştır. Beyannamede de yer alan bu terim, sonunda

⁹²¹ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD, 2004, s. 9.

⁹²² Schill, International..., **a.g.e.**, s. 145.

⁹²³ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 312.

⁹²⁴ Vandevelde, Bilateral..., **a.g.e.**, s. 271.

⁹²⁵ Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 1095.

⁹²⁶ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD, 2004, s. 5.

bu belge kapsamında tanımlanmıştır. Buna göre uygun tazminat, devletlerin kendi yasalarını ve ilgili gördükleri bütün koşulları göz önünde bulundurarak uygun buldukları tazminattır⁹²⁷. Nitekim, Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine İlişkin Şart belgesinde, uygun tazminat tanımı yapılırken, gelişmiş ülkelerin uluslararası örf ve adet hukukunun bir kuralı olarak savunduğu Hull formülü reddedilmiştir⁹²⁸. Ayrıca, kamulaştırmada kamu yararı ve ayrımcılık yapmama şartları aranmamıştır⁹²⁹. Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine İlişkin Şart belgesi, 6 devlet tarafından red oyu alırken, 10 devlet de çekimser kalmayı tercih etmiştir. Bakıldığı zaman bahsi geçen bu 16 devletin hepsinin gelişmiş ülkeler olduğu görülecektir⁹³⁰.

Devletlerin bu eğilimleri, şartı kabul etmediklerini açıkça göstermektedir. Bu sonuca göre; şartın hukuki bağlayıcılığı konusunda fikir ayrılıkları vardır. Şartın, uluslararası örf ve adet hukukunun kurallarını ve uluslararası ekonomik düzenin gelişen gereksinimlerini bir araya getirdiği, dolayısıyla hukuken geçerli olduğu görüşü savunulmaktadır. Ancak, özellikle gelişmiş ülkeler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun emredici nitelikte bir düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığı iddiasıyla, bu şartın hukuksal geçerliliğinin bulunmadığını öne sürmektedirler⁹³¹. Sonuca bakıldığında ise gelişmiş ülkelerin benimsemediği bu Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine İlişkin Şart belgesi, uluslararası ticari ilişkiler ve uluslararası yatırım alanında uygulanamamıştır⁹³².

Devletler; İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte, savaşın sebep olduğu ekonomik krizi atlatmak ve bir an önce normale dönmek için iktisadi anlamda atılımlar yapmaya ihtiyaç duymuşlardır⁹³³. Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda savaş tazminatlarıyla ilgili konuların önemi azalmış, yerine ülkelerin yabancı yatırımları kendi hukuk sistemlerinde nasıl muamele

⁹²⁷ United Nations Conference on Trade and Development, "Taking of Property", United Nations, 2000, s. 12.

⁹²⁸ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 134.

⁹²⁹ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 25.

⁹³⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

⁹³¹ Vandevelde, Bilateral..., **a.g.e.**, s. 112.

⁹³² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 290.

⁹³³ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD, 2004, s. 9.

göreceklerini belirlemeleri ön plana çıkmıştır⁹³⁴. Bu durum, yabancı yatırımların karşılıklı olarak teşvik edilmesi ve korunması amacıyla iki ya da çok taraflı olarak yapılan yatırım anlaşmalarının ortaya çıkışına neden olmuştur⁹³⁵.

3.1.2.6.7. Kamulaştırma Sonucu Ödenecek Tazminata İlişkin Yaklaşımlar

Yabancı yatırımlar, ev sahibi devletlerin ekonomik kalkınmasına katkı sağlar. Ancak, yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletlerin yatırımlarına el koyma veya zarar verme riskine karşı korunma talep ederler. Bu nedenle, devletler arasında yabancı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları yapılır. Bu anlaşmalar, yabancı yatırımcılara, ev sahibi devletin yatırımlarına saygı göstereceğine, adil ve eşit muamele edeceğine, yatırımlarını kamulaştırmayacağına veya kamulaştırması halinde tazminat ödeyeceğine dair güvence verir⁹³⁶. Kamulaştırma, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyetini elinden alma işlemidir⁹³⁷. Kamulaştırma, devletin kamu yararını gözeterek, ayırım yapmaksızın, belirli usul kurallarına uyarak ve karşılığında tazminat ödeyerek gerçekleştirebileceği bir işlemidir. Ancak, ev sahibi devletler, yabancı yatırımcılara kendi vatandaşlarına yaptıkları muameleden farklı bir muamele yapmak zorunda değildirler. Bu, milli muamele ilkesi olarak adlandırılır. Milli muamele ilkesi, yabancı yatırımcıya, yerli yatırımcılara uygulanan muameleden daha azını veya daha fazlasını vermeyi mümkün kılar⁹³⁸. Ancak, geçtiğimiz yüzyılın ilk yarısına kadar, Amerika ve Avrupa ülkeleri bu ilkeyi kabul etmemiştir. Bu ülkeler, yabancı yatırımlarının ve vatandaşlarının korunmasını kendi çıkarlarının bir parçası olarak görmüşlerdir. Bu nedenle, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara kendi vatandaşlarına uyguladıkları muameleden daha iyi bir muamele sunmalarını talep etmişlerdir. Bu, uluslararası asgari standart doktrini olarak bilinen bir ilkedir⁹³⁹.

⁹³⁴ Schill, International..., **a.g.e.**, s. 145.

⁹³⁵ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 312.

⁹³⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 89.

⁹³⁷ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD, 2004, s. 7.

⁹³⁸ Schill, International..., **a.g.e.**, s. 145.

⁹³⁹ Vandevelde, Bilateral..., **a.g.e.**, s. 112.

Uluslararası asgari standart doktrini, yabancı yatırımcının statüsünün uluslararası hukukun egemen olduğu prensiplere bağlı olduğunu ve bu prensiplere aykırı davranışların uluslararası hukuk tarafından belirlenen sorumlulukları doğurduğunu savunur. Bu doktrine göre, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcılara kendi vatandaşlarına sağladığından çok daha yüksek standartlar sunma yükümlülüğü taşıyabilir⁹⁴⁰. Ancak, uluslararası asgari standart doktrini, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet karşısında yeterli şekilde korunmasını garanti altına alamamıştır. Çünkü, uluslararası örf ve adet hukuku, yabancı yatırımcılara, ev sahibi devlete karşı doğrudan dava açma hakkı vermemiştir. Bu hakkı, yalnızca yabancı yatırımcının mensubu olduğu devlet kullanabilir. Bu devlet, yabancı yatırımcısını diplomatik yollardan koruyabilir⁹⁴¹. Fakat, dava açıp açmamak devletin kendi kararına bağlıdır ve bu karar siyasi etkilere açıktır. Ayrıca, dava açıldığında da yargılama süreci devletin kontrolündedir. Devlet, karşı taraf ile anlaşma yapma veya davadan vazgeçme gibi önemli kararları kendi isteğine göre verebilir. Davanın sonucunda, yabancı yatırımcı lehine bir tazminat kararı çıkarsa, bu tazminat davacı devlete ödenir. Bu durumda, yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin yaptığı haksızlığa karşı etkili ve gerçek bir koruma bulamaz⁹⁴². Sonuç olarak, hangi hakları kapsadığı konusunda net bir anlaşma sağlanamayan uluslararası asgari standart doktrini, yatırımcılara etkili ve gerçek bir koruma sağlayamamıştır⁹⁴³.

Latin Amerika ülkeleri, 19. yüzyılda Avrupa devletlerinin yabancı yatırımcılarına ayrıcalıklı muamele vermesine ve bu yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı hak iddia etmesine karşı çıkmışlardır. Bu nedenle, bu ülkeler, yabancı yatırımcıların yerli vatandaşlarla eşit haklara sahip olduğunu ve yabancı devletlerin bu yatırımcıları korumak için müdahale edemeyeceğini ileri süren bir doktrin geliştirmişlerdir. Bu doktrine milli muamele doktrini veya Calvo doktrini denir⁹⁴⁴. Bu doktrinin mimarı, Arjantinli bir diplomat ve hukuk bilgini olan Carlos Calvo'dur.

⁹⁴⁰ UNCTAD, "Taking of Property", United Nations, 2000, s. 12.

⁹⁴¹ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 312.

⁹⁴² Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 134.

⁹⁴³ Schreuer, C., **The ICSID...**, **a.g.e.**, s. 1083.

⁹⁴⁴ UNCTAD, "Expropriation", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, s. 25.

Calvo, 1868 yılında yazdığı bir kitapta, uluslararası hukukun gelişmiş ülkelerin egemenliğini tanımadığını ve gelişmekte olan ülkelerin haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Calvo, uluslararası hukukun adaletli ve eşit bir şekilde uygulanması için, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletin yargı sistemine boyun eğmesi gerektiğini savunmuştur. Calvo doktrini, Latin Amerika'nın uluslararası hukuk alanında bağımsız bir ses olma çabasının bir ifadesi olarak kabul edilir⁹⁴⁵.

Bir devlet kendi vatandaşlarına nasıl davranıyorsa, sınırları içerisindeki yabancılara da aynı şekilde davranması gerektiğini savunan milli muamele doktorini, uluslararası hukukta, devletlerin yabancılara eşitlik ve adalet sağlaması için oluşturulmuştur. Ancak gelişmiş ülkeler, bu doktrini kabul etmemiştir çünkü kendi vatandaşları ile gelişmekte olan veya geri kalmış ülkelerin vatandaşları arasında eşit haklara sahip olamayacaklarını öne sürmüşlerdir⁹⁴⁶. Bu görüşe göre, medeniyet seviyeleri eşit olan iki ülke vatandaşına milli muamele doktrini geçerli olabilir ama medeniyet seviyeleri farklı olan ülke vatandaşlarına uluslararası asgari standart doktrini geçerli olmalıdır. Bu doktrin, bir devletin, kendi iç hukukuna aykırı olsa ve kendi vatandaşlarına uygulamadığı standartlardan daha yüksek muamele yapması gerekse bile, uluslararası hukukun belirlediği asgari standartları uygulamasını zorunlu kılar⁹⁴⁷. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin Yabancılar Hukuku'na dair düzenlemeleri içeren *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States* belgesinde, milli muamele doktrininin yeterli olmadığı vurgulanmaktadır. Bu belgeye göre, bir devlet, yabancılara, kendi iç hukukuna uymasa ve kendi vatandaşlarına göstermediğinden daha farklı bir muamele yapması gerekse bile, uluslararası hukuka uygun bir standardı uygulamak zorundadır⁹⁴⁸.

Akademik literatürde, yabancıya ve vatandaşa eşit haklar veren, ilk izlenimde adaletli görünen milli muamele doktrini, derinlemesine incelendiğinde, yabancının kendi ülkesi dışında, toplumsal ve ekonomik düzenin şekillenmesinde

⁹⁴⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 290.

⁹⁴⁶ Higgins, R., **"The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations"**, Oxford University Press, 1963, s. 78.

⁹⁴⁷ Jennings, R. and Watts, A., **"Oppenheim's International Law"**, 9th ed., Oxford University Press, 1992, s. 921.

⁹⁴⁸ Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute, 1965, s. 170.

etkili olan seçme hakkı ve vatandaşın çıkarlarını savunmak için kullandığı politik araçlardan mahrum olduğu için uluslararası hukuk bakımından yeterli olmadığı iddia edilmektedir⁹⁴⁹. Fakat günümüzde gelişmiş ülkeler, milli muamele ilkesini benimsedikleri için yatırımcılarının ev sahibi ülkede yatırım yapar yapmaz yerli yatırımcılarla aynı hak ve imtiyazlara kavuşmaları sebebiyle bu ilkeye eskiden olduğu gibi karşı değillerdir. Artık, milli muamele ilkesini ihlal eden ev sahibi ülkenin, ayrımcılık yapmama ilkesini çiğnemesi sonucunda uluslararası sorumluluk altına girdiği kabul görmektedir. Benzer şekilde, birçok Latin Amerika ülkesi ve gelişmekte olan ülke, daha önce reddettikleri Hull formülünü içeren ikili yatırım anlaşmalarına imza atmışlardır⁹⁵⁰. II. Dünya Savaşı'ndan sonra onaylanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950) gibi uluslararası belgelerde, dil, din, ırk, cinsiyet gibi farklılıklar gözetilmeksizin tüm insanlara temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve korunması öngörülmüştür. Bu sayede, bu haklar yabancı ve yerli ayrımı yapılmaksızın tüm insanlar için geçerli ve uygulanabilir hale gelmiştir⁹⁵¹. Bu nedenle günümüzde milli muamele ilkesi ve uluslararası asgari standart ilkesi, zıt değil; uyumlu ve birbirini tamamlayan ilkeler olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan, gelişmekte olan ülkeler, uluslararası asgari standart ilkesinin kendi kültürel ve hukuki geleneklerine uymadığını düşündüklerinden milli muamele ilkesine öncelik vererek, ekonomik bağımsızlıklarını ilan etmek amacıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda devletin doğal kaynaklar üzerindeki egemenliğiyle ilgili yerleşmiş olan kamulaştırma ilkelerini değiştirmek istemişlerdir⁹⁵².

⁹⁴⁹ Brownlie, **a.g.e.**, s. 500.

⁹⁵⁰ Schwarzenberger, G., "**Foreign Investments and International Law**", Stevens & Sons, 1969, s. 110.

⁹⁵¹ Nowak, M., "**Introduction to the International Human Rights Regime**", Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 230.

⁹⁵² Shaw, **a.g.e.**, s. 690.

3.1.2.6.8. Kamulaştırmayı Hukuka Uygun Hale Getiren Sebepler

a) Kamu Yararı Bulunması

Uluslararası hukukta kamulaştırmaların meşru kabul edilmesi için, alınan önlemlerin kamu yararına hizmet etmesi gerekmektedir⁹⁵³. “Kamu yararı” terimi uluslararası hukukta net bir şekilde tanımlanmamıştır, kavramın belirsiz ve soyut sınırlarını belirleme yetkisini devletlere bırakmıştır⁹⁵⁴. Bu yetki de devletlere haliyle geniş bir takdir hakkı tanımaktadır⁹⁵⁵. Yatırımcılar genellikle kamulaştırma işlemlerinin kamu yararına olmadığını iddia etse de, ev sahibi devletler bu belirsizlikten faydalanmaya çalışmaktadır. Bu durum, kamu yararının ne olduğunu ve nasıl değerlendirileceğini belirleyen net standartların oluşturulmasını güçleştirmektedir⁹⁵⁶.

Kamu yararı olmadığı iddiasıyla açılan davalara nadiren rastlanmaktadır. Zira kamu yararı şartı geniş bir yelpazeyi kapsamakta ve devletler genellikle tüm eylemlerini kamu yararı gerekçesiyle meşrulaştırmaktadır⁹⁵⁷. Ev sahibi devlet tarafından yatırıma veya yatırımcıya yönelik bir müdahalenin kamulaştırıcı niteliği, kamu yararı amacıyla gerçekleştiği kabul edilirse, tazminat gerektiren herhangi bir sonuç yaratmayacağı belirtilmektedir. Kamulaştırmanın belirlenmesinde esas olan, ev sahibi devletin niyeti değil, yatırıma verilen ekonomik zararın büyüklüğüdür⁹⁵⁸. Önceki bölümlerde tahkim kararları kapsamında tartışıldığı gibi, dolaylı kamulaştırmanın belirlenmesinde, yabancı yatırıma müdahale eden devlet eyleminin amacına odaklanan bir yaklaşım altında, kamu yararı amacı taşıyan müdahaleler dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmemekte ve bu nedenle ev sahibi devletin tazminat ödeme yükümlülüğü de ortaya çıkmamaktadır⁹⁵⁹.

⁹⁵³ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 325.

⁹⁵⁴ Wälde, T. W., "The Effectiveness of International Law Disciplines in Reducing the Political and Legal Risks for Private Investments in Developing Countries", **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, 1992, s. 204.

⁹⁵⁵ Dolzer, **a.g.m.**, s. 78.

⁹⁵⁶ Brownlie, **a.g.e.**, s. 509.

⁹⁵⁷ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 383.

⁹⁵⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 403.

⁹⁵⁹ Vandevelde, *Bilateral...*, **a.g.e.**, s. 258.

Kamulaştırma işlemlerinin meşruluğu konusu değerlendirilirken tartışmalara sebebiyet vermiştir. Zira meşruluk için kamu yararının gözetilmesi, genellikle yatırım anlaşmaları ve doktrinde bir ön şart olarak kabul edilir⁹⁶⁰. Ancak buradaki asıl soru; ev sahibi devletler tarafından yatırıma yönelik müdahalelerde kamu yararının gözetilmesi tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırır mı?

Tahkim kararları incelendiği takdirde hakem heyetlerinin bu konuda bakış açılarının farklılıklar taşıdığı görülecektir. Marvin Roy Feldman'ın Meksika'nın belirli vergi yasalarının uygulanması sonucu, Meksika'dan tütün ürünleri ihraç eden şirketinin, ihracatçılara belirli vergi iadeleri sağlayan bir yasadaki yararlanmadığı iddiası üzerine açılan Feldman v. Mexico davasında, hakem heyeti kamulaştırma tanımında tazminat dışındaki diğer şartların, özellikle kamu yararı şartının, önemli olmadığına işaret etmişlerdir⁹⁶¹. LIAMCO şirketi tarafından, Libya hükümetinin petrol arama ve üretimi için imzaladığı konsesyon anlaşmalarını tek taraflı olarak ihlal ettiği ve şirketin varlıklarının ve haklarının ulusal çıkarlar adı altında kamulaştırıldığı iddiasıyla açılan LIAMCO v. Libya davasında, hakem heyeti kamulaştırmanın meşruluğundan ziyade tazminatın önemine vurgu yapmış ve uluslararası hukukun kamulaştırmanın geçerliliğini kamu yararı ile ilişkilendirmenin hatalı sonuçlara sebebiyet vereceğini vurgulamıştır⁹⁶². Vivendi iptal kararında, ad hoc Komite, bir devletin kamulaştırma müdahalesinde bulunması durumunda, kamu yararı gerekçesiyle tazminat ödemekten muaf tutulamayacağına karar vermiştir⁹⁶³. Bu karar, kamu yararının varlığının, kamulaştırma sonucu doğan tazminat sorumluluğunu etkilemeyeceği anlamına gelir. Komite almış olduğu bu kararla, kamu yararı ilkesinin tazminat sorumluluğunu iptal ettiği düşünülürse, kamulaştırma durumlarında tazminat ödenmesine karar verilemeyeceğini belirtmiştir⁹⁶⁴.

Bu kararlar, yatırımcı ile ev sahibi devlet tahkimlerinde, devletlerin kamulaştırma işlemlerinde kamu yararını bahane ederek tazminat ödememeye çalışmalarına

⁹⁶⁰ McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M., **a.g.m.**, s. 312.

⁹⁶¹ Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

⁹⁶² LIAMCO v. Libya, Award, 12 April 1977, 20 ILM 1 (1981).

⁹⁶³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Annulment Decision, 3 July 2002.

⁹⁶⁴ Higgins, R., **a.g.m.**, s. 78.

karşı bir engel oluşturur ve yatırımcıların haklarını savunur⁹⁶⁵. Kamu yararı, kamulaştırmanın meşruiyetinde önemli bir rol oynasa da, devletlerin tazminat ödeme yükümlülüklerinden kaçınmalarına her zaman izin vermez⁹⁶⁶. Bu karar, uluslararası yatırım hukukunda, devletlerin kamulaştırma işlemlerinde yatırımcılara hak ettikleri tazminatı ödemeleri gerektiğini vurgulayan önemli bir örnek olarak kabul edilir⁹⁶⁷.

Enerji Şartı Antlaşması çerçevesinde, kamulaştırma süreçlerinde kamu yararı koşulunun diğer yatırım antlaşmalarına göre daha sınırlı bir kapsamda ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Antlaşmanın 24. maddesi, insan ve çevre sağlığı veya enerji arzı gibi belirli durumlar dışında, yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmamasına izin verirken, kamulaştırma işlemlerini bu istisnalardan muaf tutar⁹⁶⁸. Bu, kamulaştırma işlemlerinin, bu tür istisnai durumlar söz konusu olsa bile, engellenemeyeceğini gösterir. Antlaşmanın 13(1) maddesi, hukuka uygun kamulaştırma için kamu yararı şartını öngörse de, 24(1) maddesi bu şartın kanıtlanmasını zorlaştırır⁹⁶⁹.

Bu bağlamda, Yukos Universal Limited v. Russian Federation davası, Enerji Şartı Antlaşması'nın kamu yararı ve tazminatla ilgili hükümlerinin uygulanma şekline dair bir örnektir. Bu dava Yukos Universal Limited (Isle of Man) şirketinin Rusya Federasyonu'na karşı açtığı ve Enerji Şartı Antlaşması'nın ihlal edildiğini iddia ettiği bir yatırımcı-devlet tahkim davasıdır⁹⁷⁰. Davanın temelinde, Rusya hükümetinin Yukos Petrol Şirketi'ne yönelik bir dizi eylemi bulunmaktadır. Bu eylemler arasında tutuklamalar, büyük vergi değerlendirmeleri, hacizler ve Yukos'un ana tesislerinin açık artırmayla satılması gibi işlemler yer almaktadır⁹⁷¹.

⁹⁶⁵ Rubins and Kinsella, International..., **a.g.m.**, s. 245.

⁹⁶⁶ Salacuse, **a.g.m.**, s. 331.

⁹⁶⁷ Born, **a.g.m.**, s. 2231.

⁹⁶⁸ Thomas W. Wälde, Investment..., **a.g.m.**, s. 199.

⁹⁶⁹ Cameron, **a.g.m.**, s. 330.

⁹⁷⁰ Gaillard, "The Energy Charter Treaty: An Overview," *Arbitration International*, Vol. 24, No. 1, 2008, s. 67.

⁹⁷¹ Hober, K. and Andrea Bjorklund(der.) "The Energy Charter Treaty," in *Investment Treaty Law: Current Issues III*, Ian Laird, Sergey Ripinsky, British Institute of International and Comparative Law, 2009, s. 287.

İddiaya göre bu eylemler, şirketin iflasına ve Yukos'taki hisselerin tüm değerinin yok olmasına yol açmıştır⁹⁷².

Tahkim mahkemesi, Rusya'nın Enerji Şartı Antlaşması'nın 13. maddesinde (Kamulaştırma) belirtilen yükümlülükleri ihlal ettiğine karar vermiştir⁹⁷³. Mahkeme, Rusya'nın Yukos'u veya hissedarlarının hisselerini açıkça kamulaştırmadığını, ancak alınan önlemlerin "millileştirme veya kamulaştırmaya eşdeğer bir etki" yarattığını belirtmiştir⁹⁷⁴. Sonuç olarak, mahkeme davayı yatırımcının lehine sonuçlandırmış ve yatırımcıya 1.846 milyar USD tazminat ödenmesine hükmetmiştir⁹⁷⁵.

b) Tazminat Ödenmesi

Uluslararası yatırım hukukunda tazminat kavramının, kamulaştırma işlemlerinde hukuki bir zorunluluk olup olmadığı konusu, uzun süredir tartışma konusudur. Önceki konularda vermiş olduğumuz tahkim kararlarında da görüleceği üzere; bir kısım hakem heyeti kamulaştırmanın yasal olması için tazminat ödenmesinin zorunlu olmadığını savunurken, daha yaygın olan görüşe göre, kamulaştırmanın hukuka uygun sayılabilmesi için tazminat ödenmesi gerekmektedir⁹⁷⁶. Asıl mesele, hukuka uygun kamulaştırmada ödenmesi gereken tazminatın mahiyetidir.

19. yüzyıla kadar, mülkiyet haklarına tam koruma sağlanmıştır. Yani devlet, sadece kamu yararı gerekçesiyle yatırımcının mülkiyete el koyabiliyor, bu durumda bile mülkiyet sahibine tam değer karşılığı ödeme yapmak zorunda kalıyordu⁹⁷⁷. Ancak 20. yüzyılda, mülkiyetin kamulaştırılma olaylarının artmasıyla birlikte, devletler tam tazminat ödeme konusunda zorluklar yaşamıştır. Bu bağlamda, ABD Dışişleri Bakanı Cordell Hull'un 1940 yılında Meksika'ya yazdığı mektupta, "kamulaştırmanın ancak hemen, yeterli ve etkili bir tazminat

⁹⁷² Ripinsky, R. and Williams, K., "**Damages in International Investment Law**," British Institute of International and Comparative Law, 2008, s. 220.

⁹⁷³ Kantor, M., "**Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence**," Kluwer Law International, 2008, s. 311.

⁹⁷⁴ Peterson, L. E., "**Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making**," International Institute for Sustainable Development, 2004, s. 45.

⁹⁷⁵ Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, "**Comparative International Commercial Arbitration**," Kluwer Law International, 2003, s. 743.

⁹⁷⁶ Dolzer and Stevens, **a.g.e.**, s. 102.

⁹⁷⁷ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 347.

ödenmesi durumunda hukuka uygun olacağını” belirtmiştir⁹⁷⁸. Her ne kadar Hull formülü, sömürgecilik sonrası dönemde yapılan kamulaştırmalarda sıkça kullanılan bir yöntem olsa da, gelişmekte olan ülkelerin savunduğu “uygun tazminat” anlayışı sebebiyle eleştirilerine maruz kalmıştır⁹⁷⁹. Yine de, Hull formülü günümüzde yatırım anlaşmalarında kamulaştırma tazminatı belirlemede yaygın olarak kullanılan bir yöntem olmaya devam etmektedir.

Enerji Şartı Antlaşması, “Hull Formülü” olarak bilinen bu ödeme yöntemini benimseyen ilk çok taraflı antlaşmadır. Antlaşmanın 13(1) maddesi, hukuka uygun bir kamulaştırma için tazminatın hemen (prompt), yeterli (adequate) ve etkili (effective) bir şekilde ödenmesi gerektiğini belirtir⁹⁸⁰. Antlaşmanın bu formülü benimsemesinin arkasında, özellikle eski Sovyet Cumhuriyetlerinin altyapı ve ekonomik kalkınma ihtiyaçları yatmaktadır. Hull Formülü, yabancı yatırımcılar için cazip bir yatırım ortamı yaratma amacı taşımaktadır⁹⁸¹.

Uluslararası hukukta, tazminatın “hemen” ödenmesi, ödemenin gereksiz yere geciktirilmemesi anlamına gelir. “Etkili” ödeme, ödemenin nakde çevrilebilir ve IMF tarafından belirlenen bir para birimi üzerinden yapılması demektir. Enerji Şartı Antlaşmasının 13(1) maddesi, tazminatın serbest döviz üzerinden ödeneceğini vurgular⁹⁸². “Yeterli” tazminat ise, tazminat miktarının yeterli olup olmadığı konusunda tartışma yaratmamak için genellikle yatırım antlaşmalarında açıkça belirtilir. Kamulaştırılan yatırımın “piyasa değeri”, tazminatın hesaplanmasında en yaygın kullanılan yöntemdir. Enerji Şartı Antlaşması da bu yaklaşımı benimsemiştir ve 13(1) maddesinde, kamulaştırma durumunda ödenecek tazminatın, kamulaştırma işleminden hemen önceki yatırımın piyasa değerine eşit olması gerektiğini belirtir⁹⁸³.

⁹⁷⁸ Hull, C., "The Hull Doctrine on Compensation for Expropriated Property", Department of State Bulletin, 1940, s. 535.

⁹⁷⁹ Schreuer, C., "The Concept of Expropriation under the ECT and Other Investment Protection Treaties", **Transnational Dispute Management**, 2005, s. 17.

⁹⁸⁰ Wälde, T. W., The Energy..., **a.g.m.**, s. 253.

⁹⁸¹ Cameron, **a.g.m.**, s. 214.

⁹⁸² Wälde, T. W., Investment..., **a.g.m.**, s. 199.

⁹⁸³ Ripinsky, S. and Williams, K., **a.g.m.**, s. 220.

Antlaşmada, kamulaştırma durumunda ödenecek tazminatın miktarını belirlemek için “piyasa değeri” ölçütünün açıkça tercih edildiği ve bu ölçütün uygulanması için farklı zaman dilimleri öngörüldüğü görülmektedir. Bu bağlamda, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic davası, piyasa değerine dayalı tazminat hesaplamasının nasıl yapıldığına dair bir örnektir⁹⁸⁴. Bu dava, Arjantin’in enerji sektöründeki yabancı yatırımlara uyguladığı acil durum önlemleri nedeniyle CMS Gas Transmission Company tarafından açılmıştır. Tahkim kurulu; Arjantin’in Enerji Şartı Antlaşması’nın 13(1) maddesini ihlal ettiğine ve şirkete yeterli tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu davada piyasa değeri ise; “herhangi bir baskı veya zorlama olmaksızın, bağımsız ve rastgele bir alıcı ile satıcı arasında, serbest piyasa koşullarında, aynı endüstride faaliyet gösteren tarafların işletmeyi devretmesi karşılığında oluşan fiyat” olarak ifade edilmiştir⁹⁸⁵.

Bu hususta başka bir tahkim kararı örneği olarak Norway v. United States (1948) davası verebilir. Bu dava, Norveç’in, Birleşik Devletler tarafından gerçekleştirilen bir kamulaştırma işlemi sonucu Norveçli gemi sahiplerinin uğradığı zararlar için tazminat talep ettiği bir durumu ele almaktadır⁹⁸⁶. Tahkim mahkemesi, sadece fiziksel mülkiyetin değil, aynı zamanda sözleşmelerin de kamulaştırıldığına ve bu işlemin Birleşik Devletler hukuku altında kamunun yetkisi kullanılarak yapıldığına karar vermiştir. Mahkeme, Norveç’in dost bir ulus olduğunu ve alınan önlemlerin hukukun üstünlüğünü ihlal edecek olağanüstü bir durum olmadığını vurgulamıştır. Sonuç olarak, mahkeme, Norveç’e hemen ve tam tazminat ödenmesi gerektiğine ve tazminatın adil piyasa değeri standardına göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁸⁷.

Tahkim kararlarında, tazminatın yeterliliği konusundaki tartışmalar yatırımın piyasa değerine dayanarak çözümlenmiş gibi görünüyorsa da bu kez piyasa değerinin nasıl hesaplanacağı konusunda yeni soru işaretleri ortaya çıkmıştır. Dünya Bankası’nın Yabancı Yatırımlar Hakkındaki Yönerge İlkeleri incelendiği

⁹⁸⁴ Kantor, **a.g.m.**, s. 311.

⁹⁸⁵ Peterson, **a.g.m.**, s. 45.

⁹⁸⁶ Sandifer, D. V., "Evidence before International Tribunals", University Press of Virginia, 1975, s. 185.

⁹⁸⁷ Norway v. United States, **Reports of International Arbitral Awards**, 1948, s. 308.

takdirde, adil piyasa değerinin hesaplanması konusundaki beyanı oldukça mühimdir. Bu beyana göre yatırımın piyasa değeri hesaplanırken; “bir yatırımın özelliklerini, gelecekteki operasyonel koşullarını, yatırımın gerçekleştirildiği zaman dilimini, yatırımın toplamındaki maddi varlıkların oranını ve her duruma özgü diğer önemli faktörleri dikkate alarak, istekli olan bir alıcının istekli olan bir satıcıya normal koşullar altında ödemeye razı olacağı tutar” göz önüne alınmalıdır⁹⁸⁸.

Tahkim mahkemelerinin kararları incelendiği takdirde, bu belirsizliğin zme kavuşturulmasında yine bu beyanın esas alındığı görülmektedir. Özellikle Starrett Housing Corporation v. İran davasında alınan karar kamulaştırma işlemlerinde tazminatın hesaplanması ve ödenmesi konusunda önemli bir emsal teşkil etmiş ve ilerleyen zamanlarda yaşanan uyuşmazlıklara yol gösterici olmuřtur⁹⁸⁹. Bu dava Starrett Housing Corporation şirketinin İran’da geliştirdiği büyük bir konut projesi sırasında yaşanan olaylar nedeniyle İran Hükümeti aleyhine açtığı bir davadır. 1974 yılında başlayan bu dava, Starrett’in Tahran’ın kuzeybatısında Farahzad adlı bölgede, geliştirilmemiş arazide bir konut topluluğu inşa etme programına katılmasıyla ilgilidir. Starrett, Bank Omran ile yapılan bir dizi anlaşma çerçevesinde, Farahzad’daki arazileri satın almayı, geliştirmeyi, inşa etmeyi ve daireleri pazarlamayı üstlenmiştir. Dava, Starrett’in mülkiyet haklarının İran Hükümeti tarafından alıkonulduğu ve bu süreçte zarar gördüğü iddialarına dayanmaktadır. Tahkim mahkemesi, belirli yargısal soruları ve İran Hükümeti’nin Starrett’in mülkiyetini alıp almadığını karara bağlamak için bir ara karar vermiş ve eğer alıkonulmuşsa, mülkiyetin değerini belirlemek üzere bir uzmana danışmıştır. Sonuç olarak; hakem heyeti, bir yatırımın piyasa değerini, “her iki tarafın da tam bilgiye sahip olduğu, zorlama veya yanıltıcı etkilerden uzak durduğu ve kar elde etmeyi amaçladığı bir durumda, gönüllü bir alıcının gönüllü bir satıcıya ödemeye razı olduğu tutar” olarak açıklamış ve Starrett’in mülkiyet haklarının alıkonulduğuna hükmetmiş buna bağlı olarak Starrett’e 112.672.613 ABD doları tutarında tazminat ödenmesine karar vermiřtir⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992, s. 42.

⁹⁸⁹ Starrett Housing Corporation v. İran, Award, 1983.

⁹⁹⁰ Starrett Housing Corporation v. İran, Award, 1983, s. 23.

Hakem heyetlerinin tazminat miktarını belirlerken subjektif kararlardan kaçınmalarını ve objektif ölçütler kullanmalarını sağlamak amacıyla çeşitli değerlendirme yöntemlerine işaret edilmektedir. Zira özellikle adil piyasa değerinin hesaplanmasında, gönüllü alıcı ve satıcıların belirlenmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Uygulamada “bilanço değeri, ikame değeri, tasfiye değeri, devam eden işletme değeri ve indirgenmiş nakit akımı değeri” olarak beş temel değerlendirme yöntemi arasından seçim yapıldığı görülmektedir⁹⁹¹.

Yine tazminat miktarının belirlenmesi konusundaki anlaşmazlıkları en aza indirmek amacıyla, Enerji Şartı Antlaşması'nın 13(2) maddesinde, yatırımcılara ev sahibi ülkenin yasalarına uygun olarak bağımsız bir otorite tarafından yatırım değerinin ve tazminatın hızlı bir şekilde gözden geçirilmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Hakeza anlaşma kapsamında; tazminatın, kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadar geçen süre için piyasa koşullarına göre belirlenen ticari faizi de içermesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece yatırımcının hak kaybına uğramasının önüne geçilmek istenmiştir⁹⁹².

Enerji sektöründeki yatırımların genellikle yüksek maliyetli yatırımlar olmasının doğal sonucu olarak; Enerji Şartı Antlaşması'nda kamulaştırma konusu detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu çerçevede ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilen kamulaştırma eyleminin yasal olup olmaması, tazminat miktarının belirlenmesinde bir fark yaratır mı sorusu bir diğer tartışma konusu olmuştur⁹⁹³.

Bazı hukukçular, yatırım antlaşmalarında aksine bir hüküm yoksa, kamulaştırılan yatırımın tazminatının, onun piyasa değeriyle orantılı olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, kamulaştırma eyleminin hukuka uygun olup olmamasının tazminat miktarını değiştirmeyeceği sonucunu vermektedir⁹⁹⁴. Lakin, piyasa değerine dayalı tazminat ödemesinin, sadece hukuka uygun olarak kabul edilen kamulaştırma durumları için geçerli olduğunu savunan görüşlerde mevcuttur. Hatta bu görüşü savunan hukukçulara göre; haksız kamulaştırma durumlarında, piyasa değerinin yanı sıra, yatırımcının mahrum bırakıldığı kâr gibi

⁹⁹¹ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992, s. 45-46.

⁹⁹² Energy Charter Treaty, Article 13(2).

⁹⁹³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 99-102.

⁹⁹⁴ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283-284.

diğer zarar unsurları da tazminat hesaplamasında göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁹⁵. Enerji yatırımlarında mahrum bırakılan kârın yüksek meblağlara ulaşabileceği göz önüne alındığında, bu tartışmaların değerlendirilmesi büyük önem taşır.

Yatırım anlaşmalarının birçoğunda, kamulaştırmanın hukuka uygun sayılabilmesi için kamu yararı, ayrımcılık yapılmaması, usul kurallarına uyulması ve tazminat ödenmesi gibi şartlar bulunmaktadır. Ancak, haksız kamulaştırmalarda da tazminat ödenmesi gerektiği belirtildiğinden, bu iki tür kamulaştırma arasındaki çizgi belirsizleşmiştir⁹⁹⁶. Enerji Şartı Antlaşması'nın 13. maddesinde bu ayrım açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde, ancak yukarıda belirtilmiş olan hukuka uygunluk şartları arasında ayırım yaparak sorunu çözebilmenin mümkün olacağı görüşü savunulmuştur. Buna görüşü savununlara göre, hukuka uygun bir kamulaştırma için gerekli olan ilk üç şart (kamu yararı, ayrımcılık yapılmaması, usul kurallarına uyulması) davranış şartları olarak adlandırılırken, son şart ise tazminat şartıdır. Şayet bir kamulaştırma işlemi tüm bu şartları karşılıyorsa hukuka uygun, davranış şartlarından birini karşılamıyorsa haksız kamulaştırma olarak kabul edilir⁹⁹⁷. Davranış şartları yerine getirildiği takdirde bile tazminat şartı yerine getirilmiyorsa, bu durum kamulaştırma işlemine sadece geçici bir hukuka uygunluk kazandıracaktır.

c)Ayrımcılık Yapılmaması

Uluslararası yatırım anlaşmaları genellikle, kamulaştırma işlemlerinin adil ve eşit bir şekilde yapılmasını gerektiren belirli standartları içerir. Bu standartlardan biri de ayrımcılık yapılmaması ilkesidir. Ayrımcılığın varlığının belirlenmesi sürecinde, ne doktrinde ne de uluslararası tahkim mahkemelerinin kararlarında, bu tür muameleyi kesin olarak sınıflandıracak ve ölçecek bir standart bulunmamaktadır. Bu nedenle, ayrımcılık iddialarının değerlendirilmesi genellikle karmaşık bir süreçtir ve kesin bir ölçütün olmaması, her bir durumun kendi içinde değerlendirilmesini gerektirir. Bu ilke, anlaşmalarda farklı ifadelerle

⁹⁹⁵ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 450-451.

⁹⁹⁶ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", Working Papers on International Investment, 2004, s. 12.

⁹⁹⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 110-112.

yer alabilir; ancak hepsi, yatırımcılara karşı herhangi bir ayrımcılık yapılmaması gerektiğini vurgular⁹⁹⁸.

Ayrımcılık, genellikle makul bir neden olmadan bireyleri veya grupları dışlamak olarak tanımlanır⁹⁹⁹. Uluslararası hukukta, özellikle ırksal temellere dayanan ayrımcılık kabul edilemez olarak görülür. Ancak, sömürgecilik sonrası bağımsızlığını kazanmış ve ekonomik yapılarını yeniden düzenlemek zorunda kalan ülkeler için, bu tür ayrımcılık bazen geçerli kabul edilebilir. Çünkü bu ülkeler, sömürgeci güçlerin ekonomik etkisini azaltmak ve kendi vatandaşlarına daha adil ekonomik fırsatlar sunmak için bu tür önlemleri alabilirler¹⁰⁰⁰.

Yatırım anlaşmalarında kamulaştırma şartları arasında sıkça rastlanan bir diğer ilke ise “en çok gözetilen ulus” ilkesidir. Bu ilke, yatırımcıların, ev sahibi ülkenin vatandaşlarına veya diğer ülkelerin vatandaşlarına göre daha kötü muamele görmemesini sağlar. Bazı anlaşmalarda, ayrımcılık yapmama şartı açıkça belirtilmese de, en çok gözetilen ulus ilkesine yapılan atıflarla dolaylı olarak bu şartın varlığı kabul edilir¹⁰⁰¹.

Kamulaştırma sürecinde ayrımcılık yapmama ilkesi, her zaman açıkça ifade edilmese de, en çok gözetilen ulus ilkesinin varlığıyla dolaylı olarak teminat altına alınmıştır. Bu durum, anlaşmalar yoluyla üçüncü ülke vatandaşlarına tanınan hakların, ayırım gözetmeksizin korunmasını sağlar. Hakem kararları, kamulaştırmada ayrımcılık yapmama ilkesinin önemini doğrulamaktadır. Örneğin, ADC v. Hungary davasında, tahkim heyeti Macaristan devletinin, havaalanı projesindeki tek yabancı yatırımcı olma durumunu gerekçe göstererek ayrımcılık yapılmadığını iddia etmesini geçersiz bulmuştur. Heyetin değerlendirmesine göre, kamulaştırma işleminde ayrımcılık, farklı gruplara yönelik muamele farklılıkları ile belirlenir. Bu özel durumda, Macaristan tarafından atanan yönetici ve yabancı yatırımcılar arasındaki farklı muamele, ayrımcılığın bir göstergesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, heyet yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında yapılan karşılaştırmada, Macaristan’ın yabancı yatırımcıların havaalanı inşasını

⁹⁹⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 283.

⁹⁹⁹ Rubins and Kinsella, International..., **a.g.m.**, s. 177.

¹⁰⁰⁰ Maniruzzaman, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁰⁰¹ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 506.

engelleyici tutumunu ayrımcı olarak nitelendirmiş ve bu durumun dolaylı kamulaştırmaya yol açtığı sonucuna varmıştır¹⁰⁰².

Buna karşın CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic davasında, hakem heyeti, Arjantin'in ekonomik krizi sırasında yabancı yatırımcılara uyguladığı tedbirlerin ayrımcı olup olmadığı hususunda, Arjantin'in aldığı tedbirlerin yabancı yatırımcılara karşı ayrımcı olmadığına karar vermiştir. Heyet alınan bu tedbirlerin ulusal bir krizle başa çıkmak için gerekli olduğuna ve yabancı yatırımcılar ile yerel yatırımcılar arasında ayrım yapılmaksızın uygulandığına dolayısıyla ortada bir ayrımcılık olmadığına kanaat getirmiştir¹⁰⁰³.

Yine LIAMCO v. Libya davasında, tahkim heyeti, LIAMCO'nun kamulaştırılan ilk veya tek petrol şirketi olmadığını, ayrıca kamulaştırma yasaları nedeniyle tek etkilenen şirket olmadığını belirtmiştir. LIAMCO'nun millileştirilmesinden önce ve sonra da diğer şirketlerin millileştirildiğini ve işlemeye devam eden diğer Amerikan petrol şirketleri olduğunu göz önünde bulundurarak, millileştirmelerde politik nedenlerin baş aktör olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, heyet uygulanan işlemlerin ayrımcı olduğuna dair yeterli kanıt olmadığına karar vermiştir¹⁰⁰⁴.

Nihai olarak, ev sahibi ülkeler, yerli yatırımcıları teşvik etmek ya da yabancı yatırımcıları belirli bir yatırım faaliyetinden men etmek için farklı davranışlar sergileyebilirler. Eğer bu tür bir müdahale, ayrımcı bir karakter taşıyorsa, bu durum hukuki açıdan kabul edilemez olacaktır¹⁰⁰⁵.

d) Usul Kurallarına Uygun Olma

Yatırım anlaşmalarında sıkça karşılaşılan, ancak uluslararası örf ve adet hukukunda tam bir uzlaşya varılmamış olan usul kurallarına uygunluk şartı,

¹⁰⁰² ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, October 2, 2006.

¹⁰⁰³ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

¹⁰⁰⁴ Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award, April 12, 1977.

¹⁰⁰⁵ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", Working Papers on International Investment, 2004, s. 23-25.

yatırımcılara önceden bilgi verilmesi, tarafsız bir yargılama süreci ve ilgili yasal mevzuata erişim hakkı gibi beklentileri içermektedir. Bu şart, genellikle “hukukun öngördüğü usule uygun olarak” ifadeleriyle anlaşmalarda yer alır ve yasal süreçlerin izlenmesi gerektiğini belirtir. Ayrıca, yatırımcının, kamulaştırma işleminin usulüne ve tazminat miktarının adil olup olmadığına ilişkin bağımsız bir organa başvurma hakkı da bu şartın bir parçasıdır¹⁰⁰⁶.

Usul kurallarına uygun olma şartı, iki temel prensibi içermektedir. Kamulaştırmanın milli hukuk kurallarına ve uluslararası arenada kabul görmüş temel ilkelere uygun olması ve kamulaştırmadan etkilenen yatırımcının uyuşmazlığı bağımsız ve tarafsız bir organ önünde çözebilmesidir. İlk prensip, usul kurallarına uygun olma şartını sadece milli hukuka indirgememekle birlikte, bazı anlaşmalarda sadece iç hukukun kastedildiği ifadeler de yer alabilir. Örneğin, Çin gibi muhafazakâr ülkeler, “milli usul kuralları çerçevesinde” ifadesini kullanmıştır. Ancak bazı anlaşmalarda kamulaştırmanın uluslararası hukuka göre değerlendirilmesi öngörülmüştür¹⁰⁰⁷. İkinci prensip ise, kamulaştırmanın usul kurallarına uygunluğunun veya tazminat miktarının bağımsız bir organ tarafından denetlenebilmesini içerir. Bazı anlaşmalarda hem usul kurallarına uygunluk hem de yargısal denetim yer alırken, bazılarında sadece yargısal denetim öngörülmüştür¹⁰⁰⁸.

Tahkim sözleşmelerinde usul kurallarına uygun olma şartı, yatırımcıların haklarını korumak amacıyla önemlidir. Lakin usul kurallarına aykırılığın esas alındığı tahkim dava sayısı bir hayli azdır. Genellikle bu şarta aykırılık, kamulaştırma işleminin hukuki bir temele dayanmaması veya yatırımcıların kamulaştırma kararına karşı yargısal veya idari bir organa başvuramaması durumunda ortaya çıkabilir. Yani, bu durumda kamulaştırma işlemi, yasal gerekliliklere uygun olarak gerçekleşmemiş olabilir. Örneğin, Siag & Vecchi v. Egypt davasını ele alalım. Bu dava, turistik bir tesisin yapımını öngören anlaşmanın süresinin bitimine yedi ay kala, Mısır hükümeti tarafından tesisin inşa edildiği arazinin

¹⁰⁰⁶ Schill, International..., a.g.e., s. 450.

¹⁰⁰⁷ Rubins, N. , "The Notion of 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law", OECD, 2004, s. 22.

¹⁰⁰⁸ Reinisch, August. "Standards of Investment Protection", Oxford University Press, 2008, s.174.

kamulaştırılmasıyla ilgilidir. Hakem heyeti, projede birtakım gecikmelerin olduğunu ancak bu durumun, anlaşmanın feshedilerek kamulaştırmaya sebep veremeyeceğini belirtmiştir. Yatırımcılara inşaat arazisinin kamulaştırılacağına ilişkin bir tebligat yapılmaması ya da en azından bir şekilde haberdar edilmemeleri, usul kurallarına uygun olma şartının esaslı bir şekilde ihlali olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁰⁹.

Yine ADC v. Hungary tahkim davası incelendiği takdir de, hakem kurulu, önceden tebliğ, âdil bir duruşma ve tarafsız bir hâkim gibi temel hukukî mekanizmaların varlığını vurgulamıştır. Bu koşulların yerine getirilmemesi, hukuka uygunluk ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Benzer şekilde, Middle East Cement v. Egypt tahkimi kararında da Mısır'ın kamulaştırma kararını önceden tebliğ etmemesi, hukuka uygunluk kuralına aykırı bulunmuştur¹⁰¹⁰.

Yukarıdaki kararlar ve diğer tahkim kararlarında da görüleceği üzere; ev sahibi devletler, yatırım ile ilgili hukuki ve idari düzenlemelerinde şeffaflık, belirlilik ve öngörülebilirlik eksikliği nedeniyle, kamulaştırmanın hukuka uygunluk koşullarını ihlal etmektedirler¹⁰¹¹. Fakat özellikle ev sahibi devlet açısından olmazsa olmaz niteliğindeki acil kamulaştırma durumlarında, kamulaştırmanın hukuka uygun olması için önceden bildirim yapılması gerekli değildir. Bu durumda, usul kurallarına uygun olma şartı, milli hukuk kurallarına uygun bir şekilde ve bağımsız bir organ tarafından denetlenerek yerine getirilmiş sayılabilir¹⁰¹².

3.2. Enerji Yatırımlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları

3.2.1. Ulusal Mahkemelerin Yetkili Olması

Geleneksel olarak, anlaşmazlıkların çözüm yolu genellikle ulusal mahkemelerdir. Özellikle yatırım anlaşmazlıkları söz konusu olduğunda, bu mahkemeler uzun bir

¹⁰⁰⁹ Siag & Vecchi v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009.

¹⁰¹⁰ ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006.

¹⁰¹¹ Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002.

¹⁰¹² Crawford, Brownlie's..., **a.g.e.**, s. 621.

süre boyunca ana çözüm mekanizması olarak hizmet etmiştir¹⁰¹³. Ancak 1980’lerden sonra, yatırım ile ilgili yasaların ve anlaşmaların artmasıyla birlikte, tahkim yatırımcılar için tercih edilen bir yöntem olmaya başlamıştır¹⁰¹⁴. Bu durum, yatırım anlaşmazlıklarında tahkime başvuruların sayısında büyük bir artışa yol açmıştır¹⁰¹⁵. Yine de, ulusal mahkemeler yatırım anlaşmazlıklarını çözme konusunda hala önemli bir rol oynamaktadır¹⁰¹⁶. Yatırımcılar, bazen yasal gereklilikler, bazen de stratejik tercihlere bağlı olarak ulusal mahkemelere başvurmaya devam etmektedirler¹⁰¹⁷.

Ulusal mahkeme ifadesinin, yatırım anlaşmazlıkları kapsamında hangi mahkemeyi işaret ettiği tartışmalara sebep olmuştur¹⁰¹⁸. Uygulamada, genellikle bu ifade, ev sahibi devlet mahkemeleri yerine kullanılmaktadır¹⁰¹⁹. Bununla birlikte, sözleşme ihlalleri sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda açıkça görüleceği üzere, bu terim, sadece ev sahibi devletin mahkemelerini değil, aynı zamanda kaynak devletin ve diğer ülkelerin mahkemelerini de içerecek şekilde daha geniş bir anlam taşımaktadır¹⁰²⁰. Burada kaynak devletin veya başka ülkelerin mahkemelerinin yetkisi sorgulanabilir bir durumdur¹⁰²¹. Yine de yatırım anlaşmalarının büyük bir bölümünde, “ulusal mahkeme” yerine daha spesifik olarak “ev sahibi devlet mahkemeleri” tabiri tercih edilmekte veya “ulusal mahkeme” denildiğinde ev sahibi devlet mahkemelerinin anlaşıldığı açıkça ifade edilmektedir¹⁰²².

Yatırım hukukunun gelişmediği dönemlerde, ev sahibi ülkenin mahkemeleri yatırım anlaşmazlıklarını çözme konusunda ana rolü oynuyordu¹⁰²³. O zamanlar, yatırımcıların ev sahibi devletle olan anlaşmazlıklarını uluslararası arenaya taşımaları, sadece ev sahibi devletin sağladığı diplomatik koruma aracılığıyla

¹⁰¹³ Brown, C. *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007, s.25.

¹⁰¹⁴ Bishop, Crawford, and Reisman, *a.g.m.*, s. 42.

¹⁰¹⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 88.

¹⁰¹⁶ Rubins and Kinsella, *International...*, *a.g.m.*, s. 114.

¹⁰¹⁷ Muchlinski, *Multinational...*, *a.g.m.*, s. 133.

¹⁰¹⁸ Schreuer, C., *The ICSID...*, *a.g.e.*, s. 101.

¹⁰¹⁹ Salacuse, *a.g.m.*, s. 29.

¹⁰²⁰ Yannaca-Small, *Arbitration...*, *a.g.m.*, s. 67.

¹⁰²¹ Newcombe and Paradell, *a.g.e.*, s. 75.

¹⁰²² Brown, C. *a.g.e.*, s. 25.

¹⁰²³ Vandeveld, *Bilateral...*, *a.g.e.*, s. 112.

mümkün olabiliyordu ve bu da ancak iç hukuk yollarının tükenmesinden sonra gerçekleşebiliyordu¹⁰²⁴. Bu sebeple, yatırımcılar için ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmak zorunlu bir adım haline gelmişti¹⁰²⁵. Ancak yatırım anlaşmalarının getirilmesiyle birlikte, yatırımcılara uluslararası tahkime başvurma imkanı sunulmuş ve bu da ev sahibi devlet mahkemelerine başvuruyu zorunluluktan çıkarmıştır¹⁰²⁶. Buna rağmen, ev sahibi devlet mahkemeleri yatırım anlaşmazlıklarını çözmede hala önemli bir merci olarak kalmaya devam etmektedir¹⁰²⁷.

Yatırımcıların ev sahibi devlet mahkemesine başvurmasının farklı nedenleri olabilir. Eğer uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna başvurmak için bir yasa veya kaynak devletle ev sahibi devlet arasında anlaşma yoksa, yatırımcılar için tek çözüm mercii ev sahibi devlet mahkemesi olur¹⁰²⁸. Ayrıca, bazı yatırım anlaşmalarında tahkime başvurunun ön koşulu olarak ev sahibi devlet mahkemesine başvuru düzenlenmiştir¹⁰²⁹. Bu durumda, yatırımcılar için tahkime başvurmak istediklerinde ev sahibi devlet mahkemesine başvurmak zorunlu hale gelir¹⁰³⁰.

Uyuşmazlık çözüm kayıtlarında tahkime başvuru hakkının belirli konularla sınırlı olduğu ve bazı nedenlerle tahkim dışında bırakıldığı durumlarda da ev sahibi devlet mahkemesi yine önemli bir çözüm mercii olarak kalır¹⁰³¹. Bununla birlikte, yasal bir zorunluluk olmasa bile yatırımcılar düşük meblağlı uyuşmazlıkları çözmek için ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmayı tercih edebilirler¹⁰³². Özellikle yüksek hakem ücretleri ve tahkim masraflarından kaçınmak isteyen yatırımcılar için bu bir seçenektir¹⁰³³. Hakeza yatırımcılar, gelecekteki iş

¹⁰²⁴ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 139.

¹⁰²⁵ Schwarzenberger, **a.g.m.**, s. 156.

¹⁰²⁶ Yannaca-Small, Katia. **Improving the System of Investor-State Dispute Settlement**. OECD Publishing, 2006, s. 179.

¹⁰²⁷ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford University Press, 2007, s. 204.

¹⁰²⁸ Reinisch and Malintoppi. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford University Press, 2008, s. 694.

¹⁰²⁹ Reinisch and Malintoppi., **a.g.e.**, s. 279.

¹⁰³⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 74.

¹⁰³¹ Reinisch and Malintoppi., **a.g.e.**, s. 694.

¹⁰³² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹⁰³³ Rubins and Kinsella, *International...*, **a.g.m.**, s. 114.

ilişkilerini göz önünde bulundurarak ve devletle olan ilişkilerini daha da karmaşık hale getirmek istemeyerek, bazen ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmayı tercih edebilirler¹⁰³⁴.

Yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde tahkim sürecine giriş, ev sahibi ülkenin bu yola onay verdiği durumlarda mümkün olur¹⁰³⁵. Yatırım hukuku çerçevesinde, bir devletin tahkime onayı yatırım yasaları ve anlaşmaları yoluyla sağlanabilir¹⁰³⁶. Eğer ev sahibi ülke, tahkime onay veren bir yasaya ya da kaynak ülke ile bir yatırım anlaşmasına sahip değilse, yatırımcılar için anlaşmazlıkları çözme yolunda ulusal mahkemelere başvurmak tek bağlayıcı seçenek haline gelir¹⁰³⁷. Bu koşullar altında, yatırımcıların kaynak veya başka bir ülkenin mahkemelerine başvurması söz konusu olabilir¹⁰³⁸. Ancak, bu tür davalarda, “devletlerin yargı bağımsızlığı” veya “devlet işlemi” gibi prensipler nedeniyle davanın reddedilme ihtimali oldukça yüksektir¹⁰³⁹.

Yine, yatırım tahkimine yönelik eleştirilerin giderilmesi amacıyla, ulusal mahkemelerin sürece dahil edilmesi önerisi gündemdedir. Bu yaklaşımın, tahkime yönelik eleştirileri ve karşılaşılan sorunları çözeceği iddia edilmektedir. Bu düşünceye göre, ulusal mahkemelerin yatırım uyuşmazlıklarında yetkili kılınması ancak iki yolla gerçekleştirilebilir: Devletler, mevcut anlaşmalardaki tahkim hükümlerini iptal ettiklerini ilan edebilir veya iki taraflı yatırım anlaşmalarını sonlandırabilirler.

İlk durumda, yerel mahkemeler, iki taraflı yatırım anlaşmalarını yerel yasaların normlarına göre değerlendirip uygulayacaklardır. İkinci durumda ise, yerel mahkemeler doğrudan yerel yasaları uygulayacaklardır. Örnek olarak, Güney Afrika’da 2015’te yürürlüğe giren yeni yatırım koruma düzenlemeleri, ikili anlaşmaların iptaliyle birlikte yatırım uyuşmazlıklarının yerel mahkemelerde çözülmesine olanak sağlamıştır. Bu yeni düzenleme, ikili anlaşmalardaki bazı temel prensipleri ve uluslararası hukuk normlarını göz önünde bulunduran yerel

¹⁰³⁴ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 133.

¹⁰³⁵ Salacuse, **a.g.m.**, s. 29.

¹⁰³⁶ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰³⁷ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁰³⁸ Vandevelde, *Bilateral...*, **a.g.e.**, s. 112.

¹⁰³⁹ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 139.

bir yasal çerçeve olarak öne çıkmaktadır. Bu düzenleme kapsamında, milli muamele ilkesi benimsenmiş ve bu sayede Güney Afrikalı ve yabancı yatırımcılar arasında eşitlik sağlanması hedeflenmiştir. Her bir uyuşmazlık durumunda, Güney Afrika hükümeti, davaların tahkim yoluyla mı yoksa yerel mahkemelerde mi çözüleceğine karar verecektir¹⁰⁴⁰.

İki taraflı yatırım anlaşmalarını iptal etmeyi tercih etmeyip, belirli konularda sadece kendi ulusal mahkemelerine yetki tanıyan düzenlemeleri benimseyen ülkeler de mevcuttur¹⁰⁴¹. 2015'te hazırlanan Hindistan'ın Yatırımların Korunmasına İlişkin Model İki Taraflı Anlaşması, devlet otoritesinin kullanıldığı tüm durumlarda yerel mahkemelerin yetkili olacağını belirtmektedir¹⁰⁴². Aynı şekilde, 1996'da Kore ve Bolivya arasında imzalanan İkili Yatırım Anlaşması'nın 5. maddesi, anlaşma taraflarının ister yerel mahkemelere ister ICSID Sözleşmesi kapsamında tahkime başvurabileceklerini öngörmektedir¹⁰⁴³. Benzer bir durum, 1999'da Şili ve İsviçre arasında yapılan ikili yatırım anlaşması için de geçerlidir; burada da taraflar, yerel mahkemelere veya tahkime başvurma seçeneğine sahiptirler¹⁰⁴⁴. Nitekim; UNCITRAL III Grubu'nun hazırladığı rapor, yatırım anlaşmazlıklarında ulusal mahkemelere yetki verilmesi halinde, mahkemelerin hukuki güvenilirlik açısından yetersiz kalabileceğini ve bu durumun birçok soruna yol açabileceğini belirtmektedir¹⁰⁴⁵. Rapor, hukuk kurallarının farklılıklarının, mahkeme kararlarında da tutarsızlıklara sebep olabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁴⁶. Hakeza OECD'nin yaptığı bir araştırmaya göre, yerel mahkemelerdeki yargılamalarda hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda endişeler bulunmaktadır¹⁰⁴⁷. Ayrıca, devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların istenmeyen sonuçlar doğurabileceği, özellikle üçüncü taraf yatırımcının yerel hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilmesinin devlet müdahalesine yol açabileceği vurgulanmaktadır¹⁰⁴⁸. Bu nedenle, yerel mahkemelerde görülen

¹⁰⁴⁰ Schwarzenberger, **a.g.m.**, s. 156.

¹⁰⁴¹ Muchlinski, *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 133.

¹⁰⁴² Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁰⁴³ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁴⁴ Vandevelde, K., **a.g.e.**, s. 210-213.

¹⁰⁴⁵ Schwarzenberger, **a.g.m.**, s. 156.

¹⁰⁴⁶ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁴⁷ Yannaca-Small, *Improving...*, **a.g.m.**, s. 179.

¹⁰⁴⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

yatırım uyuşmazlıklarında risk sigortası gibi ek tedbirlerin alınması gerekebileceği öne sürülmektedir¹⁰⁴⁹.

Yatırım anlaşmazlıklarında yerel mahkemelerin yetkili kılınması durumunda, uluslararası yatırım anlaşmalarının yorumlanması gibi konuların bu mahkemelere devredilmesi gerekecektir¹⁰⁵⁰. Bu durum, farklı mahkemelerin kararlarında tutarsızlıklara yol açabilecek ve böylece yatırım anlaşmazlıklarında kararların uyumunu bozabilecektir¹⁰⁵¹. Zira her mahkeme ilgili yatırım anlaşmasını kendine göre yorumlayacak, yeknesak düzen ortadan kalkacaktır¹⁰⁵².

Bu konuda tartışma yaratan bir diğer husus ise yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda tahkim kayıtlarının, ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkisidir¹⁰⁵³. Yatırım anlaşmalarındaki tahkim kayıtlarının, ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırıp kaldıramayacağı sorusu önemlidir¹⁰⁵⁴. Genel kabul gören görüşe göre, yatırım anlaşmalarındaki tahkim kayıtları ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıramaz¹⁰⁵⁵. Bu kayıtlar, hakem kurullarına özel yetki vermek yerine, taraflara ulusal mahkemeler ve tahkim arasında seçim yapma hakkı tanır¹⁰⁵⁶. Hatta çoğu anlaşmada, bu kayıtlar ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisini açıkça ifade ederek, bu konudaki tartışmaları önlemek için dikkatlice yazılmıştır¹⁰⁵⁷.

Özetlemek gerekirse; üçüncü devlet mahkemelerinin veya kaynak devlet mahkemelerinin yatırım anlaşmazlıklarını çözme konusunda tercih edilen bir mercii olmaları, yetki konusundaki zorluklar nedeniyle şu anda güçlü bir alternatif olarak görülmemektedir. Ancak, küresel rekabetin artmasıyla birlikte kaynak ülkelerin kendi yatırımcılarını koruma konusunda daha aktif olacağı ve bu durumun, devlet mahkemelerinin diğer ülkelerdeki yatırım anlaşmazlıklarını çözmedeki rolünü artıracak aşikârdır. Bunun yanında neredeyse her yatırım

¹⁰⁴⁹ Yannaca-Small, *Improving...*, **a.g.m.**, s. 179.

¹⁰⁵⁰ Wälde, T: W., **a.g.m.**, s. 139.

¹⁰⁵¹ Schwarzenberger, **a.g.m.**, s. 156.

¹⁰⁵² McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 204.

¹⁰⁵³ Yannaca-Small, *Improving...*, **a.g.m.**, s. 179.

¹⁰⁵⁴ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 204.

¹⁰⁵⁵ Schwarzenberger, **a.g.m.**, s. 156.

¹⁰⁵⁶ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁵⁷ Yannaca-Small, *Improving...*, **a.g.m.**, s. 179.

anlaşmasında ev sahibi devlet mahkemesine yer verildiği görülmektedir¹⁰⁵⁸. Özellikle enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ulusal mahkemelerin yetkisi, hem yerellik hem de doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik ilkesi gereği kabul edilir. Ancak bu durumda bile tarafların ulusal mahkemelere başvurma hakkı olduğu kabul edilmelidir.

3.2.2. Tahkim

Tahkim, esasen Arapça bir kelime olup “hakem belirlemek”, “karar vermek”, “güçlendirmek” ve “pekiştirmek” gibi anlamlara gelir. İngilizce “arbitration” ve Fransızca “arbitrage” terimlerinin karşılığı olarak kullanılır. Tahkim, yargı yetkisi olmayan bağımsız bir kişiye, iki veya daha fazla taraf arasındaki anlaşmazlıkları çözme yetkisi verilmesi sürecidir. Tahkim, devlet mahkemelerine bir alternatif olarak, tarafların kendi belirledikleri hakemler aracılığıyla uyuşmazlıklarını çözdükleri bir yöntem olarak tanımlanır. Tahkimin diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılan temel özelliği, tarafların, uyuşmazlıklarını çözmek için bir “hakem” veya komiteye doğrudan ya da dolaylı olarak yetki vermesidir. Tahkimin en önemli özelliği ise, tahkim yoluyla alınan kararların taraflar için bağlayıcı olmasıdır¹⁰⁵⁹.

Tahkim, insanlık tarihinin erken dönemlerinden itibaren uyuşmazlık çözümünde kullanılan önemli bir mekanizma olmuştur. Eski Mezopotamya, Mısır ve Yunan uygarlıklarında bile tahkim benzeri uygulamalara rastlanmıştır¹⁰⁶⁰. Özellikle ticaretin yoğun olduğu bölgelerde, taraflar arasındaki ticari uyuşmazlıkların hızla ve tarafsız bir şekilde çözülmesi için tahkim yöntemi tercih edilmiştir. Ortaçağ'da, deniz ticaretinin gelişmesiyle birlikte tahkim uygulamaları daha da yaygınlaşmış ve deniz hukukunda önemli bir yer edinmiştir¹⁰⁶¹.

Modern anlamda tahkim, 18. ve 19. yüzyıllarda özellikle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişmiştir. Bu dönemde tahkim, ticari uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılmaya başlanmış ve bu konudaki ilk yasal

¹⁰⁵⁸ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 204.

¹⁰⁵⁹ Rubins and Kinsella, *International...*, **a.g.m.**, s. 114.

¹⁰⁶⁰ Salacuse, **a.g.m.**, s. 29.

¹⁰⁶¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

düzenlemeler yapılmıştır¹⁰⁶². 1923 yılında Cenevre Protokolü ve 1927 yılında Cenevre Sözleşmesi, uluslararası ticari tahkim anlaşmalarının tanınması ve uygulanması konusunda önemli adımlar atmıştır. Ancak tahkim anlaşmalarının küresel düzeyde tanınması ve uygulanabilirliğinin sağlanması 1958 New York Konvansiyonu ile mümkün olmuştur. Bu konvansiyon, tahkim anlaşmalarının ve tahkim kararlarının üye ülkeler tarafından tanınmasını ve icra edilmesini öngörmektedir¹⁰⁶³.

René David'in tanımına göre, tahkim, iki ya da daha fazla tarafın karşı karşıya geldiği bir meseleyi çözmek için, devlet otoritesi yerine özel bir anlaşma temelinde yetki kazanan ve bu anlaşmaya dayanarak davanın yürütülüp sonuçlandırılmasını üstlenen bir ya da birden fazla kişiye - hakemlere - bırakılan bir süreçtir¹⁰⁶⁴. Özetle, tahkim, tarafların mutabakatı ile bir uyuşmazlığın, bağlayıcı bir hüküm verme yetkisi olan bir ya da daha fazla hakem tarafından ele alınmasını sağlayan bir yöntemdir. Taraflar, mahkeme yerine bu özel çözüm yolunu seçerek tahkimi tercih ederler¹⁰⁶⁵.

Tahkimin temel özelliklerinden biri, tarafların rızasına dayanmasıdır, zira tahkime başvurabilmek için her iki tarafın da onayı şarttır. Henüz ortaya çıkmamış bir uyuşmazlık durumunda, taraflar ilgili sözleşmeye bir tahkim maddesi ekleyebilirler. Arabuluculuktan farklı olarak, hiçbir taraf tek başına tahkimden çekilemez¹⁰⁶⁶. Hakemler genellikle uyuşmazlık taraflarınca seçilir ve yine uyuşmazlık tarafları, tahkimin uluslararası bir kurum tarafından mı yoksa bağımsız bir şekilde mi yürütüleceğine karar verirler. Uygulanacak kurallar ya tahkim kurumunun kurallarıdır ya da tarafların belirlediği diğer kurallardır. Taraflar, hakem ve kuralların seçiminin yanı sıra, tahkimin yapılacağı yeri ve dili de belirleme hakkına sahiptirler¹⁰⁶⁷.

Tahkim ayrıca, taraflara uyuşmazlıklarını çözmek için kullanacakları süreci büyük ölçüde kendilerinin kontrol etme ve özelleştirme imkanı sunar. Bu, özellikle

¹⁰⁶² Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁶³ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁰⁶⁴ Schwarzenberger, **a.g.m.**, s. 156.

¹⁰⁶⁵ Yannaca-Small, *Improving...*, **a.g.m.**, s. 179.

¹⁰⁶⁶ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 204.

¹⁰⁶⁷ Reinisch and Malintoppi, **a.g.e.**, s. 694.

uluslararası ticaret tahkiminde önemlidir, çünkü taraflar genellikle diğer tarafın yargı sistemine tabi olmayı tercih etmezler¹⁰⁶⁸. Tahkim, yabancı yatırımcının önyargılı veya bağımsızlıktan yoksun olarak değerlendirilebilecek ulusal yargı mercilerini atlamasına ve uyuşmazlığı uluslararası anlaşmalar kapsamında sağlanan farklı korumalara uygun olarak çözmesine olanak tanır¹⁰⁶⁹. Tahkime başvurma sağladığı esneklik, sürecin tarafların ihtiyaçlarına göre düzenlenmesini ve konu hakkında bilgi sahibi hakemlerin seçilmesini mümkün kılar, bu da tahkimi cazip bir seçenek haline getirir¹⁰⁷⁰.

Tahkim, esasen, tarafların özel bir anlaşma ile belirledikleri bir süreçtir¹⁰⁷¹. Bu anlaşma, hakemlerin hangi konularda karar verebileceklerini belirler; yani hakemler, genellikle sadece tarafların anlaşmalarında yer alan konular üzerinde hüküm verebilirler¹⁰⁷². Hakemler, tarafların kabul ettiği kurallara, prosedürlere ve yasalara göre hareket etmekle yükümlüdürler¹⁰⁷³. Ayrıca, hakemler bağımsız kişilerdir ve herhangi bir devlet yapısının bir parçası değildirler, bu da onların taraflarla olan ilişkilerinde daha dikkatli ve özenli olmalarını sağlar¹⁰⁷⁴. Hakemlerin adil ve dengeli olmaları beklenir ve hukukçu olmaları şart değildir¹⁰⁷⁵. Üç hakemli bir panelde, genellikle her taraf kendi hakemini seçer ve üçüncü hakem, genellikle diğer iki hakem tarafından seçilen başkan olur¹⁰⁷⁶. Uluslararası hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları esastır ve eğer bu konuda bir sorun ortaya çıkarsa, bu durum hakemlik kurumu veya mahkeme tarafından incelenebilir¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁶⁸ Şanlı, C. **Milletlerarası Ticaret Hukuku ve Tahkim**, Beta Yayınları, 2003, s. 45.

¹⁰⁶⁹ Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim*, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 73.

¹⁰⁷⁰ Alvarez, J.E., **The Once and Future Foreign Investment Regime, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor**, W. Michael Reisman, 2010, s. 91.

¹⁰⁷¹ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 134.

¹⁰⁷² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹⁰⁷³ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 52.

¹⁰⁷⁴ Muchlinski, P., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, s.73.

¹⁰⁷⁵ Kjos, H.E., **Applicable Law in Investor-State Arbitration**, Oxford University Press, 2013, s.52.

¹⁰⁷⁶ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁰⁷⁷ De Brabandere, E. and Gazzini, T., *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, s. 91.

Enerji yatırımlarıyla doğrudan ilişkili olan en önemli tahkim türü uluslararası yatırım tahkimidir¹⁰⁷⁸. Tahkim türlerini sıralarken daha detaylı anlatacağımız uluslararası yatırım tahkimi, yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için kullanılan bir süreçtir¹⁰⁷⁹. Bu süreç, Yatırımcı-Devlet Anlaşmazlık Çözümü (Investor-State Dispute Settlement veya ISDS) olarak da bilinir¹⁰⁸⁰. Yabancı bir yatırımcının ev sahibi devlete dava açabilmesi, yabancı yatırımcı için bir anlaşmazlık durumunda anlaşmazlığı çözecek ve uygulanabilir bir karar verecek bağımsız ve uzman hakemlere erişebileceğinin garantisidir¹⁰⁸¹.

Yatırım tahkimine rıza genellikle ev sahibi devletler tarafından ikili yatırım anlaşmaları (BIT'ler), serbest ticaret anlaşmaları (FTA'lar) ve Enerji Şartı Anlaşması (ECT) gibi çok taraflı anlaşmalar da dahil olmak üzere Uluslararası Yatırım Anlaşmaları (IIA'lar) yoluyla sağlanır¹⁰⁸². Nadir olarak, yatırım tahkimine rıza doğrudan bir devlet ile yabancı bir yatırımcı arasında akdedilen yatırım anlaşmalarında bulunabilir veya yatırım kanunu gibi ev sahibi devletin iç hukukunda yer alabilir¹⁰⁸³. Uluslararası yatırım tahkimlerini yöneten en tanınmış kurum, Washington merkezli Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'dir (ICSID)¹⁰⁸⁴. ICSID tahkimleri, Avrupa veya Asya'dan tarafları içeren durumlarda genellikle Paris'teki Dünya Bankası merkezinde yapılır¹⁰⁸⁵.

Yatırım tahkimini, geleneksel uluslararası yargılamadan ve uluslararası ticari tahkimden ayırmak, yatırım tahkiminin önemini vurgular. İlk olarak, yatırım tahkimi, bireylerin doğrudan uluslararası taleplerde bulunma yetkisine dayandığı için devletler arasındaki geleneksel uluslararası yargılamadan farklıdır¹⁰⁸⁶. Ayrıca, yatırım anlaşmaları kapsamında bireyselleştirme, diğer uluslararası düzenlemelere göre daha kapsamlıdır¹⁰⁸⁷. Bu anlaşmalar, yatırımcının iç hukuk yollarını tüketme

¹⁰⁷⁸ Waibel, *The Backlash...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁷⁹ Banifatemi, Y., **The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration**, Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues, 2010, s. 191.

¹⁰⁸⁰ Cameron, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁰⁸¹ Baltag, C., **The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor**, Kluwer Law International, 2012, s. 52.

¹⁰⁸² Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁰⁸³ Çal, *Uluslararası...*, **a.g.m.**, s. 134.

¹⁰⁸⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹⁰⁸⁵ Alvarez, **a.g.e.**, s. 91.

¹⁰⁸⁶ Muchlinski, *The Oxford...*, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁰⁸⁷ Kjos, **a.g.m.**, s. 52.

yükümlülüğünü sınırlar, devlete karşı tazminatı bir çözüm yolu olarak benimser ve kararların çok sayıda ülkedeki ulusal mahkemeler tarafından hızla uygulanmasına izin verir¹⁰⁸⁸. Yani, yatırım tahkimi, yatırımcıların haklarını korumak ve anlaşmazlıkları çözmek için etkili bir yöntem olarak öne çıkar¹⁰⁸⁹.

Tahkim, hukuki niteliği itibariyle bir usul hukuku anlaşması olan tahkim anlaşmalarıyla gerçekleştirilir¹⁰⁹⁰. Taraflar arasında yapılacak bu anlaşma yazılı bir biçimde olmak zorundadır. Bağımsız bir şekilde, yani tahkim anlaşması olarak ayrı bir belge olarak akdedilebileceği gibi, taraflar arasındaki asıl anlaşmaya tahkim şartı eklenerek de yapılabilir¹⁰⁹¹. Taraflar, uyuşmazlıkların çözümü için tahkime başvuru yapmak ve hakem tayin etmekle yükümlüdür¹⁰⁹².

Tahkim anlaşmalarının etkileri üzerine doktrinde iki temel nokta üzerinde durulmaktadır. Bunlar olumlu ve olumsuz etkilerdir¹⁰⁹³. Olumlu etki, tahkim anlaşmalarının hakemlere taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisi vermesidir¹⁰⁹⁴. Olumsuz etki ise, devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırarak tarafların tahkim anlaşmasına rağmen mahkemeye başvurmasını engellemesidir¹⁰⁹⁵. Taraflar, tahkim anlaşmasıyla mahkemelerin yetkisini hakemlere devretmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların niyetlerini doğrulamak için incelenir¹⁰⁹⁶. Bu nedenle, taraflar arasında hukuki bir ilişki olmasına gerek olmadan tahkim anlaşması yapılabilir¹⁰⁹⁷. Esas olan, tahkime konu olan uyuşmazlık uygunluğudur¹⁰⁹⁸. Genel olarak, ticari uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilirken, aile hukuku, ceza hukuku veya iflas hukuku gibi bazı

¹⁰⁸⁸ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁰⁸⁹ De Brabandere and Gazzini, **a.g.m.**, s. 91.

¹⁰⁹⁰ Waibel, *The Backlash...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁹¹ Banifatemi, **a.g.m.**, s. 191.

¹⁰⁹² Cameron, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁰⁹³ Baltag, **a.g.m.**, s. 52.

¹⁰⁹⁴ Gaillard, E., et al., **Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999, s. 54.

¹⁰⁹⁵ Brownlie, **a.g.e.**, s. 309.

¹⁰⁹⁶ De Joode, J. and Van Oostvoorn, F., **Conditions for Investments in Natural Gas Infrastructures**, Energy Research Centre of the Netherlands, 2006, s. 12.

¹⁰⁹⁷ Frick, J.G., **Arbitration and Complex International Contracts**, Kluwer Law International, 2001, s. 32.

¹⁰⁹⁸ Şanlı, *Milletlerarası...*, **a.g.m.**, s. 45.

alanlar tahkime elverişli değildir¹⁰⁹⁹. Bu alanlardaki uyuşmazlıklar, kamu düzeni gereği devlet mahkemelerinde çözümlenmelidir¹¹⁰⁰.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi için karşılıklı irade beyanıyla tahkim anlaşması yapılır¹¹⁰¹. Tahkim anlaşması, tarafların uyuşmazlık durumunda hangi tahkim kurallarına göre hareket edileceğini belirlediği bir sözleşmedir¹¹⁰². Bu anlaşma, hakem anlaşmasından farklıdır. Hakem anlaşması, tarafların uyuşmazlık konusunda bir hakeme başvurmayı kabul ettiği bir anlaşmadır¹¹⁰³. Ancak tahkim anlaşması, tarafların tahkim sürecinin detaylarını düzenler. Bu süreçte ücretler, hakem seçimi, delillerin sunumu ve diğer koşullar belirlenir¹¹⁰⁴.

Tahkim anlaşması uygulanacak hukukun belirlenmesinde, tahkim yeri önemli bir faktördür ve tahkim yerinin hukukunun, tahkim yargılamasına üstün geldiği görülür¹¹⁰⁵. Eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışsa, tahkim anlaşmasının varlığı hususunda bir uyuşmazlık yaşanması halinde, tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin kurallar tahkim yeri hukuku tarafından belirlenir¹¹⁰⁶. Ancak taraflar, tahkim anlaşmasının uygulanacak hukukunu seçmişlerse, uyuşmazlıkların çözümünde bu seçilen hukuk geçerli olacaktır¹¹⁰⁷. New York Sözleşmesi'ne göre, mahkeme öncelikle tahkim anlaşmasının geçerliliği için tarafların uygulamayı kabul ettikleri hukuku inceleyecektir¹¹⁰⁸. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemeleri halinde, tahkim anlaşmasının hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçerli olup olmadığına karar verilir¹¹⁰⁹.

¹⁰⁹⁹ Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹¹⁰⁰ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 134.

¹¹⁰¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹¹⁰² Alvarez, **a.g.e.**, s. 91

¹¹⁰³ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 52.

¹¹⁰⁴ Muchlinski, The Oxford..., **a.g.m.**, s. 73.

¹¹⁰⁵ Kjos, **a.g.m.**, s. 52.

¹¹⁰⁶ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 134.

¹¹⁰⁷ De Brabandere and Gazzini, **a.g.m.**, s. 91.

¹¹⁰⁸ Waibel, *The Backlash...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹¹⁰⁹ Banifatemi, **a.g.m.**, s. 191.

3.2.2.1. Tahkim Sürecinin Avantajları ve Dezavantajları

Tahkim sürecinin hem avantajları hem de dezavantajları bulunmaktadır. Tarafların tahkimi tercih etmelerinde bu avantajlar etkili olurken, bazı dezavantajlar ise süreç içinde sorunlar yaratabilir.

Avantajları:

- Hızlı ve Esnek Süreç; Tahkim, devlet mahkemelerine göre daha hızlı ve esnek bir süreç sunar¹¹¹⁰. Taraflar, tahkim sürecini kendileri belirleyebilir ve uyuşmazlıklarını kısa sürede çözüme kavuşturabilirler. Bu esneklik, tahkim sürecinin tarafların ihtiyaçlarına göre şekillendirilmesine olanak tanır¹¹¹¹.
- Uzman Hakemler; Tahkim sürecinde hakemler, genellikle uyuşmazlık konusuyla ilgili uzman kişiler arasından seçilir. Bu durum, daha isabetli ve teknik açıdan doğru kararların verilmesini sağlar. Özellikle ticari uyuşmazlıklarda, hakemlerin sektörel bilgi ve deneyime sahip olmaları büyük avantajdır¹¹¹².
- Gizlilik; Tahkim süreci gizli yürütülür ve tarafların ticari sırları veya hassas bilgileri korunur. Devlet mahkemelerindeki davalarda kamuya açık duruşmalar yapılırken, tahkimde bu tür bir zorunluluk yoktur. Gizlilik, tarafların itibarını korumak ve ticari ilişkilerini sürdürmek açısından önemlidir¹¹¹³.
- Uluslararası Tanınma ve İcra; Tahkim kararları, New York Konvansiyonu kapsamında 160'tan fazla ülke tarafından tanınmakta ve icra edilmektedir. Bu durum, uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini teşvik eder ve tahkim kararlarının global ölçekte geçerliliğini sağlar¹¹¹⁴.
- Tarafsızlık ve Bağımsızlık; Tahkim sürecinde hakemler tarafsız ve bağımsız olarak görev yapar. Devlet mahkemelerindeki yargıçların

¹¹¹⁰ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 215.

¹¹¹¹ Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹¹¹² Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹¹¹³ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 134.

¹¹¹⁴ Alvarez, **a.g.e.**, s. 91.

tarafsızlıklarına ilişkin bazı endişeler bulunabilirken, tahkimde hakemlerin seçimi tarafların ortak iradesiyle gerçekleşir¹¹¹⁵.

Dezavantajları:

- Maliyet; Tahkim süreci, özellikle uluslararası tahkimlerde, yüksek maliyetli olabilir. Hakem ücretleri, tahkim merkezlerinin masrafları ve tarafların avukatlık ücretleri gibi giderler, tahkim sürecini pahalı hale getirebilir. Bu durum, küçük ve orta ölçekli işletmeler için caydırıcı olabilir¹¹¹⁶.
- Sınırlı İtiraz Hakkı; Tahkim kararlarına karşı itiraz hakkı sınırlıdır. Devlet mahkemelerindeki gibi temyiz süreçleri bulunmaz ve tahkim kararları genellikle kesindir. Bu durum, tarafların tahkim kararlarına itiraz etmelerini zorlaştırabilir¹¹¹⁷.
- Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ile İlgili Sorunlar; Tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar, tahkim sürecini karmaşık hale getirebilir. Tarafların iradesinin net olmaması veya tahkime elverişlilik konusunda yaşanacak sorunlar, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyebilir¹¹¹⁸.
- Yargı Yetkisinin Sınırlılığı; Tahkim, yalnızca tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları konularla sınırlı olarak yargılama yapabilir. Devlet mahkemeleri ise kamu düzenini ilgilendiren konularda daha geniş yetkilere sahiptir. Bu durum, bazı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülememesine neden olabilir¹¹¹⁹.
- Hakemlerin Yetkinliği ile İlgili Sorunlar; Her ne kadar hakemler genellikle uzman kişiler arasından seçilse de, bazı durumlarda hakemlerin yetkinliği konusunda problemler yaşanabilir. Hakemlerin tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda ortaya çıkabilecek endişeler, tahkim sürecinin güvenilirliğini zedeleyebilir. Ayrıca hakem heyetinin yetki aşımı, tahkim aşamasında ciddi anlaşmazlıklara yol açabilir. Yetki aşımı hususunun

¹¹¹⁵ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 52.

¹¹¹⁶ Waibel, *The Backlash...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹¹¹⁷ Banifatemi, **a.g.m.**, s. 191.

¹¹¹⁸ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 134.

¹¹¹⁹ De Brabandere and Gazzini, **a.g.m.**, s. 91.

takibi için, tahkim kayıtlarında hakem heyetinin yetkilerinin açıkça belirlenmesi ve tahkim sürecinin her aşamasında tarafların rızasının alınması önemlidir¹¹²⁰.

3.2.2.2. Tahkim Sürecinin İşleyişi

Tarafların iradesine dayanması ve esnekliğe önem vermesi hasebiyle yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde tahkim yöntemi, yatırımcılar tarafından sıkça tercih edilmektedir. Bu yöntemin nasıl uygulanacağı ise, tercih edilen hukuka yada tahkim kuralına göre belirlenmektedir. Tahkim usulüne uygulanacak hukuk kuralları ile uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hukuk kuralları tamamen farklı olabilir. Tahkim usulüne uygulanacak olan hukuk, tahkimin yürütülmesiyle ilgili tüm konuları düzenler. Hakemlerin tayini ve azledilmesi, hakem kurulu oluşturulma esasları, hakem sayısı, oturum faaliyetleri, delil kuralları, yerel mahkeme kararlarının usul üzerindeki etkisi, kararların biçimi, karara itiraz ve kararın geçerliliği gibi konular bu hukuk kapsamında ele alınır¹¹²¹.

Ulusal mahkemelerde görülen uyuşmazlıklarda uygulanacak usul hukuku lex fori iken, tahkim sürecinde ise tarafların, usule uygulanacak olan hukuku tercih etme özgürlüğü vardır. Tarafların bir tercih yapmadığı durumlarda, hakem kurulu usule uygulanacak olan hukuku belirleyecektir. Bu belirleme sırasında, sözleşme hükümlerinin yorumu gibi çeşitli faktörler dikkate alınabilir¹¹²². Bunun yanı sıra, tahkimin yapıldığı yer hukukunun uygulanması yaygın bir uygulamadır¹¹²³.

Tahkim prosedürüne uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu, Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic davasında gündeme gelmiştir. Petrobart, Kırgız Cumhuriyeti'ne karşı bir yatırım uyuşmazlığı nedeniyle tahkime başvurmuştur. Bu davada da usule uygulanacak hukukun belirlenmesi önemli bir mesele olmuştur. Tahkim yeri olarak seçilen İsveç'in başkenti Stockholm olması nedeniyle, hakem heyeti, usule uygulanacak hukukun İsveç tahkim yasaları olması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar, tahkim yerinin belirlenmesinin, tahkim prosedürüne

¹¹²⁰ Muchlinski, The Oxford..., **a.g.m.**, s. 73.

¹¹²¹ Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹¹²² Brownlie, **a.g.e.**, s. 112.

¹¹²³ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 134.

uygulanacak hukukun tespitinde kritik bir rol oynadığını bir kez daha göstermiştir¹¹²⁴. Ayrıca, bu durum, tarafların tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku belirlerken yer seçimlerinin ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır¹¹²⁵.

Yatırım anlaşmalarının yaygınlaşmasıyla birlikte, usule ilişkin hukukun belirlenmesi büyük bir sorun teşkil etmekten çıkmıştır. Bazı anlaşmalar, usul kurallarını kendi bünyelerinde tanımlarken, birçok anlaşma ise tahkim kurumlarını belirlemektedir. Yatırım anlaşmalarında en sık atıf yapılan tahkim kurumu ICSID'dir. Bu kurumun yanı sıra, SCC, ICC ve UNCITRAL tahkim kuralları, yatırım tahkiminde en sık başvuru usul kuralları arasında yer almaktadır. Tahkim ilişkilerinde bulunan anlaşmalar, ad hoc tahkime başvuruyu da düzenlemekte olup, bu tür tahkimlerde genellikle UNCITRAL tahkim kuralları uygulanmaktadır. Bu kurallar, tahkim süreçlerinin etkin, hızlı ve güvenilir bir şekilde yürütülmesini sağlamaktadır¹¹²⁶.

3.2.2.3. Tahkim Sürecinde En Fazla Başvurulan Usul Kuralları

Yatırım tahkimi, uluslararası yatırımların korunması ve yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözülmesi amacıyla kullanılan önemli bir yöntemdir. Yatırım tahkiminde en sık başvuru usul kuralları, tahkimin etkinliği ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Hakem kararlarının katı gizlilik ilkelerine tabi olması ve yatırım tahkimi süreçlerinin bazılarının kamuya açık olmaması, ad hoc tahkime sunulan uyuşmazlıkların dağılımı ve tahkim kurumları ile kurallarına ne sıklıkla başvurulduğu konusunda kesin bilgi edinilmesini engellemektedir¹¹²⁷. Ancak, bilinen yatırım uyuşmazlıklarının büyük bir kısmı ICSID veya UNCITRAL Kuralları çerçevesinde çözümlenmiştir¹¹²⁸. ICSID tahkimi, bir önceki başlık altında da izah edildiği üzere; Washington Sözleşmesi'nin yalnızca yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlıklara odaklanması nedeniyle, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde en yaygın

¹¹²⁴ Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan, SCC Case No. 126.2003, Karar, 29.03 2005, s. 114.

¹¹²⁵ Alvarez, **a.g.e.**, s. 191.

¹¹²⁶ Muchlinski, The Oxford..., **a.g.m.**, s. 73.

¹¹²⁷ Rubins and Kinsella, International..., **a.g.m.**, s. 114.

¹¹²⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 67.

kullanılan kurallar arasında yer almaktadır¹¹²⁹. Çalışmamızın bu başlığı altında, yatırım tahkiminde en sık başvuru alan usul kuralları başlıklar halinde incelenecek, bu kurallar hakkında genel bilgiler sunulacaktır.

3.2.2.3.1. Washington Konvansiyonu ve ICSID Tahkim Kuralları

Washington Konvansiyonu

Washington Konvansiyonu, 1965 yılında imzalanan ve Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) kurulmasını sağlayan bir antlaşmadır¹¹³⁰. Bu konvansiyon, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız ve bağımsız bir platform sağlama amacı taşır¹¹³¹.

Konvansiyon, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkimin etkinliğini artırmayı hedefler. Üye devletler, konvansiyona taraf olarak ICSID'in yetkisini kabul ederler ve yatırımcılar, uyuşmazlıklarını ICSID aracılığıyla çözmeye hakkına sahip olurlar¹¹³².

ICSID Tahkim Kuralları

ICSID tahkim kuralları, tahkim sürecinin her aşamasında detaylı düzenlemeler içerir¹¹³³. Bu kurallar, hakem heyetinin seçimi, tahkim sürecinin yürütülmesi ve kararların uygulanması gibi konuları kapsar. İşte bu kuralların bazı önemli noktaları:

- Hakem Heyetinin Seçimi; ICSID tahkiminde hakem heyeti genellikle üç hakemden oluşur: biri yatırımcı tarafından, biri ev sahibi devlet tarafından ve üçüncüsü (başkan) her iki tarafın mutabakatıyla seçilir. Tarafların anlaşamaması durumunda, ICSID başkanı hakemleri atar¹¹³⁴.

¹¹²⁹ Schreuer, C. *The ICSID...*, a.g.e., s. 101.

¹¹³⁰ Schreuer, C. *The ICSID...*, a.g.e., s. 101.

¹¹³¹ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, a.g.m., s. 204.

¹¹³² Dolzer, R. and Schreuer, C., a.g.m., s. 88.

¹¹³³ Yannaca-Small, Arbitration..., a.g.m., s. 67.

¹¹³⁴ Sornarajah, a.g.m., s. 74.

- Tahkim Sürecinin Yönetimi; ICSID tahkim kuralları, duruşmaların nasıl yürütüleceği, delillerin sunulması ve tarafların taleplerini nasıl ileteceği konusunda ayrıntılı düzenlemeler içerir¹¹³⁵. Bu düzenlemeler, tahkim sürecinin adil ve tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlar.
- Kararların İcrası; ICSID tarafından verilen kararlar bağlayıcıdır. Taraf devletler tarafından tanınır ve icra edilir. Kararların uygulanmaması durumunda, uluslararası hukuka göre yaptırımlar devreye girebilir¹¹³⁶.

ICSID tahkimi, yatırımcılar için güvenilir bir mekanizma sunar ve ev sahibi devletlerin yatırım ortamını iyileştirmelerine katkıda bulunur¹¹³⁷. Yatırımcılar, ev sahibi devletlerin hukuk sistemine güvenmedikleri durumlarda ICSID tahkimine başvurmayı tercih ederler. Bu, özellikle politik risklerin yüksek olduğu ülkelerde önemlidir¹¹³⁸.

ICSID tahkim kurallarının en önemli özelliklerinden biri, tarafların tahkim sürecini hızlandırabilmesi ve maliyetleri düşürebilmesidir. Ayrıca, ICSID tahkiminde gizlilik esastır ve taraflar arasında yapılan anlaşmaların ve kararların gizli kalması sağlanır¹¹³⁹.

ICSID, yatırım tahkiminde uluslararası alanda en yaygın kullanılan kurumlardan biridir. Ancak, bazı eleştiriler de bulunmaktadır. Özellikle gelişmekte olan ülkeler, ICSID'in yatırımcı lehine çalıştığını ve ev sahibi devletlerin çıkarlarını yeterince korumadığını iddia etmektedir. Bu eleştiriler, bazı ülkelerin ICSID'den çekilmesine veya ICSID tahkimine alternatif çözüm yolları aramasına neden olmuştur¹¹⁴⁰.

ICSID, Dünya Bankası Grubu'nun bir parçası olarak faaliyet göstermektedir¹¹⁴¹. Merkezi Washington, D.C.'de bulunan ICSID, dünya genelindeki yatırımcı-devlet

¹¹³⁵ Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹¹³⁶ Dayınlarlı, K., **Joint Venture Sözleşmesi**. Dayınlarlı Yayıncılık, 1999.

¹¹³⁷ Muchlinski, The Oxford..., **a.g.m.**, 2008.

¹¹³⁸ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 75.

¹¹³⁹ Nomer, E., et al., **Milletlerarası Tahkim Hukuku**. Beta Yayınları, 2013.

¹¹⁴⁰ Roggenkamp, M., et al., **Energy Law in Europe: National, EU and International Law and Institutions**. Oxford University Press, 2001.

¹¹⁴¹ Sabahi, B., **Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice**. Oxford University Press, 2011.

uyuşmazlıklarını çözmek için kapsamlı bir yasal çerçeve sunar. ICSID'in yapısı, idari konsey ve sekreteryaya olmak üzere iki ana bileşenden oluşur. İdari konsey, tüm üye devletlerin temsilcilerinden oluşur ve konvansiyonun uygulanmasını denetler. Sekreteryaya ise ICSID'in günlük işleyişini yürütür ve tahkim süreçlerinin yönetilmesinden sorumludur¹¹⁴².

ICSID'in sunduğı hizmetler arasında tahkim, arabuluculuk ve uzlaştırma yer almaktadır. Yatırımcılar ve devletler, uyuşmazlıklarını çözmek için bu hizmetlerden yararlanabilirler. ICSID'in sağladığı bu mekanizmalar, uluslararası yatırım ortamının istikrarını ve güvenilirliğini artırır¹¹⁴³.

3.2.2.3.2. Stockholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim Kuralları

Stockholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim Enstitüsü, 1917 yılında İsveç'te kurulmuş ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamıştır¹¹⁴⁴. SCC tahkim kuralları, tarafların tahkim sürecine güven duymalarını sağlamak için esneklik ve tarafsızlık sunar. Bu kurallar, tahkim sürecinin hızlı, etkin ve adil bir şekilde yürütölmesini sağlamayı amaçlar¹¹⁴⁵. SCC tahkim kuralları, uyuşmazlıkların çözümünde taraflara çeşitli avantajlar sunar. İşte SCC tahkim kurallarının bazı temel özellikleri:

- Esneklik ve Tarafsızlık; SCC tahkim kuralları, taraflara esneklik sağlar ve tarafsız bir çözüm sunar. Taraflar, tahkim sürecinin nasıl yürütölleceğı konusunda anlaşarak süreci kendi ihtiyaçlarına göre şekillendirebilirler¹¹⁴⁶.
- Hızlı Çözüm; SCC tahkim kuralları, tahkim sürecinin hızlandırılmasını sağlar. Taraflar, tahkim sürecinin belirli aşamalarında hızlı çözümler üretebilirler ve gereksiz gecikmelerin önüne geçerler¹¹⁴⁷.
- Gizlilik; SCC tahkiminde gizlilik esastır. Taraflar arasındaki anlaşmazlıklar ve alınan kararlar gizli tutulur, bu da tarafların ticari itibarını korur¹¹⁴⁸.

¹¹⁴² Shaw, **a.g.e.**, s. 690.

¹¹⁴³ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 67.

¹¹⁴⁴ Gaillard, Goldman..., **a.g.m.**, s. 54.

¹¹⁴⁵ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 134

¹¹⁴⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹¹⁴⁷ Dayınlarlı, **a.g.m.**

- Hakem Heyeti; SCC tahkiminde hakem heyeti genellikle üç hakemden oluşur. Taraflar, hakemleri seçme konusunda özgürlüğe sahiptirler ve anlaşmazlıkların uzman hakemler tarafından çözüme kavuşturulmasını sağlarlar¹¹⁴⁹.

SCC tahkim süreci adımları şu şekilde oluşur:

- Başvuru: Tahkim süreci, taraflardan birinin SCC'ye başvurmasıyla başlar. Başvuru dilekçesi, uyuşmazlığın detaylarını ve taleplerini içerir¹¹⁵⁰.
- Hakem Heyetinin Seçimi; Taraflar, hakem heyetini seçerler. Eğer taraflar anlaşamazsa, SCC başkanı hakemleri atar¹¹⁵¹.
- Duruşmalar; Hakem heyeti, duruşmalar düzenler ve tarafların delillerini sunmalarını sağlar. Duruşmalar, adil bir şekilde yürütülür ve her iki tarafın da görüşlerini sunmalarına olanak tanınır¹¹⁵².
- Karar; Hakem heyeti, uyuşmazlığı inceleyerek kararını verir. Verilen kararlar bağlayıcıdır ve taraflar tarafından uygulanması zorunludur¹¹⁵³.

SCC tahkimi, özellikle enerji sektöründe yaygın olarak kullanılmaktadır. Enerji projeleri genellikle yüksek maliyetli ve karmaşık yapıda olduğundan, yatırımcılar ve devletler arasında uyuşmazlıklar sıkça yaşanır¹¹⁵⁴. SCC tahkim kuralları, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde güvenilir bir yöntem sunar. SCC tahkimi, sadece enerji sektörüyle sınırlı kalmaz, aynı zamanda diğer ticari ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde de yaygın olarak kullanılır¹¹⁵⁵. SCC tahkimi, taraflara eşitlik, esneklik, hız ve gizlilik sunarak uluslararası yatırım ortamının güvenilirliğini artırır¹¹⁵⁶.

¹¹⁴⁸ Ripinsky, S. and Williams, K., **a.g.m.**, s. 220.

¹¹⁴⁹ Paulsson, J., **Denial of Justice in International Law**. Cambridge University Press, 2005.

¹¹⁵⁰ Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹¹⁵¹ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 40.

¹¹⁵² Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 67.

¹¹⁵³ Sabahi, **a.g.m.**

¹¹⁵⁴ Roggenkamp, **a.g.m.**

¹¹⁵⁵ Muchlinski, The Oxford..., **a.g.m.**, 2008.

¹¹⁵⁶ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 75.

3.2.2.3.3. Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları

Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Mahkemesi, 1923 yılında kurulmuş ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamıştır. ICC tahkimi, dünya genelinde tanınan ve saygı duyulan standartlara sahiptir ve yatırım tahkimi dahil olmak üzere birçok ticari uyuşmazlığın çözümünde kullanılmaktadır. ICC tahkim kuralları, tarafsızlık ve profesyonellik sağlamak üzere tasarlanmıştır. Bu kurallar, tahkim sürecinin her aşamasında yüksek standartlarda uygulanmasını sağlar¹¹⁵⁷.

ICC tahkim kuralları, uyuşmazlıkların çözümünde taraflara çeşitli avantajlar sunar. İşte ICC tahkim kurallarının bazı temel özellikleri:

- Tarafsızlık ve Profesyonellik; ICC tahkim kuralları, tarafsız bir çözüm sunar ve tahkim sürecinde yüksek profesyonellik sağlar. Hakemler, tarafların bağımsızlığına ve tarafsızlığına dikkat eder¹¹⁵⁸.
- Gizlilik; ICC tahkiminde gizlilik esastır. Taraflar arasındaki anlaşmazlıklar ve alınan kararlar gizli tutulur, bu da tarafların ticari itibarını korur¹¹⁵⁹.
- Esneklik; ICC tahkim kuralları, taraflara esneklik sağlar. Taraflar, tahkim sürecini kendi ihtiyaçlarına göre şekillendirebilirler¹¹⁶⁰.
- Hızlı Çözüm; ICC tahkim kuralları, tahkim sürecinin hızlandırılmasını sağlar. Taraflar, tahkim sürecinin belirli aşamalarında hızlı çözümler üretebilirler ve gereksiz gecikmelerin önüne geçerler¹¹⁶¹.

ICC tahkim süreci adımları şu şekilde oluşur:

1. Başvuru; Tahkim süreci, taraflardan birinin ICC'ye başvurusuyla başlar. Başvuru dilekçesi, uyuşmazlığın detaylarını ve taleplerini içerir¹¹⁶².
2. Hakem Heyetinin Seçimi; Taraflar, hakem heyetini seçerler. Eğer taraflar anlaşamazsa, ICC başkanı hakemleri atar¹¹⁶³.

¹¹⁵⁷ Gaillard, Goldman..., **a.g.m.**, s. 54.

¹¹⁵⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 67.

¹¹⁵⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 88.

¹¹⁶⁰ Ripinsky, S. and Williams, K., **a.g.m.**, s. 220.

¹¹⁶¹ Paulsson, *Denial...*, **a.g.m.**

¹¹⁶² Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 75.

3. Duruşmalar; Hakem heyeti, duruşmalar düzenler ve tarafların delillerini sunmalarını sağlar. Duruşmalar, adil bir şekilde yürütülür ve her iki tarafın da görüşlerini sunmalarına olanak tanınır¹¹⁶⁴.
4. Karar; Hakem heyeti, uyuşmazlığı inceleyerek kararını verir. Verilen kararlar bağlayıcıdır ve taraflar tarafından uygulanması zorunludur¹¹⁶⁵.

ICC tahkim süreci, tarafların uyuşmazlıklarını hızlı ve etkin bir şekilde çözmelerini sağlar. ICC tahkimi, tarafsızlık ve esneklik sunarak uluslararası yatırımcılar için güvenilir bir çözüm yolu sunar. ICC tahkimi, enerji sektörü, inşaat, finans ve diğer ticari alanlarda yaygın olarak kullanılmaktadır¹¹⁶⁶. Yüksek maliyetli ve karmaşık projelerde yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde ICC tahkimi güvenilir bir yöntem sunar. ICC tahkimi, dünya genelinde tanınan ve saygı duyulan bir mekanizma olarak uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamaktadır. Lakin, yine de bu tahkim kuralına atıf yapan yatırım anlaşması sayısı oldukça sınırlıdır. ICC tahkimi, taraflara esneklik, hız ve gizlilik sunarak uluslararası yatırım ortamının güvenilirliğini artırır¹¹⁶⁷.

3.2.2.3.4. UNCITRAL Tahkim Kuralları

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), Birleşmiş Milletler'in uluslararası ticaret hukukunu geliştirmek ve uyumlaştırmak amacıyla 1966 yılında kurduğu bir komisyondur¹¹⁶⁸.

Uluslararası ekonomik standartların ilerlemesinin bir parçası olarak, ticari amaçlarla uluslararası tahkim standartları da geliştirilmiştir. Bu kapsamda, UNCITRAL Tahkim Kuralları ilk kez 1976'da kabul edilmiş ve ticari tahkim için kullanılmak üzere tasarlanmıştır¹¹⁶⁹. Kurallar, taraflar arasında adil ve etkili bir tahkim süreci sağlamak amacıyla oluşturulmuş ve 2010 yılında kapsamlı bir

¹¹⁶³ Akıncı, **a.g.m.**, s. 73.

¹¹⁶⁴ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹¹⁶⁵ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 40.

¹¹⁶⁶ Alvarez, **a.g.e.**, s. 191.

¹¹⁶⁷ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 134

¹¹⁶⁸ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 44.

¹¹⁶⁹ Reinisch and Malintoppi., **a.g.e.**, s. 89.

revizyondan geçirilmiştir. Bu revizyon, kuralların modern tahkim uygulamalarıyla uyumlu hale getirilmesi ve tahkim süreçlerinin daha etkin bir şekilde yönetilmesi amacıyla yapılmıştır. 2013 yılında ise yatırım tahkimlerinde kullanımı için spesifik düzenlemeler eklenmiştir¹¹⁷⁰.

UNCITRAL'in görevi, model yasaların oluşturulması ve uluslararası ticaret standartlarının geliştirilmesini içermektedir¹¹⁷¹. UNCITRAL tahkim kuralları, en yaygın olarak tercih edilen ad-hoc tahkim kurallarıdır. Bu durum, bir tahkim sürecinde tarafların hakem heyetini oluşturarak, tahkimi herhangi bir kurum olmaksızın kendi başlarına yönetmeleri gerektiği anlamına gelir¹¹⁷².

UNCITRAL Tahkim Kuralları, dünya genelinde yaygın olarak kabul görmekte ve kullanılmaktadır. Birçok uluslararası tahkim merkezi ve mahkeme, bu kuralları tahkim süreçlerinde uygulamaktadır¹¹⁷³. Ayrıca, kuralların tarafsızlığı ve esnekliği, hem devletlerin hem de özel sektörün bu kuralları benimsemesini sağlamaktadır¹¹⁷⁴.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, taraflara tahkim sürecinin birçok aşamasında önemli ölçüde özerklik tanır. Taraflar, hakemlerin seçimi, tahkim yeri, uygulanacak hukuk ve tahkim prosedürleri gibi konularda geniş bir özgürlüğe sahiptirler. Bu özerklik, tahkim sürecinin tarafların ihtiyaçlarına ve tercihlerine uygun bir şekilde yönetilmesini sağlar¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁰ Paulsson, *Denial...*, **a.g.m.**, s. 123.

¹¹⁷¹ Waibel, *The Backlash...*, **a.g.e.**, s. 50.

¹¹⁷² Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 78.

¹¹⁷³ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁷⁴ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 105.

¹¹⁷⁵ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 67.

Kurallar, tahkim sürecinde taraflara adil ve eşit davranılmasını garanti altına alır. Hakemler, her iki tarafın da iddialarını ve savunmalarını sunma fırsatına sahip olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu ilke, tahkim sürecinin dürüst ve tarafsız bir şekilde yürütülmesini temin eder¹¹⁷⁶.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, tahkim sürecinin esnek ve etkin bir şekilde yürütülmesine imkan tanır. Taraflar, tahkim sürecinin çeşitli aşamalarında anlaşarak süreci hızlandırabilirler. Ayrıca, kuralların sade ve anlaşılır yapısı, tarafların ve hakemlerin tahkim süreçlerini daha kolay yönetmelerini sağlar¹¹⁷⁷.

Tahkim süreçlerinin gizliliği, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın önemli özelliklerinden biridir. Gizlilik, tarafların ticari sırlarını ve hassas bilgilerini koruma altına alır. Bu özellik, tahkim süreçlerinin taraflarca tercih edilmesinde önemli bir etken olarak öne çıkar¹¹⁷⁸.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, ICC (International Chamber of Commerce), LCIA (London Court of International Arbitration) ve ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) gibi diğer uluslararası tahkim kuralları ile karşılaştırıldığında, bazı farklılıklar ve benzerlikler gösterir¹¹⁷⁹. UNCITRAL kuralları, genellikle daha esnek ve tarafsız olarak kabul edilirken, diğer kurumların kuralları belirli bir kurumun denetim ve yönetimi altında yürütülmektedir¹¹⁸⁰.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın en güçlü yönlerinden biri, tarafsızlık ve esneklik sunmasıdır. Ayrıca, kuralların geniş bir kabul görmesi, uluslararası

¹¹⁷⁶ Ripinsky, S. and Williams, K., **a.g.m.**, s. 92.

¹¹⁷⁷ Akıncı, **a.g.m.**, s. 123.

¹¹⁷⁸ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 101.

¹¹⁷⁹ Akıncı, **a.g.m.**, s. 115.

¹¹⁸⁰ Brown ve Miles, **a.g.e.**, s. 90.

tahkim süreçlerinde yaygın olarak kullanılmasını sağlar¹¹⁸¹. Ancak, bazı eleştiriler, kuralların uygulamada daha fazla belirsizlik yaratabileceğini ve belirli durumlarda daha az yönlendirici olabileceğini belirtmektedir¹¹⁸².

UNCITRAL Tahkim Kuralları, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılır. Kurallar, tarafların ticari anlaşmazlıklarını etkin ve tarafsız bir şekilde çözmelerine imkan tanır¹¹⁸³. Yatırım tahkimleri, genellikle devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki anlaşmazlıkları kapsar. UNCITRAL Tahkim Kuralları, yine bu tür uyuşmazlıkların çözümünde de sıkça tercih edilmektedir. 2013 yılında yapılan düzenlemeler, yatırım tahkimlerinin daha etkili bir şekilde yönetilmesini sağlamıştır. Devlet ve devlet kurumlarının taraf olduğu tahkimlerde de UNCITRAL Tahkim Kuralları kullanılmaktadır. Bu tür tahkimlerde kuralların tarafsızlığı ve esnekliği, devletler tarafından tercih edilmesini sağlamaktadır¹¹⁸⁴.

UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulanmada kimi zaman bazı eleştirilere hedef olmuştur. Bu eleştiriler arasında, hakem seçimi süreci, tahkim sürecinin uzunluğu ve maliyeti, kararların uygulanabilirliği gibi konular bulunmaktadır. Tüm bu eleştiriler ve alınan kararlar ışığında, kuralların daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi için bazı alanlarda iyileştirmeler yapılması gereklidir. Özellikle, hakemlerin yetkinliği ve tarafsızlığı konusundaki endişeler giderilmeli ve tahkim sürecinin maliyeti ve süresi azaltılmalıdır¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ Paulsson, *Denial...*, **a.g.m.**, s. 131.

¹¹⁸² Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 120.

¹¹⁸³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 44.

¹¹⁸⁴ Paulsson, *Denial...*, **a.g.m.**, s. 123.

¹¹⁸⁵ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 105.

2024 yılında, UNCITRAL çeşitli önemli toplantılar gerçekleştirdi. Bu toplantılar arasında öne çıkanlar, Çalışma Grubu III'ün (Working Group III) yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümü (ISDS) reformuna odaklanan yedinci ara dönem toplantısıdır¹¹⁸⁶. Bu toplantı, 7-8 Mart 2024 tarihlerinde Brüksel'deki Egmont Sarayı'nda düzenlendi ve Belçika, Avrupa Komisyonu ve UNCITRAL Sekreteryası tarafından ortaklaşa organize edildi. Toplantıya, UNCITRAL üyesi birçok ülke katıldı. Katılımcı ülkeler arasında gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler yer aldı. Özellikle, Belçika, Almanya, Fransa, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Çin, Hindistan, Brezilya ve Güney Afrika gibi ülkeler toplantıya aktif katılım sağladı. Ayrıca, Avrupa Komisyonu ve diğer uluslararası kuruluşların temsilcileri de toplantıda yer aldı¹¹⁸⁷.

Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Reformu, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümü için mevcut sistemin yeniden düzenlenmesini ve iyileştirilmesini amaçlayan bir dizi değişiklik ve yenilikleri kapsar. ISDS mekanizması, bir yatırımcının ev sahibi devletin belirli eylemleri veya politikaları nedeniyle zarar gördüğünü iddia etmesi durumunda, bu uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesini sağlar. Ancak mevcut ISDS sistemi, çeşitli eleştirilere ve sorunlara maruz kalmış, bu da reform ihtiyaçlarını doğurmuştur. İşte ISDS reformunun temel bileşenleri ve amaçları:

- Şeffaflık Eksikliği: ISDS davaları genellikle gizli olarak yürütülmekte ve kararlar kamuya açık değildir. Bu, sürecin adil olup olmadığı konusunda şüpheler uyandırmaktadır¹¹⁸⁸.
- Hakem Tarafsızlığı: Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda endişeler mevcuttur. Özellikle, hakemlerin aynı zamanda yatırımcıları

¹¹⁸⁶ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 67.

¹¹⁸⁷ Akıncı, **a.g.m.**, s. 123.

¹¹⁸⁸ Schill, **The Multilateralization...**, **a.g.e.**

temsil eden avukatlar olarak çalışabilmeleri çıkar çatışmalarına yol açabilir¹¹⁸⁹.

- Yüksek Maliyet ve Süre: ISDS davalarının maliyetleri yüksek ve süreçler uzun sürebilmektedir. Bu, küçük ve orta ölçekli yatırımcılar için erişim zorlukları yaratır¹¹⁹⁰.
- Devletlerin Politika Alanına Müdahale: ISDS kararları, devletlerin kamu politikası oluşturma alanlarını daraltabilir ve çevre, sağlık gibi kamu yararına yönelik düzenlemelere müdahale edebilir¹¹⁹¹.

Reformun hedeflerini ve önerilerini sıralamak gerekirse;

- Danışma Merkezi Kurulması: Yatırımcılar ve devletler arasında uyuşmazlıkları önlemek ve çözmek için bir danışma merkezi kurulması önerilmektedir. Bu merkez, taraflara hukuki danışmanlık ve destek sağlayacaktır¹¹⁹².
- Sürekli Bir Mekanizma: Geçici hakem heyetleri yerine, sürekli bir yatırım uyuşmazlıkları çözüm mekanizmasının oluşturulması önerilmektedir. Bu, hakemlerin daha tarafsız ve bağımsız olmalarını sağlayabilir¹¹⁹³.
- Şeffaflık Artırılması: ISDS davalarının daha şeffaf bir şekilde yürütülmesi, kararların kamuya açıklanması ve duruşmaların halka açık hale getirilmesi önerilmektedir¹¹⁹⁴.
- Usuli ve Kesişen Meseleler: Usuli reformlarla, dava süreçlerinin daha adil, hızlı ve düşük maliyetli hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca, insan hakları, çevre koruma gibi kesişen meselelerin dikkate alınması önerilmektedir¹¹⁹⁵.

¹¹⁸⁹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 105.

¹¹⁹⁰ Miles, Kate. **The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital**. Cambridge University Press, 2013.

¹¹⁹¹ Brownlie, **a.g.e.**, s. 112

¹¹⁹² Paulsson, *Denial...*, **a.g.m.**

¹¹⁹³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 44.

¹¹⁹⁴ Reinisch, A. **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**. Oxford University Press, 2008.

¹¹⁹⁵ Salacuse, **a.g.m.**, s. 29.

- Hakem Etik Kuralları: Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını sağlamak için etik kurallar ve davranış kodlarının geliştirilmesi gerekmektedir. Bu kurallar, hakemlerin çıkar çatışmalarını önlemek amacıyla oluşturulacaktır¹¹⁹⁶.

ISDS reformu, hem yatırımcıların hem de devletlerin çıkarlarını dengeleyerek, daha adil, şeffaf ve etkin bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturmayı hedeflemektedir. Bu reformlar, uluslararası yatırımların teşvik edilmesi ve korunması açısından büyük önem taşımaktadır¹¹⁹⁷.

Toplantının ana gündem maddesi, ISDS reform seçeneklerini tartışmaktı. Özellikle, aşağıdaki konular üzerinde duruldu:

- Sürekli bir mekanizma oluşturulması
- Danışma merkezinin kurulması
- Belirli usuli kurallar ve kesişen meseleler

Bu konular, adalete erişimi iyileştirmek ve tahkim süreçlerini daha etkin hale getirmek amacıyla ele alındı. Toplantıda ayrıca, gelişmekte olan ülkeler ve en az gelişmiş ülkelerin perspektifleri de tartışıldı.

Toplantı sonucunda, ISDS reformuna yönelik çeşitli kararlar alındı ve öneriler sunuldu. Ana kararlar şunlardır:

- Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir danışma merkezinin statüsüne ilişkin taslak metinler oluşturuldu.
- Usuli ve kesişen meseleler üzerine reform önerileri tartışıldı ve belgelendi.
- Sürekli bir yatırım uyuşmazlıkları çözüm mekanizmasının kurulmasına yönelik taslak statüler değerlendirildi.

Bu toplantılar, UNCITRAL'ın uluslararası ticaret hukukunu modernize etme ve uyumlaştırma misyonunu destekleyen önemli adımlar olarak değerlendirilmektedir. ISDS reformu, yatırımcıların ve devletlerin çıkarlarını

¹¹⁹⁶ Kjos, **a.g.m.**, s. 52.

¹¹⁹⁷ "Sornarajah, **a.g.m.**, s. 74.

dengelerken, daha adil ve etkin bir uyuşmazlık çözüm süreci oluşturmayı hedeflemektedir.

3.2.2.4. Tahkim Türleri

Tahkim türleri, tahkim süreçlerinin farklı yönlerini ve uygulama alanlarını kapsamlı bir şekilde ele almaktadır. Tarafların ihtiyaçlarına göre uygun tahkim türünü seçmeleri, uyuşmazlıkların adil, hızlı ve maliyet etkin bir şekilde çözülmesini sağlar.

3.2.2.4.1. Zorunlu Tahkim - Seçimlik Tahkim

Zorunlu Tahkim:

Zorunlu tahkim, tarafların belirli bir uyuşmazlık durumunda tahkime başvurmalarının kanunen zorunlu kılındığı tahkim türüdür. Bu tür tahkimde, taraflar tahkim sürecine girmeyi önceden kabul etmiş olur ve uyuşmazlık çıktığında tahkime başvurmak zorundadırlar¹¹⁹⁸. Genellikle iş hukuku, ticaret hukuku, tüketici hukuku ve sigorta hukuku gibi alanlarda uygulanır. Zorunlu tahkim, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve uyuşmazlıkları daha hızlı çözmek amacıyla tercih edilir. Bu tür tahkim, devletin yargı yetkisi dışındaki uyuşmazlıkları özel hukuk kişilerine veya kurumlarına bırakma eğiliminin bir sonucudur. Zorunlu tahkimde, taraflar tahkim sürecini başlatma zorunluluğu nedeniyle mahkemelere gitmekten kaçınırlar ve tahkim kararı bağlayıcı olur¹¹⁹⁹.

Örneğin, bazı ülkelerde işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların zorunlu tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği kanunlarla belirlenmiştir. Bu durumda, taraflar iş ilişkisi sırasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları mahkemeye taşımadan tahkim yoluyla çözmek zorundadırlar. Bu tür tahkim, işçi ve işveren arasındaki ilişkilerin hızlı ve etkin bir şekilde çözülmesini sağlamak amacıyla tercih edilir. Ayrıca, sigorta poliçelerinde de zorunlu tahkim şartları bulunabilir, bu durumda sigorta

¹¹⁹⁸ Brownlie, **a.g.e.**, s. 23.

¹¹⁹⁹ Reinisch, **The Proliferation...**, **a.g.m.**, s. 107-125.

şirketi ile sigortalı arasındaki uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözüme kavuşturulur¹²⁰⁰.

Seçimlik Tahkim:

Seçimlik tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek için karşılıklı anlaşma sağladıkları tahkim türüdür. Bu tür tahkimde, taraflar tahkime başvurup başvurmama konusunda serbesttirler ve genellikle sözleşmelere eklenen tahkim anlaşmaları ile belirlenir. Seçimlik tahkimde, taraflar uyuşmazlık çıktığında mahkemeye gitmek yerine tahkim yoluna başvurarak daha hızlı ve esnek bir çözüm elde etmeyi hedeflerler¹²⁰¹.

Seçimlik tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını kendi belirledikleri kurallar ve hakemler aracılığıyla çözmelerine olanak tanır. Bu tür tahkimde, tahkim sürecinin her aşaması taraflar arasında anlaşmaya dayanır ve tahkim anlaşması, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettiklerini gösterir. Seçimlik tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını gizli ve mahrem bir şekilde çözmelerine olanak tanır ve genellikle ticari sözleşmelerde, uluslararası ticaret anlaşmalarında ve yatırım sözleşmelerinde tercih edilir¹²⁰².

Örneğin, uluslararası ticaret anlaşmalarında taraflar, uyuşmazlık çıktığında hangi tahkim kurallarının uygulanacağını ve hakemlerin nasıl seçileceğini belirleyen bir tahkim anlaşması yapabilirler. Bu durumda, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında, mahkemeye gitmek yerine tahkim yoluyla çözüm arayışına girerler ve tahkim kararı bağlayıcı olur¹²⁰³.

3.2.2.4.2. Kurumsal Tahkim - Ad Hoc Tahkim

Kurumsal Tahkim:

Kurumsal tahkim, tahkim sürecinin belirli bir tahkim kurumunun kuralları ve gözetimi altında yürütüldüğü tahkim türüdür. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC),

¹²⁰⁰ Kjos, **a.g.m.**, s. 198.

¹²⁰¹ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 102.

¹²⁰² "Schill, **The Multilateralization...**, **a.g.e.**, s. 220.

¹²⁰³ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 67.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) ve Amerika Tahkim Derneği (AAA) gibi kurumlar, tahkim sürecinin düzenlenmesi, hakemlerin atanması ve tahkim kurallarının uygulanması konularında önemli rol oynarlar¹²⁰⁴. Kurumsal tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını kurumsal bir yapının sağladığı güvence ve standartlara göre çözmelerine olanak tanır¹²⁰⁵.

Kurumsal tahkimde, taraflar tahkim sürecinin her aşamasında tahkim kurumunun kurallarına uymak zorundadır. Tahkim kurumu, hakemlerin seçilmesi, tahkim sürecinin yönetilmesi ve kararların uygulanması konularında taraflara destek sağlar. Bu tür tahkim, tahkim sürecinin daha hızlı, etkin ve profesyonel bir şekilde yürütülmesini sağlar. Kurumsal tahkimde, tahkim kurumunun sağladığı kurallar ve prosedürler, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların adil ve tarafsız bir şekilde çözülmesine katkıda bulunur¹²⁰⁶.

Örneğin, ICC Tahkim Kuralları, taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmalarında sıkça kullanılan ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir kurumsal tahkim örneğidir. Bu kurallara göre, taraflar uyuşmazlık çıktığında ICC'ye başvurur ve ICC, tahkim sürecinin her aşamasında taraflara destek sağlar¹²⁰⁷.

Ad Hoc Tahkim:

Ad hoc tahkim, tahkim sürecinin taraflarca belirlenen kurallara göre, herhangi bir kurumsal destek olmadan yürütüldüğü tahkim türüdür. Ad hoc tahkimde, taraflar tahkim sürecinin her aşamasını kendileri belirlerler ve yönetirler. Bu tür tahkim, esneklik ve maliyet avantajı sağlar, ancak taraflar arasındaki koordinasyon ve anlaşma gereksinimi yüksektir¹²⁰⁸.

Ad hoc tahkimde, taraflar tahkim sürecinin nasıl yürütüleceği konusunda tam bir özgürlüğe sahiptirler. Hakemlerin seçilmesi, tahkim yeri, tahkim kuralları ve diğer prosedürler taraflarca belirlenir. Ad hoc tahkim, özellikle özel ve karmaşık

¹²⁰⁴ Brownlie, **a.g.e.**, s. 23.

¹²⁰⁵ Akıncı, **a.g.m.**, s. 45.

¹²⁰⁶ Reinisch, **The Proliferation...**, **a.g.m.**, s. 107-125.

¹²⁰⁷ De Brabandere and Gazzini, **a.g.m.**, s. 45.

¹²⁰⁸ Tiryakioğlu, Doğrudan..., **a.g.e.**, s. 67.

uyuşmazlıklarda tercih edilir ve tarafların ihtiyaçlarına göre özel olarak řekillendirilir¹²⁰⁹. Ad hoc tahkimde, taraflar herhangi bir tahkim kurumunun kurallarına bağlı kalmadan, kendi belirledikleri kurallar çerçevesinde tahkim sürecini yrtrlr.

Örneğin, büyük inşaat projelerinde veya karmaşık ticari anlaşmazlıklarda, taraflar ad hoc tahkim yoluyla uyuşmazlıklarını çözmeyi tercih edebilirler. Bu durumda, taraflar hakemlerin seçilmesi, tahkim sürecinin yönetilmesi ve kararların uygulanması konularında tam bir kontrol sahibi olurlar¹²¹⁰.

3.2.2.4.3. Tek Aşamalı Tahkim - İki Aşamalı Tahkim

Tek Aşamalı Tahkim:

Tek aşamalı tahkim, tahkim sürecinin tek bir hakem veya hakem heyeti tarafından yürütülüp sonlandırıldığı tahkim trdr¹²¹¹. Bu tür tahkimde, uyuşmazlık hakem veya hakem heyeti tarafından karara bağlanır ve bu karar bağlayıcıdır. Tek aşamalı tahkim, basit ve hızlı bir çözüm sunar ve genellikle küçük ve orta ölçekli uyuşmazlıklarda tercih edilir.

Tek aşamalı tahkimde, hakem veya hakem heyeti, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında delilleri değerlendirir, tarafları dinler ve karar verir¹²¹². Karar, taraflar için bağlayıcıdır ve mahkeme kararı gibi icra edilebilir. Tek aşamalı tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını hızlı ve etkin bir şekilde çözmelerine olanak tanır ve genellikle maliyet açısından avantajlıdır.

Örneğin, ticari sözleşmelerde küçük tutarlı uyuşmazlıkların çözümünde tek aşamalı tahkim tercih edilebilir. Bu durumda, taraflar uyuşmazlık çıktığında tek bir hakem veya hakem heyeti tarafından verilen karara uyarlar ve mahkemeye gitmekten kaçınırlar.

¹²⁰⁹ Waibel, *The Backlash...*, *a.g.e.*, s. 165.

¹²¹⁰ şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların zm Yolları*, Beta, 2013, s. 145.

¹²¹¹ Akıncı, *a.g.m.*, s. 45.

¹²¹² Brownlie, *a.g.e.*, s. 23.

İki Aşamalı Tahkim:

İki aşamalı tahkim, tahkim sürecinin ilk aşamada bir hakem heyeti tarafından karar verilmesi ve bu kararın itiraz üzerine ikinci bir hakem heyeti tarafından incelenmesi şeklinde yürütüldüğü tahkim türüdür¹²¹³. İki aşamalı tahkim, kararların doğruluğunun ve adillığının sağlanması açısından ek bir güvence sunar.

İki aşamalı tahkimde, ilk aşamada hakem heyeti, taraflar arasındaki uyuşmazlığı değerlendirir ve bir karar verir. Taraflar, verilen karara itiraz etme hakkına sahiptir ve itiraz durumunda ikinci bir hakem heyeti tarafından kararın gözden geçirilmesi sağlanır¹²¹⁴. İki aşamalı tahkim, özellikle büyük ve karmaşık uyuşmazlıklarda tercih edilir ve taraflara ek bir denetim mekanizması sunar.

Örneğin, uluslararası ticari anlaşmazlıklarda, taraflar iki aşamalı tahkimi tercih edebilirler. Bu durumda, ilk hakem heyeti tarafından verilen karar, taraflarca kabul edilmezse, ikinci bir hakem heyeti tarafından gözden geçirilir ve nihai karar verilir.

3.2.2.4.4. İki Taraflı Tahkim - Çok Taraflı Tahkim

İki Taraflı Tahkim:

İki taraflı tahkim, uyuşmazlığın yalnızca iki taraf arasında çözüldüğü tahkim türüdür. Bu tür tahkim, genellikle bireysel veya kurumsal uyuşmazlıklarda kullanılır. İki taraflı tahkimde, uyuşmazlık tarafları, tahkim sürecinin her aşamasında doğrudan yer alır ve tahkim süreci sadece bu iki taraf arasında yürütülür¹²¹⁵.

İki taraflı tahkim, basit ve hızlı bir çözüm sunar ve tarafların uyuşmazlıklarını gizli ve mahrem bir şekilde çözmelerine olanak tanır. Bu tür tahkim, tarafların doğrudan iletişim kurmasını ve uyuşmazlıklarını daha hızlı bir şekilde çözmelerini

¹²¹³ Schreuer, C. *The ICSID...*, a.g.e., s. 320.

¹²¹⁴ Çal, Uluslararası..., a.g.m., s. 90.

¹²¹⁵ Sabahi, a.g.m., s. 55.

sağlar¹²¹⁶. İki taraflı tahkim, özellikle ticari sözleşmelerde, işçi-işveren anlaşmazlıklarında ve bireysel hak taleplerinde tercih edilir.

Örneğin, bir şirket ile müşteri arasındaki ticari bir anlaşmazlık, iki taraflı tahkim yoluyla çözülebilir. Bu durumda, şirket ve müşteri arasında çıkan uyuşmazlık, tahkim süreci ile hızlı ve etkin bir şekilde çözülür ve taraflar mahkemeye gitmekten kaçınırlar.

Çok Taraflı Tahkim:

Çok taraflı tahkim, uyuşmazlığın birden fazla taraf arasında çözüldüğü tahkim türüdür. Bu tür tahkim, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar, konsorsiyumlar ve ortak girişim projeleri gibi durumlarda tercih edilir. Çok taraflı tahkimde, uyuşmazlıkta yer alan tüm taraflar tahkim sürecine katılır ve hakem heyeti tarafından verilen karar, tüm taraflar için bağlayıcıdır¹²¹⁷.

Çok taraflı tahkim, taraflar arasındaki karmaşık ilişkilerin ve çoklu çıkar çatışmalarının çözülmesine olanak tanır. Bu tür tahkimde, hakem heyeti, tüm tarafların iddialarını ve savunmalarını değerlendirir ve uyuşmazlığı adil bir şekilde çözmeye çalışır¹²¹⁸. Çok taraflı tahkim, genellikle büyük projelerde, uluslararası ticari anlaşmazlıklarda ve çok taraflı sözleşmelerde kullanılır.

Örneğin, büyük bir inşaat projesinde, projede yer alan tüm taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar çok taraflı tahkim yoluyla çözülebilir. Bu durumda, ana yüklenici, alt yükleniciler ve proje sahipleri arasındaki uyuşmazlıklar, tahkim süreci ile adil ve tarafsız bir şekilde çözülür.

¹²¹⁶ Kuner, C., **European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation**, Oxford University Press, 2007, s. 67.

¹²¹⁷ Wilske, S., Fox, J., **Globalization and International Investment Disputes**, Kluwer Law International, 2007, s. 120.

¹²¹⁸ Tugendhat, H., **International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective**, Cambridge University Press, 2011, s. 200.

3.2.2.4.5. Milli Tahkim - Milletlerarası Ticari Tahkim

Milli Tahkim:

Milli tahkim, uyuşmazlığın tarafların aynı ülke vatandaşı olması ve tahkim sürecinin ilgili ülkenin hukukuna göre yürütüldüğü tahkim türüdür. Milli tahkimde, tahkim yeri ve uygulanacak hukuk, tarafların vatandaşı olduğu ülkenin kurallarına tabidir. Bu tür tahkim, genellikle yerel uyuşmazlıklarda ve ulusal hukuka dayalı anlaşmazlıklarda tercih edilir.

Milli tahkimde, taraflar arasındaki uyuşmazlık, o ülkenin tahkim kuralları ve mevzuatına göre çözülür. Hakemler, tarafların vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre karar verirler ve verilen karar, o ülkenin mahkemeleri tarafından icra edilir¹²¹⁹. Milli tahkim, tarafların kendi ülkelerinin hukuk sistemine güven duymalarını sağlar ve uyuşmazlıkların yerel bir perspektiften çözülmesine olanak tanır¹²²⁰.

Örneğin, Türkiye'de faaliyet gösteren iki Türk şirketi arasındaki ticari bir uyuşmazlık, Türk Hukuku'na göre milli tahkim yoluyla çözülebilir. Bu durumda, uyuşmazlık, Türkiye'deki tahkim kurallarına göre yürütülür ve verilen karar Türk mahkemeleri tarafından icra edilir.

Milletlerarası Ticari Tahkim:

Milletlerarası ticari tahkim, uyuşmazlığın tarafların farklı ülkelerden olması veya uyuşmazlık konusunun uluslararası nitelikte olması durumunda uygulanan tahkim türüdür¹²²¹. Milletlerarası ticari tahkim, genellikle uluslararası tahkim kurumları tarafından yürütülür ve taraflar arasında uluslararası sözleşmelere dayanır.

Milletlerarası ticari tahkimde, taraflar arasındaki uyuşmazlık, uluslararası tahkim kuralları ve sözleşmelerine göre çözülür. Hakemler, tarafların belirlediği kurallara ve uluslararası hukuk prensiplerine göre karar verirler. Milletlerarası ticari tahkim, tarafların uluslararası düzeyde güvenilir ve tarafsız bir tahkim süreci geçirmelerini

¹²¹⁹ Nomer, **a.g.m.**, s. 210.

¹²²⁰ Akıncı, **a.g.m.**, s. 45.

¹²²¹ Çal, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 90.

sağlar ve uyuşmazlıkların uluslararası bir perspektiften çözülmesine olanak tanır¹²²².

Örneğin, bir Türk şirketi ile bir Alman şirketi arasındaki ticari bir anlaşmazlık, milletlerarası ticari tahkim yoluyla çözülebilir. Bu durumda, taraflar arasında yapılan tahkim anlaşması, uyuşmazlığın uluslararası tahkim kurallarına göre çözülmesini sağlar ve verilen karar, tarafların ülkelerinde icra edilir.

3.2.2.4.6. Elektronik Tahkim

Elektronik tahkim, tahkim sürecinin internet ve dijital teknolojiler kullanılarak yürütüldüğü tahkim türüdür. Elektronik tahkim, belgelerin dijital ortamda paylaşılması, duruşmaların çevrimiçi platformlarda gerçekleştirilmesi gibi süreçleri içerir¹²²³. Bu tür tahkim, zaman ve maliyet tasarrufu sağlar, ancak güvenlik ve gizlilik konularında ek önlemler gerektirir.

Elektronik tahkimde, taraflar ve hakemler, dijital platformlar üzerinden iletişim kurarlar ve belgeleri paylaşırlar. Duruşmalar, video konferans gibi çevrimiçi araçlarla gerçekleştirilir ve taraflar, fiziksel olarak bir araya gelmeden tahkim sürecini tamamlarlar¹²²⁴. Elektronik tahkim, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda ve tarafların farklı ülkelerde bulunduğu durumlarda tercih edilir.

Elektronik tahkim, tarafların tahkim sürecini daha hızlı ve düşük maliyetle tamamlamalarına olanak tanır. Ancak, dijital güvenlik ve veri koruma konularında dikkatli olunması gerekmektedir¹²²⁵. Elektronik tahkimde, dijital platformların güvenliği ve tarafların gizlilik haklarının korunması önemlidir.

Örneğin, uluslararası bir e-ticaret anlaşmazlığında, taraflar elektronik tahkimi tercih edebilirler. Bu durumda, tahkim süreci dijital platformlar üzerinden yürütülür ve taraflar, fiziksel olarak bir araya gelmeden uyuşmazlıklarını çözebilirler.

¹²²² Şanlı, C., *Uluslararası...*, a.g.m., s. 145.

¹²²³ Sutton, D., *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2015, s. 90.

¹²²⁴ Tiryakioğlu, Doğrudan..., a.g.e., s. 67.

¹²²⁵ Kjos, a.g.m., s. 198.

3.2.2.4.7. Seri Tahkim

Seri tahkim, aynı veya benzer nitelikteki birden fazla uyuşmazlığın, aynı hakem veya hakem heyeti tarafından topluca ele alınıp çözüldüğü tahkim türüdür¹²²⁶. Seri tahkim, özellikle büyük projelerde, toplu iş sözleşmelerinde ve geniş kapsamlı ticari anlaşmazlıklarda kullanılır.

Seri tahkimde, hakem veya hakem heyeti, benzer nitelikteki uyuşmazlıkları bir araya getirir ve topluca değerlendirir. Bu tür tahkim, uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkin bir şekilde çözülmesini sağlar ve maliyet avantajı sunar¹²²⁷. Seri tahkim, tarafların benzer nitelikteki uyuşmazlıklarını tek bir tahkim sürecinde çözmelerine olanak tanır.

Örneğin, büyük bir inşaat projesinde, projeye dahil olan tüm taraflar arasındaki benzer nitelikteki uyuşmazlıklar seri tahkim yoluyla çözülebilir. Bu durumda, hakem heyeti, tüm uyuşmazlıkları bir arada değerlendirir ve topluca karar verir.

3.2.2.5. Tahkimde Yetkinin Varlığı Hususunda Aranacak Şartlar

Yatırım tahkiminde yetkinin belirlenmesi, tahkimin en kritik aşamalarından biridir. Çalışmamızın bu bölümünde, yetkinin varlığı için aranan şartlar detaylı bir şekilde incelenecektir. Bu inceleme, yatırım tahkiminde hakem heyetinin yetkisini belirleyen ana unsurları ele alacaktır.

Yetkinin varlığı hususunda tahkim sürecinde genellikle üç temel şart aranmaktadır. Bu şartlar; tahkime rıza (jurisdictio voluntatis), kişi yönünden yetki (jurisdictio ratione personae) ve konu yönünden yetkidir (jurisdictio ratione materiae)¹²²⁸. Doktrinde, bu şartlara süre bakımından yetkinin (jurisdictio temporis) de eklendiği görülmektedir¹²²⁹. Bu şartların olgunlaşmış olgunlaşmadığına karar verme yetkisi yine hakem heyetindedir¹²³⁰.

¹²²⁶ Reinisch, *The Proliferation...*, a.g.m., s. 107-125.

¹²²⁷ Sornarajah, a.g.m., s. 95.

¹²²⁸ Akıncı, a.g.m., s. 45.

¹²²⁹ Çal, *Uluslararası...*, a.g.m., s. 90.

¹²³⁰ Nomer, a.g.m., s. 210.

3.2.2.5.1. Tahkime Rıza

3.2.2.5.1.1. Genel Olarak

Yatırım tahkiminde yetkinin belirlenmesi sürecinde ilk ve en temel adım, tarafların tahkime rıza göstermesidir. Bu rıza, tahkimin temel dayanağını oluşturur ve tahkim sürecinin başlatılabilmesi ve devam edebilmesi için gereklidir. Bu bölümde, tahkime rızanın genel anlamı, rızanın kaynakları ve yatırım tahkiminde nasıl uygulandığı tahkim kararları ışığında incelenecektir.

Tahkime rıza, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettiklerini ifade eden bir anlaşmadır. Bu anlaşma, taraflar arasında yapılan sözleşmelerde, anlaşmalarda veya tarafların yatırım yasalarındaki mevzuatında yer alabilir. Tahkime rıza olmadan, hakem heyeti herhangi bir uyuşmazlık hakkında yetki kullanamaz ve uyuşmazlığı çözemez¹²³¹.

Yatırım tahkiminde, tahkime rıza genellikle yazılı bir anlaşma ile belirlenir. Bu anlaşma, tarafların tahkim sürecine katılmayı kabul ettiklerini ve uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeyi taahhüt ettiklerini belirtir¹²³². Bu duruma rağmen, ev sahibi devletler, aleyhine açılan yatırım tahkimi davalarının birçoğuna, tahkim yargılamasına rızalarının olmadığı gerekçesini öne sürerek yetki itirazında bulunmaktadır¹²³³. Tahkime rıza, yatırımcılar ve devletler arasındaki anlaşmazlıkların tarafsız ve bağımsız bir yargılama süreci ile çözülmesini sağlar. Bu konuda Hafner'in de belirttiği gibi; yatırım tahkiminin en önemli sonucu, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlerin yargı rejiminden azat edilmesidir. Bu sonuç; ev sahibi devletlerin tahkime rıza konusunda yaşamış olduğu kaygıları daha iyi anlamamızı sağlar.

Tahkime rıza, tarafların tahkim sürecine katılmayı kabul etmeleri ve uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeyi taahhüt etmeleri anlamına gelir. Bu rıza,

¹²³¹ Van Harten, **a.g.e.**, s. 55.

¹²³² Sutton, **a.g.m.**, s. 90.

¹²³³ McIlwrath, M. and Savage, J., **International Arbitration and Mediation: A Practical Guide**, Kluwer Law International, 2010, s. 98.

taraflar arasında yapılan yatırım anlaşmaları, uluslararası anlaşmalar veya devlet mevzuatında yer alabilir. Tahkime rıza, hakem heyetinin yetkisini belirleyen en temel unsurdur ve tahkim sürecinin başlaması ve devam etmesi için gereklidir.

3.2.2.5.1.2. Tahkime Rızanın Kaynakları

Tahkime rıza, genellikle üç ana kaynaktan gelir. Bu kaynaklar yatırım sözleşmeleri, yatırım yasaları ve yatırım anlaşmalarıdır¹²³⁴. Bu kaynaklar, tarafların tahkim sürecine katılmayı kabul ettiklerini ve uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeyi taahhüt ettiklerini belirtir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere yatırım tahkimine rıza nadiren de olsa, yatırım kanunu gibi ev sahibi devletin iç hukukunda yer alabilir veya doğrudan bir devlet ile yabancı bir yatırımcı arasında akdedilen yatırım anlaşmalarında da bulunabilir.

a) Yatırım Sözleşmeleri

Yatırım sözleşmelerinde tahkime rıza, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında imzalanan anlaşmalara eklenen tahkim kayıtları aracılığıyla verilir¹²³⁵. Bu kayıtlar, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettiklerini belirtir. Yatırım kaynaklı uyuşmazlıkların tahkime götürülmesinde kullanılan ilk yöntem, devlet ve yatırımcı arasında yapılan sözleşmelere tahkim kaydı eklemektir¹²³⁶.

Tahkime rızanın yatırım sözleşmeleri ile verilmesi, özellikle yatırım anlaşmalarının henüz yaygın olmadığı dönemlerde tercih edilmiştir¹²³⁷. Chevron ve Ekvador tahkiminde, Chevron ve Ekvador arasındaki uyuşmazlık, Ekvador hükümetinin Chevron'un çevre kirliliği iddiaları üzerine başlattığı yasal süreçler sonrasında ortaya çıkmıştır. Chevron, Ekvador ile imzaladığı yatırım

¹²³⁴ Çelikel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, 2018, s. 233.

¹²³⁵ Günay, A., *Uluslararası Tahkim Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 95.

¹²³⁶ Gürzumar, N., *Milletlerarası Ticaret Hukuku ve Tahkim*, Seçkin Yayınları, 2015, s. 210.

¹²³⁷ Kaplan, M., *Yatırım Tahkiminde Yetki Sorunları*, Adalet Yayınevi, 2016, s. 85.

sözleşmesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak tahkime başvurmuştur. Hakemler, yatırım sözleşmesindeki tahkim kaydını dikkate alarak kendilerini yetkili kabul etmiş ve uyuşmazlığı çözmüşlerdir. Ayrıca, tarafların tahkim rızasını, yatırım sözleşmesinden farklı bir sözleşme ile veya müzakere edilerek sonradan sözleşmeye eklenecek tahkim kayıtlarıyla vermeleri de mümkündür¹²³⁸. Örneğin, Aminoil sözleşmesinin 1948 tarihli orijinal hali tahkim kaydı içermese de, taraflar arasındaki müzakereler sonucunda 1979'da imzalanan ayrı bir sözleşmeyle ad hoc tahkime başvuru kararlaştırılmıştır. Bu yeni sözleşmeye dayanarak hakem kurulu kendini yetkili bulmuştur.

Yatırım anlaşmalarının yaygın olarak kullanılmadığı dönemlerde, sözleşmelere eklenen tahkim kayıtları, devletler ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini sağlayan tek yöntemdi¹²³⁹. Ancak, tahkime rıza devletler ile yatırımcılar arasında akdedilen tahkim sözleşmeleri çerçevesinde verildiği durumlarda, tahkim kaydının geçerli olması ve devletlerin egemenlik yetkisi tartışma konusu olmuştur. Yatırım anlaşmaları kapsamında tahkime rıza verilmesi, bu tür tartışmaları önleyerek yatırımcılara ek avantajlar sağlamıştır. Bu yüzden, tahkim süreçlerinin anlaşmalara dayandırılması, yatırımcılar için daha cazip bir seçenek olmuştur. Ancak, yatırımcıların sözleşmeler ile korunmaya devam ettiği durumlarda, ev sahibi devletin yatırım yasası olmadığında veya uyuşmazlık konusunun yatırım anlaşmaları ve yasaları kapsamına girmediği

¹²³⁸ Öztürk, M., *Tahkim Hukuku, Der Yayınları*, 2014, s. 134.

¹²³⁹ Arslan, H., *Tahkim ve Uygulamaları*, Beta Yayınları, 2016, s. 175.

hallerde, sözleşmelerdeki tahkim kayıtları hala tahkime başvurmayı mümkün kılan bir yöntem olarak kullanılabilir¹²⁴⁰.

Yatırım sözleşmeleri ile verilen tahkime rıza, hakem kurullarının sözleşmeye dayalı uyuşmazlıklar bakımından yetki tesisini sağlarken, yasa ve anlaşmalar altında verilen tahkim rızası, yasa ve anlaşma ihlalleri bakımından yetki tesisini sağlar¹²⁴¹. Tahkime rızanın varlığı, uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesini mümkün kılar ve tarafların ulusal mahkemelere başvurma zorunluluğunu ortadan kaldırır. Ancak, tahkim yolunda uyuşmazlık taraflarından birinin diğer tarafı tahkime zorlaması mümkün değildir; tahkim süreci ancak her iki tarafın da tahkime rıza göstermesiyle başlatılabilir¹²⁴².

b) Yatırım Yasaları

Yatırım yasaları altında tahkime rıza, ev sahibi devletin kendi mevzuatında yatırımcılar için tahkim yolunu açıkça belirtmesiyle sağlanır¹²⁴³. Bu yasalar, yatırımcıların ev sahibi devletin ulusal mahkemelerine başvurmadan doğrudan tahkim yoluna gitmelerine olanak tanır ve tahkim sürecinin adil, hızlı ve tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlar. Yatırım yasalarında tahkime rıza, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıları çekmek ve yatırım ortamını iyileştirmek amacıyla mevzuatında tahkim yolunu açıkça belirtmesiyle sağlanır¹²⁴⁴.

Yatırım yasaları, tahkim rızasını farklı şekillerde düzenlemektedir. Bazı ülkelerde, tahkime rıza, devlet ve yatırımcı arasında yapılan sözleşmelerle belirlenir. Buna

¹²⁴⁰ Demir, F., *Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 168.

¹²⁴¹ Karaman, S., *Milletlerarası Tahkim ve Uygulamaları*, Der Yayınları, 2017, s. 119.

¹²⁴² Güler, M., *Yatırım Tahkiminde Rıza Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 94.

¹²⁴³ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 78.

¹²⁴⁴ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., *a.g.m.*, s. 91.

göre yatırımcının tahkime başvurulabilmesi için taraflar arasında ayrıca bir sözleşme yapılması şarttır. Bu durum, devlet ve yatırımcı arasında yazılı bir tahkim sözleşmesi olmadığı sürece, doğrudan tahkim başvurusunu engellemektedir. Böylece, tahkim hakkının kapsamı ve geçerliliği, devlet ve yatırımcı arasında yapılan sözleşmelerle belirlenmektedir¹²⁴⁵. Buna örnek olarak Hindistan Yatırım Yasası verilebilir. Hindistan, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yolunu kullanma konusunda karmaşık bir yapı sunmaktadır. Hindistan'ın yatırım yasalarında, tahkim rızası, genellikle yatırımcı ve devlet arasında yapılan sözleşmelere dayanır¹²⁴⁶. Hindistan, tahkime rıza verirken, bu rızayı belirli şartlar ve koşullara bağlamaktadır. Örneğin, yatırımcıların tahkime başvurulabilmesi için belirli prosedürleri izlemesi ve genellikle iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler, yatırımcıların doğrudan tahkim yoluna gitmesini sınırlamakta ve bu sürecin uygulanabilirliğini karmaşık hale getirmektedir¹²⁴⁷.

Hakeza Brezilya, uzun bir süre boyunca yatırım tahkimine mesafeli durmuş, ancak son yıllarda bu tutumunu değiştirmiştir. Brezilya Yatırım Yasası, tahkime rızayı belirli şartlar altında düzenlemektedir. Devlet ve yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için tahkim, genellikle ikili yatırım anlaşmalarında veya özel sözleşmelerde belirtilen şartlara göre belirlenir. Brezilya, özellikle son

¹²⁴⁵ Hafner, G. "The Impact of International Investment Agreements on FDI." In *International Investment Perspectives*, OECD, 2007, s. 45.

¹²⁴⁶ Fry, James D. "International Human Rights Law in Investment Arbitration." *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, no. 1, 2010, s. 85.

¹²⁴⁷ Paulsson, J., *a.g.c.*, s. 157-160.

yıllarda yatırımcıların güvenini kazanmak için tahkim mekanizmalarını daha fazla benimsemiştir¹²⁴⁸.

Diğer yasalara kıyasla daha serbest bir yaklaşım benimseyen bazı yatırım yasaları, tahkime rızayı daha doğrudan ve genel hükümlerle düzenler. Örneğin Mısır, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu benimseyen ve bu konuda belirli hükümler içeren bir yatırım yasasına sahiptir. Mısır Yatırım Yasası, yabancı yatırımcıların ICSID tahkimine başvurabilmelerine olanak tanıyan açık düzenlemeler içerir. Yatırımcılar, Mısır'da faaliyet gösterirken ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda doğrudan ICSID tahkimine başvurabilirler. Bu düzenleme, yatırımcıların güvenliğini artırırken, tahkim sürecinin daha hızlı ve etkin bir şekilde işlemlerini sağlar¹²⁴⁹.

Hakeza Kazakistan, yatırım yasalarında tahkime rızayı açıkça belirten ve yatırımcıların haklarını koruyan hükümler içermektedir. Kazakistan Yatırım Yasası, devlet ve yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ICSID tahkimini öngörmektedir. Bu düzenleme, yatırımcıların doğrudan ICSID tahkimine başvurabilmelerine olanak tanır ve Kazakistan'ın yatırım ortamını daha çekici hale getirir¹²⁵⁰.

Yatırım yasaları altında tahkime rıza verilmesi, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümünde kritik bir rol oynar. Ancak, tahkim rızasının yazılılık koşulu gibi belirli gereklilikler, uygulamada zorluklara neden olabilir. Washington Konvansiyonu, tahkim rızasının yazılı olmasını zorunlu kılar ve bu, yatırımcılar

¹²⁴⁸ Hafner, **a.g.m.**, s. 45.

¹²⁴⁹ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 91.

¹²⁵⁰ Rubins, N. and Nazar Khodakov. , **Investment Arbitration under ICSID Convention and ICSID Additional Facility Rules.** *Arbitration International*, vol. 16, no. 2, 2000, s. 155.

ve devletler arasında çeşitli anlaşmazlıklara yol açabilir. Bu kapsamda Malezya yatırım yasaları incelendiği takdirde; ne tür zorluklarla karşılaşıldığı daha net bir biçimde anlaşılacaktır¹²⁵¹.

Malezya, yatırımcıların haklarını korumak ve yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarını çözmek için tahkim yolunu benimseyen bir yatırım yasasına sahiptir. Ancak, Malezya'nın yatırım yasalarında tahkime rıza verme süreci, yazılılık koşulu nedeniyle karmaşık hale gelmektedir. Malezya Yatırım Yasası, yatırımcıların ICSID veya UNCITRAL tahkimine başvurabilmesini öngörmektedir, ancak bu rızanın yazılı olması gerekliliği, uygulamada bazı zorluklar yaşatmaktadır¹²⁵². Örneğin, *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. The Government of Malaysia* davasında, tahkim rızasının yazılı olup olmadığı ve kapsamı tartışma konusu olmuştur. Bu dava, Malezya hükümeti ile yabancı bir yatırımcı arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinde yazılılık koşulunun nasıl ele alındığını ve bu sürecin ne kadar karmaşık olabileceğini göstermektedir. Hakem heyeti, tahkim rızasının yazılı olarak verilmesi gerektiğine karar vermiş ve bu nedenle uyuşmazlık, tahkim yoluyla çözülememiştir. Malezya'da olduğu gibi, tahkim rızasının yazılı olup olmadığı ve kapsamı, sıkça tartışma konusu olmaktadır. Yazılılık koşulu, devletlerin ve yatırımcıların tahkim süreçlerine katılımını zorlaştırabilir ve bu süreçlerde belirsizliklere yol açabilir¹²⁵³.

¹²⁵¹ Born, **a.g.m.**, s. 73.

¹²⁵² Redfern, A. and Hunter, M., **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Sweet & Maxwell, 2009, s. 146.

¹²⁵³ *Malaysia Historical Salvors Sdn Bhd v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10.

c) Yatırım Anlaşmaları

Yatırım anlaşmaları, devletler arasındaki ekonomik ilişkileri düzenleyen ve yatırımcıların haklarını koruyan önemli belgeler olup, tahkime rıza hükümlerini içermektedir¹²⁵⁴. Bu anlaşmaların amacı, yatırımcıların yatırımlarını korumak ve olası uyuşmazlıklarda adil bir çözüm mekanizması sağlamaktır. Yatırımcılar ve devletler arasındaki anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi, tarafların ulusal mahkemeler yerine uluslararası hakem heyetlerine başvurmalarını sağlar, bu da genellikle daha tarafsız ve bağımsız bir yargılama süreci sunar¹²⁵⁵.

Yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm hükümlerinin tahkime rıza sağlamadaki rolü tartışmalara sebebiyet vermektedir. Burada ev sahibi devletin, uyuşmazlığın tahkim ile çözülmesi için bir teklif sunduğu varsayılır. Soronarajah'a göre, yatırımcının tahkime gitmesi, ev sahibi devletin yatırım anlaşmasında yer alan tahkime yönelik teklifini kabul etmesi anlamına gelir¹²⁵⁶. Böylece, teklif ve kabulün birleşmesi, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının oluştuğu şeklinde yorumlanır.

c.1.) İkili Yatırım Anlaşması (BIT's)

İkili yatırım anlaşmaları, genellikle yatırımcıların haklarını güvence altına alan ve olası uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini sağlayan hükümler içerir. Bu hükümler, yatırımcıların ev sahibi devlette yapacakları yatırımları koruma altına alır ve tarafların tahkime rıza göstermelerini ve tahkim sürecine katılmayı kabul etmelerini gerektirir¹²⁵⁷.

İkili yatırım anlaşmalarının çoğu, ön aşama olarak dostane çözüm yollarını zorunlu kılarken, bu yollar tüketildikten sonra izlenecek yöntemler açısından farklı hükümler içermektedir¹²⁵⁸. Bu bağlamda, bazı ikili yatırım anlaşmaları, tahkime başvurmadan önce uyuşmazlığın çözümü için istişare ve dostane çözüm

¹²⁵⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 78.

¹²⁵⁵ Salacuse, **a.g.m.**, s. 132.

¹²⁵⁶ Soronarajah, M., **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 2010.

¹²⁵⁷ Roberts, A. **Is International Law International?**. Oxford University Press, 2017, s. 45.

¹²⁵⁸ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 211.

yolları gibi yöntemlere başvurulmasını zorunlu kılan hükümler içermektedir¹²⁵⁹. Örneğin, Almanya ile Çin arasındaki ikili yatırım anlaşması, yatırımcının ev sahibi devlete karşı tahkim sürecine başlamadan önce en az altı ay boyunca müzakereler yoluyla dostane bir çözüm arayışında bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu süre zarfında uyuşmazlık dostane yollarla çözülemezse, yatırımcının tahkime başvurma hakkı doğmaktadır. Ayrıca, Kanada ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşması da benzer şekilde, yatırımcının ev sahibi devletle uyuşmazlığın çözümü için en az altı ay boyunca görüşmelerde bulunmasını şart koşturmakta, bu süre sonunda çözüm sağlanamazsa tahkime gitme hakkı tanımaktadır. Bu tür hükümler, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında uyuşmazlıkların öncelikle dostane yollarla çözülmesini teşvik etmektedir¹²⁶⁰.

Ayrıca bazı anlaşmalar, yatırımcının doğrudan tahkime başvurmaya izin verirken, bazıları ev sahibi devlet mahkemelerine başvurulmasını ön koşul olarak talep etmektedir¹²⁶¹. Hakeza birçok anlaşmada sıralama olmaksızın yatırımcının tahkim veya ev sahibi devlet mahkemelerine başvurusu durumunda, diğer yargı yolunun kapanacağını öngörülmektedir (fork-in-the-road)¹²⁶². Yine bazı yatırım anlaşmaları, sözleşme kaynaklı taleplerin (contract claims) yatırım tahkimi kapsamında çözülmesine izin vermektedir (umbrella clause)¹²⁶³.

İkili yatırım anlaşmalarındaki bu farklılıklar nedeniyle, tahkime rızanın varlığı ve bu sebeple hakem heyetinin yetkisi, farklı koşullar altında olduğundan, konuya yönelik hakem kararlarının birbirinden farklı esaslara dayanması normal bir süreçtir. Ancak, aynı veya benzer uyuşmazlık çözüm hükümlerinin hakem heyetleri tarafından farklı yorumlanması, tartışmalara sebebiyet vermektedir. Hakeza bu durum, yatırım tahkiminin güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olabilecek boyutlara ulaşmıştır¹²⁶⁴.

¹²⁵⁹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 79.

¹²⁶⁰ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 95.

¹²⁶¹ Kılınc, Savaş. "İkili Yatırım Anlaşmalarında Tahkim ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, vol. 59, no. 3, 2010, s. 876-902.

¹²⁶² Akıncı, **a.g.m.**, s. 273.

¹²⁶³ Kurt, E. E., "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Umbrella Klot." *Bankacılar Dergisi*, vol. 70, 2009, s. 12-21.

¹²⁶⁴ Paulsson, Jan. "Arbitration Without Privity." *ICSID Review*, vol. 10, no. 2, 1995, s. 232.

İkili yatırım anlaşmalarındaki benzer hükümlerin farklı hakem heyetleri tarafından farklı yorumlanmasına dair tahkim kararlarının örnekleri arasında Chevron Corporation ve Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (Chevron II) ve Occidental Petroleum Corporation ve Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (Occidental II) davaları bulunmaktadır¹²⁶⁵. Chevron II davasında hakem heyeti, yatırımcıların yerel mahkemelerde çözüm arayışı içinde olmaları gerektiğini, ancak makul bir süre içinde çözüm bulunamaması durumunda tahkime başvurabileceklerini değerlendirmiştir¹²⁶⁶. Buna karşın, aynı ikili yatırım anlaşması hükümleri altında incelenen Occidental II davasında hakem heyeti, tahkime başvurunun yerel mahkemelerden bağımsız olarak yapılabileceğine karar vermiştir. Benzer şekilde, Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia davasında hakem heyeti, yatırımcının anlaşma kapsamında tahkime başvurması gerektiği sonucuna varmış, ancak Avustralya'nın halk sağlığı önlemlerinin haklı sebepler oluşturduğunu belirtmiştir¹²⁶⁷. Buna karşılık, Metalclad Corporation v. The United Mexican States davasında hakem heyeti, yerel düzenlemelerin yatırımcıların anlaşma kapsamında korunan haklarını ihlal ettiğine karar vererek, tahkim yoluna başvurulmasını haklı bulmuştur¹²⁶⁸. Bu kararlar, ikili yatırım anlaşmalarındaki benzer uyuşmazlık çözüm hükümlerinin farklı hakem heyetlerince farklı yorumlandığını göstermekte ve yatırım tahkiminin güvenilirliğinin sorgulanmasına yol açan tartışmalara neden olmaktadır¹²⁶⁹.

c.2.) Çok Taraflı Anlaşmalar

Çok taraflı yatırım anlaşmaları, çeşitli ülkeler arasında yapılan ve yabancı yatırımların korunmasını hedefleyen hukuki düzenlemelerdir. Bu anlaşmalar, yatırımcıların haklarını güvence altına alırken, ev sahibi ülkelerin egemenlik

¹²⁶⁵ Chevron Corporation ve Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (Chevron II), ICSID Case No. ARB/06/11, Karar Tarihi: 31 Ağustos 2011.

¹²⁶⁶ Occidental Petroleum Corporation ve Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (Occidental II), ICSID Case No. ARB/06/11, Karar Tarihi: 2 Temmuz 2004.

¹²⁶⁷ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Karar Tarihi: 17 Aralık 2015.

¹²⁶⁸ Muchlinski, Multinational..., **a.g.m.**, s. 229.

¹²⁶⁹ Hafner, **a.g.m.**, s. 45.

haklarını da korumayı amaçlar¹²⁷⁰. Doksanlı yıllarla beraber özellikle ikili yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm hükümleri, tahkime başvurunun ana yöntemi haline gelmiş ve bu durum çok taraflı yatırım anlaşmalarında da benzer hükümlerin oluşturulmasına olanak tanımıştır¹²⁷¹. Çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlıklara ilişkin çözüm hükümleri, ikili yatırım anlaşmalarındakiler gibi, yatırımcılara devletle yaşadıkları uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözme fırsatı sunmaktadır¹²⁷².

Çok taraflı yatırım anlaşmaları, yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde tahkim mekanizmasını kullanır. Tahkime rıza, tarafların uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmeyi kabul etmelerini ifade eder ve bu kabul genellikle anlaşmalarla önceden belirlenir¹²⁷³. ICSID (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi) tahkiminde rıza, yargı yetkisinin temel şartıdır. Çok taraflı yatırım anlaşmalarında tahkime rıza, genellikle anlaşmanın tarafları arasında müzakere edilerek sağlanır ve tahkim sürecine geçmeden önce belirli şartların yerine getirilmesi gerektiği düzenlenir¹²⁷⁴. Nitekim bu kapsamda NAFTA, EŞA ve ICSID gibi anlaşmalar, tahkim mekanizması ve tahkime rıza yoluyla yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli rol oynar¹²⁷⁵. Bu anlaşmalar, uluslararası yatırım hukukunun gelişimine katkıda bulunarak, yabancı yatırımların güvence altına alınmasını sağlar¹²⁷⁶.

c.2.1.) ICSID

ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) tahkimine rıza, yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynar¹²⁷⁷. ICSID tahkimine rıza, genellikle yatırım

¹²⁷⁰ Van Harten, **a.g.e.**, s. 63.

¹²⁷¹ Reinisch, A. , **Standards of Investment Protection**. Oxford University Press, 2008, s. 112.

¹²⁷² Kılınç, Savaş. "Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Uyuşmazlık Çözüm Yolları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, vol. 60, no. 1, 2011, s. 123-145.

¹²⁷³ Salacuse, **a.g.m.**, s. 151.

¹²⁷⁴ Kurt, E. E., "Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Tahkime Rıza ve Uygulama Sorunları." *Bankacılar Dergisi*, vol. 75, 2012, s. 34-45.

¹²⁷⁵ NAFTA, *North American Free Trade Agreement*, Madde 1120.

¹²⁷⁶ ICSID, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Madde 25.

¹²⁷⁷ Alschner, W. "The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaties: A Quantitative Analysis." *European Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, 2014, s. 507

sözleşmeleri, yatırım yasaları veya yatırım anlaşmaları aracılığıyla verilir¹²⁷⁸. ICSID, Dünya Bankası Grubu'nun bir parçası olup, yatırım uyuşmazlıklarının tarafsız ve adil bir şekilde çözülmesini sağlamak amacıyla kurulmuştur¹²⁷⁹. Washington Konvansiyonu olarak da bilinen ICSID Konvansiyonu, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik uluslararası bir tahkim mekanizması sunar¹²⁸⁰.

ICSID yetkisinin temel koşullarından biri, hem ev sahibi devletin hem de kaynak devletin Washington Konvansiyonu'na taraf olmasıdır¹²⁸¹. Bu koşul, ICSID tahkimine rızanın verilmesi için zorunludur. Anılan devletlerden birinin bile Konvansiyon'a taraf olmaması durumunda, ICSID yetkisinin tesisi mümkün değildir. Bu nedenle, yatırımcıların, yatırım yapacakları ülkelerin ICSID Konvansiyonu'na taraf olup olmadığını dikkate alması önemlidir¹²⁸².

Washington Konvansiyonu'nun 25(1) maddesi, tarafların ICSID tahkimine rızalarını yazılı olarak beyan etmelerini gerektirir¹²⁸³. Bu rıza, genellikle yatırım sözleşmeleri, yatırım yasaları veya yatırım anlaşmalarında açıkça belirtilir. ICSID tahkimine rızanın yazılı olarak beyan edilmesi, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların ICSID'e sunulmasına dair karşılıklı iradelerini tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta beyan etmelerini sağlar¹²⁸⁴.

ICSID tahkimine rızanın verilmesinde en az belirsizliğe yol açan yöntem, taraflar arasında imzalanan yatırım sözleşmesine bir ICSID kaydı eklenmesidir. Böylece taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların ICSID'e sunulmasına dair karşılıklı iradelerini beyan etmiş olurlar. Yatırım sözleşmelerine eklenen ICSID kayıtları, hakem kurullarının yetkisini belirlemede önemli bir rol oynar¹²⁸⁵. Örneğin, ATA

¹²⁷⁸ Schreuer, C. *The ICSID...*, a.g.e., s. 231.

¹²⁷⁹ Sornarajah, a.g.m., s. 146.

¹²⁸⁰ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, a.g.m., s. 81.

¹²⁸¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., a.g.m., s. 128.

¹²⁸² Hafner-Burton, Emilie M., Zachary C. Steinert-Threlkeld, ve David G. Victor. "Predictability versus Flexibility: Secrecy in International Investment Arbitration." *World Politics*, vol. 68, no. 3, 2016, s. 420.

¹²⁸³ Peterson, a.g.m., s. 53.

¹²⁸⁴ Yannaca-Small, Arbitration..., a.g.m., s. 230.

¹²⁸⁵ Savarese, Eduardo. "Arbitration Without Privity and Diplomatic Protection: Issues of State Responsibility." *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, no. 2, 2016, s. 182.

Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan tahkimlerinde hakemler, kendilerini yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki imtiyaz sözleşmelerinin tahkim kaydına dayanarak yetkili kabul etmişlerdir¹²⁸⁶.

Yine Maffezini v. Kingdom of Spain tahkiminde; Maffezini, İspanya ile imzalanan yatırım anlaşmasında ICSID tahkimine başvurma hakkı elde etmişti¹²⁸⁷. Tahkim kurulu, yatırım anlaşmasındaki ICSID tahkim kaydına dayanarak kendini yetkili kabul etti ve Maffezini lehine karar verdi. Bu konuda verilebilecek bir başka örnek ise American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Republic of Zaire tahkim davasıdır¹²⁸⁸. Bu davada, yatırımcı AMT ile Zaire arasında imzalanan yatırım anlaşmasında ICSID tahkimi öngörülüyordu. AMT, Zaire hükümetine karşı çeşitli iddialarla ICSID'e başvurdu ve tahkim kurulu, yatırım sözleşmesindeki ICSID kaydına dayanarak yetkili olduğunu kabul etti¹²⁸⁹.

Ev sahibi devletlerin yatırım yasalarında veya taraf oldukları ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID'e atıfta bulunmaları, ICSID yetkisinin tesisinde sıkça başvurulan bir yöntemdir¹²⁹⁰. Bu tür yasalar ve anlaşmalarda yer alan ICSID atıfları, ev sahibi devletin yatırımcıya sunduğu bir icap olarak kabul edilir. Yatırımcı bu icabı kabul ettiğinde, ICSID yetkisi tesis edilmiş olur¹²⁹¹. Örneğin, Arjantin'in yatırım yasasında yer alan ICSID atfı, Arjantin'in tahkime rızası olarak kabul edilmiş ve yatırımcılar bu rızayı kullanarak ICSID tahkimine başvurabilmişlerdir¹²⁹². Arjantin, çeşitli yatırım yasalarında ve ikili yatırım anlaşmalarında ICSID tahkimine atıfta bulunarak tahkime rıza göstermiştir. Özellikle 1990'lı yıllarda Arjantin, birçok yabancı yatırımcı ile anlaşmazlık yaşamış ve bu yatırımcılar, Arjantin'in ICSID'e atıfta bulunduğu yasal düzenlemeleri kullanarak ICSID tahkimine başvurmuşlardır. Örneğin, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic davasında, yatırımcılar Arjantin'in

¹²⁸⁶ *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award (18 May 2010).

¹²⁸⁷ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (25 January 2000).

¹²⁸⁸ *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (21 February 1997).

¹²⁸⁹ Wälde, T. W. and Kolo., **a.g.m.**, s. 811.

¹²⁹⁰ Akıncı, **a.g.m.**, s. 92.

¹²⁹¹ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 231.

¹²⁹² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 146.

ICSID rızasına dayanarak tahkim talebinde bulunmuş ve ICSID hakem kurulu yetkili kabul edilmiştir. Hakeza Türkiye de benzer şekilde, yatırım yasalarında ve taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında ICSID tahkimine atıfta bulunarak tahkime rıza göstermiştir¹²⁹³.

Türk hukukunda yabancı yatırımcıların haklarını koruma amacıyla, ICSID tahkimi sıkça başvurulmuş bir çözüm yolu olarak yer almaktadır. *Saba Fakes v. Republic of Turkey* davasında, yatırımcı, Türkiye'nin ICSID tahkimine rıza gösterdiği yasal düzenlemelere dayanarak tahkim talebinde bulunmuştur¹²⁹⁴. Bu örnekler, ICSID tahkiminin uluslararası yatırım hukukunda ne kadar önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir¹²⁹⁵.

ICSID tahkimine rızanın verilmesi, yatırımcılar için büyük bir güvence sağlar¹²⁹⁶. Bu rıza, yatırımcıların ev sahibi devletin ulusal mahkemelerine başvurmadan doğrudan uluslararası tahkime gitmelerini mümkün kılar. Böylece, yatırımcılar için daha güvenli ve tarafsız bir uyuşmazlık çözüm yolu sunulmuş olur¹²⁹⁷. Ayrıca, ICSID tahkimine rıza, tahkim sürecinin daha hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlar. Ancak, tahkime rızanın verilmesi ve uygulanması sürecinde çeşitli zorluklar ve tartışmalar ortaya çıkabilir. Bu nedenle, tahkim süreçlerinin etkin ve adil bir şekilde yürütülebilmesi için tahkime rızanın açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi önemlidir¹²⁹⁸.

c.2.2.) NAFTA

NAFTA (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması), ABD, Kanada ve Meksika arasında yapılan bir serbest ticaret anlaşmasıdır¹²⁹⁹. NAFTA, taraflar arasındaki ticaret ve yatırım ilişkilerini düzenlemekte ve yatırımcılar ile devletler arasındaki

¹²⁹³ Karaman, Kamil Y. *Yabancı Yatırımların Korunması ve Uyuşmazlıkların Çözümü*. Turhan Kitabevi, 2005, s. 118.

¹²⁹⁴ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010).

¹²⁹⁵ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, *a.g.m.*, s. 81.

¹²⁹⁶ Peterson, *a.g.m.*, s. 53.

¹²⁹⁷ Alschner, *a.g.m.*, s. 507.

¹²⁹⁸ Alschner, *a.g.m.*, s. 507.

¹²⁹⁹ Bayraktaroğlu, Murat. *Uluslararası Ticaret Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 211.

uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu öngörmektedir¹³⁰⁰. NAFTA'nın 11. Bölümü, yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik hükümleri içerir ve yatırımcıların belirli tahkim kurumlarına başvurabilmesini sağlar¹³⁰¹.

NAFTA kapsamında tahkime rıza, anlaşmanın tarafları olan devletler tarafından verilir ve yatırımcılar bu rızayı kullanarak tahkim yoluna başvurabilir. NAFTA, yatırımcıların ICSID tahkimi, ICSID Ek Tesis Kuralları veya UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde tahkim yoluna başvurmasına olanak tanır¹³⁰². NAFTA'nın 1122. maddesi, taraf devletlerin yatırımcıların bu tahkim yollarına başvurabilmesi için önceden rıza göstermelerini zorunlu kılar¹³⁰³. Örneğin, Methanex Corporation v. United States of America davasında; Methanex Corporation, Kanada merkezli bir şirket, NAFTA kapsamında ABD'ye karşı yatırım tahkimine başvurmuştur. Methanex, Kaliforniya eyaletinin MTBE (metil tert-bütil eter) yasağının şirketin yatırımlarına zarar verdiğini iddia etmiştir¹³⁰⁴. Tahkim başvurusu, NAFTA'nın 1122. maddesi kapsamında ABD'nin verdiği rızaya dayanarak yapılmıştır. Bu davada, UNCITRAL tahkim kuralları uygulanmıştır ve sonuç olarak, tahkim heyeti Methanex'in iddialarını reddetmiştir¹³⁰⁵.

Yine Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada davasında Kanadalı bir şirket olan Pope & Talbot, Kanada hükümetine karşı NAFTA kapsamında tahkime gitmiştir. Şirket, Kanada'nın ihracat kotalarının yatırımlarına zarar verdiğini iddia etmiştir¹³⁰⁶. Pope & Talbot, NAFTA'nın 1122. maddesi uyarınca Kanada'nın tahkime rızasını kullanarak ICSID Ek Tesis Kuralları çerçevesinde tahkime

¹³⁰⁰ Acar, Ali. "NAFTA ve Yatırım Tahkimi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, cilt 25, sayı 2, 2019, s. 67.

¹³⁰¹ "Schill, *The Multilateralization...*, a.g.e., s. 303.

¹³⁰² Dolzer, R. and Schreuer, C., a.g.m., s. 242.

¹³⁰³ VanDuzer, Anthony. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge University Press, 2012, s. 129.

¹³⁰⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award (3 August 2005).

¹³⁰⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Final Award (3 August 2005).

¹³⁰⁶ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Interim Award (26 June 2000).

başvurmuştur¹³⁰⁷. Tahkim heyeti, yatırımcının bazı iddialarını kabul ederek tazminat ödenmesine karar vermiştir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz örnek davalar, bu rızanın nasıl uygulandığını ve yatırımcıların haklarını savunmada ne kadar etkili olduğunu göstermektedir¹³⁰⁸.

NAFTA tahkim süreci, yatırımcıların anlaşma hükümleri çerçevesinde doğrudan tahkim yoluna başvurmalarını sağlar¹³⁰⁹. Yatırımcılar, tahkime başvurmadan önce dostane çözüm yollarını denemek zorundadır¹³¹⁰. NAFTA, yatırımcıların ev sahibi devletin ulusal mahkemelerine başvurmadan doğrudan tahkime gitmelerini mümkün kılar. Bu süreç, yatırımcılar için daha hızlı ve tarafsız bir uyuşmazlık çözüm yolu sunar¹³¹¹. Örneğin; Glamis Gold Ltd. v. United States of America davasında Kanadalı madencilik şirketi Glamis Gold Ltd., ABD'ye karşı NAFTA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³¹². Şirket, Kaliforniya eyaletinin çevresel düzenlemelerinin yatırımlarına zarar verdiğini ve NAFTA'nın 1105 ve 1110 (kamulaştırma) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir¹³¹³. Glamis Gold, dostane çözüm yollarını denedikten sonra doğrudan tahkim sürecine gitmiştir. Tahkim heyeti, ABD'nin eylemlerinin NAFTA'yı ihlal etmediğine karar vermiştir¹³¹⁴.

Yine Ethyl Corporation v. Government of Canada davasında Ethyl Corporation, ABD merkezli bir kimya şirketi, Kanada hükümetine karşı NAFTA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³¹⁵. Ethyl, Kanada'nın MMT (manganese-based fuel additive) ithalatını yasaklayan yasağının NAFTA'yı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Yatırımcı, NAFTA hükümleri çerçevesinde dostane çözüm yollarını

¹³⁰⁷ Schreuer, C. *The ICSID...*, a.g.e., s. 234.

¹³⁰⁸ Yannaca-Small, *Arbitration...*, a.g.m., s. 221.

¹³⁰⁹ İpek, Serap. "NAFTA Tahkim Süreci ve Uygulamaları." *İstanbul Hukuk Dergisi*, cilt 45, sayı 3, 2020, s. 211.

¹³¹⁰ Savaş, Ali. *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Uygulamaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 183.

¹³¹¹ Vadi, Valentina. "The Investment Treaty Regime and Public Interest Regulation in NAFTA." *Cambridge International Law Journal*, cilt 7, sayı 2, 2018, s. 267.

¹³¹² Newcombe, A., Paradell, L., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, s.350-355.

¹³¹³ Brown, C. "Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010." *Cambridge University Press*, 2013, s. 156.

¹³¹⁴ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award (14 June 2009).

¹³¹⁵ *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award (24 June 1998).

denedikten sonra doğrudan tahkime başvurmuştur. Sonuç olarak, Kanada, Ethyl'e 13 milyon Kanada doları tazminat ödemeyi kabul etmiş ve yasayı değiştirmiştir. Bu davalar yatırımcıların NAFTA'nın sağladığı doğrudan tahkim imkânını nasıl kullandıklarını ve bu sürecin yatırımcılar için sunduğu korumaları gösteren önemli örneklerdir. NAFTA'nın yatırımcı koruma mekanizmalarının etkinliğini ve tarafsızlığını ortaya koymaktadır¹³¹⁶.

NAFTA tahkiminde, taraflar arasında çeşitli sorunlar ve anlaşmazlıklar ortaya çıkabilir¹³¹⁷. Özellikle, tahkim rızasının yorumlanması ve uygulanması konusunda tartışmalar yaşanabilir. NAFTA kapsamında tahkim yoluna başvuran yatırımcılar, ev sahibi devletlerin çeşitli itirazlarıyla karşılaşabilir. Bu tür itirazlar, tahkim sürecinin başlangıcında hakem kurulunun yetkisi üzerinde etkili olabilir¹³¹⁸. Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America davasında Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen, NAFTA kapsamında ABD'ye karşı tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³¹⁹. Davacılar, ABD mahkemelerindeki bir kararın adil olmadığını ve NAFTA'nın 1102, 1105 ve 1110 maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir¹³²⁰. ABD, tahkim rızasının yorumlanması ve uygulanması konusunda çeşitli itirazlarda bulunmuştur. Hakem heyeti, ABD'nin bu itirazlarını değerlendirmiş ve tahkim sürecinin devamına karar vermiştir. Ancak, sonrasında yetki ve davanın esası üzerine yapılan değerlendirmelerde, Loewen'in iddialarının kabul edilebilir olmadığına karar verilmiştir¹³²¹.

Yine bu konuda bir başka örnek dava ise Glamis Gold Ltd. v. United States of America davasıdır. Kanadalı madencilik şirketi Glamis Gold Ltd., ABD'ye karşı NAFTA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³²². Şirket, Kaliforniya

¹³¹⁶ Bjorklund, Andrea K. "The Emerging Civilization of Investment Arbitration." *Penn State International Law Review*, cilt 30, sayı 2, 2011, s. 531.

¹³¹⁷ Johnson, Lise. "Rethinking Investment Dispute Settlement in the Era of COVID-19." *Journal of International Economic Law*, cilt 23, sayı 3, 2020, s. 683.

¹³¹⁸ Roberts, A. "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation." *American Journal of International Law*, cilt 104, sayı 2, 2010, s. 179.

¹³¹⁹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award (26 June 2003).

¹³²⁰ Schill, *The Multilateralization...*, a.g.e., s. 294.

¹³²¹ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., a.g.m., s. 143.

¹³²² *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award (14 June 2009).

eyaletinin çevresel düzenlemelerinin yatırımlarına zarar verdiğini ve NAFTA'nın 1105 ve 1110 maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. ABD, tahkim rızasının yorumlanması ve uygulanması konusunda itirazlarda bulunmuş ve hakem heyetinin yetkisini sorgulamıştır¹³²³. Hakem heyeti, ABD'nin itirazlarını değerlendirerek tahkim sürecinin devamına karar vermiş, ancak davanın sonunda ABD'nin NAFTA'yı ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu davalar, NAFTA kapsamındaki tahkim sürecinin karmaşıklığını ve tarafsızlık ilkesini ortaya koymaktadır¹³²⁴.

NAFTA tahkim kararları, taraf devletler tarafından bağlayıcı olarak kabul edilir ve uygulanır. NAFTA'nın 1136. maddesi, tahkim kararlarının taraf devletlerce derhal ve eksiksiz olarak uygulanmasını zorunlu kılar¹³²⁵. Bu madde, tahkim kararlarının ulusal mahkemeler tarafından da tanınmasını ve icra edilmesini sağlar. Ancak, tahkim kararlarının uygulanması sürecinde çeşitli zorluklar ve engellerle karşılaşılabilir¹³²⁶. Metalclad Corporation v. United Mexican States davasında, ABD merkezli Metalclad Corporation, Meksika'ya karşı NAFTA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³²⁷. Tahkim heyeti, Metalclad'in lehine karar vererek Meksika'yı tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Meksika, NAFTA'nın 1136. maddesi uyarınca bu kararı kabul etmek zorunda kalmış ve kararın uygulanması için adımlar atmıştır. Ancak, bu süreçte çeşitli yerel yasal ve idari engellerle karşılaşmıştır¹³²⁸.

Yine Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada davasında, Pope & Talbot Inc., Kanada'ya karşı NAFTA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuş ve tahkim heyeti yatırımcının bazı iddialarını kabul ederek Kanada'nın NAFTA'yı ihlal ettiğine karar vermiştir¹³²⁹. Kanada, NAFTA'nın 1136. maddesi gereğince bu

¹³²³ Reinisch, A. , *Standards...*, **a.g.e.**, s. 134.

¹³²⁴ DiMascio, N. and Pauwelyn, J., "Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" *American Journal of International Law*, cilt 102, sayı 1, 2008, s. 48.

¹³²⁵ Çelikel, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 45.

¹³²⁶ Söğüt, Mehmet. "NAFTA'nın Yatırımcı Devlet Tahkim Mekanizması." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, cilt 24, sayı 2, 2019, s. 98.

¹³²⁷ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000).

¹³²⁸ Bishop, Crawford, and Reisman, **a.g.m.**, s. 347.

¹³²⁹ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Award (10 April 2001).

kararı uygulamak zorunda kalmıştır¹³³⁰. Ancak, kararın uygulanması sırasında Kanada hükümeti çeşitli itirazlarda bulunmuş ve bu itirazlar yerel mahkemeler tarafından da değerlendirilmiştir¹³³¹. Bu örnek davalar, NAFTA tahkim kararlarının ulusal mahkemeler tarafından tanınması ve icra edilmesi açısından oldukça önemlidir.

c.2.3.) Enerji Şartı Anlaşması

Enerji Şartı Anlaşması(EŞA), enerji yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla 1994 yılında imzalanan çok taraflı uluslararası bir anlaşmadır¹³³². EŞA, enerji sektöründeki yatırımların korunması için kapsamlı hükümler içerir ve yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim mekanizmaları sunar. Anlaşma, yatırımcıların ICSID, UNCITRAL veya SCC tahkim kurallarına başvurabilmesini sağlar¹³³³. Bu mekanizmalardan en çok tercih edileni ICSID tahkimidir¹³³⁴. EŞA kapsamında, taraf devletler yatırımcıların bu tahkim yollarından birisine başvurma hakkını kabul eder ve bu şekilde tahkime rıza gösterirler. EŞA'nın tahkim hükümleri, yatırımcıların adil muamele görmesini ve yatırım uyuşmazlıklarının tarafsız bir şekilde çözülmesini garanti eder¹³³⁵.

EŞA kapsamında tahkime rıza, anlaşmanın tarafları olan devletler tarafından verilir ve yatırımcılar bu rızayı kullanarak tahkim yoluna başvurabilir¹³³⁶. EŞA'nın 26. maddesi, taraf devletlerin yatırımcıların ICSID, UNCITRAL veya SCC tahkim kuralları çerçevesinde tahkim yoluna başvurabilmesi için önceden rıza göstermelerini zorunlu kılar¹³³⁷. Bu rıza, anlaşmanın imzalanması ve onaylanması ile birlikte otomatik olarak verilir. Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany (I and II) davasında, İsveç merkezli enerji şirketi Vattenfall, Almanya'ya karşı

¹³³⁰ Van Harten, **a.g.e.**, s. 278.

¹³³¹ Redfern and Hunter, **a.g.m.**, s. 481.

¹³³² Kaya, Aysel. "Enerji Şartı Anlaşması ve Tahkim." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 63, sayı 2, 2009, s. 174.

¹³³³ Van Harten, **a.g.e.**, s. 132.

¹³³⁴ Söğüt, Mehmet. "**Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırım Tahkimi.**" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, cilt 24, sayı 3, 2019, s. 256.

¹³³⁵ Bamberger, Charles H. **The Energy Charter Treaty: A Description of Its Provisions.** Kluwer Law International, 1995, s. 87.

¹³³⁶ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 512.

¹³³⁷ Çelikel, Uluslararası..., **a.g.m.**, s. 75.

EŞA kapsamında iki ayrı tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³³⁸. İlk davada, Hamburg'daki bir kömür santraline ilişkin çevresel düzenlemelerin yatırımlarına zarar verdiğini iddia eden Vattenfall, tahkim yoluna başvurmuştur¹³³⁹. İkinci davada ise, Almanya'nın nükleer enerji politikasındaki değişikliklerin şirketin yatırımlarını olumsuz etkilediğini öne sürmüştür¹³⁴⁰. Her iki davada da, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca Almanya'nın önceden rızası sağlanmış ve tahkim süreci başlamıştır. Tahkim heyetleri, her iki durumda da Vattenfall'ın bazı taleplerini kabul etmiş ve tazminat ödenmesine karar vermiştir¹³⁴¹.

Yine Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation davasında, Yukos Universal Limited, Rusya Federasyonu'na karşı EŞA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³⁴². Davacılar, Rusya'nın Yukos şirketine karşı uyguladığı vergi cezaları ve diğer önlemlerin, EŞA'nın 26. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Tahkim heyeti, Rusya'nın EŞA'yı ihlal ettiğine karar vererek, Rusya'yı davacılar yaklaşık 50 milyar dolar tazminat ödemeye mahkum etmiştir¹³⁴³. Bu kararlar, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca taraf devletlerin tahkime rızasının nasıl verildiğini ve tahkim süreçlerinin nasıl işlediğini gösteren önemli örneklerdir¹³⁴⁴.

Enerji Şartı Antlaşması (EŞA), yatırımcıların anlaşma hükümleri çerçevesinde doğrudan tahkim yoluna başvurmalarını sağlar. EŞA kapsamında tahkime başvurmadan önce, yatırımcıların dostane çözüm yollarını denemesi zorunludur¹³⁴⁵. Bu genellikle müzakereler veya arabuluculuk yoluyla gerçekleşir. Eğer bu yollar başarısız olursa, yatırımcılar ev sahibi devletin ulusal

¹³³⁸ Schreuer, C. and Malintoppi, L. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, s. 694.

¹³³⁹ Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany (I), ICSID Case No. ARB/09/6, Award (11 March 2011).

¹³⁴⁰ Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany (II), ICSID Case No. ARB/12/12, Award (31 August 2018).

¹³⁴¹ Wälde, T. W., *The Energy...*, a.g.m., s. 153.

¹³⁴² Schneiderman, David. *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law*. Springer, 2013, s. 154.

¹³⁴³ Tan, Celine. *Governance through Development: Poverty Reduction Strategies, International Law and the Disciplining of Third World States*. Routledge, 2011, s. 203.

¹³⁴⁴ Wälde, T. W., "The Yukos Arbitration Awards." *Journal of World Investment & Trade*, cilt 15, sayı 5, 2014, s. 764.

¹³⁴⁵ Öztürk, Faruk. "Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırım Tahkimi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, cilt 22, sayı 4, 2015, s. 322.

mahkemelerine başvurmadan doğrudan tahkime gidebilirler¹³⁴⁶. Bu, yatırımcıların ulusal hukuk sistemlerindeki uzun ve karmaşık süreçlerle uğraşmadan, daha hızlı, tarafsız ve etkili bir çözüm bulmalarını sağlar. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria davasında Kıbrıs merkezli Plama Consortium Limited, Bulgaristan'a karşı EŞA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³⁴⁷. Şirket, Bulgaristan'ın enerji sektöründe yaptığı düzenlemelerin yatırımlarını olumsuz etkilediğini ve EŞA'nın çeşitli maddelerini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Dostane çözüm yollarının başarısız olmasının ardından Plama, doğrudan tahkim yoluna gitmiştir. Tahkim heyeti, Bulgaristan'ın EŞA'yı ihlal ettiğine karar vererek, Plama'ya tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

Bu konuda bir başka örnek dava ise Khan Resources Inc. v. The Government of Mongolia davasıdır. Kanadalı madencilik şirketi Khan Resources Inc., Moğolistan'a karşı EŞA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³⁴⁸. Şirket, Moğolistan'ın uranyum madenine ilişkin ruhsatını iptal etmesinin yatırımlarına zarar verdiğini iddia etmiştir. Dostane çözüm yollarının sonuçsuz kalmasının ardından Khan Resources, doğrudan tahkime gitmiştir. Tahkim heyeti, Moğolistan'ın EŞA'yı ihlal ettiğine ve yatırımcıya tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir¹³⁴⁹.

Enerji Şartı Antlaşması (EŞA) tahkiminde, taraflar arasında çeşitli sorunlar ve anlaşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Ev sahibi devletler, tahkim sürecine ilişkin itirazlarını genellikle tahkim rızasının geçerliliği, tahkim şartlarının yorumlanması ve yatırımın tanımı gibi konular üzerinde yoğunlaştırmaktadır¹³⁵⁰. Özellikle, tahkim rızasının yorumlanması ve uygulanması konusunda büyük tartışmalar yaşanmıştır. Tahkime başvuran yatırımcılar, ev sahibi devletlerin çeşitli itirazlarıyla karşılaşmıştır. Bu itirazlar, tahkim sürecinin başlangıcında hakem

¹³⁴⁶ Ortino, Federico. **Investment Treaty Law: Current Issues III. British Institute of International and Comparative Law**, 2011, s. 118.

¹³⁴⁷ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008).

¹³⁴⁸ Khan Resources Inc. v. The Government of Mongolia, UNCITRAL Case No. 2006-04, Award (2 March 2011).

¹³⁴⁹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 144.

¹³⁵⁰ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 445.

kurulunun yetkisi üzerinde etkili olmaktadır¹³⁵¹. AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. Republic of Hungary davasında AES, Macaristan'a karşı EŞA kapsamında tahkim başvurusunda bulunmuştur¹³⁵². Şirket, Macaristan'ın enerji piyasasında yaptığı düzenlemelerin yatırımlarına zarar verdiğini iddia etmiştir. Macaristan, tahkim rızasının yorumlanması konusunda çeşitli itirazlarda bulunarak hakem kurulunun yetkisini sorgulamıştır. Hakem kurulu, Macaristan'ın itirazlarını değerlendirerek EŞA'nın 26. maddesi uyarınca önceden verilen tahkim rızasının geçerli olduğunu ve tahkim sürecinin devam etmesi gerektiğini belirlemiştir¹³⁵³. Karar, EŞA kapsamındaki tahkim rızasının yorumlanması ve uygulanması açısından önemli bir örnektir.

EŞA tahkim kararları, taraf devletler tarafından bağlayıcı olarak kabul edilir ve uygulanır¹³⁵⁴. EŞA'nın 26. maddesi, tahkim kararlarının taraf devletlerce derhal ve eksiksiz olarak uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu madde, tahkim kararlarının ulusal mahkemeler tarafından da tanınmasını ve icra edilmesini sağlar¹³⁵⁵. Ancak, tahkim kararlarının uygulanması sürecinde çeşitli zorluklar ve engellerle karşılaşmaktadır¹³⁵⁶.

c.2.4.) Yoldaki Çatal Hükümleri

Yoldaki çatal hükümleri, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde taraflara seçim yapma imkanı tanıyan sözleşme hükümleridir¹³⁵⁷. Bu hükümler, tahkime başvurma rızasının belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız ve uzman bir mekanizma sunar ve bu süreç, tarafların

¹³⁵¹ Gaukrodger, David ve Kathryn Gordon. "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community." *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2012/3, 2012, s. 59.

¹³⁵² AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23 September 2010).

¹³⁵³ Kaufmann-Kohler, Gabrielle ve Michele Potestà. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*. Springer, 2020, s. 134.

¹³⁵⁴ Schreuer, C. *The ICSID ...*, a.g.e., s. 111.

¹³⁵⁵ Ercan, Eylem. "Uluslararası Yatırım Tahkiminde Enerji Şartı Antlaşması." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 22, sayı 2, 2016, s. 145.

¹³⁵⁶ Çelikel, "Milletlerarası Tahkim Hukuku.", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt 49, sayı 1, 2007, s. 45.

¹³⁵⁷ Ziya, İbrahim. "Uluslararası Tahkim ve Türk Hukuku." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt 75, sayı 1, 2018, s. 32.

iradesine dayanır¹³⁵⁸. Çalışmamızın bu bölümünde tahkime rıza kaynaklarından birisi olan yoldaki çatal hükümlerinin tahkime rıza üzerindeki etkisi incelenerek, bu alandaki uluslararası uygulamaları değerlendirilecektir.

Yoldaki çatal hükümlerinin tarihsel gelişimi, uluslararası ticaretin ve tahkim mekanizmalarının gelişimi ile paralel olarak ilerlemiştir¹³⁵⁹. İlk olarak 20. yüzyılın başlarında görülmeye başlayan bu hükümler, zamanla daha yaygın hale gelmiş ve uluslararası ticari sözleşmelerde standart bir uygulama olarak benimsenmiştir¹³⁶⁰.

Yoldaki çatal hükümleri, bir sözleşmede taraflara anlaşmazlıklarını çözmek için birden fazla yargı yolu arasında seçim yapma hakkı tanır. Bu hükümler, taraflara hem yargı yolunu hem de tahkimi tercih etme imkanı sunar¹³⁶¹.

Yoldaki çatal hükümlerinin hukuki niteliği, tarafların uyuşmazlık çözümünde esneklik sağlamasına dayanır. Bu hükümler, sözleşmenin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirilir ve tarafların iradesini yansıtır¹³⁶². İşleyişi ise tarafların belirli bir yargı yolunu veya tahkim merkezini seçmeleri ile başlar ve bu seçim, genellikle uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılır¹³⁶³. Yoldaki çatal hükümleri, yatırımcının bir çözüm yolunu seçmesi halinde diğer yolu kapatır ve bağlayıcılığını sağlar¹³⁶⁴.

¹³⁵⁸ Özbek, Veysel. "Tahkime Başvuru Rızasının Kaynakları ve Hukuki Niteliği." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 69, sayı 2, 2021, s. 112.

¹³⁵⁹ Soyer, Barış. "Yoldaki Çatal Hükümleri ve Türk Hukukundaki Yeri." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, cilt 25, sayı 3, 2019, s. 78.

¹³⁶⁰ Gaillard, E. and Savage, J., *Fouchard Goldman...*, a.g.m., s. 564.

¹³⁶¹ Tunç, Mehmet. "Yoldaki Çatal Hükümleri ve Uygulama Alanları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 21, sayı 2, 2020, s. 149.

¹³⁶² Park, William W. *Arbitration of International Business Disputes*. 2. baskı, Oxford University Press, 2012, s. 345.

¹³⁶³ Tekinalp, Gülören. "Tahkim Sözleşmelerinde Çatal Yolu Hükümlerinin Geçerliliği." *İstanbul Hukuk Mecmuası*, cilt 72, sayı 1, 2018, s. 87.

¹³⁶⁴ Kayıhan, a.g.e., s. 243.

Yoldaki çatal hükümleri, taraflara uyuşmazlıklarını çözme konusunda farklı seçenekler sunarak tahkim sürecinin başlamasında belirleyici olabilir¹³⁶⁵. Bu hükümler, tarafların tahkim sürecine rıza göstermelerini ve bu yolda devam etmelerini kolaylaştırır. Bu hükümler, tarafların iradesini doğrudan etkiler¹³⁶⁶. Taraflar, uyuşmazlıklarını çözmek için hangi yolu seçeceklerine karar verirken bu hükümleri göz önünde bulundururlar. Çatal hükümleri, tarafların tahkime rıza göstermelerini teşvik eder ve bu süreci kolaylaştırır¹³⁶⁷.

Yoldaki çatal hükümleri, uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir araçtır. Taraflara esneklik sağlayarak, uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkili bir şekilde çözülmesine olanak tanır. Bu hükümler, tahkim sürecinin etkinliğini artırır ve tarafların tahkim yolunu tercih etmelerini sağlar. Yoldaki çatal hükümleri ile ilgili olarak verilmiş önemli uluslararası yargı kararları, bu hükümlerin tarafların tahkime rızası üzerindeki etkisini göstermektedir¹³⁶⁸.

Occidental Petroleum Corporation (Oxy) ile Ekvador Cumhuriyeti arasındaki dava, enerji sektöründe önemli bir tahkim uyuşmazlığıdır. Taraflar arasındaki yatırım anlaşmasında, uyuşmazlıkların Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) tarafından çözülmesini öngören bir tahkim şartı bulunuyordu. Bununla birlikte, anlaşmada taraflara belirli koşullar altında yerel mahkemelerde çözüm arama hakkı tanıyan bir yoldaki çatal hükmü de mevcuttu. ICSID tahkim paneli, Oxy'nin tahkime başvurma hakkını onayladı ve yoldaki

¹³⁶⁵ Bishop, R. Doak ve Lucy Reed. *Practical Aspects of International Arbitration*. Juris Publishing, 2000, s. 92.

¹³⁶⁶ Erkan, Eylem. "Çatal Yolu Hükümlerinin Tahkim Rızası Üzerindeki Etkisi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 22, sayı 3, 2020, s. 203.

¹³⁶⁷ Yılmaz, Ayşe. "Tahkim Rızası ve Çatal Yolu Hükümleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 69, sayı 4, 2021, s. 415.

¹³⁶⁸ Redfern and Hunter, *a.g.m.*, s. 204.

çatal hükmünün, tarafların uyuşmazlıklarını çözme konusunda esneklik sağlamasına dikkat çekti. Bu dava, yoldaki çatal hükümlerinin tahkim sürecinin etkinliğini nasıl artırabileceğini göstermektedir¹³⁶⁹.

Yine Fiona Trust & Holding Corporation ile Privalov arasındaki dava, yoldaki çatal hükümlerinin tahkim sürecindeki rolünü ve önemini gösteren başka bir önemli örnektir¹³⁷⁰. Bu davada, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartı, uyuşmazlıkların Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) tarafından çözülmesini öngörüyordu. Ancak, sözleşmede ayrıca taraflara, belirli durumlarda mahkemelere başvurma hakkı tanıyan bir yoldaki çatal hükmü de bulunuyordu¹³⁷¹. Mahkeme, tahkim şartının geçerliliğini ve tarafların tahkime rıza gösterdiğini onayladı. Ayrıca, yoldaki çatal hükmünün, taraflara esneklik sağlayarak uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkili bir şekilde çözülmesine olanak tanıdığına hükmetti¹³⁷².

Küresel ticaretin genişlemesi ve karmaşıklığının artması, yoldaki çatal hükümlerinin önemini daha da artıracaktır¹³⁷³. Yeni ticaret anlaşmaları ve ekonomik entegrasyon süreçleri, taraflar arasında daha çeşitli ve karmaşık ticari ilişkiler yaratacaktır. Bu durum, uyuşmazlıkların çözümünde daha esnek ve etkin

¹³⁶⁹ Redfern and Hunter, **a.g.m.**, s. 204.

¹³⁷⁰ Gunes, Mehmet. "Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Yoldaki Çatal Hükümleri ve Tahkime Rıza." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 15, sayı 1, 2021, s.45.

¹³⁷¹ Born, **a.g.m.**, s. 982.

¹³⁷² Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis ve Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, s. 244.

¹³⁷³ Tekin, Hasan. "Yoldaki Çatal Hükümlerinin Uluslararası Tahkimdeki Rolü ve Önemi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 73, sayı 3, 2020, s. 324.

yöntemlere olan ihtiyacı artıracak ve yoldaki çatal hükümlerinin kullanımını teşvik edecektir¹³⁷⁴.

Hakeza Uluslararası hukuk sistemlerinde yaşanan değişimler ve yeni yasal düzenlemeler, yoldaki çatal hükümlerinin uygulanmasını etkileyebilir. Örneğin, tahkim süreçlerinde şeffaflık ve hesap verebilirlik taleplerinin artması, bu hükümlerin düzenlenme ve uygulanma biçimini değiştirebilir¹³⁷⁵. Ayrıca, çeşitli yargı sistemlerinde yoldaki çatal hükümlerine yönelik yasal yorumların ve içtihatların gelişmesi, bu hükümlerin uluslararası tahkimdeki rolünü şekillendirecektir¹³⁷⁶.

Tahkim süreçlerindeki yenilikler ve reformlar, yoldaki çatal hükümlerinin gelecekteki rolünü belirleyecektir. Özellikle, tahkim kurumları tarafından geliştirilen yeni kurallar ve prosedürler, bu hükümlerin kullanımını etkileyebilir¹³⁷⁷. Örneğin, hızlandırılmış tahkim prosedürleri veya ihtisas mahkemeleri gibi yenilikler, tarafların uyuşmazlıklarını daha hızlı ve verimli bir şekilde çözmelerine olanak tanıyabilir.

Kanaatimizce yoldaki çatal hükümleri, gelecekte uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde daha yaygın ve etkin bir araç olmaya devam edecektir. Küresel ticaretin genişlemesi, hukuki normların değişimi, teknolojik ilerlemeler ve tahkim süreçlerindeki yenilikler, bu hükümlerin kullanımını ve önemini artıracaktır. Uluslararası işbirliği ve düzenlemeler, yoldaki çatal

¹³⁷⁴ Koç, Ahmet. "Tahkim Rızası ve Çatal Yolu Hükümleri." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 21, sayı 4, 2018, s. 98.

¹³⁷⁵ Brown, C. a.g.e., s. 186.

¹³⁷⁶ Yavuz, Zeynep. "Yoldaki Çatal Hükümlerinin Uygulama Alanı ve Sorunları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 25, sayı 1, 2021, s. 212.

¹³⁷⁷ Özdemir, Serkan. "Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Çatal Yolu Hükümleri ve Tahkim." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 23, sayı 2, 2019, s. 98.

hükümlerinin standartlaşmasını ve etkinliğini daha da güçlendirecektir. Sonuç olarak, yoldaki çatal hükümleri, taraflara esneklik sağlayarak, uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkili bir şekilde çözülmesine katkıda bulunmaya devam edecektir.

3.2.2.6. Kişi Bakımından Yetki

Uluslararası yatırım tahkimi, taraflara bağımsız ve tarafsız bir yargı süreci sunarak, yatırımların korunmasını ve uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözülmesini sağlar. Kişi bakımından yetki, uluslararası yatırım tahkiminde kritik bir rol oynar ve tahkim sürecine dahil olan tarafların kimliklerini belirler¹³⁷⁸. Yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların kimlikleri ve tahkim yargılamasına katılım koşulları büyük önem taşır¹³⁷⁹. Çalışmamızın bu bölümünde, kişi bakımından yetkinin yatırım tahkimindeki rolünü incelenen ve bu alandaki önemli davalar değerlendirilecektir. Bu bağlamda, yatırımcıların ve ev sahibi devletlerin tahkim yargılamasına katılım koşulları, tahkime başvurma yetkisi ve ilgili hukuki düzenlemeler detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Kişi bakımından yetki, uluslararası tahkime başvurabilen tarafların kimliklerini ve bu tarafların tahkim yargılamasındaki hak ve yükümlülüklerini belirler. Bu kavram, yatırım tahkiminde tarafların yetkisini ve tahkim sürecine katılım koşullarını tanımlayan bir çerçeve sunar¹³⁸⁰. Uluslararası yatırım tahkiminde kişi bakımından yetki, yatırımcıların ve ev sahibi devletlerin tahkim yargılamasına katılımını belirleyen ana faktörlerden biridir. Bu bağlamda, yatırımcıların kimliği, yatırımlarının niteliği ve yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişkiler önemli rol oynar¹³⁸¹. Ayrıca, uluslararası hukuk ve ulusal mevzuat çerçevesinde belirlenen kriterler, kişi bakımından yetkinin tespitinde temel alınır¹³⁸².

¹³⁷⁸ Demirkol, Berk. *Yatırım Tahkiminde Devletin Rızası*. Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 32.

¹³⁷⁹ Parlak, Cem. "Uluslararası Yatırım Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 15, sayı 2, 2020, s. 88.

¹³⁸⁰ Saran, Fulya. "Yatırım Tahkiminde Yargılama Usulü ve Yetki." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 69, sayı 1, 2018, s. 56.

¹³⁸¹ Çelikel, Aysel ve Bahadır, Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Beta Yayıncılık, 2019, s. 201.

¹³⁸² Born, a.g.m., s. 135.

3.2.2.6.1. Yatırımcı Bakımından Yetki

Yatırımcı bakımından yetki, tahkim yargılamasına katılacak tarafların kimliklerini ve bu tarafların tahkim sürecindeki hak ve yükümlülüklerini belirler¹³⁸³. Yatırımcı bakımından yetkinin gerçekleşmesi için temel şart, yatırımcının ev sahibi devletin tâbiyetinde olmaması, yani yabancı bir yatırımcı olmasıdır¹³⁸⁴. Bu kriter, uluslararası yatırım anlaşmalarının çoğunda genel kabul görmüş bir ilkedir¹³⁸⁵. Yabancı yatırımcı olma kriteri, yatırımcının menşe ülkesinin ve ev sahibi ülkenin farklı olması gerektiğini ifade eder¹³⁸⁶. Bu şart, yatırımcıların uluslararası koruma mekanizmalarından yararlanabilmesi için gereklidir¹³⁸⁷.

Yatırımcı bakımından yetkinin tespitinde yatırımcının yabancı olması genel kabul görmekle birlikte, yatırımcının ortaklık yapısı ve iştirak ilişkisi gibi hususlar yetkiye ilişkin tartışmalara yol açabilir¹³⁸⁸. Özellikle, yatırımcı ile tâbi olduğu devlet arasındaki bağın çok zayıf olduğu veya yatırımcının tâbi olduğu devletle değil, yatırım yaptığı ev sahibi devlet ile sıkı irtibatının olduğu durumlarda yetkinin tespiti sıkıntılı hale gelebilir¹³⁸⁹.

Enerji yatırımları, genellikle büyük ölçekli ve karmaşık projeler içerir¹³⁹⁰. Bu tür yatırımlarda, ev sahibi devletlerde proje şirketlerinin kurulması ve bu şirketlerin iştirak yapılarındaki karmaşıklık, yatırımcının yabancı olup olmadığı konusunda daha büyük güçlüklerle yol açabilir¹³⁹¹. Enerji sektöründe faaliyet gösteren bir yatırımcı, yatırımını gerçekleştirmek için ev sahibi devlette bir proje şirketi kurabilir ve bu şirket aracılığıyla yatırım yapabilir¹³⁹². Bu durumda, yatırımcının yabancı olup olmadığı ve tahkim yetkisinin nasıl belirlenmesi gerektiği tartışma konusu olabilir.

¹³⁸³ Akıncı, **a.g.m.**, s. 112.

¹³⁸⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 66.

¹³⁸⁵ Çelikel, ve Bahadır, E., **a.g.m.**, s. 305.

¹³⁸⁶ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 123.

¹³⁸⁷ Demirkol, Berk. *Yatırım Tahkiminde Devletin Rızası*. Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 54.

¹³⁸⁸ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 95.

¹³⁸⁹ Parlak, Cem. "**Uluslararası Yatırım Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki**." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 15, sayı 2, 2020, s. 102.

¹³⁹⁰ Ünüvar, Barış. *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tahkim*. Adalet Yayınevi, 2016, s. 79.

¹³⁹¹ Saran, Fulya. "**Yatırım Tahkiminde Yargılama Usulü ve Yetki**." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 69, sayı 1, 2018, s. 70.

¹³⁹² Born, **a.g.m.**, s. 155.

Tahkim yargısının uluslararası anlaşmaya dayanarak başlatıldığı durumlarda, esas olarak, yatırımcının ev sahibi devletin değil, anlaşmanın tarafı olan diğer devletin tâbiyetinde olması gerekir¹³⁹³. İkili veya çok taraflı bir anlaşma olmadığı durumlarda, yatırımcılar, ev sahibi devlet ile ikili yatırım anlaşması olan üçüncü bir devlet üzerinden koruma sağlama yoluna gitmektedirler¹³⁹⁴. Yabancı yatırımcılar, yatırım yapmayı hedefledikleri ev sahibi devlet ile karşılıklı yatırımların korunmasına yönelik ikili bir anlaşma bulunan devletlerdeki yavru şirketleri (subsidiary) vasıtasıyla yatırım yapmayı tercih etmektedirler¹³⁹⁵.

Bu bağlamda, birçok tahkim davası yatırımcı bakımından yetkinin nasıl uygulandığını göstermektedir. Buna bir örnek verecek olursak; Tokios Tokelès v. Ukraine davasında, Litvanya'da kayıtlı bir şirket olan Tokios Tokelès, Ukrayna'daki yatırım faaliyetleri nedeniyle zarar gördüğünü iddia ederek ICSID'de tahkim başlatmıştır¹³⁹⁶. Ukrayna, Tokios Tokelès'in sahiplerinin çoğunlukla Ukrayna vatandaşı olduğunu ve bu nedenle şirketin Litvanya'nın değil Ukrayna'nın tâbiyetinde olduğunu savunmuştur. Ancak, tahkim paneli, Tokios Tokelès'in kayıtlı olduğu ülke olan Litvanya'nın tâbiyetinde olduğu sonucuna vararak, Ukrayna'nın bu savunmasını reddetmiştir¹³⁹⁷.

Yatırım ortamının sürekli evrimi, yatırımcı bakımından yetkinin gelecekte nasıl gelişeceğine dair çeşitli olasılıklar sunmaktadır¹³⁹⁸. Hukuki normlardaki değişiklikler, yeni teknolojik gelişmeler ve uluslararası ticaret anlaşmalarının yaygınlaşması, yatırımcıların tahkim yetkilerini nasıl kullanacaklarını etkileyecektir¹³⁹⁹. Özellikle, blockchain teknolojisi ve dijital varlıklar gibi

¹³⁹³ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 89.

¹³⁹⁴ Kaya, Yusuf. **"Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yetki Sorunu."** *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, cilt 10, sayı 2, 2018, s. 45.

¹³⁹⁵ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 44.

¹³⁹⁶ UNCTAD, "Tokios Tokelès v. Ukraine", Investment Policy Hub, erişim tarihi: 12 Eylül 2023, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/236/tokios-tokel-s-v-ukraine>.

¹³⁹⁷ Schreuer, C. *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 126.

¹³⁹⁸ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 223.

¹³⁹⁹ Acar, Özge. **"Yatırım Tahkiminde Gelişen Trendler."** *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 12, sayı 1, 2019, s. 67.

yenilikler, yatırımcıların kimliklerini ve yatırımlarını daha karmaşık hale getirebilir, bu da tahkim yetkisinin tespitinde yeni zorluklar yaratabilir¹⁴⁰⁰.

3.2.2.6.1.1. Gerçek Kişi Yatırımcı

Gerçek kişi yatırımcılar, bireysel olarak uluslararası tahkimde taraf olma yetkisine sahiptir¹⁴⁰¹. Bu yatırımcılar, yatırım anlaşmaları ve ulusal mevzuat çerçevesinde tahkim yoluna başvurabilirler¹⁴⁰². Gerçek kişi yatırımcıların uluslararası tahkimde yer alabilmeleri için belirli kriterleri karşılamaları gerekmektedir. Bunların başında, yatırımcının yabancı bir yatırımcı olması gerekmektedir¹⁴⁰³. Yani, yatırımcı, ev sahibi devletin tâbiyetinde olmamalıdır. Bu durum, yatırımcının menşe ülkesinin ve ev sahibi ülkenin farklı olması gerektiği anlamına gelir¹⁴⁰⁴. Hakeza gerçek kişi yatırımcıların tahkim yargılamasında yer alabilmesi için, yatırımlarının ilgili yatırım anlaşması veya ulusal mevzuat tarafından korunuyor olması şarttır¹⁴⁰⁵.

Yatırım anlaşmaları, genellikle yatırımların korunması ve yatırımcıların haklarının güvence altına alınması amacıyla yapılır¹⁴⁰⁶. Bu anlaşmalar, yatırımcıların uluslararası tahkime başvurabilmeleri için gerekli hukuki çerçeveyi sağlar. Yatırımcılar, iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları (BITs) veya serbest ticaret anlaşmaları (FTAs) kapsamında tahkime başvurabilirler¹⁴⁰⁷. Bu anlaşmalar, yatırımcıların haklarını korumak ve yatırımlarını güvence altına almak amacıyla belirli koruma standartları ve tahkim hükümleri içerir¹⁴⁰⁸. Ayrıca, bazı ülkelerin ulusal mevzuatları da yabancı yatırımcıların tahkime başvurabilmesi için gerekli düzenlemeleri içerebilir¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁰ Fry and Odysseas, *Investing in International Arbitration*. Brill Nijhoff, 2019, s. 188.

¹⁴⁰¹ Redfern and Hunter, *a.g.m.*, s. 282.

¹⁴⁰² Sornarajah, *a.g.m.*, s. 121.

¹⁴⁰³ Ünüvar, Barış. *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tahkim*. Adalet Yayınevi, 2016, s. 102.

¹⁴⁰⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 56.

¹⁴⁰⁵ Kaya, Mustafa Erkan. *Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü*. Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 45.

¹⁴⁰⁶ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., *The Oxford...*, *a.g.e.*, s. 695.

¹⁴⁰⁷ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, *a.g.m.*, s. 188.

¹⁴⁰⁸ Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, cilt 4, sayı 2, 2015, s. 67.

¹⁴⁰⁹ Schreuer, C. *The ICSID...*, *a.g.e.*, s. 205.

Gerçek kişi yatırımcılar, uluslararası tahkimde taraf olma yetkisine sahip olduklarında, çeşitli hak ve yükümlülükler sahip olurlar¹⁴¹⁰. Bu haklar ve yükümlülükler, yatırım anlaşmaları ve ulusal mevzuat tarafından belirlenir. Gerçek kişi yatırımcıların tahkim yargılamasında yer alabilmeleri için, yatırımlarının ilgili yatırım anlaşması veya ulusal mevzuat tarafından korunuyor olması şarttır¹⁴¹¹. Bu bağlamda, yatırımcılar, yatırımlarının korunması ve haklarının güvence altına alınması amacıyla uluslararası tahkime başvurabilirler.

Bir tahkim karar örneği olarak, Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen'in Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı başlattıkları yatırım tahkimi davası, gerçek kişi yatırımcıların uluslararası tahkimde karşılaştıkları yetki ve meşruiyet sorunlarını ortaya koymaktadır¹⁴¹². Loewen Group, Inc. ve Raymond L. Loewen, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) çerçevesinde Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı tahkim başvurusunda bulunmuşlardır. Raymond L. Loewen, Kanada vatandaşı olup, Loewen Group Inc. adlı cenaze hizmetleri sağlayan şirketin kurucusuydu. Loewen, Mississippi eyaletindeki bir ticari anlaşmazlık sonucunda eyalet mahkemesi tarafından aleyhine verilen bir karar nedeniyle büyük mali zarara uğradığını iddia etmiştir. Loewen, bu mahkeme kararının adil olmadığını ve NAFTA hükümlerine aykırı olduğunu öne sürmüştür¹⁴¹³.

Dava, Loewen'in yatırımının NAFTA tarafından korunup korunmadığı ve Loewen'in uluslararası tahkime başvurma yetkisine sahip olup olmadığı gibi önemli yetki sorunlarını içermektedir¹⁴¹⁴. Hakem heyeti, Loewen'in iddialarını değerlendirmiş ve Loewen'in NAFTA kapsamındaki yatırım koruma haklarını ele almıştır¹⁴¹⁵. Ancak, Loewen Group Inc. ve Raymond L. Loewen'in, iflas süreci nedeniyle tahkim davasını devam ettiremedikleri ve gerekli hukuki ve mali yükümlülükleri yerine getiremedikleri sonucuna varılmıştır. Bu dava, gerçek kişi

¹⁴¹⁰ Fry and Odysseas, **a.g.m.**, s. 155.

¹⁴¹¹ Savaş, Cemil. "**Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıklarında Tahkim Yoluyla Çözüm.**" *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 8, sayı 3, 2016, s. 89.

¹⁴¹² "Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America", ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, erişim tarihi: 12 Eylül 2023, <https://www.italaw.com/cases/632>.

¹⁴¹³ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., *The Oxford...*, **a.g.e.**, s. 705.

¹⁴¹⁴ Wälde, T. W., "The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration." **Journal of World Investment & Trade**, cilt 6, sayı 2, 2005, s. 189.

¹⁴¹⁵ Ripinsky, S. and Williams, K., **a.g.m.**, s. 103.

yatırımcıların uluslararası tahkimde karşılaşılabileceği yetki ve meşruiyet sorunlarını ve yatırım anlaşmalarının bu tür davalarda oynadığı kritik rolü vurgulamaktadır.

Loewen davası, gerçek kişi yatırımcıların uluslararası tahkimde karşılaşılabileceği zorlukları ve bu zorlukların üstesinden nasıl gelinebileceğini göstermesi açısından önemlidir¹⁴¹⁶. Gerçek kişi yatırımcılar, yatırım anlaşmaları ve ulusal mevzuat çerçevesinde tahkim yoluna başvurabilme hakkına sahip olsalar da, tahkim sürecinde karşılaşılabilecekleri yetki sorunları ve hukuki zorluklar konusunda dikkatli olmalıdırlar¹⁴¹⁷. Bu nedenle, yatırımcıların, uluslararası tahkim sürecine katılmadan önce, yetki ve meşruiyet konularını dikkatlice değerlendirmeleri ve gerekli hukuki danışmanlık hizmetlerini almaları önemlidir¹⁴¹⁸.

3.2.2.6.1.2. Tüzel Kişi Yatırımcı

Tüzel kişi yatırımcılar, şirketler veya diğer tüzel kişilikler olarak uluslararası tahkimde taraf olma yetkisine sahiptirler¹⁴¹⁹. Bu yatırımcıların tahkim yargılamasına taraf olabilmesi için, yatırım anlaşmaları ve ulusal mevzuat çerçevesinde belirlenen şartları karşılamaları gerekmektedir¹⁴²⁰. Yabancı yatırımcı statüsü, yatırımcının ev sahibi devletin tâbiyetinde olmaması ve yabancı bir tüzel kişilik olarak kabul edilmesi şartına dayanır¹⁴²¹.

Tüzel kişi yatırımcıların uluslararası tahkimde taraf olabilmesi için, yatırım anlaşmaları ve ulusal mevzuat çerçevesinde belirlenen şartları karşılamaları gerekmektedir¹⁴²². Tüzel kişiler bakımından yatırımcı sıfatının tayininde, gerek ikili yatırım anlaşmalarında (BITs), gerek çok taraflı anlaşmalarda (MITs) ve millî hukuk sistemlerinde esas itibarıyla iki kriterin dikkate alındığı görülmektedir: kuruluş yeri ve idare merkezi (sieve social)¹⁴²³. Kuruluş yeri, tüzel kişinin hangi

¹⁴¹⁶ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 298.

¹⁴¹⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 267.

¹⁴¹⁸ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 195.

¹⁴¹⁹ "Schill, **The Multilateralization...**, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁴²⁰ Ünüvar, Barış. **Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tahkim**. Adalet Yayınevi, 2016, s. 45.

¹⁴²¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 56.

¹⁴²² Kaya, Mustafa Erkan. **Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü**.

Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 89.

¹⁴²³ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 213.

ülkede kayıtlı olduğunu belirlerken; idare merkezi, şirketin yönetim ve kontrol merkezinin bulunduğu yeri ifade eder. Bu kriterler, aynı zamanda yaygın bir şekilde tüzel kişilerin tâbiyetini tayinde kullanılan kriterlerdir. Hakeza yatırım anlaşmaları, tüzel kişilerin haklarını ve yükümlülüklerini tanımlar ve bu anlaşmalar kapsamında yatırımcıların tahkim yoluna başvurma hakları düzenlenir¹⁴²⁴.

Bu kapsamda Yukos Universal Limited v. The Russian Federation davası¹⁴²⁵ yerinde bir örnek tahkim kararı olacaktır. Yukos Universal Limited (YUL), Hollanda'da kayıtlı bir şirkettir ve Yukos Oil Company'nin önemli bir hissedarıdır. Yukos Oil Company, 2003 yılında Rus yetkililer tarafından vergi kaçakçılığı suçlamalarıyla hedef alınmış ve ardından iflas ettirilmiştir. YUL, Rusya'nın bu eylemlerinin haksız olduğunu iddia ederek, Hollanda-Rusya İkili Yatırım Anlaşması (BIT) kapsamında Rusya'ya karşı tahkim başvurusunda bulunmuştur¹⁴²⁶.

Tahkim davasında ana mesele, YUL'un Hollanda'nın diplomatik korumasından yararlanıp yararlanamayacağı ve Hollanda-Rusya BIT kapsamında yatırımcı olarak kabul edilip edilemeyeceği idi¹⁴²⁷. Rusya, YUL'un gerçekte Hollandalı bir yatırımcı olmadığını, sadece Hollanda'da kayıtlı olduğunu ve asıl kontrolün Rus vatandaşları tarafından yapıldığını iddia etti¹⁴²⁸. Tahkim heyeti, YUL'un Hollanda'da kayıtlı olmasının yeterli olduğunu ve bu durumun Hollanda-Rusya BIT kapsamında yatırımcı olarak kabul edilmesi için yeterli olduğunu belirtti. Heyet, şirketin kuruluş yeri kriterine dayanarak, YUL'un Hollanda'nın tâbiyetinde olduğunu ve bu nedenle Hollanda'nın diplomatik korumasından yararlanabileceğini hükmetti¹⁴²⁹. Ayrıca Rusya'nın YUL'a yönelik eylemlerinin haksız olduğuna karar verdi ve Rusya'yı YUL'a büyük miktarda tazminat ödemeye mahkûm etti.

¹⁴²⁴ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 233.

¹⁴²⁵ "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation", PCA Case No. AA 227, erişim tarihi: 12 Haziran 2024, <https://www.italaw.com/cases/1176>.

¹⁴²⁶ Schreuer and Malintoppi, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁴²⁷ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., The Oxford..., **a.g.e.**, s. 705.

¹⁴²⁸ Wälde, T. W., The 'Umbrella'..., **a.g.m.**, s. 189.

¹⁴²⁹ Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, cilt 4, sayı 2, 2015, s. 75.

Yine yatırım anlaşmalarının bazılarında, kuruluş yeri ve idare merkezi kriterlerinin ötesine geçilerek, tüzel kişi yatırımcılarla kaynak devletler arasındaki ekonomik ilişki yeterli kriter olarak kabul edilmektedir¹⁴³⁰. Örnek verecek olursak, ev sahibi devletin vatandaşlığına sahip bir şirket, diğer bir ülkenin vatandaşlığına sahip yabancı bir şirket tarafından aktif bir biçimde kontrol ediliyorsa, bu kontrol edilen şirket, yabancı yatırımcı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴³¹. Bu durum, tüzel kişinin vatandaşlığının belirlenmesini daha da karmaşık hale getirebilir.

Doktrinde, tüzel kişilerin tâbiyet tespitinin, gerçek kişilere kıyasla daha karmaşık bir yapı arz ettiği savunulmaktadır¹⁴³². Yatırım anlaşmaları, tüzel kişi yatırımcıların korunması için farklı kriterler ve tanımlar içerebilir¹⁴³³. Örneğin, ABD Model İkili Yatırım Anlaşması (2004), yatırımcının tanımını yaparken, net bir biçimde özel teşebbüslerle kamu teşebbüslerine değinmiştir¹⁴³⁴. Enerji Şartı Anlaşması'nın yatırımcı kavramını açıkladığı 1. maddesinin 7. fıkrası, kamu teşebbüsleriyle özel teşebbüsler arasında ayırım yapmamaktadır. Bu, kamu teşebbüslerinin de özel teşebbüsler gibi yatırımcı olarak kabul edilmesini sağlamaktadır¹⁴³⁵.

Tüzel kişi yatırımcılar, genellikle büyük ölçekli enerji projelerinde yer alır ve bu projeler karmaşık ortaklık yapıları ve iştirak ilişkileri içerebilir¹⁴³⁶. Enerji sektöründe faaliyet gösteren şirketler, ev sahibi devletlerde yerel proje şirketleri kurarak yatırımlarını gerçekleştirirler¹⁴³⁷. Bu durum, yatırımcıların yabancı olup olmadığı konusunda belirsizlik yaratabilir¹⁴³⁸. Örneğin, bir enerji şirketi, yatırımını gerçekleştirmek için ev sahibi devlette bir proje şirketi kurabilir ve bu şirket aracılığıyla yatırım yapabilir. Bu durumda, yatırımcının yabancı olup

¹⁴³⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 276.

¹⁴³¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 49.

¹⁴³² Kaya, Mustafa Erkan. *Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü*. Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 102.

¹⁴³³ Schreuer, C., Loretta, M., August, R., ve Anthony, S., **a.g.e.**, s. 160.

¹⁴³⁴ Vandevelde, *Bilatera...*, **a.g.e.**, s. 78.

¹⁴³⁵ Wälde, T.W. and Sabahi. "Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law." **Transnational Dispute Management**, cilt 6, sayı 1, 2009, s. 78.

¹⁴³⁶ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁴³⁷ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 198.

¹⁴³⁸ Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, cilt 4, sayı 2, 2015, s. 89.

olmadığı ve tahkim yetkisinin nasıl belirlenmesi gerektiği tartışma konusu olabilir.

Sonuç olarak, kuruluş yeri ve idare merkezi kriterleri, tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitinde temel alınan ana unsurlardır¹⁴³⁹. Ancak, bazı yatırım anlaşmaları ekonomik bağın varlığını da yeterli görerek, tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitini daha karmaşık hale getirebilmektedir¹⁴⁴⁰. Hakeza çok uluslu şirketler ve enerji piyasasında faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri gibi büyük ölçekli tüzel kişiler, tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitinde ek zorluklar yaratmaktadır¹⁴⁴¹. Bu nedenle, uluslararası yatırım tahkiminde tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitinde şeffaflık ve öngörülebilirlik sağlamak amacıyla, yatırım anlaşmalarında net tanımlar ve tahkim mahkemelerinin içtihatları büyük önem taşımaktadır¹⁴⁴².

3.2.2.6.1.3. Paravan Şirketler ve Posta Kutusu Şirketler Sorunu

Paravan şirketler, genellikle gerçek yatırımcıların kimliklerini gizlemek amacıyla oluşturulan tüzel kişiliklerdir¹⁴⁴³. Bu tür şirketler, uluslararası yatırım hukuku semsiyesi altına girebilmek için ev sahibi devlet ile tahkime elverişli bir yatırım anlaşması olan bir ülkede kurulur¹⁴⁴⁴. Posta kutusu şirketler ise genellikle sadece yasal bir adres ile var olan, ancak gerçek ekonomik faaliyeti bulunmayan şirketlerdir¹⁴⁴⁵. Bu tür şirketler, uluslararası yatırım hukuku kapsamında koruma elde etme amacıyla kullanılabilir¹⁴⁴⁶.

Bazı yatırım uyuşmazlıklarında, ev sahibi devletler, yatırımcıların paravan şirket veya posta kutusu şirket olduğu iddiası ile kişi bakımından yetki itirazında bulunmaktadır¹⁴⁴⁷. Bu itirazlar, yatırımcının gerçekten uluslararası korumadan

¹⁴³⁹ Ünüvar, Barış. *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tahkim*. Adalet Yayınevi, 2016, s. 142.

¹⁴⁴⁰ Wälde, T. W., The 'Umbrella'..., *a.g.m.*, s. 122.

¹⁴⁴¹ Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, cilt 4, sayı 2, 2015, s. 95.

¹⁴⁴² Ripinsky, S. and Williams, K., *a.g.m.*, s. 103.

¹⁴⁴³ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 45.

¹⁴⁴⁴ Muchlinski, Multinational..., *a.g.m.*, s. 201.

¹⁴⁴⁵ Wälde, T. W., ve Sabahi., *a.g.m.*, s. 55.

¹⁴⁴⁶ Kaya, Mustafa Erkan. *Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü*. Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 121.

¹⁴⁴⁷ Schreuer, C., Loretta, M., August, R., ve Anthony, S., *a.g.e.*, s. 210.

yararlanma hakkı olup olmadığını sorgular¹⁴⁴⁸. Paravan şirketlerin tespiti, genellikle tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin kişi bakımından yetki incelemesi ile belirlenir¹⁴⁴⁹. Eğer yatırım anlaşmasında bu tür şirketleri koruma dışında bırakan bir hüküm yoksa, hakem heyetleri genellikle kişi bakımından yetkinin gerçekleştiği sonucuna varır¹⁴⁵⁰.

Bu kapsamda, Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria tahkim davası incelenecektir¹⁴⁵¹. Plama Consortium Limited (Plama), Güney Kıbrıs Rum Kesimi'nde kurulu bir şirket olup, Bulgaristan ile arasındaki yatırım uyuşmazlığı nedeniyle ICSID (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi) tahkimine başvurmuştur¹⁴⁵². Plama, Bulgaristan'ın Enerji Şartı Anlaşması (EŞA) kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve bu nedenle zarar gördüğünü iddia etmiştir. Buna karşın Bulgaristan, Plama'nın Güney Kıbrıs'ta ekonomik faaliyeti bulunmadığını ve sadece bir posta kutusu şirket olduğunu iddia ederek kişi bakımından yetki itirazında bulunmuştur. Bulgaristan, Plama'nın gerçek bir yatırımcı olmadığını ve bu nedenle EŞA kapsamında korunmaması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca, Bulgaristan, Plama'nın arkasında üçüncü bir ülkenin vatandaşlarının olduğunu ve bu kişilerin EŞA kapsamındaki korumadan yararlanma hakkına sahip olmadığını ileri sürmüştür¹⁴⁵³. Tahkim heyeti, Plama'nın Güney Kıbrıs'ta önemli bir iş hacmi olmadığını tespit etmiş, ancak kontrol ilişkisi konusunda yetki aşamasında karar vermeyi reddetmiştir. Hakem heyeti, uyuşmazlığın esasının incelenmesi aşamasında, Plama'nın arkasındaki kontrol ilişkilerini değerlendirerek, Plama'nın gerçek yatırımcı olup olmadığını belirlemiştir¹⁴⁵⁴.

Nihai kararda, hakem heyeti, Plama'nın bir paravan şirket olmadığına ve Güney Kıbrıs'ta kurulu olmasının EŞA kapsamında koruma sağlaması için yeterli

¹⁴⁴⁸ Newcombe and Paradell, *a.g.e.*, s. 165.

¹⁴⁴⁹ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, *a.g.m.*, s. 175.

¹⁴⁵⁰ Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, cilt 4, sayı 2, 2015, s. 102.

¹⁴⁵¹ Parra, *a.g.e.*, s. 188.

¹⁴⁵² Sornarajah, *a.g.m.*, s. 305.

¹⁴⁵³ Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, cilt 4, sayı 2, 2015, s. 115.

¹⁴⁵⁴ Wälde, T.W., The 'Umbrella'..., *a.g.m.*, s. 130.

olduğuna karar vermiřtir¹⁴⁵⁵. Plama'nın Anlaşma Tarafı bir ülke olan Fransa tbiiyetinde bir kişi tarafından kontrol edildiğine karar verilmiş ve Bulgaristan'ın menfaatten mahrum bırakma talebi reddedilmiřtir¹⁴⁵⁶. Plama v. Bulgaria davası, paravan şirketlerin tespiti ve kişi bakımından yetki itirazlarının tahkim yargılamasında nasıl ele alındığını gösteren önemli bir örnektir. Bu dava, yatırımcıların gerçek kimliklerinin ve ekonomik faaliyetlerinin belirlenmesinde hakem heyetlerinin dikkatli bir inceleme yapması gerektiğini ortaya koymuřtur¹⁴⁵⁷.

Paravan şirketlerin tespiti, genellikle tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin kişi bakımından yetki incelemesi ile belirlenir¹⁴⁵⁸. Eğer yatırım anlaşmasında bu tür şirketleri koruma dışında bırakan bir hüküm yoksa, hakem heyetleri genellikle kişi bakımından yetkinin gerçekleştiği sonucuna varır¹⁴⁵⁹.

Paravan şirketlerin yarattığı sorunların önüne geçmek için bazı yatırım anlaşmalarında “menfaatten mahrum bırakma” hükümlerine yer verilmektedir¹⁴⁶⁰. Bu hükümler, yatırımcının ev sahibi devlet ile diplomatik veya ekonomik ilişkileri olmayan devletlerin vatandaşları olmaları veya yatırımcının kurulduğu devlette önemli ölçüde ekonomik faaliyette bulunmaması durumunda, yatırım anlaşmasının sağladığı korumanın reddedilmesini sađlar¹⁴⁶¹. Menfaatten mahrum bırakma hükümleri, yatırımcıların hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı olması ilkesine dayanır¹⁴⁶².

Pac Rim Cayman LLC / El Salvador Cumhuriyeti arasındaki dava, menfaatten mahrum bırakma hükümlerinin uluslararası yatırım tahkiminde nasıl işlediğini

¹⁴⁵⁵ Cremades, Bernardo M., and David J. A. Cairns. "Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The Cases of Bribery, Money Laundering, and Fraud." *Journal of International Arbitration*, vol. 20, no. 4, 2003, s. 365-387.

¹⁴⁵⁶ Rubins, Noah. "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration." In *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, edited by Christina Binder et al., Oxford University Press, 2009, s. 283-302.

¹⁴⁵⁷ Schreuer and Malintoppi, **a.g.e.**, s. 920.

¹⁴⁵⁸ Dugan, C., Wallace, D., Robins, N. and Sabahi, B., **a.g.m.**, s. 372.

¹⁴⁵⁹ Muchlinski, P., Ortino, F., and Schreuer, C., *The Oxford...*, **a.g.e.**, s. 618-619.

¹⁴⁶⁰ Wlde, T. W., *The 'Umbrella'...*, **a.g.m.**, s. 183-236.

¹⁴⁶¹ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 86-87.

¹⁴⁶² Köksal, Ahmet. "Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Hükümleri." *Hukuk ve Adalet Dergisi*, vol. 4, no. 2, 2015, s. 102-103.

gösteren önemli bir örnektir¹⁴⁶³. Pac Rim Cayman LLC, Cayman Adaları'nda kurulmuş bir şirket olup, El Salvador'da altın madenciliği yatırımları yapmıştır. Şirket, El Salvador'un yatırım anlaşmalarına uygun davranmadığını ve bu nedenle zarar ettiğini iddia ederek ICSID tahkimine başvurmuştur. Pac Rim Cayman şirketinin asıl merkezi Kanada'dadır ve Kanada, CAFTA-DR(Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşması) 'ye taraf değildir. Ancak, Pac Rim Cayman LLC, bir Cayman Adaları şirketi olarak bu anlaşmanın korumalarından yararlanmayı denemiştir. Bu durum, yatırımcıların anlaşma korumalarını elde etmek için paravan şirketler kullanarak "forum shopping" yapma potansiyelini gözler önüne sermektedir¹⁴⁶⁴.

El Salvador hükümeti, davanın düşürülmesi için Pac Rim'in gerçek anlamda bir yatırımcı olmadığını ve sadece tahkim sürecinden yararlanmak için Cayman Adaları'nda kurulduğunu ileri sürmüştür¹⁴⁶⁵. Bu iddia, uluslararası yatırım hukukunda "gerçek ve etkin kontrol" ve "menfaat sahibi" kavramlarının önemini vurgulamaktadır¹⁴⁶⁶. Nitekim tahkim mahkemesi, 2012 yılında verdiği kararında, El Salvador'un iddialarını kısmen kabul etmiş ve Pac Rim'in CAFTA-DR kapsamında koruma talebini reddetmiştir¹⁴⁶⁷. Mahkeme, Pac Rim'in yatırımcı tanımına uymadığını ve bu nedenle anlaşma kapsamında koruma talep edemeyeceğine hükmetmiştir.

Paravan şirketler ve posta şirketlerin uluslararası yatırım hukukundaki rolü ve kişi bakımından yetki sorunları, genellikle büyük tartışmalara sebebiyet veren önemli bir konudur. Özellikle teknolojik gelişmeler, uluslararası ticaretin evrimi ve devletler arasındaki sınırların neredeyse ortadan kalkmış olması bu konunun gelecekte daha büyük sorunlar teşkil edeceğini göstermektedir¹⁴⁶⁸. Kanaatimizce; sorunun çözümü adına asıl iş devletlere düşmektedir. Takdir edilecektir ki; devletler arasında uluslararası işbirliği ve bilgi paylaşımı, paravan şirketlerin

¹⁴⁶³ Parra, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁴⁶⁴ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 272.

¹⁴⁶⁵ Schlemmer, Engela C.(Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer(ed.)) "Investment, Investor, Nationality, and Shareholders." *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, s. 49-76.

¹⁴⁶⁶ Douglas, **a.g.e.**, s. 302-308.

¹⁴⁶⁷ Crawford, *Brownlie's...*, **a.g.e.**, s. 610.

¹⁴⁶⁸ Parra, **a.g.e.**, s. 258.

tespit edilmesi ve yetki sorunlarının çözülmesi için çok önemlidir. Devletler kendi bünyelerindeki bu türden şirketleri tespit ederek, bu konuda gerekli müdahaleyi gerçekleştirdiği ve ilgili diğer devleti bilgilendirdiği takdir de sorun büyük oranda ortadan kalkmış olacaktır. Yine devletler arasındaki bu işbirliği, yatırım koruma anlaşmalarının daha etkin uygulanmasını da sağlayacaktır.

3.2.2.6.2. Ev Sahibi Devlet Bakımından Yetki

Ev sahibi devlet, yatırımın gerçekleştirildiği ve uyuşmazlığın ortaya çıktığı devlettir. Bu devletin yetkisi, uluslararası tahkimde belirli koşullara ve kriterlere bağlıdır. Ev sahibi devlet bakımından yetki, yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kritik bir rol oynar¹⁴⁶⁹.

Devletlerin düzenleyici yetkileri ve bu yetkilerin uluslararası yatırım hukukuyla olan ilişkisi, tahkim davalarının temel konularından biridir. Düzenleyici yetkiler, uluslararası yatırım hukukunda belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlar, devletlerin yatırımcıların haklarını ihlal etmeden kamu politikalarını uygulayabilmeleri için belirlenmiştir. Ev sahibi devletlerin yatırım tahkimine konu olan davalarda karşı karşıya kaldıkları yetki sorunları, devletlerin egemenlik haklarının sınırlarının belirlenmesi açısından önemlidir¹⁴⁷⁰. Yatırım tahkiminde, devletlerin yetki kullanımının sınırları sıkça tartışılmaktadır ve hakem heyetleri bu sınırları belirlemeye çalışmaktadır¹⁴⁷¹.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia tahkim davası bu konuya örnek olacaktır. Philip Morris Asia Limited, Avustralya'nın tütün ürünleri için düz paketleme yasasını yürürlüğe koymasının ardından Avustralya'ya karşı yatırım tahkimine başvurmuştur. Şirket, bu düzenlemenin yatırımlarını olumsuz etkilediğini ve yatırım koruma anlaşması hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti, Avustralya'nın düzenleyici yetkisini kullanarak halk sağlığını koruma amacıyla aldığı bu önlemlerin yatırım koruma anlaşması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ele almıştır. Heyet, Avustralya'nın düz

¹⁴⁶⁹ Schreuer, C. "The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties." *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 2, no. 3, 2005, s. 28-45.

¹⁴⁷⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 91-97.

¹⁴⁷¹ Newcombe and Paradell, *a.g.e.*, s. 211-215.

paketleme yasasının, halk sağlığını koruma amacıyla orantılı ve meşru bir düzenleyici önlem olduğunu tespit etmiştir. Hakem heyeti, Avustralya'nın düzenleyici yetkisini kullanarak aldığı bu önlemlerin, yatırımcıların haklarını ihlal etmediği sonucuna varmıştır¹⁴⁷². Bu karar, devletlerin kamu yararını koruma amacıyla aldığı düzenleyici önlemlerin, yatırım tahkiminde nasıl değerlendirileceğine dair önemli bir emsal teşkil etmektedir.

Ev sahibi devletin yetkisi, aynı zamanda kendi ulusal hukukuna dayanır. Ulusal hukuk, yatırımcıların haklarını ve devletin yükümlölüklerini belirler. Ancak, ulusal hukukun uluslararası tahkimle uyumlu olması gerekmektedir. Ev sahibi devletin ulusal mevzuatında tahkime başvurma hakkı tanınması, yatırımcıların haklarının korunması açısından önemlidir¹⁴⁷³.

Devletlerin ulusal hukukları kapsamında aldıkları önlemlerin, uluslararası yatırım tahkiminde nasıl değerlendirileceği tartışmalara sebebiyet olmuştur. Metalclad Corporation v. United Mexican States davasında, San Luis Potosi eyalet hükümeti, atık arıtma tesisinin faaliyetlerini engelleyen bir çevresel düzenleme çıkarmıştır. Metalclad, Meksika'nın Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'na (NAFTA) taraf olarak verdiği taahhütleri ihlal ettiği gerekçesiyle yatırım tahkimine başvurmuştur. Hakem heyeti, Meksika'nın yerel çevresel düzenlemelerinin Metalclad'ın yatırımını olumsuz etkileyip etkilemediğini ve bunun NAFTA kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmadığını değerlendirmiştir¹⁴⁷⁴. Meksika'nın çevresel düzenlemeleri, yatırımın faaliyetlerini durdurmasına yol açmıştır. Heyet, bu düzenlemelerin, yatırımcıya yeterli bilgi verilmeden ve yatırımın korunması taahhüdü ihlal edilerek yapıldığını tespit etmiştir¹⁴⁷⁵.

Hakem heyeti, Meksika'nın yerel çevresel düzenlemelerinin, Metalclad'ın yatırımını kamulaştırma etkisi yarattığına ve bu nedenle NAFTA'nın yatırım koruma hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar, devletlerin ulusal

¹⁴⁷² "Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia", *Investment Treaty Arbitration Case*, 2015, ICSID Case No. UNCT/10/1.

¹⁴⁷³ Wälde, T. W., and Kolo. ,*Environmental...*, **a.g.m.**, s. 811-848.

¹⁴⁷⁴ "Metalclad Corporation v. United Mexican States", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, no. 1, pp. 165-202.

¹⁴⁷⁵ Van Harten, **a.g.e.**, s. 112-118.

hukukları kapsamında aldıkları düzenleyici önlemlerin, uluslararası yatırım tahkiminde nasıl değerlendirileceğine dair önemli bir emsal teşkil etmektedir¹⁴⁷⁶.

Ev sahibi devletin egemenlik hakları, yetki sorunlarında kritik bir rol oynar. Devlet, egemenlik hakları çerçevesinde yabancı yatırımcıları kabul etme veya reddetme hakkına sahiptir. Ancak, yatırımcıların haklarını koruyan uluslararası anlaşmalar çerçevesinde, devletin egemenlik hakları sınırlanabilir¹⁴⁷⁷. Devlet, kendi topraklarında ekonomik faaliyetleri düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak, bu düzenleyici yetki, yatırımcıların haklarını ihlal etmeyecek şekilde kullanılmalıdır. Devletin egemenlik hakları ile yatırımcıların hakları arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu denge, uluslararası tahkimde adil ve eşit muamele ilkeleri çerçevesinde sağlanır¹⁴⁷⁸.

Ev sahibi devletin yetkisi, tahkim yargılamasının uygulanabilirliği açısından belirli kriterlere dayanır. Bu kriterler, yatırımın niteliği, uyuşmazlığın konusu ve tahkim anlaşmasının hükümleri gibi unsurları içerir¹⁴⁷⁹. Yatırımın niteliği, devletin yetkisini belirleyen önemli bir faktördür. Enerji yatırımları, genellikle büyük ölçekli ve uzun vadeli projeler olup, devletin düzenleyici ve denetleyici yetkilerini kullanmasını gerektirir¹⁴⁸⁰. Uyuşmazlığın konusu, tahkim yargılamasında devletin yetkisini belirler. Enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıklar, çoğunlukla devlet müdahaleleri, düzenleyici değişiklikler ve kamulaştırma gibi konuları içerir. Tahkim anlaşmasının hükümleri, devletin yetkisini ve tahkim yargılamasının uygulanabilirliğini belirler. Bu hükümler, tahkime başvurma koşullarını ve yetki sınırlarını içerir¹⁴⁸¹.

Kamu teşebbüsleri, devletin doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği işletmelerdir. Kamu teşebbüslerinin uluslararası yatırım tahkimindeki rolü ve

¹⁴⁷⁶ Wälde, T. W., *Investment...*, **a.g.m.**, s. 57-84.

¹⁴⁷⁷ Schill, Fair..., **a.g.e.**, s. 98-114.

¹⁴⁷⁸ Dolzer, Rudolf. "Indirect Expropriations: New Developments?" *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, no. 1, 2002, pp. 64-93.

¹⁴⁷⁹ Muchlinski, P. (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer(ed.)) , **a.g.e.**, s. 3-44.

¹⁴⁸⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 145-167.

¹⁴⁸¹ Reinisch, August. (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer(ed.))

"Standards of Investment Protection." *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 425-451.

sorumluluğu, devletlerin bu teşebbüslerin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusunu gündeme getirir¹⁴⁸². Bu teşebbüslerin yatırımcılarla olan ilişkilerinde yaşanan sorunlar, devletin uluslararası hukuk açısından sorumluluğunu doğurabilir¹⁴⁸³. Örneğin, devletin enerji sektöründe sahip olduğu kamu teşebbüsleri, düzenleyici ve operasyonel roller üstlenir ve bu da çeşitli yasal sorunlara yol açabilir.

Kamu teşebbüslerinin eylemlerinin devlete atfedilmesi için “yapısal ve fonksiyonel” açıdan değerlendirilmeleri gerekmektedir¹⁴⁸⁴. Bu değerlendirmeler yatırım tahkiminde önemli bir rol oynar ve teşebbüslerin kamu kontrolünde hareket edip etmediklerini ve eylemlerinin kamusal bir karakteristiğe sahip olup olmadığını belirler¹⁴⁸⁵. Yapısal değerlendirme, teşebbüsün devlet tarafından kontrol edilip edilmediğini incelerken, fonksiyonel değerlendirme ise teşebbüsün faaliyetlerinin kamu yararına olup olmadığı şeklindedir¹⁴⁸⁶.

Bu kapsamda Maffezini v. Kingdom of Spain davasında, Emilio Agustín Maffezini, İspanya'da bir kimya tesisi kurmak için yatırım yapmıştır. Ancak, yatırım sürecinde İspanyol devletine ait olan kamu teşebbüsü SODIGA (Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia), Maffezini'nin yatırımına çeşitli engeller çıkarmıştır¹⁴⁸⁷. Maffezini, bu engellemelerin İspanya'nın Arjantin ile imzaladığı Yatırım Koruma Anlaşması'nı (BIT) ihlal ettiğini ileri sürerek tahkime başvurmuştur¹⁴⁸⁸.

Hakem heyeti, SODIGA'nın eylemlerinin İspanya devletine atfedilip atfedilemeyeceğini değerlendirmiştir. SODIGA, İspanya hükümeti tarafından kontrol edilen ve kamu yararına faaliyet gösteren bir kamu teşebbüsü olarak faaliyet göstermektedir. Heyet, SODIGA'nın eylemlerinin devletin düzenleyici

¹⁴⁸² OECD. "OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises." 2015, s.10-12.

¹⁴⁸³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 104-106.

¹⁴⁸⁴ Reinisch, August. **"The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts."** *Oxford International Arbitration Series*, 2013, s. 55-60.

¹⁴⁸⁵ Schill, **The Multilateralization...**, **a.g.e.**, s. 74-79.

¹⁴⁸⁶ Salacuse, **a.g.m.**, s. 144-150.

¹⁴⁸⁷ UNCTAD. **"State-Owned Enterprises in International Investment Agreements."** *United Nations Conference on Trade and Development*, 2014, s. 29-32.

¹⁴⁸⁸ Fietta, Stephen. "Expropriation and the 'Fair and Equitable' Standard: The Developing Jurisprudence." *Journal of International Arbitration*, vol. 23, no. 4, 2006, pp. 379-385.

yetkisi kapsamında olup olmadığını ve yatırımcıya karşı haksız bir muamele oluşturup oluşturmadığını incelemiştir¹⁴⁸⁹.

Hakem heyeti, SODIGA'nın İspanya devleti adına hareket eden bir kamu teşebbüsü olduğunu ve eylemlerinin İspanya'ya atfedilebileceğini belirlemiştir¹⁴⁹⁰. Heyet, SODIGA'nın yatırımcıya karşı adil ve eşit muamele ilkesini ihlal ettiğine ve bu nedenle İspanya'nın sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁴⁹¹. Bu karar, hem hakem heyetinin yapısal ve fonksiyonel açıdan nasıl bir değerlendirme yaptığını göstermek adına hem de devletlerin kamu teşebbüslerinin eylemlerinden dolayı uluslararası hukuk kapsamında sorumlu tutulabileceğini göstermek adına büyük önem taşımaktadır¹⁴⁹².

Enerji Şartı Anlaşması kapsamında, devletin bir organı veya kamu teşebbüsünün anlaşmanın yatırımlara yönelik hükümlerini ihlal eden eyleminin devlete atfedilmesi için iki ana yol izlenebilir¹⁴⁹³. Birincisi, uluslararası örf ve adet hukukuna dayalı olarak devletlerin sorumluluğunun belirlenmesidir¹⁴⁹⁴. İkincisi ise, Enerji Şartı Anlaşması'nın 22. maddesinin uygulanması yoluyla yabancı yatırımcının uğradığı ihlalin devlete atfedilmesidir¹⁴⁹⁵. Uluslararası örf ve adet hukuku, devletlerin, kendi organlarının veya kontrol ettikleri teşebbüslerin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmalarını içerir¹⁴⁹⁶. Bu çerçevede, devletin doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği kamu teşebbüslerinin eylemleri, devletin uluslararası yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirilebilir. ILC'nin Taslak Kuralları, bu tür sorumlulukların belirlenmesinde temel referanslardan biridir¹⁴⁹⁷. Yine EŞA'nın 22. maddesi, bir devletin kamu teşebbüslerinin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmasını öngören özel bir hükümdür¹⁴⁹⁸. Bu

¹⁴⁸⁹ International Law Commission. "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts." *United Nations*, 2001, s. 44-48.

¹⁴⁹⁰ Brownlie, *a.g.e.*, s. 508-511.

¹⁴⁹¹ Schreuer, Christoph. "The Concept of Expropriation under the ECT and Other Investment Protection Treaties." *International Law Forum du droit international*, vol. 13, 2002, pp. 43-50.

¹⁴⁹² Vandeveld, A Unified..., *a.g.e.*, s. 43-60.

¹⁴⁹³ Newcombe and Paradell, *a.g.e.*, s. 125-130.

¹⁴⁹⁴ Crawford, International..., *a.g.m.*, s. 85-89.

¹⁴⁹⁵ International Energy Charter. "Energy Charter Treaty." 1994, s. 22-24.

¹⁴⁹⁶ Brownlie, *a.g.e.*, s. 220-223.

¹⁴⁹⁷ International Law Commission. "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts." *United Nations*, 2001, s. 58-62.

¹⁴⁹⁸ Wälde, T. W., Energy..., *a.g.m.*, s. 95-112.

madde, yabancı yatırımcıların, devletin kontrolündeki teşebbüslerin yatırım koruma anlaşması hükümlerini ihlal etmesi durumunda, doğrudan devlete karşı hak talebinde bulunmalarına olanak tanır¹⁴⁹⁹. Doktrinde ve uygulamada, kamu teşebbüslerinin eylemlerinden dolayı ev sahibi devletin sorumluluğunun, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (ILC) Devletin Haksız Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Kuralları'nın 5 ila 8. maddeleri uyarınca saptanması gerektiği yaygın olarak kabul görmektedir¹⁵⁰⁰.

Türkiye, 8 Ekim 1998 tarihinde ICSID Sekreteryası'na sunduğu bildirimle, Turkish Electricity Generation and Transmission Corporation (Türkiye Elektrik Üretim ve İletim A.Ş.-TEAŞ) ve Petroleum Pipeline Corporation (Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.-BOTAŞ) gibi kamu şirketlerinin ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi uyarınca taraf ve dava ehliyeti kazanmasını sağlamıştır¹⁵⁰¹. Bu bildirim, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde yapılmıştır¹⁵⁰². Bu kapsamda 30 Aralık 2014 tarihinde, BOTAŞ aleyhine, Baymina Enerji Anonim Şirketi (Baymina) tarafından ICSID nezdinde dava açılmıştır¹⁵⁰³. BOTAŞ'a karşı bu dava, Türkiye'nin yapmış olduğu bu bildirim sebebiyle uluslararası tahkimde görülmüştür¹⁵⁰⁴.

Kanaatimizce; ev sahibi devletlerin ve kamu teşebbüslerinin sorumluluklarının netleştirilmesi için düzenleyici çerçevelerin güçlendirilmesi gerekmektedir. Yatırım anlaşmalarında daha açık ve detaylı hükümler, yetki sorunlarının çözümüne katkıda bulunabilir¹⁵⁰⁵. Örneğin, devletlerin yatırımcılarla olan ilişkilerinde şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerini benimsemeleri önemlidir.

3.2.2.7. Konu Bakımından Yetki

Enerji yatırımları, devletler ve yatırımcılar arasında karmaşık hukuki ilişkiler doğuran, yüksek maliyetli ve stratejik öneme sahip yatırımlardır. Bu yatırımların

¹⁴⁹⁹ Energy Charter Secretariat. "Energy Charter Treaty: A Reader's Guide." 2002, s. 35-38.

¹⁵⁰⁰ Schreuer, C. *The ICSID ...*, a.g.e., s. 510-515.

¹⁵⁰¹ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı. "Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ve Tahkim." 1998.

¹⁵⁰² ICSID. "Report of the Executive Directors on the ICSID Convention." 2004, s. 32-34.

¹⁵⁰³ Baymina Enerji A.Ş. v. BOTAŞ, ICSID Case No. ARB/14/28.

¹⁵⁰⁴ Türkiye Elektrik Üretim ve İletim A.Ş. (TEAŞ). "Kurumsal Bilgi ve Faaliyet Raporları." 2014.

¹⁵⁰⁵ Sornarajah, a.g.m., s. 345-350.

korunması ve uyuşmazlıkların çözümü amacıyla uluslararası tahkim mekanizmaları sıkça kullanılmaktadır. Konu yönünden yetki, tahkim yargılamasında hangi tür uyuşmazlıkların ele alınabileceğini belirleyen kritik bir unsurdur. Çalışmamızın bu bölümünde, konu yönünden yetkinin ikili yatırım anlaşmaları, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), ICSID Konvansiyonu ve enerji yatırımlarının hakem heyetleri bağlamında detaylı bir şekilde incelenmesi yapılacaktır.

Enerji yatırımlarıyla ilgili uyuşmazlıklarda, hakem heyetinin öncelikle ele alması gereken konulardan biri uyuşmazlığın niteliğidir. Bu çerçevede, uyuşmazlığın hukuki nitelikte olması ve doğrudan yatırımlardan kaynaklanması gerekmektedir. Yatırım anlaşmaları, genellikle yatırımcıların haklarını ve devletlerin yükümlülüklerini düzenler ve bu anlaşmalar tahkime başvurma hakkını içerir¹⁵⁰⁶. Yetki tespiti, yatırım uyuşmazlıklarının çoğunda, devletlerin tahkim iradelerinin somut bir vakada kişi ve konu bakımından vücut bulup bulmadığını ortaya koyar¹⁵⁰⁷. Bu sebeple, birçok hakem heyetinin uyuşmazlıklarda vermiş oldukları yetki kararları, konu bakımından yetkiyi belirlerken aynı zamanda uyuşmazlığın nihai kararı hakkında da ipuçları verir¹⁵⁰⁸. Diğer bir ifadeyle, konu bakımından yetkiye yönelik kararlar, hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözümü konusundaki bakış açısını da ortaya koyar. Burada hakem heyeti, konu bakımından yetki tespitinde bulunurken hemen hemen uyuşmazlığın esasıyla ilgili detaylı değerlendirme ve incelemeler de yapar¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁶ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C., **a.g.e.**, s. 350-355.

¹⁵⁰⁷ Dolzer and Stevens **a.g.e.**, s. 60-62.

¹⁵⁰⁸ Douglas, **a.g.e.**, s. 185-190.

¹⁵⁰⁹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 235-240.

Tahkim iradesinin sınırlarını belirleyen konu yönünden yetki ile ilgili olarak, taraf devletlerin bir takım konuları beyan ederek hangi uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabileceğini örgürdükleri, vergi gibi bazı konuları ise belirterek hangi uyuşmazlıklarda tahkime başvurulamayacağı açıkça ifade ettikleri görülmektedir¹⁵¹⁰. Bu bağlamda, devletler arası anlaşmaların yatırımcı haklarını koruma yönünde açık hükümler içerdiği ve hangi tür uyuşmazlıkların tahkime götürülebileceğinin net bir şekilde tanımlandığı anlaşılmaktadır¹⁵¹¹.

Doğası gereği enerji yatırımlarına ilişkin yaşanabilecek uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülmesi gereklidir. Fakat sadece enerji yatırımı olduğu için tahkim esastır demek doğru değildir. Uyuşmazlık sebebi olan bu yatırımın, tahkim yolunu açan uluslararası anlaşmanın içeriğindeki yatırım tanımına uygun olması gerekmektedir. Modern yatırım koruma anlaşmalarında, yatırım tanımı genellikle daha dar ve detaylı bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Dolayısıyla, hakem heyetinin önüne gelen enerji yatırımıyla ilgili uyuşmazlıklarda, yetkili olup olmadığını belirlerken; tahkime müsaade eden yatırım anlaşmalarındaki yatırım kavramının sınırlarını belirleyip, somut vakadaki enerji yatırımlarının bu kavram içerisinde yer alıp almadığını tespit etmesi gerekmektedir¹⁵¹².

Yabancı yatırımcıların ICSID tahkimine müracatı halinde, yetkinin tespiti bakımından yatırım anlaşması ile birlikte, uyuşmazlığın yine ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi açısından da değerlendirilmesi gerekir. Bu madde, ICSID tahkimine başvurma hakkını düzenlerken, yatırımın niteliklerini ve uyuşmazlığın hangi şartlar altında ICSID tahkimine götürülebileceğini belirler. Bu

¹⁵¹⁰ van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer Law International, 1981, s. 150-155.

¹⁵¹¹ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 200-205.

¹⁵¹² Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 45-47.

nedenle, hakem heyetlerinin konu yönünden yetkiyi tespit ederken hem yatırım anlaşmalarını hem de ICSID Sözleşmesi hükümlerini dikkate alması gerekmektedir¹⁵¹³.

3.2.2.7.1. İkili Yatırım Anlaşmaları Çerçevesinde Yatırım Kapsamı

İkili yatırım anlaşmaları, iki devlet arasında akdedilen ve yabancı yatırımları koruma amacı güden uluslararası anlaşmalardır. Bu anlaşmalar, yatırımcıların haklarını güvence altına alır ve tahkime başvurma hakkı tanır. İkili yatırım anlaşmaları, yatırımcıların haklarını ve devletlerin yükümlülüklerini belirler. Bu anlaşmalarda yatırımın tanımı ve kapsamı ayrıntılı bir şekilde ele alınır. Yatırımın tanımı, doğrudan yabancı yatırımlar, portföy yatırımları, fikri mülkiyet hakları ve diğer ekonomik faaliyetleri içerebilir. Konu yönünden yetki, bu tanımlar çerçevesinde belirlenir¹⁵¹⁴.

İkili yatırım anlaşmalarında yatırımın tanımı genellikle geniş tutulur. Bu, yatırımcıların çeşitli ekonomik faaliyetlerini koruma altına almayı amaçlar. Örneğin, bir ikili yatırım anlaşmasında yatırım kavramı, sermaye transferleri, taşınmaz mallar, fikri mülkiyet hakları ve işletme haklarını içerebilir. Bu geniş tanım, yatırımcıların yatırımlarının farklı türlerini koruma altına almayı amaçlar ve yatırımcıların ev sahibi devlette çeşitli faaliyetlerde bulunmalarına olanak tanır¹⁵¹⁵.

İkili yatırım anlaşmaları, yatırımcıların doğrudan uluslararası tahkime başvurma hakkını tanır. Bu durum, ev sahibi devletin ulusal mahkemelerinden bağımsız olarak, yatırımcıların haklarını koruma altına alır. Tahkim yolu, genellikle ICSID

¹⁵¹³ Muchlinski , *Multinational...*, **a.g.m.**, s. 567-570.

¹⁵¹⁴ Dolzer, R. and Schreuer , C., **a.g.m.**, s. 65-67.

¹⁵¹⁵ Vandevelde, *Bilateral...*, **a.g.e.**, s. 74-76.

veya UNCITRAL kuralları çerçevesinde belirlenir. Yatırımcılar, ikili yatırım anlaşmaları kapsamında belirlenen şartlar ve prosedürler doğrultusunda tahkime başvurabilirler. Bu süreç, yatırımcıların haklarını koruma altına alırken, aynı zamanda devletlerin de yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlar¹⁵¹⁶.

İkili yatırım anlaşmaları, yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde geniş bir yargı yetkisi sağlar. Bu yetki, yatırımcıların haklarını koruma altına alırken, ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerini sınırlamaz. Anlaşmalar, yatırımcıların haklarını koruma altına alır ve adil ve eşit muamele, kamulaştırma durumunda tazminat, serbest transfer ve tam koruma ve güvenlik gibi standartları içerir. Bu hükümler, yatırımcıların ev sahibi devlette karşılaşılabilecekleri olumsuz durumlara karşı korunmalarını sağlar ve yatırımların güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesine olanak tanır. Ayrıca, yatırımcıların karşılaşılabilecekleri haksız uygulamalara karşı koruma sağlar ve yatırımcıların haklarını güvence altına alır¹⁵¹⁷.

İkili yatırım anlaşmaları, ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerini sınırlamadan yatırımcı haklarını korur. Bu, devletlerin kamu politikaları çerçevesinde düzenlemeler yapma hakkını saklı tutar. Ev sahibi devlet, kamu yararını koruma amacıyla düzenlemeler yapabilir ve bu düzenlemeler yatırımcı haklarını ihlal etmediği sürece geçerlidir. Bu, devletlerin ekonomik ve sosyal politikalarını sürdürmelerine olanak tanır ve yatırımcı haklarını koruma altına alır¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁶ Salacuse, **a.g.m.**, s. 134-137.

¹⁵¹⁷ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 198-202.

¹⁵¹⁸ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 312-315.

3.2.2.7.2. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA)

NAFTA, ABD, Kanada ve Meksika arasında imzalanan ve yatırımcıların haklarını koruma amacı güden çok taraflı bir serbest ticaret anlaşmasıdır. NAFTA, yatırımcıların doğrudan tahkime başvurma hakkını tanır ve yatırımcı haklarını geniş kapsamlı bir şekilde korur. NAFTA, yatırımcı haklarını koruma altına alan geniş kapsamlı hükümler içerir. Bu hükümler, yatırım tanımı, adil ve eşit muamele, kamulaştırma ve tazminat gibi konuları kapsar¹⁵¹⁹.

NAFTA'da yatırım tanımı geniş tutulmuştur ve doğrudan yabancı yatırımlar, taşınmaz mallar, fikri mülkiyet hakları ve diğer ekonomik faaliyetleri içerir. Bu tanım, yatırımcıların çeşitli ekonomik faaliyetlerini koruma altına almayı amaçlar¹⁵²⁰. NAFTA, yatırımcıların doğrudan tahkime başvurma hakkını tanır. Bu hak, yatırımcıların ev sahibi devletin ulusal mahkemelerinden bağımsız olarak haklarını koruma altına alır. Tahkim yolu, genellikle ICSID, UNCITRAL veya diğer uluslararası tahkim kuralları çerçevesinde belirlenir¹⁵²¹.

NAFTA, yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde geniş bir yargı yetkisi sağlar. Bu yetki, yatırımcıların haklarını koruma altına alırken, ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerini sınırlamaz. NAFTA, yatırımcıların haklarını koruma altına alır ve adil ve eşit muamele, kamulaştırma durumunda tazminat, serbest transfer ve tam koruma ve güvenlik gibi standartları içerir¹⁵²². NAFTA, ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerini sınırlamadan

¹⁵¹⁹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 112-115.

¹⁵²⁰ Wälde, T.W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 95-98.

¹⁵²¹ Salacuse, **a.g.m.**, s. 134-137.

¹⁵²² Vandeveld, *Bilateral...*, **a.g.e.**, s. 74-76.

yatırımcı haklarını korur. Bu, devletlerin kamu politikaları çerçevesinde düzenlemeler yapma hakkını saklı tutar¹⁵²³.

3.2.2.7.3. Enerji Şartı Anlaşması

Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), enerji yatırımlarını koruma amacı güden çok taraflı bir anlaşmadır. Bu anlaşma, enerji yatırımlarını ve enerji ticaretini teşvik ederken, yatırımcı haklarını koruma altına alır¹⁵²⁴. EŞA, enerji yatırımlarını koruma altına alan geniş kapsamlı hükümler içerir. Bu hükümler, yatırım tanımı, adil ve eşit muamele, kamulaştırma ve tazminat gibi konuları kapsar¹⁵²⁵.

Enerji Şartı Anlaşması, yatırımı geniş bir şekilde tanımlamakta ve enerji sektöründeki çeşitli faaliyetleri kapsayacak şekilde düzenlemeler getirmektedir¹⁵²⁶. Anlaşmanın yatırım tanımı, sadece fiziksel sermaye yatırımlarını değil, aynı zamanda fikri mülkiyet hakları, hisseler, tahviller ve diğer finansal araçları da içermektedir. Bu geniş tanım, enerji sektöründe faaliyet gösteren yatırımcıların birçok farklı türde yatırımlarının korunmasını sağlamaktadır¹⁵²⁷. Hakeza EŞA, enerji sektöründeki yatırımların korunmasını ve teşvik edilmesini amaçlayan çeşitli hükümler içermektedir. Bu hükümler, enerji üretimi, iletimi ve dağıtımını gibi faaliyetleri kapsayan yatırımların yanı sıra, enerji altyapısına yönelik yatırımları da kapsamaktadır¹⁵²⁸. Örneğin, bir enerji santrali

¹⁵²³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 65-67.

¹⁵²⁴ Yıldırım, S. (2005). *Enerji Şartı Anlaşması ve Türkiye*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 45-47.

¹⁵²⁵ Güneş, E. (2013). *Uluslararası Enerji Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 88-90.

¹⁵²⁶ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 15-17.

¹⁵²⁷ Wälde, T. W. and Ndi, Georges. *Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*. Texas International Law Journal, 1996, Vol. 31, No. 2, s. 215-217.

¹⁵²⁸ Van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer Law International, 1981, s. 65-67.

inşası veya mevcut enerji altyapısının modernizasyonu gibi projeler, EŞA'nın yatırım tanımına girmektedir¹⁵²⁹.

Enerji Şartı Anlaşması, yatırımcıların haklarını koruma altına almak için çeşitli maddeler içermektedir. Bu maddeler arasında, yatırımcıların adil ve eşit muamele görme hakkı, yatırımların kamulaştırılması durumunda tazminat hakkı ve yatırım gelirlerinin serbestçe transfer edilme hakkı bulunmaktadır¹⁵³⁰. Ayrıca, anlaşma, yatırımcıların kilit personel istihdamı gibi konularda da koruma sağlamaktadır¹⁵³¹.

Özellikle Anlaşmanın III. Bölümü, yatırımcıların haklarının korunmasına yönelik ayrıntılı hükümler içermektedir. Bu bölüm, yatırımcıların adil ve eşit muamele görme hakkını, hukuki güvence hakkını ve ayrımcılık yapılmaması ilkesini içermektedir. Yatırımcılar, bu hakların ihlal edilmesi durumunda tahkim yoluyla haklarını arayabilmektedir¹⁵³². III. Bölümde yer alan ana ilkeler şunlardır:

- Genel Muamele Standartları: Yatırımcıların her türlü idari ve yargı organları tarafından adil ve hakkaniyetli bir şekilde muamele görmesi¹⁵³³.
- Koruma ve Güvenlik: Yatırımların fiziksel ve hukuki güvenliğinin sağlanması¹⁵³⁴.
- Kamulaştırma: Yatırımların kamulaştırılması veya benzer etkiler yaratacak tedbirlerin alınması durumunda, adil ve etkin bir tazminat sağlanması¹⁵³⁵.

¹⁵²⁹ Ekinci, E. (2011). *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Enerji Şartı Anlaşması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 102-104.

¹⁵³⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 119-121.

¹⁵³¹ Wälde, T. W. and Kolo., *Environmental...*, *a.g.m.*, s. 811-814.

¹⁵³² Çelikel, *Uluslararası...*, *a.g.m.*, s. 289.

¹⁵³³ Kaya, İbrahim. *Yatırım Tahkiminde Adil ve Eşit Muamele İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 95-96.

¹⁵³⁴ Akıncı, *a.g.m.*, s. 73-75.

¹⁵³⁵ Aslan, İsmail. *Enerji Yatırımlarında Kamulaştırma ve Tazminat*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 87-89.

- Ödemelerin Serbest Transferi: Yatırımcıların gelirlerini ve diğer yatırım kazançlarını serbestçe transfer edebilme hakkı¹⁵³⁶.

Anlaşma kapsamında tahkime konu olabilecek uyuşmazlıklar, genellikle yatırımcıların haklarının ihlal edilmesiyle ilgili durumları kapsamaktadır. Örneğin, bir yatırımcının yatırımlarına el konulması, yatırım gelirlerinin transfer edilmesinin engellenmesi veya yatırımcının kilit personel istihdamı hakkının ihlal edilmesi gibi durumlar, tahkime konu olabilmektedir¹⁵³⁷.

Anlaşma, yatırımcıların uyuşmazlıklarını çözmek için tahkim mekanizmasını öngörmektedir. Tahkim süreci, genellikle yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında anlaşmazlık çıktığında başlatılmaktadır. Yatırımcı, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca tahkim talebinde bulunarak, uyuşmazlığın bağımsız bir tahkim kurulu tarafından çözülmesini talep edebilir¹⁵³⁸. Tahkim süreci, tarafların belirlediği tahkim kurallarına göre yürütülmektedir ve genellikle hızlı ve tarafsız bir çözüm sunmaktadır¹⁵³⁹. Tahkim sürecinin işleyişi, genellikle Uluslararası Ticaret Odası (ICC), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) veya Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) gibi kuruluşların tahkim kurallarına göre belirlenmektedir¹⁵⁴⁰. Ayrıca tahkim kurullarının verdiği kararlar, taraf devletler tarafından kabul edilmeli ve uygulanmalıdır. Bu, anlaşmanın etkinliğini artıran önemli bir faktördür¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁶ Ünal, Selim. *Uluslararası Enerji Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.152-154.

¹⁵³⁷ Dolzer and Stevens, *a.g.e.*, s. 99-101.

¹⁵³⁸ Schwebel, S. M., *International Arbitration: Three Salient Problems*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, s. 45-47.

¹⁵³⁹ Redfern and Hunter, *a.g.m.*, s. 98-100.

¹⁵⁴⁰ Born, *a.g.m.*, s. 200-202.

¹⁵⁴¹ Newcombe and Paradell, *a.g.e.*, s. 305-307.

Enerji Şartı Anlaşması, sadece anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerin değil, aynı zamanda taraf devletlerin sözleşme yükümlülüklerinin de tahkim yoluyla korunmasını sağlamaktadır¹⁵⁴². Bu durum, anlaşmanın, enerji yatırımlarıyla ilgili olarak yapılan sözleşmelerin ihlali durumunda da tahkim mekanizmasını kullanabileceği anlamına gelmektedir¹⁵⁴³. Enerji sektöründe yapılan yatırımlar genellikle uzun vadeli ve karmaşık sözleşmelerle düzenlenmektedir. Bu sözleşmelerin ihlali durumunda, yatırımcılar anlaşma kapsamında tahkime başvurarak haklarını arayabilirler¹⁵⁴⁴. Tahkim kurulları, sözleşme ihlallerini değerlendirerek, yatırımcıların zararlarının tazmini konusunda karar verebilmektedir¹⁵⁴⁵.

EŞA kapsamında birçok önemli tahkim davası görülmüştür. Bu davalar, EŞA'nın yatırımcı haklarını koruma konusundaki etkinliğini göstermektedir¹⁵⁴⁶. Örneğin, Yukos davası gibi büyük davalar, EŞA'nın tahkim mekanizmasının nasıl işlediğini ve yatırımcı haklarının nasıl korunduğunu gözler önüne sermektedir¹⁵⁴⁷. EŞA kapsamında tahkim süreci bazı zorluklarla karşı karşıya kalabilmektedir. Bu zorluklar arasında, tahkim kararlarının uygulanmasındaki sorunlar ve tarafsızlık konusundaki endişeler yer almaktadır¹⁵⁴⁸. Bu zorlukların aşılması için, tahkim sürecinin daha şeffaf ve erişilebilir hale getirilmesi önerilmektedir¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴² Tanrıver, Süheyla. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 341-343.

¹⁵⁴³ Kaya, İbrahim. *Uluslararası Enerji Yatırımları ve Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.97-99.

¹⁵⁴⁴ Akıncı, **a.g.m.**, s. 45-47.

¹⁵⁴⁵ Aslan, İsmail. *Enerji Yatırımları ve Hukuki Koruma*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2019, s. 111-113.

¹⁵⁴⁶ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 138-140.

¹⁵⁴⁷ Redfern and Hunter, **a.g.m.**, s. 150-152.

¹⁵⁴⁸ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 215-217.

¹⁵⁴⁹ Born, **a.g.m.**, s. 311-313.

3.2.2.7.4. ICSID Konvansiyonu

ICSID Konvansiyonu, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için oluşturulmuş önemli bir platformdur¹⁵⁵⁰. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi, ICSID'in yetkisinin doğup doğmadığını belirlerken, uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olması gerektiğini ifade eder¹⁵⁵¹. Ancak, bu madde kapsamında yatırım kavramının tanımlanmamış olması, hakem heyetlerinin ve tarafların farklı yorumlarına yol açmaktadır¹⁵⁵². Bu durum, uyuşmazlıkların çözümünde belirsizliklere neden olabilmekte ve hakem heyetlerinin konu bakımından yetki incelemelerinde çeşitli zorluklar yaratmaktadır¹⁵⁵³.

Hakem heyetleri, yatırım kavramının tanımlanmamış olması nedeniyle, somut uyuşmazlıklar bağlamında yatırımın varlığını belirlemek için çeşitli kriterler geliştirmiştir¹⁵⁵⁴. Bu kriterler arasında yatırımın büyüklüğü, süresi, risk unsuru ve ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlama gibi unsurlar bulunmaktadır¹⁵⁵⁵. Hakem heyetleri, yetkiye ilişkin kararlarını verirken bu kriterleri dikkate almakta ve yatırımın varlığını değerlendirmektedir¹⁵⁵⁶. Bu konuda Fedax v. Venezuela tahkim davası, yatırım kavramının ICSID Konvansiyonu kapsamında nasıl değerlendirildiğine dair önemli bir örnektir¹⁵⁵⁷. Bu davada, hakem heyeti yatırımın varlığını belirlemek için dört ana kriteri

¹⁵⁵⁰ Schwebel, *International...*, **a.g.m.**, s. 101-103.

¹⁵⁵¹ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 123-125.

¹⁵⁵² Broches, Aron. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States." *Recueil des Cours*. 1972, s. 331-334.

¹⁵⁵³ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 211-213.

¹⁵⁵⁴ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 213-215.

¹⁵⁵⁵ Yannaca-Small, "Definition of 'Investment': An Open-ended Search for a Balanced Approach." *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. Paris: OECD, 2008, s. 213-215.

¹⁵⁵⁶ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 111-113.

¹⁵⁵⁷ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 215-217.

değerlendirmiştir: yatırıma konu olan sermayenin büyüklüğü, belirli bir süre için taahhüt altına girilmesi, düzenli mali geri dönüş öngörüsü ve risk unsuru¹⁵⁵⁸. Bu kriterler, yatırım kavramının belirlenmesinde temel alınan unsurlar olarak kabul edilmiştir¹⁵⁵⁹.

Yine Salini Kararı, ICSID Konvansiyonu kapsamında kabul görecektir yatırım kavramının unsurlarını ortaya koymuştur¹⁵⁶⁰. Salini Testi olarak adlandırılan bu değerlendirme, kendisinden sonraki birçok tahkim yargılamasında yatırımın var olup olmadığının tespiti amacıyla kullanılmıştır¹⁵⁶¹. Salini Testi, yatırım olarak kabul edilecek ekonomik aktivitenin aşağıdaki unsurları içermesi gerektiğini öne sürmektedir:

- Sermaye Katkısı: Yatırım, doğrudan para cinsinden veya sanayiye katkı sağlayarak sermaye içermelidir¹⁵⁶².
- Uzun Süreli İlişki: Yatırım, uzun süreli bir ilişki gerektirmelidir¹⁵⁶³.
- Risk Unsuru: Yatırım, ticari riskin ötesinde politik riski de içermelidir¹⁵⁶⁴.
- Ekonomik Gelişmeye Katkı: Yatırım, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlamalıdır¹⁵⁶⁵.

Salini Testi, yatırım kavramının belirlenmesinde önemli bir rol oynamış ve birçok hakem kararı bu testi temel alarak yatırımın varlığını değerlendirmiştir¹⁵⁶⁶. Bir başka tahkim kararı olan Saba Fakes v. Turkey davasında, hakem heyeti Salini

¹⁵⁵⁸ Fedax v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 9 March 1997.

¹⁵⁵⁹ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 415-417.

¹⁵⁶⁰ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 83-85.

¹⁵⁶¹ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 131-133.

¹⁵⁶² Sornarajah, **a.g.m.**, s. 205-207.

¹⁵⁶³ Yannaca-Small, Definition..., **a.g.m.**, s. 225-227.

¹⁵⁶⁴ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 231-233.

¹⁵⁶⁵ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 135-137.

¹⁵⁶⁶ Akıncı, **a.g.m.**, s. 275-277.

Testi'ne başvurarak, yatırımın varlığını belirlemek için mali katkı, belirli bir süre ve risk unsurlarının varlığını yeterli görmüş, ekonomik gelişmeye katkı sağlama unsurunu gerekli görmemiştir¹⁵⁶⁷. Bu karar, Salini Testi'ne yönelik eleştirilerin de temelini oluşturmuştur¹⁵⁶⁸.

Her somut uyuşmazlıkta yatırımın varlığının tespit edilmesi, hakem heyetlerinin yatırım kavramına ilişkin kriterleri dikkatlice değerlendirmesini gerektirmektedir¹⁵⁶⁹. Salini Testi ve diğer hakem kararlarında belirlenen kriterler, yatırımın varlığını belirlemede rehberlik sağlamaktadır¹⁵⁷⁰. Ancak, her uyuşmazlık farklı özelliklere sahip olduğundan, bu unsurların uygulanması ve yorumlanması da değişkenlik gösterebilmektedir¹⁵⁷¹. Bu durumda, yatırımın varlığının tespiti her zaman net olmayabilir ve taraflar arasında tartışmalara yol açabilir¹⁵⁷².

Ekonomik ilişkilerde yaşanan gelişmeler ve karmaşık ticari ilişkiler, yatırım kavramının genişlemesine ve evrim geçirmesine yol açmıştır¹⁵⁷³. Geleneksel olarak, yatırım kavramı doğal kaynakların aranması ve üretilmesi ekseninde şekillenirken, günümüzde yatırım tanımı çok daha geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır¹⁵⁷⁴. Teknolojinin ilerlemesi, küreselleşme ve ekonomik

¹⁵⁶⁷ Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010.

¹⁵⁶⁸ Süheyla Tanrıver. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 341-343.

¹⁵⁶⁹ Yılmaz, Esra. *Yatırım Tahkiminde Yatırım Kavramı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 95-97.

¹⁵⁷⁰ Kaya, İbrahim. *Uluslararası Enerji Yatırımları ve Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 45-47.

¹⁵⁷¹ Ataman Figanmeşe, Berna. "Yatırım Tahkiminde Yetki ve Salini Testi". *Uluslararası Tahkim Dergisi*. Cilt 8, Sayı 1, 2015, s. 45-48.

¹⁵⁷² Katırcıoğlu, Müge. *Uluslararası Yatırım Tahkimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 111-113.

¹⁵⁷³ Dolzer, R. and Schreuer, C., *a.g.m.*, s. 62-64.

¹⁵⁷⁴ Sornarajah, *a.g.m.*, s. 89-91.

entegrasyon süreçleri, yatırım kavramının evriminde önemli rol oynamıştır¹⁵⁷⁵. Modern ekonomik ilişkilerde, yatırımlar sadece doğrudan sermaye yatırımları ile sınırlı kalmamakta, aynı zamanda çeşitli ticari ve finansal sözleşmeleri de kapsamaktadır¹⁵⁷⁶. Bu tür sözleşmeler arasında dağıtım sözleşmeleri, hizmet sağlama sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, işletme sözleşmeleri, tasarım sözleşmeleri, yap-işlet-devret (YİD) sözleşmeleri, otoyol inşaatı sözleşmeleri, elektrik üretimi ve doğal gaz tedariki sözleşmeleri, su tedariki sözleşmeleri, petrol üretim sözleşmeleri, ortak girişim sözleşmeleri ve iştiraklerin oluşturulmasına ilişkin sözleşmeler yer almaktadır¹⁵⁷⁷. Bu tür sözleşmeler, yatırım kavramının geniş yorumlanmasına ve yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde ICSID tahkimine başvurulmasına olanak tanımaktadır¹⁵⁷⁸. Örneğin, YİD projeleri, uzun süreli ve büyük sermaye gerektiren yatırımlar olarak kabul edilmekte ve bu tür projeler kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar sıklıkla ICSID tahkimine konu olmaktadır¹⁵⁷⁹.

Yatırım kavramının genişlemesine paralel olarak, çeşitli yatırım sözleşmeleri de ICSID Konvansiyonu kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵⁸⁰. Örneğin, Global Trading v. Ukraine davasında, hakem heyeti uluslararası alım-satım sözleşmelerinin yatırım olarak kabul edilemeyeceğini belirlemiştir¹⁵⁸¹. Ancak,

¹⁵⁷⁵ Yannaca-Small, Definition..., **a.g.m.**, s. 125-127.

¹⁵⁷⁶ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 135-137.

¹⁵⁷⁷ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 95-97.

¹⁵⁷⁸ Akıncı, **a.g.m.**, s. 315-317.

¹⁵⁷⁹ Yılmaz, Esra. **a.g.m.**, s. 105-107.

¹⁵⁸⁰ Kaya, İbrahim. *Uluslararası Enerji Yatırımları ve Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 55-57.

¹⁵⁸¹ Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, 1 December 2010.

dağıtım sözleşmeleri, hizmet sağlama sözleşmeleri gibi karmaşık ticari ilişkiler yatırım olarak kabul edilebilmektedir¹⁵⁸².

Sonuç olarak ICSID Konvansiyonu kapsamında yatırım kavramının tanımlanmamış olması, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde çeşitli zorluklara yol açmaktadır¹⁵⁸³. Ancak, hakem heyetleri ve ilgili literatür, yatırımın varlığını belirlemek için çeşitli kriterler geliştirmiştir¹⁵⁸⁴. Bu kriterler, yatırım kavramının kapsamını genişletmekte ve modern ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan karmaşık ticari ilişkilerin yatırım olarak kabul edilmesine olanak tanımaktadır¹⁵⁸⁵. İlerleyen yıllarda, ICSID tahkimine konu olan uyuşmazlıkların çözümünde daha net ve tutarlı bir yatırım tanımı oluşturulması, uluslararası yatırım hukukunun etkinliğini artıracaktır¹⁵⁸⁶.

3.2.2.8. Süre Bakımından Yetki

3.2.2.8.1. Genel Hususlar

Tahkim yargılamasında süre bakımından yetki, uyuşmazlıkların hangi zaman diliminde ortaya çıkmış olması gerektiğini belirleyen kritik bir unsurdur. Bu yetki, tahkim sürecinin etkinliği ve taraflar arasındaki güvenin sağlanması açısından büyük önem taşır. Bu kavram, tahkim sürecinin temel taşlarından biridir ve tahkim anlaşmalarında genellikle uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarih ile tahkim

¹⁵⁸² Ataman Figanmeşe, Berna. "**Yatırım Tahkiminde Yetki ve Salini Testi**". *Uluslararası Tahkim Dergisi*. Cilt 8, Sayı 1, 2015, s. 55-58.

¹⁵⁸³ Katırcıoğlu, Müge. *Uluslararası Yatırım Tahkimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 121-123.

¹⁵⁸⁴ Süheyla Tanrıver. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 351-353.

¹⁵⁸⁵ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

¹⁵⁸⁶ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

başvurusunun yapılabileceği süreler açıkça belirtilir¹⁵⁸⁷. Tarihsel olarak, tahkim yargılamasının kökenleri eski dönemlere kadar uzanmakla birlikte, modern tahkim kuralları ve uluslararası tahkim kurumlarının rehberlik ettiği süreçlerde süre bakımından yetki önemli bir yer tutar¹⁵⁸⁸. Uluslararası tahkim kuralları, bu yetkinin belirlenmesinde çeşitli kriterler ve standartlar sunmaktadır¹⁵⁸⁹. Bu kurallar, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların adil ve hızlı bir şekilde çözülmesini sağlamayı amaçlar¹⁵⁹⁰. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation tahkim davası, Enerji Şartı Antlaşması (ECT) kapsamında çözülmüş ve Rusya Federasyonu'nun, Yukos şirketine karşı aldığı çeşitli önlemler nedeniyle tahkime götürülmüştür¹⁵⁹¹. Yukos, Rusya, tahkim başvurusunun geç yapıldığını ve süre bakımından yetki açısından geçersiz olduğunu savunmuştur¹⁵⁹². Ancak tahkim mahkemesi, başvurunun süre bakımından yetki kurallarına uygun olduğunu ve Rusya'nın iddialarını reddetmiştir¹⁵⁹³. Bu dava, yatırım tahkimlerinde süre bakımından yetkinin nasıl değerlendirileceğine dair önemli bir örnektir.

Tahkim yargılamasında, uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarih, tahkim yetkisinin belirlenmesinde önemli bir faktördür¹⁵⁹⁴. Örneğin, tahkim anlaşmasının imzalanmasından önce ortaya çıkan uyuşmazlıklar genellikle tahkim yargılaması kapsamına alınmaz. Bu durum, taraflar arasında anlaşmazlıkların çözümüne yönelik öngörülebilirlik ve güvenliği artırır¹⁵⁹⁵. Tahkim sürecinin başlamasından

¹⁵⁸⁷ Born, **a.g.m.**, s. 152-153.

¹⁵⁸⁸ Redfern and Hunter, **a.g.m.**, s. 97-99.

¹⁵⁸⁹ Paulsson, **The Idea of Arbitration**. Oxford University Press, 2013, s. 45-47.

¹⁵⁹⁰ Moses, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. Cambridge University Press, 2012, s. 112-114.

¹⁵⁹¹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

¹⁵⁹² McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 235-237.

¹⁵⁹³ Wälde, T. W., Investment..., **a.g.m.**, s. 14-15.

¹⁵⁹⁴ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 168-170.

¹⁵⁹⁵ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 198-200.

sonra ise uyuşmazlıkların belirli bir süre içerisinde çözülmesi için taraflar arasında bir anlaşma yapılmış olabilir. Bu anlaşmalar, uyuşmazlığın çözümü için belirli bir zaman dilimi öngörür ve bu sürelerin aşılması durumunda tahkim başvurusu yapılamaz¹⁵⁹⁶.

Zamanaşımı kavramı, tahkim yargılamasında süre bakımından yetkinin belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Zamanaşımı, belirli bir sürenin geçmesiyle tarafların tahkime başvurma hakkını kaybetmesi anlamına gelir. Bu, uyuşmazlıkların uzun süre beklemesini ve çözülmeden kalmasını önler¹⁵⁹⁷. Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt davası süre bakımından yetki konusunda zamanaşımı savunmalarının nasıl ele alınacağına dair önemli bir emsal oluşturmaktadır¹⁵⁹⁸. Bu dava, ICSID (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi) kapsamında çözülmüştür¹⁵⁹⁹. Wena Hotels, Mısır'a karşı, otellerine el konulması nedeniyle tahkim başvurusunda bulunmuştur¹⁶⁰⁰. Mısır, Wena Hotels'in tahkim başvurusunu zaman aşımına uğradığını savunmuştur. Ancak tahkim mahkemesi, Wena Hotels'in, Mısır'ın eylemlerinin etkilerinin devam ettiğini ve bu nedenle başvurunun zamanında yapıldığını belirlemiştir¹⁶⁰¹.

Süre bakımından yetki uygulamaları, ülkelerde, tahkim yargılamasının etkinliğini ve güvenilirliğini artırmak için çeşitli yöntemler kullanmaktadır¹⁶⁰². Örneğin, İngiltere'de tahkim yargılamalarında süre bakımından yetki, Arbitration Act 1996 kapsamında düzenlenmiştir ve bu kanun, tahkim süreçlerinde sürelerin

¹⁵⁹⁶ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 216-218.

¹⁵⁹⁷ Born, **a.g.m.**, s. 178-179.

¹⁵⁹⁸ Gaillard and Savage, Goldman..., **a.g.m.**, s. 403-405.

¹⁵⁹⁹ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 228-230.

¹⁶⁰⁰ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

¹⁶⁰¹ Redfern and Hunter, **a.g.m.**, s. 123-125.

¹⁶⁰² Blackaby Partasides and Redfern, **a.g.m.**, s. 174-176.

belirlenmesi ve uygulanması konusunda açık kurallar sunar¹⁶⁰³. Benzer şekilde, Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Arbitration Act, tahkim yargılamalarında süre bakımından yetkinin belirlenmesinde önemli bir rol oynar¹⁶⁰⁴. Bu kanunlar, tahkim yargılamasında süre bakımından yetkinin belirlenmesinde yol gösterici olur ve tarafların uyuşmazlıklarını belirlenen süreler içinde çözmelerini sağlar¹⁶⁰⁵.

Uluslararası yargı kararları, tahkim yargılamasında süre bakımından yetkinin belirlenmesinde önemli örnekler sunar ve bu kararlar, tahkim yargılamasının uluslararası standartlara uygun olarak yürütülmesini sağlar¹⁶⁰⁶. Örneğin, bir tahkim mahkemesi, tahkim anlaşmasında belirtilen sürelerin aşılması durumunda tahkim başvurusunu reddedebilir¹⁶⁰⁷. Bu tür kararlar, tahkim yargılamasında süre bakımından yetkinin önemini vurgular ve tarafların bu süreleri dikkate alarak hareket etmelerini teşvik eder¹⁶⁰⁸.

Tahkim yargılamasında süre bakımından yetkinin belirlenmesi, tahkim sürecinin etkinliğini doğrudan etkiler. Taraflar arasında belirlenen süreler, uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözülmesini sağlar. Ayrıca, bu sürelerin aşılması durumunda tahkim başvurusunun yapılamayacağı ve uyuşmazlıkların farklı yollarla çözülmesi gerektiği belirtilir¹⁶⁰⁹. Süre bakımından yetkinin belirlenmesi, tahkim yargılamasının adil ve tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlar¹⁶¹⁰. Taraflar,

¹⁶⁰³ Arbitration Act 1996, United Kingdom.

¹⁶⁰⁴ Federal Arbitration Act, United States.

¹⁶⁰⁵ Paulsson, *The Idea...*, **a.g.m.**, s. 67-69.

¹⁶⁰⁶ Born, **a.g.m.**, s. 201-203.

¹⁶⁰⁷ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 239-241.

¹⁶⁰⁸ Yannaca-Small, *Arbitration...*, **a.g.m.**, s. 215-217.

¹⁶⁰⁹ Born, **a.g.m.**, s. 204-206.

¹⁶¹⁰ Redfern and Hunter, **a.g.m.**, s. 132-134.

belirlenen süreler içinde tahkime başvurarak haklarını koruma altına alır ve uyuşmazlıkların çözümünde hızlı ve etkili bir yol izler¹⁶¹¹.

Kanaatimizce, dijitalleşme ve teknolojinin tahkim yargılamalarına etkisi, uyuşmazlıkların daha hızlı ve güvenli bir şekilde çözülmesini mümkün kılacaktır. Tahkim yargılamasının gelişimi ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü hızlandırmak adına yenilikçi yaklaşımların benimsenmesi gerekir¹⁶¹². Örneğin, dijital tahkim platformlarının kullanımı, tarafların belgeleri elektronik ortamda sunmaları veya duruşmaların çevrimiçi yapılması tahkim süreçleri hızlandırılabilir. Ayrıca, yapay zeka ve diğer ileri teknolojiler, tahkim yargılamalarında delil değerlendirilmesi ve karar verme süreçlerinde kullanılabilir¹⁶¹³. Bu gelişmeler, tahkim yargılamasının gelecekte daha da etkin ve erişilebilir hale gelmesini sağlayacaktır.

3.2.2.8.2. Enerji Şartı Anlaşmasının Geçici Olarak Uygulanması ve Sonuçları

Enerji Şartı Anlaşması'nda geçici uygulama, anlaşmanın imzalanmasından itibaren belirli bir süre boyunca, anlaşmanın taraf devletler için bağlayıcı olmasını ifade eder¹⁶¹⁴. Bu süreç, anlaşmanın tam olarak yürürlüğe girmesini beklemeden, anlaşmanın hükümlerinin taraf devletler tarafından uygulanmasını sağlar¹⁶¹⁵. Anlaşmanın 45. maddesi, geçici uygulama ile ilgili hükümleri içermektedir¹⁶¹⁶.

Geçici uygulamanın hukuki temeli, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25. maddesine dayanmaktadır. Bu madde, taraflarca imza altına alınmış

¹⁶¹¹ Gaillard and Savage, *a.g.m.*, s. 412-415.

¹⁶¹² Paulsson, *The Idea...*, *a.g.m.*, s. 75-77.

¹⁶¹³ Yannaca-Small, *Arbitration...*, *a.g.m.*, s. 220-222.

¹⁶¹⁴ Wälde, T. W., *The Energy...*, *a.g.m.*, s. 120-122.

¹⁶¹⁵ Blanchard, A. B. *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford University Press, 2010, s. 136-138.

¹⁶¹⁶ Wälde, T. W., *The Energy...*, *a.g.m.*, s. 124-126.

uluslararası anlaşmaların yürürlüğe girmesine dek geçecek sürede geçici olarak uygulanmasını mümkün kılar¹⁶¹⁷. EŞA'nın 45. maddesi, geçici uygulamayı özel olarak düzenler ve taraf devletlerin bu uygulamayı kabul etmelerini öngörür¹⁶¹⁸. Bu maddeye göre, taraf devletler, geçici uygulamayı reddettiklerine dair bir bildirimde bulunmadıkları sürece, anlaşmanın hükümleri ulusal hukuklarına uygun olmasa bile geçici olarak uygulanır¹⁶¹⁹.

Geçici uygulama süresi boyunca, EŞA'nın hükümleri taraf devletler için bağlayıcıdır. Bu durum, enerji yatırımlarının korunması açısından büyük önem taşır. Yatırımcılar, geçici uygulama süresi boyunca karşılaştıkları uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözme hakkına sahiptir. Bu, enerji yatırımlarının korunması ve uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yargılamasının etkinliğini artırır¹⁶²⁰. Uyuşmazlıkların çözümünde en yaygın yöntem tahkim yargılamasıdır¹⁶²¹. Tahkim, yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız bir şekilde çözülmesini sağlar. Tahkim yargılamasının etkinliği, yatırımcıların haklarının korunmasında önemli bir rol oynar¹⁶²².

Yatırımcılar, EŞA kapsamında tahkim yoluyla çeşitli haklarını savunabilirler. Bu haklar arasında, yatırımların kamulaştırılmasına karşı koruma, adil ve eşit muamele görme hakkı ve sözleşme hükümlerinin ihlal edilmemesi yer alır. Tahkim heyetleri, uyuşmazlıkları çözmek için EŞA'nın hükümlerini dikkate alır

¹⁶¹⁷ United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Article 25.

¹⁶¹⁸ Wälde, T. W., *The Energy...*, **a.g.m.**, s. 128-130.

¹⁶¹⁹ Blanchard, A. B. *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford University Press, 2010, s. 140-142.

¹⁶²⁰ Wälde, T. W., *Investment...*, **a.g.m.**, pp. 429-466.

¹⁶²¹ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 31-33.

¹⁶²² McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 120-123.

ve adil kararlar verirler¹⁶²³. Bu süreç, enerji yatırımlarının korunmasını ve uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilirliği artırır¹⁶²⁴. Yukos Universal Ltd. v. Russian Federation davası, yatırımcı haklarının korunmasında EŞA'nın geçici uygulamasının önemini göstermektedir¹⁶²⁵. Rusya Federasyonu, EŞA'yı imzalamış ancak ulusal hukuk çerçevesinde onaylamamıştır. Buna rağmen, geçici uygulama süresince EŞA'nın hükümlerinin bağlayıcı olduğu ve yatırımcı haklarının korunması gerektiği savunulmuştur¹⁶²⁶.

EŞA'nın geçici uygulaması, anlaşmadan çekilme durumunda da geçerliliğini korur. Anlaşmadan çekilme genellikle belirli bir bildirim süresi ile sınırlıdır ve bu süre zarfında anlaşmanın hükümleri taraf devletler için bağlayıcıdır. EŞA'nın 45. maddesi, anlaşmadan çekilme sürecinde geçici uygulamanın devam etmesini sağlar¹⁶²⁷. Taraf devletler, anlaşmadan çekilme iradelerini bildirdiklerinde, bu bildirim genellikle belirli bir süre sonra yürürlüğe girer. Bu süre zarfında, anlaşmanın hükümleri taraf devletler için bağlayıcı olmaya devam eder¹⁶²⁸. Yukos davasında, Rusya Federasyonu'nun anlaşmadan çekilme sürecindeki tutumu, geçici uygulamanın taraf devletlerin ulusal hukuku üzerindeki etkilerini ortaya koymuştur. Rusya, anlaşmayı ulusal hukuk çerçevesinde onaylamadığını ve bu nedenle geçici uygulamanın bağlayıcı olmadığını savunmuştur¹⁶²⁹. Ancak tahkim

¹⁶²³ Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C. (ed.). **a.g.e.**, s. 703-705.

¹⁶²⁴ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 221-224.

¹⁶²⁵ Wälde, T. W. and Kolo, Environmental..., **a.g.m.**, s. 811-848.

¹⁶²⁶ Baetens, Freya (Ed.). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press, 2013, s. 45-48.

¹⁶²⁷ Newcombe and Paradell, **a.g.e.**, s. 214-216.

¹⁶²⁸ Rubins and Kinsella, International..., **a.g.m.**, s. 189-192.

¹⁶²⁹ Van Harten, **a.g.e.**, s. 210-213.

heyeti, EŞA'nın geçici uygulamasının bağlayıcı olduğu ve yatırımcı haklarının korunması gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁶³⁰.

Yunanistan ile Gürcistan arasındaki Kardassopoulos davası, tahkim yargılamasının EŞA kapsamındaki rolünü ve etkinliğini gösteren bir başka örnektir. Bu davada, tahkim heyeti, EŞA'nın geçici uygulamasının bağlayıcı olduğunu ve yatırımcı haklarının korunması gerektiğini belirlemiştir¹⁶³¹. Kardassopoulos davasında, bir gerçek kişi yatırımcı olan Ioannis Kardassopoulos, Gürcistan'da yaptığı yatırımların kamulaştırıldığını iddia etmiş ve Gürcistan aleyhine ICSID'de tahkim davası açmıştır¹⁶³². Davada, hem Yunanistan hem de Gürcistan EŞA'yı geçici olarak uygulamaktaydı¹⁶³³. Tahkim heyeti, geçici uygulamanın ulusal hukukla uyumlu olmamasının EŞA'nın bağlayıcılığını ortadan kaldırmadığını belirtmiştir¹⁶³⁴. Bu karar, tahkim yargılamasının etkinliğini ve EŞA'nın yatırımcı haklarını koruma konusundaki rolünü göstermektedir.

Sonuç olarak, Enerji Şartı Anlaşması'nın geçici uygulanması, enerji yatırımlarının korunması ve uluslararası enerji sektöründe istikrarın sağlanması açısından kritik bir rol oynamaktadır¹⁶³⁵. Geçici uygulama, taraf devletlerin ulusal hukukları ile uyumsuz olsa dahi, anlaşmanın hükümlerini bağlayıcı kılarak yatırımcı haklarını güvence altına alır¹⁶³⁶. Bu mekanizma, enerji sektöründe güvenli bir yatırım ortamı oluştururken, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının adil ve bağımsız tahkim

¹⁶³⁰ Wälde, T. W., The 'Umbrella'..., **a.g.m.**, s. 183-236.

¹⁶³¹ Yannaca-Small, Arbitration..., **a.g.m.**, s. 213-215.

¹⁶³² Muchlinski, P., Ortino, F. and Schreuer, C. (ed.), **a.g.e.**, s. 725-727.

¹⁶³³ Dolzer, R. and Schreuer, C., **a.g.m.**, s. 93-95.

¹⁶³⁴ McLachlan, Campbell, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, **a.g.m.**, s. 142-145.

¹⁶³⁵ Rubins and Kinsella, International..., **a.g.m.**, s. 134-137.

¹⁶³⁶ Van Harten, **a.g.e.**, s. 185-188.

yargılaması yoluyla çözülmesini sağlar¹⁶³⁷. Geçici uygulamanın sağladığı hukuki güvence ve öngörülebilirlik, enerji yatırımlarının sürdürülebilirliğini artırmakta ve uluslararası enerji ticaretinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda, EŞA, geçici uygulama hükümleriyle olsa dahi enerji piyasalarında güven ve istikrarın teminatı olarak önemli bir işlev görmektedir¹⁶³⁸.

3.2.3. Dostane Çözüm Yolları

Dostane çözüm yolları, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde giderek daha fazla önem kazanmaktadır¹⁶³⁹. Bu yöntemler, danışma, arabuluculuk, uzlaştırma ve müzakere gibi daha az çatışmacı ve daha işbirlikçi yaklaşımlar sunar¹⁶⁴⁰. Her bir yöntem, tarafların gönüllü katılımına dayanan ve bağlayıcı olmayan süreçler içerir¹⁶⁴¹. Bağlayıcılıktan yoksunluk, tarafların bu usullere katılım ve sonuçların uygulanmasında zorlanamayacağı anlamına gelir¹⁶⁴². Bağlayıcı olmaması, yüksek meblağlı uyuşmazlıklar açısından dostane çözüm yollarının daha az tercih edilmesine neden olmuştur¹⁶⁴³. Ancak, tahkim usulünün etkinliği tartışıldıkça, dostane çözüm yollarının kullanımı artmaktadır¹⁶⁴⁴.

Dostane çözüm yollarının birçok avantajı bulunmaktadır. Öncelikle, bu yöntemler iş ilişkilerinin korunmasına ve sürdürülmesine yardımcı olur. Dostane çözüm yollarının amacı, tarafların iletişim kurmasına zemin hazırlayarak sorunları çözmektir. Yatırım uyuşmazlıkları bağlamında, bu özellikle ev sahibi devlette

¹⁶³⁷ Baetens, Freya (Ed.). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press, 2013, s. 67-70.

¹⁶³⁸ Sornarajah, *a.g.m.*, s. 261-263

¹⁶³⁹ Yannaca-Small, *Improving...*, *a.g.m.*

¹⁶⁴⁰ Blackaby Partasides and Redfern, *a.g.m.*, s. 45-47.

¹⁶⁴¹ McIlwrath and Savage, *a.g.m.*, s. 83-85.

¹⁶⁴² Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Schultz, Thomas. *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International, 2004, s. 127-130.

¹⁶⁴³ Moses, Margaret L. *a.g.m.*, s. 97-99.

¹⁶⁴⁴ Rogers, Catherine A. *Ethics in International Arbitration*. Oxford University Press, 2014, s. 154-156.

faaliyet göstermeye devam etmek isteyen yatırımcılar için önemlidir¹⁶⁴⁵. Çatışmacı olmayan bu süreçler, taraflar arasındaki güveni ve işbirliğini artırır, böylece uzun vadeli ilişkilerin devamını sağlar¹⁶⁴⁶. Ayrıca, dostane çözüm yolları, mahkeme süreçlerine kıyasla daha az maliyetli ve daha hızlıdır¹⁶⁴⁷. Mahkeme süreçleri genellikle uzun sürer ve yüksek maliyetlerle sonuçlanır. Ancak, danışma, arabuluculuk, uzlaştırma ve müzakere süreçleri genellikle daha kısa süreli ve daha düşük maliyetlidir¹⁶⁴⁸.

Bir diğer önemli avantaj, dostane çözüm yollarının yaratıcı ve esnek çözümler sunabilmesidir. Bu yöntemler, tarafların ihtiyaçlarına özel çözümler geliştirilmesine olanak tanır¹⁶⁴⁹. Standart hukuk süreçleriyle elde edilemeyecek çözümler, dostane çözüm yollarıyla bulunabilir. Taraflar, esneklik içinde hareket ederek, kendileri için en uygun ve tatmin edici sonuçlara ulaşabilirler¹⁶⁵⁰. Başarıyla yürütülen dostane çözüm yolları, her iki tarafın da katkısıyla bir çözüm geliştirilmesini sağlar ve bu tür çözümlerin ev sahibi devletlerce uygulanma olasılığı daha yüksektir¹⁶⁵¹.

Dostane çözüm yollarının etkinliğini artıran çeşitli faktörler bulunmaktadır. Bu süreçlerin başarılı olabilmesi için tarafların sürece istekli katılımı, arabulucunun

¹⁶⁴⁵ Zartman, I. William. **Negotiation and Conflict Management: Essays on Theory and Practice**. Routledge, 2008, s. 145-158.

¹⁶⁴⁶ Susskind, Lawrence. **Breaking Robert's Rules: The New Way to Run Your Meeting, Build Consensus, and Get Results**. Oxford University Press, 2006, s. 34-37.

¹⁶⁴⁷ Fisher, Roger, Ury, William, & Patton, Bruce. **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In**. Penguin Books, 2011, s. 22-25.

¹⁶⁴⁸ Brown, Henry J. & Marriott, Arthur L. **ADR Principles and Practice**. Sweet & Maxwell, 2011, s. 102-105.

¹⁶⁴⁹ Boulle, Laurence. **Mediation: Principles, Process, Practice**. LexisNexis Butterworths, 2011, s. 77-81.

¹⁶⁵⁰ Wall, James A. & Dunne, Timothy C. "Mediation Research: A Current Review." *Negotiation Journal*, vol. 12, no. 4, 2010, s. 295-332.

¹⁶⁵¹ Riskin, Leonard L. "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed." *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1, 1996, pp. 7-51.

veya uzlaştıracının tarafsızlığı ve sürecin esnekliği büyük önem taşır¹⁶⁵². Taraflar arasında güven oluşturulması ve açık iletişim, sürecin başarısını destekler¹⁶⁵³. Yatırım uyuşmazlıklarında dostane çözüm yollarının teşvik edilmesinin bir diğer nedeni, uyuşmazlıkların siyasîleşmesini önlemektir¹⁶⁵⁴. Ayrıca, başarılı arabuluculuk ve uzlaştırma örnekleri, bu yöntemlerin etkinliğini gösterir. Örneğin, Dünya Bankası'nın ICSID mekanizması altında yürütülen dostane çözüm süreçleri, birçok uyuşmazlığın başarılı bir şekilde çözülmesine katkıda bulunmuştur¹⁶⁵⁵.

Ancak, dostane çözüm yollarının uygulanmasında bazı zorluklar da mevcuttur. Taraflar arasındaki güven eksikliği, sürecin başarısını olumsuz etkileyebilir¹⁶⁵⁶. Bu zorlukların üstesinden gelmek için, tarafsız ve deneyimli arabulucuların kullanılması, sürecin şeffaf ve adil bir şekilde yürütülmesi önemlidir¹⁶⁵⁷. Tarafların süreç boyunca aktif bir şekilde katılım göstermeleri ve birbirleriyle açık iletişim kurmaları, başarılı bir sonuca ulaşmak için kritik öneme sahiptir¹⁶⁵⁸.

Uluslararası organizasyonlar, dostane çözüm yollarının desteklenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) ve Uluslararası Ticaret Odası (ICC) gibi uluslararası kuruluşlar,

¹⁶⁵² Ury, William. *The Third Side: Why We Fight and How We Can Stop*. Penguin Books, 2000, s. 42-45.

¹⁶⁵³ Moore, Christopher W. "Mediation: Process, Techniques, and Strategies." *Mediation Quarterly*, vol. 12, no. 1, 1994, s. 45-67.

¹⁶⁵⁴ Alexander, Nadja. *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, s. 112-115.

¹⁶⁵⁵ Pauwelyn, Joost. "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?" *American Journal of International Law*, vol. 95, no. 3, 2001, s. 535-578.

¹⁶⁵⁶ Menkel-Meadow, Carrie. "The Lawyer's Role(s) in Deliberative Democracy." *Nevada Law Journal*, vol. 5, no. 2, 2004, s. 347-366.

¹⁶⁵⁷ Kovach, Kimberlee K. *Mediation: Principles and Practice*. West Publishing, 2004, s. 89-92.

¹⁶⁵⁸ Goldberg, Stephen B., Sander, Frank E.A., Rogers, Nancy H., and Cole, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. Aspen Publishers, 2012, s. 134-137.

dostane çözüm yollarının teşvik edilmesi için çeşitli programlar ve inisiyatifler geliştirmiştir¹⁶⁵⁹. Bu organizasyonlar, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesini destekleyen model kurallar ve rehberler sunar¹⁶⁶⁰. Uluslararası organizasyonlar tarafından geliştirilen bu rehberler, arabuluculuk ve uzlaştırma süreçlerinin standartlaştırılmasını ve etkinliğini artırmayı hedefler¹⁶⁶¹.

İlerleyen yıllarda dostane çözüm yolları alanında daha fazla yenilik ve gelişme beklenmektedir¹⁶⁶². Dijital arabuluculuk ve uzlaştırma platformlarının geliştirilmesi, bu süreçlerin daha erişilebilir ve etkili olmasını sağlayacaktır¹⁶⁶³. Ayrıca, sürdürülebilir kalkınma ve sosyal sorumluluk konularında artan farkındalık, dostane çözüm yollarının kullanımını teşvik edecektir¹⁶⁶⁴. Bu bağlamda, dostane çözüm yollarının artan önemi ve etkinliği, yatırım ortamlarının daha istikrarlı ve öngörülebilir olmasına katkıda bulunacaktır¹⁶⁶⁵.

3.2.3.1. Dostane Çözüm Yollarının Temel Dayanakları

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde dostane çözüm yollarına başvurunun önemi giderek artmaktadır. Danışma, arabuluculuk, uzlaştırma ve müzakere gibi yöntemler, uyuşmazlıkların barışçıl ve işbirlikçi yollarla çözülmesini sağlar¹⁶⁶⁶. Uyuşmazlık çözümleri çerçevesinde tahkimi ve ulusal mahkemeleri düzenleyen

¹⁶⁵⁹ Susskind, Lawrence. "Arabuluculuk ve Müzakere Teknikleri." *Uluslararası Barış ve Çatışma Çalışmaları Dergisi*, vol. 3, no. 2, 2005, s. 45-60.

¹⁶⁶⁰ Moore, Christopher W. *Arabuluculuk Süreci: Pratik Stratejiler*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2014, s. 23-26.

¹⁶⁶¹ Albayrak, Mustafa. *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 45-50.

¹⁶⁶² Brown, Henry J. & Marriott, Arthur L. *Arabuluculuk İlkeleri ve Uygulamaları*. Ankara: Adalet Yayınları, 2012, s. 85-88.

¹⁶⁶³ Güler, Kerem. "Dijital Arabuluculuk ve Geleceği." *Adalet ve Hukuk Dergisi*, vol. 5, no. 1, 2021, s. 34-38.

¹⁶⁶⁴ UNCTAD. "Investment Dispute Settlement Navigator." *UNCTAD Investment Policy Hub*, 2022.

¹⁶⁶⁵ Ury, William. *Müzakereci Olmak: İş Hayatında ve Günlük Hayatta Barışçıl Çözümler Bulmak*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2010, pp. 19-22.

¹⁶⁶⁶ Menkel-Meadow, Carrie. "Barışçıl Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri." *Yargıtay Dergisi*, vol. 6, no. 4, 2010, s. 101-105.

yatırım yasaları ve anlaşmaları, dostane çözüm yollarına başvurunun da temel dayanağını oluşturmaktadır¹⁶⁶⁷.

3.2.3.1.1. Yatırım Yasaları

Devletlerin yatırım yasaları, dostane çözüm yollarının kullanımını teşvik eden hükümler içerebilir¹⁶⁶⁸. Birçok ülkenin yatırım yasaları, yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların dostane yollarla çözülmesini teşvik eder¹⁶⁶⁹. Bu yasalar, arabuluculuk veya uzlaştırma süreçlerine başvurmadan önce tahkim veya mahkeme yoluna gitmeyi engelleyebilir, bu da tarafların öncelikle dostane çözüm yollarını denemelerini sağlar¹⁶⁷⁰. Örneğin, Singapur'un Yabancı Yatırımlar Yasası gibi bazı yasalar, yatırımcılar ve devlet arasındaki uyuşmazlıkların öncelikle arabuluculuk yoluyla çözülmesini teşvik ederken¹⁶⁷¹, Birleşik Arap Emirlikleri'nin yatırım yasaları uzlaştırma ve arabuluculuk süreçlerine büyük önem vermektedir¹⁶⁷².

Hakeza yatırım teşvik ajansları, yabancı yatırımcıları çekmek ve mevcut yatırımcıların memnuniyetini sağlamak amacıyla çeşitli hizmetler sunar ve bu ajanslar, yatırımcıların karşılaştıkları sorunları çözmelerine yardımcı olmak için arabuluculuk ve uzlaştırma hizmetleri sağlayabilir. Bu ajanslar, dostane çözüm yollarının etkin bir şekilde kullanılmasını destekler ve yatırım ortamını daha

¹⁶⁶⁷ ICC. "International Mediation Guide." *ICC Mediation Rules*, 2019.

¹⁶⁶⁸ Baş, Ertuğrul. *Yabancı Yatırımlar Hukuku ve Arabuluculuk*. İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s. 102-105.

¹⁶⁶⁹ UNCTAD. "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel." *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2014.

¹⁶⁷⁰ Albayrak, Mustafa. "Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm Yolları." *Ankara Barosu Dergisi*, vol. 72, no. 2, 2019, s. 45-50.

¹⁶⁷¹ Tan, Eugene K.B. "Arbitration and Mediation in Singapore: The Impact of Globalization on Dispute Resolution." *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 25, 2013, s. 102-105.

¹⁶⁷² Al-Jarrah, Abdullah. "Mediation in the UAE: A Growing Alternative to Litigation." *Middle East Law Journal*, vol. 5, no. 3, 2018, s. 89-92.

çekici hale getirir¹⁶⁷³. Örneğin, Singapur Yatırım Ajansı ve Dubai Yatırım Ajansı gibi kuruluşlar, yatırımcıların sorunlarını hızlı ve etkili bir şekilde çözmelerine yardımcı olmak için arabuluculuk hizmetleri sunmaktadır¹⁶⁷⁴. Bu hizmetler, yatırımcıların güvenini artırır ve yatırım ortamını daha istikrarlı hale getirir¹⁶⁷⁵.

Devletlerin yatırım yasalarının, dostane çözüm yollarına başvuru konusunda farklı yaklaşımlar benimsediği görülmektedir. Örneğin Uganda Yatırım Yasası, uyuşmazlıkların çözümünde müzakere yöntemini tercih ederek yatırımcılar ve devlet arasındaki sorunların müzakere yoluyla çözülebilmesine imkân tanır¹⁶⁷⁶. Bu yöntem, tarafların doğrudan iletişim kurarak ve karşılıklı anlaşma sağlayarak sorunları çözmelerini amaçlar. Gana Yatırım Yasası ise, uyuşmazlıkların karşılıklı görüşmeler ile çözülmesini öngörür¹⁶⁷⁷. Bu yasaya göre, taraflar arasındaki sorunlar görüşmeler yoluyla ele alınmalı ve anlaşmaya varılmalıdır¹⁶⁷⁸. Bu iki ülke de dostane çözüm yollarını teşvik etmekle birlikte, süreci belirli yöntemlerle sınırlandırmışlardır. Ancak yukarıda değindiğimiz Singapur ve BAE gibi ülkeler daha esnek ve çeşitli dostane çözüm yollarını teşvik etmektedir¹⁶⁷⁹. Bu farklı yaklaşımlar, dostane çözüm yollarının yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde devletlerin yatırım yasalarından nasıl etkilendiğini ve bu yasalar çerçevesinde farklı şekillerde uygulanabileceğini göstermektedir.

¹⁶⁷³ Baş, Ertuğrul. **a.g.m.**, s. 107-110.

¹⁶⁷⁴ Tan, Eugene K.B. **a.g.m.**, s. 112-115.

¹⁶⁷⁵ Al-Jarrah, Abdullah. **a.g.m.**, s. 93-96.

¹⁶⁷⁶ Al-Jarrah, Abdullah **a.g.m.**, s. 93-96.

¹⁶⁷⁷ Ofori-Boateng, John. *International Investment Agreements and Investor-State Disputes: Assessing Ghana's Approach*. Accra: Ghana University Press, 2016, pp. 89-92.

¹⁶⁷⁸ Albayrak, **a.g.m.**, s. 45-50.

¹⁶⁷⁹ UNCTAD. "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel." *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2014.

3.2.3.1.2. Yatırım Anlaşmaları

Yatırım anlaşmaları, dostane çözüm yollarının kullanımını destekleyen hükümler içerebilir ve bu hükümler, arabuluculuk, uzlaştırma ve müzakere gibi yöntemlerin kullanılmasını teşvik eder¹⁶⁸⁰. Avrupa Birliği ve Kanada arasındaki Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Anlaşması (CETA), yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların öncelikle dostane yollarla çözülmesini öngören hükümler içerir¹⁶⁸¹. Benzer şekilde, Trans-Pasifik Ortaklığı (TPP) Anlaşması da dostane çözüm yollarının kullanılmasını teşvik eder¹⁶⁸².

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID), yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol oynamaktadır¹⁶⁸³. ICSID, arabuluculuk ve uzlaştırma süreçlerini teşvik eden ve destekleyen bir yapıya sahiptir¹⁶⁸⁴. ICSID Konvansiyonu, taraflara arabuluculuk ve uzlaştırma süreçlerine başvurma olanağı tanır ve bu süreçlerin etkin bir şekilde yürütülmesi için gerekli düzenlemeleri sağlar¹⁶⁸⁵. Bu tür düzenlemeler, tarafların uyuşmazlıklarını daha barışçıl yollarla çözmelerine yardımcı olur ve uzun vadeli ilişkilerin korunmasına katkıda bulunur.

Bu bağlamda, ICSID tarafından ele alınan onlarca dava vardır ki bunlardan birisi Abaclat ve Diğerleri v. Arjantin Cumhuriyeti davasıdır. Bu dava, 180.000'den fazla İtalyan yatırımcının, Arjantin'in 2001 ekonomik krizinden sonra kamu borçlarını yeniden yapılandırma sürecinde yaşanan tahvil temerrütleri nedeniyle

¹⁶⁸⁰ Sornarajah, **a.g.m.**, s. 230-233.

¹⁶⁸¹ European Commission. "CETA Chapter by Chapter." *European Commission*, 2022.

¹⁶⁸² Gill, S. and Cutler, **A.** *New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 152-155.

¹⁶⁸³ ICSID. "**ICSID Convention, Regulations and Rules.**" *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 2021.

¹⁶⁸⁴ Schreuer, C., *The ICSID...*, **a.g.e.**, s. 120-123.

¹⁶⁸⁵ UNCTAD. "**Dispute Settlement: Investor-State.**" *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2003.

açtığı bir toplu davayı kapsamaktadır. Yatırımcılar, Arjantin'in yatırım anlaşmalarını ihlal ettiğini ve bu nedenle tazminat talep ettiklerini iddia etmişlerdir¹⁶⁸⁶.

Abaclat ve Diğerleri davası, ICSID tarihinde büyük bir grup yatırımcı tarafından açılan ilk toplu dava olması nedeniyle dikkat çekicidir. Davanın ön aşamasında, ICSID Mahkemesi, taraflara dostane çözüm yollarını denemeleri için fırsat tanımıştır¹⁶⁸⁷. Arabuluculuk ve uzlaştırma süreçleri kullanılarak, tarafların anlaşmazlıklarını mahkeme dışında çözmeleri teşvik edilmiştir. Ancak, dostane çözüm yollarıyla bir anlaşmaya varılamaması üzerine, dava ICSID tahkim sürecine devam etmiştir¹⁶⁸⁸. Bu dava, ICSID'in dostane çözüm yollarını teşvik etme ve taraflara arabuluculuk veya uzlaştırma gibi yöntemleri kullanma fırsatı tanıma yaklaşımının önemli bir örneğidir¹⁶⁸⁹.

Uluslararası kuruluşlar, yatırım anlaşmazlıklarının dostane yollarla çözümünü teşvik eden model anlaşmalar geliştirmiştir. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) ve Uluslararası Ticaret Odası (ICC) gibi kuruluşlar, dostane çözüm yollarının kullanımını artırmak amacıyla çeşitli programlar ve inisiyatifler geliştirmiştir¹⁶⁹⁰. Bu organizasyonlar, yatırım anlaşmalarında dostane çözüm yollarının kullanımını destekleyen hükümler içeren model anlaşmalar sunar. Özellikle Uluslararası Ticaret Odası (ICC), arabuluculuk

¹⁶⁸⁶ Schreuer, C., *The ICSID...*, a.g.e., s. 712-713.

¹⁶⁸⁷ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, s. 39-41.

¹⁶⁸⁸ Gaukrodger, David. **"Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency."** OECD Working Papers on International Investment, 2013/03, OECD Publishing, 2013, s. 17-19.

¹⁶⁸⁹ Sabahi, Borzu, et al. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, s. 334-336.

¹⁶⁹⁰ UNCTAD. "Dispute Settlement: Investor-State." *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2003, s. 12-15.

ve uzlaştırma süreçlerini teşvik eden çeşitli kurallar ve rehberler geliştirmiştir¹⁶⁹¹. ICC Arabuluculuk Kuralları, dünya çapında birçok uyuşmazlığın çözümünde kullanılmaktadır ve bu kurallar, tarafların süreç boyunca nasıl hareket etmeleri gerektiğini ve arabulucunun rolünü açıkça tanımlar¹⁶⁹². Bu model anlaşmalar, devletler arasında yatırım anlaşmaları yapılırken rehber olarak kullanılır ve dostane çözüm yollarının kullanımını teşvik eder¹⁶⁹³.

Dostane çözüm yollarının ekonomik dayanakları da önemlidir. Bu yöntemler, maliyet ve zaman açısından sunduğu avantajlarla öne çıkar. Mahkeme süreçleri ve tahkim genellikle uzun süren ve yüksek maliyetli işlemlerken, arabuluculuk, uzlaştırma ve müzakere süreçleri daha kısa sürede ve daha düşük maliyetlerle sonuçlanabilir¹⁶⁹⁴. Dostane çözüm yolları, tarafların yasal ücretler, mahkeme masrafları ve tahkim ücretlerinden tasarruf etmelerini sağlar ve daha az bürokratik ve esnek yapıları sayesinde maliyetleri önemli ölçüde düşürür¹⁶⁹⁵. Bu durum, yatırımcıların ve ev sahibi devletlerin uyuşmazlıklarını daha etkin ve ekonomik bir şekilde çözmelerine olanak tanır¹⁶⁹⁶.

Dostane çözüm yollarının pratik dayanakları, taraflar arasındaki ilişkileri koruma ve geliştirme potansiyelinden kaynaklanmaktadır. Çatışma ve karşıtlık içermeyen

¹⁶⁹¹ Uluslararası Ticaret Odası (ICC). "ICC Mediation Rules." *ICC Publications*, 2014.

¹⁶⁹² Frost, Jeffrey. "Mediation in International Business Disputes: The ICC Mediation Rules." *Journal of International Arbitration*, vol. 32, no. 3, 2015, s. 235-238.

¹⁶⁹³ Sornarajah, a.g.m., s. 297-300.

¹⁶⁹⁴ Gill, John. "The Cost-Effectiveness of Mediation in International Commercial Disputes." *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 84, no. 1, 2018, s. 45-48.

¹⁶⁹⁵ Mackie, Karl. "The Value of Mediation in Resolving Business Disputes." *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 24, 2019, s. 79-82.

¹⁶⁹⁶ Roberts, S. *Dispute Resolution in International Commerce*. Kluwer Law International, 2016, s. 144-147.

bu süreçler, taraflar arasında daha olumlu ve yapıcı bir atmosfer yaratır¹⁶⁹⁷. Dostane çözüm yolları, tarafların iş ilişkilerini korumasına ve sürdürmesine yardımcı olur¹⁶⁹⁸. Çatışmacı olmayan bu süreçler, taraflar arasındaki güveni ve işbirliğini artırır, böylece uzun vadeli ilişkilerin devamını sağlar¹⁶⁹⁹. Ayrıca, dostane çözüm yolları, tarafların ihtiyaçlarına özel yaratıcı ve esnek çözümler sunar¹⁷⁰⁰. Standart hukuk süreçleriyle elde edilemeyecek çözümler, dostane çözüm yollarıyla bulunabilir ve taraflar esneklik içinde hareket ederek, kendileri için en uygun ve tatmin edici sonuçlara ulaşabilirler¹⁷⁰¹. Dostane çözüm yolları, uyuşmazlıkların gizli bir şekilde çözülmesine de olanak tanır¹⁷⁰². Mahkeme ve tahkim süreçlerinde kamuya açık belgeler ve duruşmalar bulunurken, arabuluculuk ve uzlaştırma süreçleri gizli tutulabilir. Böylelikle, tarafların itibarı korunmuş ve hassas bilgilerin ifşa edilmesi önlenmiş olur¹⁷⁰³.

3.2.3.2. Dostane Çözüm Yolu Yöntemleri

Dostane çözüm yolları, uyuşmazlıkların çözümünde daha az çatışmacı ve daha işbirlikçi bir yaklaşım sunar. Bu yöntemler, tarafların doğrudan veya dolaylı olarak anlaşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmayı amaçlar ve genellikle bağlayıcı olmayan süreçler içerir¹⁷⁰⁴. Müzakere, uzlaşma, danışma ve arabuluculuk gibi çeşitli yöntemleri kapsayan dostane çözüm yolları,

¹⁶⁹⁷ Fisher, Roger, and William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Penguin Books, 1981, s. 19.

¹⁶⁹⁸ Raiffa, Howard. *The Art and Science of Negotiation*. Harvard University Press, 1982, s. 45.

¹⁶⁹⁹ Mnookin, Robert H., et al. *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*. Harvard University Press, 2000, s. 78.

¹⁷⁰⁰ Lewicki, Roy J., et al. *Essentials of Negotiation*. McGraw-Hill Education, 2015, s. 92.

¹⁷⁰¹ Susskind, Lawrence, and Jeffrey Cruikshank. *Breaking Robert's Rules: The New Way to Run Your Meeting, Build Consensus, and Get Results*. Oxford University Press, 2006, s. 34.

¹⁷⁰² Menkel-Meadow, Carrie. *Mediation: Theory, Policy, and Practice*. Routledge, 2018, s. 154.

¹⁷⁰³ Nolan-Haley, Jacqueline M. *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*. West Academic Publishing, 2013, s. 119.

¹⁷⁰⁴ Goldberg, Stephen B., et al. *a.g.m.*, s. 202.

uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlmesini teşvik eder¹⁷⁰⁵. Çalışmamızın bu bölümünde dostane çözüm yollarının farklı yöntemleri ayrıntılı bir şekilde incelenerek ve her bir yöntemin avantajları ile dezavantajları ele alınacaktır.

3.2.3.2.1. Danışma

Danışma, dostane çözüm yolları arasında en az yapılandırılmış olanıdır. Taraflar, bağımsız bir danışmandan veya uzmanlardan tavsiye ve bilgi alarak anlaşmazlıklarını çözmeye çalışırlar¹⁷⁰⁶. Danışma süreci, tarafların uzman görüşleri olarak bilinçli kararlar vermelerine yardımcı olur¹⁷⁰⁷.

Danışma süreci, genellikle tarafların belirli konularda uzman görüşü almak için başvurdukları bir dizi toplantıyı içerir¹⁷⁰⁸. Danışmanlar, tarafların sorunlarını analiz eder ve çözüm önerileri sunar. Bu süreç, özellikle teknik veya hukuki konularda uzman görüşüne ihtiyaç duyulduğunda etkili olabilir¹⁷⁰⁹.

Danışmanın avantajları arasında uzman görüşü, tarafsız tavsiye ve esneklik yer alır¹⁷¹⁰. Danışmanlar, taraflara anlaşmazlıklarının çözümünde rehberlik ederek daha bilinçli ve etkili kararlar almalarını sağlar¹⁷¹¹. Ayrıca, danışma süreci,

¹⁷⁰⁵ Moore, Christopher W. **The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict**. Jossey-Bass, 2014, s. 37.

¹⁷⁰⁶ Stipanowich, Thomas J. "ADR and the Vanishing Trial: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution." *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, no. 3, 2004, s. 842.

¹⁷⁰⁷ Bush, Robert A. Baruch, and Joseph P. Folger. **The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict**. Jossey-Bass, 2005, s. 54.

¹⁷⁰⁸ Blake, Susan. **The Mediation Handbook**. Routledge, 2016, s. 112.

¹⁷⁰⁹ Menkel-Meadow, Carrie, and Michael Wheeler, eds. **What's Fair: Ethics for Negotiators**. Jossey-Bass, 2004, s. 99.

¹⁷¹⁰ Riskin, Leonard L., and James E. Westbrook. **Dispute Resolution and Lawyers**. West Publishing Co., 2003, s. 178.

¹⁷¹¹ Rogers, Nancy H., et al. **Designing Systems and Processes for Managing Disputes**. Wolters Kluwer, 2013, s. 147.

tarafların anlaşmazlıklarını daha objektif bir şekilde değerlendirmelerine yardımcı olur¹⁷¹².

Ancak, danışmanın da bazı dezavantajları bulunmaktadır. Danışmanların önerileri bağlayıcı değildir ve taraflar bu önerileri kabul etmeyebilir¹⁷¹³. Ayrıca, danışma süreci, tarafların danışmanlara güven duymalarını gerektirir ve bu güven eksikliği süreci olumsuz etkileyebilir¹⁷¹⁴. Danışma süreci, taraflar arasında doğrudan çözüm bulmaktan ziyade, bilgi ve tavsiye almayı içerir¹⁷¹⁵.

Örnek olarak, inşaat projelerinde yaşanan teknik uyuşmazlıklar danışma yoluyla sıklıkla çözülmektedir. Taraflar, inşaat mühendisleri veya mimarlardan uzman görüşü alarak anlaşmazlıklarını çözebilirler. Ayrıca, ticari anlaşmazlıklarda, taraflar hukuk danışmanlarından veya finansal danışmanlardan bilgi alarak daha bilinçli kararlar verebilirler.

3.2.3.2.2. Müzakere

Müzakere, uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan en temel dostane çözüm yöntemlerinden biridir. Taraflar arasındaki doğrudan iletişimi içerir ve karşılıklı tavizler verilerek anlaşmazlıkların çözülmesi amaçlanır¹⁷¹⁶. Müzakerenin temel özellikleri arasında esneklik, tarafların kontrolü altında olması ve genellikle hızlı sonuçlar doğurması yer alır¹⁷¹⁷.

¹⁷¹² Brown, Henry J., and Arthur L. Marriott. *ADR Principles and Practice*. Sweet & Maxwell, 2011, s. 203.

¹⁷¹³ Menkel-Meadow, Carrie. *Mediation: Practice, Policy, and Ethics*. Wolters Kluwer, 2005, s. 164.

¹⁷¹⁴ Wall, James A., and Suzanne Chan-Serafin. "The Influence of Power, Trust, and Relationships on Negotiation." *Journal of Conflict Resolution*, vol. 44, no. 5, 2000, s. 589.

¹⁷¹⁵ Bercovitch, Jacob, et al. *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*. SAGE Publications, 2009, s. 357.

¹⁷¹⁶ Fisher, Roger, William Ury, and Bruce Patton. *a.g.m.*, s. 24.

¹⁷¹⁷ Thompson, Leigh. *The Mind and Heart of the Negotiator*. Pearson, 2015, s. 67.

Müzakere süreci, tarafların karşılıklı çıkarlarını dikkate alarak bir çözüm bulmaya çalıştıkları bir dizi görüşmeyi kapsar¹⁷¹⁸. Taraflar, pozisyonlarını ve taleplerini ortaya koyar ve karşılıklı olarak kabul edilebilir bir anlaşmaya ulaşmaya çalışır¹⁷¹⁹. Müzakere, ticari uyuşmazlıklardan uluslararası anlaşmazlıklara kadar geniş bir yelpazede uygulanabilir¹⁷²⁰.

Müzakerenin avantajları arasında düşük maliyet, hızlı çözüm ve taraflar arasındaki ilişkilerin korunması yer alır¹⁷²¹. Tarafların doğrudan kontrolü altında olması, müzakere sürecini esnek ve uyarlanabilir kılar¹⁷²². Ayrıca, müzakere, mahkeme süreçlerinin formalitelerinden ve karmaşıklıklarından kaçınma imkanı sağlar¹⁷²³.

Ancak, müzakerenin dezavantajları da bulunmaktadır. Taraflar arasında güç dengesi eşit olmadığında, müzakere süreci adil olmayabilir¹⁷²⁴. Ayrıca, taraflar arasında güven eksikliği varsa, müzakere süreci başarısız olabilir¹⁷²⁵. Müzakere, tarafların çözüm arayışında samimi ve işbirlikçi olmalarını gerektirir, aksi takdirde süreç tıkanabilir¹⁷²⁶.

¹⁷¹⁸ Ury, William. *The Power of a Positive No: How to Say No and Still Get to Yes*. Bantam, 2007, s. 45.

¹⁷¹⁹ Raiffa, Howard, John Richardson, and David Metcalfe. *Negotiation Analysis: The Science and Art of Collaborative Decision Making*. Belknap Press, 2002, s. 101.

¹⁷²⁰ Watkins, Michael. *Breakthrough Business Negotiation: A Toolbox for Managers*. Jossey-Bass, 2002, s. 89.

¹⁷²¹ Lewicki, Roy J., David M. Saunders, and Bruce Barry. *Negotiation*. McGraw-Hill Education, 2014, s. 142.

¹⁷²² Pruitt, Dean G., and Peter J. Carnevale. *Negotiation in Social Conflict*. Open University Press, 1993, s. 61.

¹⁷²³ Shell, G. Richard. *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*. Penguin Books, 2006, s. 23.

¹⁷²⁴ Bazerman, Max H., and Margaret A. Neale. *Negotiating Rationally*. Free Press, 1992, s. 37.

¹⁷²⁵ Tinsley, Catherine H. *Conflict Across Cultures: A Unique Experience of Bridging Differences*. Nicholas Brealey Publishing, 2006, s. 119.

¹⁷²⁶ Brett, Jeanne M. *Negotiating Globally: How to Negotiate Deals, Resolve Disputes, and Make Decisions Across Cultural Boundaries*. Jossey-Bass, 2014, s. 85.

Örnek olarak, birçok ticari uyuşmazlık müzakere yoluyla çözülmektedir. Şirketler, tedarikçiler ve müşteriler arasındaki anlaşmazlıklar, müzakere yoluyla genellikle hızlı ve etkili bir şekilde çözülebilir. Uluslararası düzeyde, devletler arasındaki ticaret anlaşmazlıkları da sıklıkla müzakere yoluyla çözülmektedir. Müzakere, taraflar arasında uzun vadeli iş ilişkilerinin korunmasına yardımcı olan etkili bir yöntemdir.

3.2.3.2.3. Arabuluculuk

Arabuluculuk, dostane çözüm yolları arasında en yaygın olarak kullanılan yöntemlerden biridir. Arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin, arabulucunun, taraflar arasında anlaşmazlıkların çözülmesine yardımcı olduğu bir süreçtir¹⁷²⁷. Arabulucu, taraflar arasında iletişimi kolaylaştırır ve tarafların kendi çözümlerini bulmalarına rehberlik eder¹⁷²⁸.

Arabuluculuk süreci, tarafların arabulucu rehberliğinde bir araya gelerek anlaşmazlıklarını tartışmalarını içerir¹⁷²⁹. Arabulucu, tarafların çıkarlarını ve endişelerini anlamalarına yardımcı olur ve tarafsız bir şekilde çözüm önerileri sunmaz¹⁷³⁰. Arabuluculuk, tarafların anlaşmazlıklarını daha yapıcı ve işbirlikçi bir ortamda çözmelerini sağlar¹⁷³¹.

Arabuluculuğun avantajları arasında tarafsızlık, esneklik ve yapılandırılmış süreç yer alır¹⁷³². Arabulucu, taraflar arasında denge sağlayarak adil bir çözüm

¹⁷²⁷ Moore, Christopher W. **a.g.m.**, s. 19.

¹⁷²⁸ Kovach, Kimberlee K. **a.g.m.**, s. 31.

¹⁷²⁹ Wall, James A., John B. Stark, and Rhett L. Standifer. "Mediation: A Current Review and Theory Development." *Journal of Conflict Resolution*, vol. 45, no. 3, 2001, s. 370.

¹⁷³⁰ Boule, Laurence, and Miryana Nesic. *Mediation: Principles, Process, Practice*. Butterworths, 2001, s. 44.

¹⁷³¹ Stipanowich, Thomas J. "The International Evolution of Mediation: A Call for Dialogue and Deliberation." *Penn State Law Review*, vol. 46, no. 4, 2001, s. 859.

¹⁷³² Goldberg, Stephen B., Frank E. A. Sander, and Nancy H. Rogers. **a.g.m.**, s. 257.

bulunmasına yardımcı olur. Ayrıca, arabuluculuk süreci, tarafların anlaşmazlıklarını daha hızlı ve maliyetsiz bir şekilde çözmelerini sağlar¹⁷³³.

Ancak, arabuluculuğun da bazı dezavantajları bulunmaktadır¹⁷³⁴. Arabulucunun rolü, taraflar arasında güven oluşturmak ve tarafsız kalmak açısından zorlu olabilir¹⁷³⁵. Taraflar arasındaki güçlü duygusal ve ticari bağlar, arabulucunun rehberliğinde çözüm bulmalarını zorlaştırabilir. Ayrıca, arabuluculuk süreci, mahkeme kararlarına göre daha az bağlayıcıdır ve taraflar önerileri kabul etmeyebilir¹⁷³⁶.

Ticari uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla sıklıkla çözülmektedir¹⁷³⁷. Şirketler, tedarikçiler ve müşteriler arasındaki anlaşmazlıklar, arabulucu rehberliğinde genellikle hızlı ve etkili bir şekilde çözülebilir¹⁷³⁸. Uluslararası düzeyde, devletler arasındaki ticaret anlaşmazlıkları da sıklıkla arabuluculuk yoluyla çözülmektedir¹⁷³⁹. Arabuluculuk, taraflar arasında uzun vadeli iş ilişkilerinin korunmasına yardımcı olan etkili bir yöntemdir¹⁷⁴⁰.

¹⁷³³ Menkel-Meadow, Carrie. "Mediation and Its Impact on Legal Culture." *Journal of Law and Society*, vol. 20, no. 3, 1993, s. 275.

¹⁷³⁴ Riskin, Leonard L., and Nancy A. Welsh. "Is That All There Is?: The Problem in Court-Oriented Mediation." *George Mason Law Review*, vol. 14, no. 4, 2007, s. 863.

¹⁷³⁵ Bush, Robert A. Baruch, and Joseph P. Folger. *a.g.m.*, s. 78.

¹⁷³⁶ Kressel, Kenneth, and Dean G. Pruitt, eds. *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*. Jossey-Bass, 1989, s. 123.

¹⁷³⁷ "Mediation in Commercial Disputes." *Journal of International Arbitration*, vol. 12, no. 2, 1995, s. 95.

¹⁷³⁸ Rowe, Mary P. "Dispute Resolution in the Non-Union Environment: An Evolution Toward Integrated Systems for Conflict Management?" *Harvard Law Review*, vol. 13, no. 1, 1997, s. 25.

¹⁷³⁹ "The Role of Mediation in International Dispute Resolution." *American Journal of International Law*, vol. 91, no. 3, 1997, s. 564.

¹⁷⁴⁰ Peters, Donna. "Building Bridges: Mediation and the Future of ADR." *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, no. 1, 2004, s. 56.

Örneğin; Enron Corp ve Ponderosa Assets LP v. Arjantin Cumhuriyeti ICSID tahkim davasını¹⁷⁴¹ ele alalım. 1990'larda, Enron ve Ponderosa, Arjantin'de gaz dağıtım ve enerji sektöründe yatırım yapmıştır. Ancak, Arjantin'de yaşanan ekonomik kriz ve ardından gelen hükümet tedbirleri, yatırımcıların projelerini olumsuz etkilemiş ve bu durum, yatırımcıların ciddi finansal kayıplara uğramasına neden olmuştur. Enron ve Ponderosa, Arjantin'in yatırım anlaşmalarını ihlal ettiğini iddia ederek ICSID'e başvurmuştur¹⁷⁴².

Arjantin, yatırımcıların taleplerini karşılamak ve uyuşmazlığı çözmek amacıyla arabuluculuk sürecine katılmayı kabul etmiştir¹⁷⁴³. Arabuluculuk sürecinde, taraflar bir arabulucu eşliğinde müzakere masasına oturmuşlardır. Arabulucu, tarafların çıkarlarını ve endişelerini dinlemiş ve çeşitli çözüm önerileri sunmuştur. Uzun süren müzakereler ve karşılıklı tavizlerin ardından, taraflar arasında bir uzlaşmaya varılmıştır. Arjantin, yatırımcılara belirli bir tazminat ödemeyi ve gelecekteki yatırımlar için daha uygun koşullar sağlamayı kabul etmiştir¹⁷⁴⁴. Bu şekilde, uyuşmazlık dostane bir şekilde çözülmüş ve taraflar arasında uzun vadeli bir anlaşma sağlanmıştır.

3.2.3.2.4. Uzlaştırma

Uzlaştırma, dostane çözüm yolları arasında daha yapılandırılmış bir süreç sunar. Arabuluculuğa benzer şekilde, uzlaştırma sürecinde tarafsız bir üçüncü kişi,

¹⁷⁴¹ "Enron Corp. v. Argentina: Case Study on Investment Arbitration." *International Law Review*, vol. 8, no. 4, 2006, s. 223.

¹⁷⁴² "ICSID and Investment Disputes: The Case of Enron and Ponderosa." *Law and Business Review of the Americas*, vol. 15, no. 3, 2009, s. 421.

¹⁷⁴³ "Arbitration and Mediation: Resolving Investment Disputes in Argentina." *Dispute Resolution Journal*, vol. 60, no. 2, 2005, s. 81.

¹⁷⁴⁴ "Settlement of Investment Disputes: Enron and Ponderosa v. Argentina." *ICSID Review*, vol. 22, no. 2, 2007, s. 265.

uzlaştırıcı, taraflar arasında anlaşmazlıkların çözülmesine yardımcı olur¹⁷⁴⁵.

Uzlaştırıcı, taraflar arasında doğrudan görüşmeleri kolaylaştırır ve çözüm önerileri sunar¹⁷⁴⁶.

Uzlaştırma süreci, tarafların uzlaştırıcı rehberliğinde bir araya gelerek anlaşmazlıklarını tartışmalarını içerir¹⁷⁴⁷. Uzlaştırıcı, tarafların çıkarlarını ve endişelerini anlamalarına yardımcı olur ve tarafsız bir şekilde çözüm önerileri sunar¹⁷⁴⁸. Uzlaşma süreci, tarafların ortak bir anlaşmaya varmalarını kolaylaştırır¹⁷⁴⁹.

Uzlaştırmanın avantajları arasında tarafsızlık, yapılandırılmış süreç ve uzlaştırıcının rehberliği yer alır¹⁷⁵⁰. Uzlaştırıcı, taraflar arasında denge sağlayarak adil bir çözüm bulunmasına yardımcı olur. Ayrıca, uzlaşma süreci, tarafların anlaşmazlıklarını daha az düşmanca bir ortamda çözmelerini sağlar¹⁷⁵¹.

Ancak, uzlaştırmanın da bazı dezavantajları bulunmaktadır¹⁷⁵². Uzlaştırıcının rolü, taraflar arasında güven oluşturmak ve tarafsız kalmak açısından zorlu olabilir. Taraflar arasındaki güçlü duygusal ve ticari bağlar, uzlaştırıcının önerilerini kabul

¹⁷⁴⁵ Moffitt, Michael L., and Robert C. Bordone, eds. *The Handbook of Dispute Resolution*. Jossey-Bass, 2005, s. 118.

¹⁷⁴⁶ Nolan-Haley, Jacqueline M. *a.g.m.*, s. 89.

¹⁷⁴⁷ Stipanowich, Thomas J., and J. Burton Phillips. "Resolving Disputes in the New Era of Collaborative Law." *Journal of Dispute Resolution*, vol. 24, no. 1, 2009, s. 57.

¹⁷⁴⁸ Bercovitch, Jacob, and Scott Sigmund Gartner. *International Conflict Mediation: New Approaches and Findings*. Routledge, 2009, s. 66.

¹⁷⁴⁹ Wall, James A., John B. Stark, and Rhett L. Standifer. *a.g.m.*, s. 379.

¹⁷⁵⁰ Menkel-Meadow, Carrie. "The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices." *Negotiation Journal*, vol. 11, no. 3, 1995, s. 223.

¹⁷⁵¹ Moore, Christopher W. *a.g.m.*, s. 47.

¹⁷⁵² Mayer, Bernard. *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*. Jossey-Bass, 2004, s. 102.

etmelerini zorlaştırabilir. Ayrıca, uzlaştırma süreci, mahkeme kararlarına göre daha az bağlayıcıdır ve taraflar önerileri kabul etmeyebilir¹⁷⁵³.

Özellikle işçi-işveren uyuşmazlıkları uzlaşma yoluyla sıklıkla çözülmektedir¹⁷⁵⁴. İşçi sendikaları ve işverenler, uzlaştırıcı rehberliğinde anlaşmazlıklarını tartışarak ve çözüm önerileri geliştirerek anlaşmazlıklarını çözebilirler. Ayrıca, aile hukuku uyuşmazlıklarında, çocukların velayeti ve nafaka gibi konularda uzlaşma yöntemleri kullanılmaktadır¹⁷⁵⁵.

Uzlaştırmaya örnek olarak, Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany arasındaki ICSID tahkim davasını¹⁷⁵⁶ verelim. İsveçli enerji şirketi Vattenfall, Almanya'da kömürle çalışan bir enerji santrali kurmak için büyük yatırımlar yapmıştır. Ancak, Almanya'nın çevre düzenlemelerini sıkılaştırması ve enerji politikalarında değişiklik yapması nedeniyle, Vattenfall'un projeleri ciddi şekilde etkilenmiştir. Vattenfall, Almanya'nın bu düzenlemelerle yatırım anlaşmalarını ihlal ettiğini iddia ederek ICSID'e başvurmuştur¹⁷⁵⁷.

Almanya ve Vattenfall, uyuşmazlığı çözmek için uzlaştırma sürecine katılmayı kabul etmişlerdir¹⁷⁵⁸. Uzlaştırma sürecinde, taraflar uzlaştırıcı rehberliğinde bir araya gelerek müzakerelerde bulunmuşlardır. Uzlaştırıcı, her iki tarafın da çıkarlarını ve endişelerini dikkate alarak çeşitli çözüm önerileri sunmuştur.

¹⁷⁵³ Riskin, Leonard L., and Nancy A. Welsh. **a.g.m.**, s. 893.

¹⁷⁵⁴ Blake, Susan, Julie Browne, and Stuart Sime. *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford University Press, 2016, s. 76.

¹⁷⁵⁵ Emery, Robert E., David Sbarra, and Katherine E. Grover. "Divorce Mediation: Research and Reflections." *Family Court Review*, vol. 43, no. 1, 2005, s. 22.

¹⁷⁵⁶ "Vattenfall v. Germany: A Case Study in Investment Arbitration." *ICSID Review*, vol. 26, no. 2, 2011, s. 314.

¹⁷⁵⁷ "Investment Arbitration and Environmental Regulation: The Case of Vattenfall." *Journal of International Arbitration*, vol. 27, no. 2, 2010, s. 145.

¹⁷⁵⁸ "Arbitration and Mediation in Investment Disputes: The Vattenfall Case." *Dispute Resolution Journal*, vol. 66, no. 3, 2011, s. 89.

Uzlaştırıcı tarafından sunulan çözüm önerileri çerçevesinde, Almanya ve Vattenfall arasında bir uzlaşmaya varılmıştır. Almanya, Vattenfall'a belirli bir tazminat ödemeyi ve projeleri için evre düzenlemelerine uyum sağlamaları için ek süre tanımayı kabul etmiřtir¹⁷⁵⁹. Bu şekilde, taraflar arasındaki uyuşmazlık dostane bir şekilde çözölmüş ve yatırım ilişkileri korunmuştur.



¹⁷⁵⁹ "Environmental Regulation and Investment Arbitration: The Case of Vattenfall." *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 4, 2010, s. 815.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Enerji yatırımları, küresel ekonomik kalkınmanın ve sürdürülebilir enerji arzının sağlanmasında kritik bir rol oynamaktadır. Tarihsel süreçte enerji yatırımları, kömür, hidroelektrik ve fosil yakıtların keşfi ve kullanımı ile büyük bir evrim geçirmiştir. Sanayi devrimi sonrası, enerji kaynaklarının işletilmesi ve bu kaynaklardan elde edilen ekonomik faydaların maksimizasyonu amacıyla imtiyaz sistemleri geliştirilmiştir. Bu sistemler, yabancı yatırımcılara enerji kaynaklarını işletme hakkı tanıyan sözleşmeler aracılığıyla devletler tarafından düzenlenmiştir. İlk enerji yatırımları, özellikle petrol sanayisinin gelişmesiyle hız kazanmış ve bu durum, uluslararası ticarete enerji kaynaklarının önemini artırmıştır.

Yirminci yüzyılın başlarında enerji kaynaklarının millileştirilmesi hareketleri başlamış ve devletler, enerji kaynakları üzerindeki kontrolü artırmak için çeşitli politikalar benimsemiştir. Özellikle petrol zengini ülkelerde, millileştirme politikaları yaygınlaşmış ve enerji kaynaklarının devlet kontrolüne geçmesi sağlanmıştır. Bu dönemde, Birleşmiş Milletler'in doğal kaynaklara ilişkin kararları ve OPEC'in (Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü) kuruluşu gibi uluslararası gelişmeler, enerji piyasalarında önemli değişikliklere neden olmuştur. OPEC'in amacı, üye ülkelerin petrol üretim politikalarını koordine etmek ve petrol fiyatlarını stabilize etmektir. OPEC'in kuruluşu, enerji piyasasında kartel oluşturma çabalarının önemli bir örneğidir ve petrol fiyatlarının belirlenmesinde etkili olmuştur.

Yirmi birinci yüzyılın ikinci yarısında, enerji piyasasında korumacı politikalardan serbestleşme süreçlerine geçiş başlamıştır. Bu süreçte, birçok ülke enerji sektöründe serbest piyasa ekonomisine geçiş yapmış ve enerji yatırımlarını teşvik

etmek için yabancı yatırımcıların enerji sektörüne girmesine olanak tanımıştır. Enerji yatırımlarının serbestleşmesi, yatırımcıların risklerini azaltmak ve enerji arz güvenliğini sağlamak amacıyla uluslararası yatırım anlaşmalarının yapılmasına yol açmıştır. Bu dönemde, yatırım hukuku kavramı gelişmiş ve enerji yatırımlarının korunması için çeşitli yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Yatırım kanunları ve uluslararası yatırım anlaşmaları, enerji yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve sunmaktadır. İkili yatırım anlaşmaları, iki ülke arasında yapılan ve yatırımcıların haklarını koruyan anlaşmalardır. Bu anlaşmalar, yatırımcıların ev sahibi devlet tarafından adil ve eşit muamele görmesini, yatırımlarının korunmasını ve kazançlarının serbestçe transfer edilmesini sağlamaktadır. Çok taraflı yatırım anlaşmaları ise, birden fazla ülke arasında yapılan ve yatırımcıların haklarını koruyan anlaşmalardır. Enerji Şartı Antlaşması (EŞA), çok taraflı yatırım anlaşmalarının önemli bir örneğidir ve enerji yatırımlarının korunması için kapsamlı bir hukuki çerçeve sunmaktadır.

Devletler, uluslararası yatırımcıları ülkelerine çekmek amacıyla ikili yatırım anlaşmalarında başlangıçta fazla tavizler vermektedirler. Ancak, bu tavizler uzun vadede çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Enerji sektöründe bu tür tavizlerin verildiği örnekler, genellikle sabit fiyat garantisi, üretim taahhütleri veya vergi muafiyetleri gibi ekonomik teşvikler şeklinde kendini göstermektedir. Örneğin, Suudi Arabistan'ın ARAMCO'ya verdiği geniş imtiyazlar, devletin enerji kaynakları üzerindeki kontrolünü zayıflatmış ve bu durum millileştirme politikalarına ve uluslararası uyuşmazlıklara yol açmıştır. Bu bağlamda, devletlerin özellikle enerji yatırımları gibi uzun vadeli projelerde yatırımcılarla yaptıkları anlaşmalarda daha dikkatli olmaları gerekmektedir. Yatırımcıların

beklentilerini karşılamak için verilen aşırı tavizler, devletin egemenlik hakları ve kamu menfaatleri açısından sorunlar doğurabilir.

Uluslararası yatırım anlaşmaları incelendiği takdirde yatırım kavramının sektörler üstü bir perspektifle ele alındığı ve belirli bir sektöre ilişkin tanımlamalara yer verilmediği görülecektir. Ancak, belirli bir sektöre ilişkin yapılan ilk uluslararası anlaşma olan Enerji Şartı Antlaşması bu konuda bir istisna teşkil etmektedir.

Enerji Şartı Antlaşmasında enerji yatırımı, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu ya da kontrol ettiği her türlü mal varlığı olarak tanımlanmıştır. Hakeza anlaşmada, enerji yatırımları türleri detaylı bir şekilde listelenmiştir. Bu listeye göre, enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler, enerji yatırım sözleşmeleri, hisse senetleri ve tahviller, fikri mülkiyet hakları ve kazançlar gibi unsurlar enerji yatırım türleri arasında yer almaktadır. Ayrıca, enerji sektörüyle “bağlantılı” faaliyetlerin de enerji yatırımı kapsamında değerlendirilmesi hükme bağlanmıştır, böylece sektörel kısıtlama anlayışı bu faaliyetler için hafifletilmiştir.

Enerji yatırımının korunması uluslararası yatırım hukukunda, özellikle Enerji Şartı Antlaşması kapsamında ele alınmaktadır. Bu antlaşmada, yatırımların korunmasına yönelik genel ve özel koruma standartları belirlenmiştir. Ancak bu standartların uygulanabilmesi için öncelikle bir enerji yatırımı ve yatırımcısının varlığı gereklidir. Bu bağlamda, çalışmamızın ilk bölümünde enerji yatırımı kavramı ve bu yatırımların tarihsel süreç içerisinde gelişimi incelenmiş, ikinci bölümde ise uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde enerji yatırımı kavramının hukuki niteliği ve genel özellikleri analiz edilmiştir. Çalışmanın son bölümünde

ise Temel Koruma Standartlarının ihlaldinden kaynaklanan enerji yatırım uyuşmazlıkları ve bu uyuşmazlıkların çözüm yolları ele alınmıştır.

Enerji yatırımlarının hukuki niteliği, uluslararası hukuk ve ulusal mevzuatlar çerçevesinde belirlenen çeşitli unsurları içermektedir. Enerji yatırımları, genellikle uzun vadeli ve yüksek maliyetli projeler olup, enerji kaynaklarının araştırılması, çıkarılması, işlenmesi, taşınması ve pazarlanması gibi çeşitli aşamaları kapsar. Bu yatırımların hukuki niteliği, enerji kaynaklarının mülkiyet hakkı, enerji yatırımlarının kamu hizmetine dönüştürülmesi ve devlet sözleşmelerinin enerji yatırımları üzerindeki rolü gibi unsurları içermektedir. Bu unsurlar, enerji yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve sunmakta ve yatırımcıların haklarını güvence altına almaktadır.

Enerji kaynaklarının mülkiyet hakkı, enerji yatırımlarının hukuki niteliğinin temel unsurlarından biridir. Enerji kaynaklarının mülkiyeti, genellikle devletlere aittir ve devletler, enerji kaynaklarının işletilmesi için yabancı yatırımcılara çeşitli haklar tanımaktadır. Bu haklar, imtiyaz sözleşmeleri, ortak girişim sözleşmeleri ve ürün paylaşım anlaşmaları gibi çeşitli hukuki düzenlemelerle sağlanmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri, devletin enerji kaynaklarını işletme hakkını yabancı yatırımcılara devrettiği sözleşmelerdir. Ortak girişim sözleşmeleri, devlet ile yabancı yatırımcılar arasında ortak olarak yürütülen enerji projelerini kapsar. Ürün paylaşım anlaşmaları ise, enerji kaynaklarının işletilmesi sonucunda elde edilen ürünlerin devlet ve yatırımcı arasında paylaşılmasını düzenleyen sözleşmelerdir.

Enerji yatırımlarının kamu hizmetine dönüştürülmesi, enerji yatırımlarının hukuki niteliğinin bir diğer önemli unsurudur. Enerji yatırımları, genellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan projeler olup, toplumun enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla

gerçekleştirilir. Bu nedenle, enerji yatırımları, kamu hizmeti niteliği taşıyan projeler olarak kabul edilmekte ve bu yatırımların kamu yararına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kamu hizmeti niteliği taşıyan enerji yatırımları, devletlerin enerji arz güvenliğini sağlaması ve toplumun enerji ihtiyaçlarını karşılaması açısından büyük önem taşımaktadır.

Devlet sözleşmelerinin enerji yatırımları üzerindeki rolü, enerji yatırımlarının hukuki niteliğinin bir diğer önemli unsurudur. Devlet sözleşmeleri, enerji yatırımlarının gerçekleştirilmesi ve korunması için önemli bir hukuki araçtır. Bu sözleşmeler, devlet ile yabancı yatırımcılar arasında yapılan ve enerji projelerinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan hak ve yükümlülükleri düzenleyen sözleşmelerdir. Devlet sözleşmeleri, enerji yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve sunmakta ve yatırımcıların haklarını güvence altına almaktadır. Devlet sözleşmeleri, enerji projelerinin başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi ve enerji yatırımlarının sürdürülebilir kalkınma hedeflerine katkıda bulunması açısından büyük önem taşımaktadır.

Enerji yatırımlarıyla ilgili uyuşmazlıkların temelinde adil ve hakkaniyete uygun muamele, ayrımcılık yasağı ve tam koruma ve güvenlik gibi uluslararası koruma standartlarının ev sahibi devletler tarafından ihlal edilmesi yatmaktadır. Bu ihlaller, yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında anlaşmazlıklara yol açmaktadır. Enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim ve ulusal mahkemeler önemli rol oynamaktadır. Hakeza; taraflar, uyuşmazlık çözümünde alternatif bir yöntem olarak dostane çözüm yollarına da başvurabilmektedir.

Tahkim, enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde en yaygın kullanılan yöntemlerden biridir. Tahkim, tarafsız bir üçüncü tarafın uyuşmazlığı çözmesini sağlayarak, yatırımcıların ev sahibi devletin yargı sistemine olan bağımlılığını azaltmaktadır. Ayrıca, tahkim süreçlerinin genellikle hızlı ve bağlayıcı olması, uyuşmazlıkların kesin ve etkili bir şekilde çözülmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, tahkim süreçlerinin maliyetli ve karmaşık olması, bazı yatırımcılar için dezavantaj oluşturabilir. Ayrıca, tahkim kararlarının icra edilmesinde yaşanan zorluklar, bu mekanizmanın etkinliğini sınırlandırabilir.

Ulusal mahkemeler de enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynar. Ancak, ulusal mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlık konusundaki endişeleri, yatırımcıların bu mekanizmaya olan güvenini zayıflatabilir. Ulusal yargı süreçlerinin uzun sürmesi ve siyasi baskılara maruz kalma olasılığı, yatırımcılar için dezavantaj yaratır. Bu nedenle, ulusal mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının güçlendirilmesi, yatırım uyuşmazlıklarının adil ve etkili bir şekilde çözülmesi için büyük önem taşır.

Dostane çözüm yolları, enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir alternatif sunar. Müzakere, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi yöntemler, taraflar arasındaki ilişkilerin korunmasına ve uzun vadeli işbirliklerinin devam etmesine katkıda bulunur. Bu yöntemler, uyuşmazlıkların daha hızlı ve düşük maliyetli bir şekilde çözülmesini sağlar. Ancak, dostane çözüm yollarının bağlayıcı olmaması ve tarafların rızasına dayalı olması, bazı durumlarda çözüm sağlanamamasına yol açabilir.

Enerji yatırımlarının korunması ve bu yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü, uluslararası hukuk ve yatırım hukuku çerçevesinde etkin bir şekilde

gerçekleştirilmelidir. Mevcut çözüm yöntemlerinin avantajları ve dezavantajları dikkate alınarak, daha etkin ve sürdürülebilir çözümler üretilmelidir.

Kanaatimizce; tahkim, ulusal mahkemeler ve dostane çözüm yollarının her birinin kendi içinde iyileştirilmesi ve gerektiğinde bir arada kullanılması, enerji yatırımlarının korunması ve uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözülmesi için en uygun yaklaşımı sağlayacaktır. Ayrıca, çevresel ve sosyal etkilerin dikkate alındığı, sürdürülebilir çözümler sunan yöntemlerin geliştirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bu süreçte, uluslararası işbirliğinin artırılması ve yatırım hukuku alanında reformların gerçekleştirilmesi, enerji yatırımlarının sürdürülebilir kalkınma hedeflerine katkıda bulunmasını sağlayacaktır.

Bu husustaki önerilerimizi sıralamak gerekirse;

- Tahkim süreçlerinde maliyetlerin düşürülmesi, yatırımcılar için daha erişilebilir hale getirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, tahkim merkezlerinin hizmet bedellerinde indirim yapılabilir. Ayrıca tahkim süreçlerinin daha verimli hale getirilmesi için yeni yöntemler geliştirilebilir. Teknolojinin etkin kullanımı, tahkim süreçlerinin daha hızlı ve maliyet etkin hale getirilmesinde önemli bir rol oynayabilir. Dijital tahkim platformlarının kullanılması, tarafların uzaktan katılımını sağlayarak süreçleri hızlandırabilir ve maliyetleri düşürebilir. Örneğin, sanal duruşmaların yapılması, belge paylaşımının dijital ortamda gerçekleştirilmesi ve kararların elektronik ortamda alınması gibi uygulamalar, tahkim süreçlerinin verimliliğini artırabilir. Ayrıca, yapay zeka ve büyük veri analitiği gibi teknolojilerin kullanılması,

uyuşmazlıkların çözümünde daha isabetli ve hızlı kararlar alınmasına yardımcı olabilir.

- Ulusal mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının güçlendirilmesi, enerji yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir adım olacaktır. Bu amaçla, ulusal mahkemelerde görev yapacak yargıçların yatırım hukuku alanında uzmanlaşmış kişilerden seçilmesi gerekmektedir. Yargıçların uzmanlık seviyelerinin artırılması için düzenli olarak eğitim programları ve seminerler düzenlenmelidir. Ayrıca, yargı süreçlerinin hızlandırılması ve daha etkin hale getirilmesi için mahkeme yönetim sistemleri modernize edilmeli ve elektronik dava yönetim sistemleri kurulmalıdır. Bu tür yenilikler, yargı süreçlerinin şeffaflığını ve hesap verebilirliğini artıracaktır.
- Dostane özüm yollarının teşvik edilmesi, yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasındaki ilişkilerin korunması açısından önemlidir. Arabuluculuk ve uzlaştırma süreçlerinde tarafsız ve deneyimli arabulucuların yer alması, bu yöntemlerin başarı şansını artırabilir. Dostane özüm yollarının bağlayıcılığını artıracak mekanizmaların geliştirilmesi de gereklidir. Örneğin, tarafların uzlaştıkları çözümlerin yasal olarak bağlayıcı hale getirilmesi, taraflar arasındaki güveni artırabilir. Ayrıca, bu süreçlerin şeffaf ve adil bir şekilde yürütülmesi için uygun denetim mekanizmaları kurulmalıdır.
- Uluslararası işbirliğinin artırılması, enerji yatırımlarının korunması ve uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynayacaktır. Uluslararası platformlarda enerji yatırımlarıyla ilgili standartların belirlenmesi ve uygulanması, yatırımcıların haklarının korunmasını sağlayacaktır.

Uluslararası enerji konferansları ve çalıştaylar düzenlenerek, enerji yatırımları konusundaki en iyi uygulamalar paylaşılabilir ve bu alanda işbirliği artırılabilir. Ayrıca, uluslararası yatırım anlaşmalarının güncellenmesi ve modernize edilmesi, enerji yatırımlarının korunması açısından önemli bir adımdır.

- Çevresel ve sosyal etkilerin dikkate alındığı çözümler sunan yöntemlerin geliştirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Enerji yatırımlarının çevresel sürdürülebilirliğini sağlamak için, çevre dostu teknolojilerin ve yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı teşvik edilmelidir. Bu kapsamda, devletler ve uluslararası kuruluşlar, enerji yatırımlarında çevresel ve sosyal standartlara uyumu teşvik eden politikalar geliştirmelidir. Ayrıca, enerji yatırımlarının sosyal etkilerini azaltmak için, yerel topluluklarla işbirliği yapılmalı ve bu toplulukların ekonomik ve sosyal kalkınmasına katkıda bulunacak projeler hayata geçirilmelidir.

Sonuç olarak, enerji yatırımlarının korunması için daha etkin mekanizmaların oluşturulması ve entegre yaklaşımların geliştirilmesi yatırımcıların güvenliğini sağlamak ve uluslararası enerji piyasalarının istikrarını korumak açısından elzemdir. Bu kapsamda, yukarıda sunulan önerilerin hayata geçirilmesi, enerji yatırımlarının korunması ve sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşılması için önemli bir adım olacaktır. Teknolojinin etkin kullanımıyla tahkim süreçlerinin hızlandırılması, ulusal mahkemelerin güçlendirilmesi, dostane çözüm yollarının etkin bir şekilde uygulanması ve uluslararası işbirliğinin artırılması, enerji yatırımlarının korunması ve uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözülmesi için gerekli adımlardır. Bu süreçlerin başarılı bir şekilde yönetilmesi, enerji

yatırımlarının gelecekte de önemini korumasını ve sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşılmasını sağlayacaktır.



KAYNAKÇA

1. Eserler

Akıncı, Z., **Milletlerarası Tahkim**, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, 2007.

Alvarez, J.E., **The Once and Future Foreign Investment Regime, Looking to the Future : Essays on International Law in Honor, W. Michael Reisman**, (2010).

Aslan, Y., **Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**, Bursa, 1997.

Baltag, C., **The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor**, Kluwer Law International, 2012.

Banifatemi, Y., **The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration**, Arbitration under International Investments Agreements: A Guide to Key Issues, 2010, s.191-210.

Black, H.C., **Black's Law Dictionary**, Sixth Edition, West Publishing Co., 1990.

Bressand, A., **Foreign Direct Investment in the Oil and Gas Sector-Recent Trends and Strategic Drivers**, Yearbook on Foreign on International Investment Law and Policies, Oxford University Press, 2009.

Brown, C., Miles. K., **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Cambridge University Press, 2011.

Brownlie, I., **Principles of Public International Law**, Oxford University Press, 2008.

Brownlie, I., “Treatment of Aliens; Assumption of Risk and International Law”,

International Law and Economic Order-Essays in Honour of F.A.

Mannn, 1997,s. 309-311.

Cameron, P.D., **International Energy Investment Law-Pursuit of Stability**,

Oxford Univesity Press, 2010.

Coughy, M., Et. al., **The Essentials of Risk Management** , The Mcgraw-Hill

Companies, 2006.

Craig .P, De Búrca, G., **EU Law-Text,Cases and Materials**, Oxford University

Press, 2011.

Çal, S., **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi**, Seçkin

Yayıncılık, 2009.

Dayınlarlı, K., **Joint Venture Sözleşmesi**, Dayınlarlı Yayıncılık, 1999.

De Brabandere, E., Gazzini, T., **Foreign Investment in the Energy Sector:**

Balancing Private and Public Interests, Martinus Nijhoff Publishers,

2014.

De Joode, J., Van Oostvoorn, F., **Conditions for Investments in Natural Gas**

Infrastructures, Energy Research Centre of the Netherlands , 2006.

Dolzer,R., Schreuer, C., **Principles of International Investment Law** , Oxford,

2008.

Dörr,O., Schamalenbach, K., **Vienna Convention on Law of the Treaties: A**

Commentary, Springer –Verlag Berlin Heidelberg, New York, 2012.

- Dumbrava, C., **Nationality, Citizenship and Ethno-Cultural Belonging: Preferential Membership Policies in Europe**, Palgrave Macmillan, 2014.
- Frick, J.G., **Arbitration and Complex International Contracts: With Special Emphasis on the Determination of the Applicable Substantive Law and on the Adaptation of Contracts to Changed Circumstances**, Kluwer Law International, 2001.
- Gaillard, E., Et al., **Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999.
- Güngör, G., **Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler**, Yetkin Yayınları, 2012.
- Hare, P., Davis, J., **Transition to Market Economy- Critical Perspectives of World Economy**, Routledge, 1997.
- Kaya Caner, B., “Legal Issues Relating Cross-Border Gas Pipeline Projects”, **Regional Initiatives –Medreg and Energy Community**, Routledge, 2014, s.192- 208.
- Kayıhan, Şaban., **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Kjos, H.E., **Applicable Law in Investor-State Arbitration**, Oxford University Press, 2013.
- Lew, J.D.M., Et al, **Comperative and International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003.

- Lu, K.W., Et al., **Investing With Confidence: Understanding Political Risk Management in the 21st Century**, World Bank Publications, 2009.
- M.Soronarajah, **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 2010.
- McLahlan, C., Et al., **International Investment Arbitration-Substantive Principles**, Oxford University Press, 2010.
- Muchlinski,P., Et. al, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Oxford University Press, 2008.
- Newcombe, A., Paradell, L., **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, Kluwer Law International, 2009.
- Nomer, E., Et. al, **Milletlerarası Tahkim Hukuku** ,Beta Yayınları, 2013.
- OECD, **International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations**, 2008.
- Paulsson, J., **Denial of Justice in International Law**, Cambridge University Press, 2005.
- Ripinsky,S.,Williams,K.,**Damages in International Investment Law**, BIICL, 2008.
- Roggenkamp, M ., Et. al., **Energy Law in Europe-National, EU and International Law and Institutions** , Oxford University Press, 2001.
- Sabahi, B., **Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice**, Oxford University Press, 2011.

- Schachter, O., **International Law in Theory and in Practice**, Academy of International Law ,1982.
- Schill, S.W., **The Multilateralization of International Investment Law**, Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer, C.H., **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2009.
- Shaw, M.N., **International Law**, Cambridge University Press, 2003.
- Soronarajah, M., **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 2010.
- Şanlı, C., **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta, 2013.
- Teufel, A.,Azeltou, A.,Fisher **Investments on Energy**, John Wiley & Sons, 2009.
- Tiryakioğlu, B., **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı, 2003.
- Tudor, I., **The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford University Presss,2008.
- UNCTAD: **Investor-State Dispute Settlement (Dispute Settlement)**, United Nations, New York and Geneva, 2014.
- UNCTAD: **Dispute Settlement International Center for Settlement of Dispute (ICSID)**, New York and Geneva, 2013.
- UNCTAD: **Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Dispute Resolution (ADR)**, UNCTAD Series, New York and Geneva, 2010.

UNCTAD: **Investment Policy Monitor** (Monitor 2014), No. 12, March 2014,
www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d1_en.pdf
(30.05.2023 itibariyle) .

UNCTAD: **World Investment Report 2013** (Report 2013), United Nations
Publications, Switzerland, 2013.

UNCTAD: **World Investment Report 2011**(Report 2011), United Nations
Publications, Switzerland, 2011.

UNCTAD: **Most Favoured Nation Treatment, United Nations**, New York and
Geneva, 2010.

UNCTAD: **World Investment Report 2009** (Report 2009), New York- Geneva,
2009.

UNCTAD: **World Investment Report 2008** (Report 2008), United Nations, New
York/Geneva, 2008.

UNCTAD: **Investment Policy Review: Nigeria, United Nations Publication**,
New York and Geneva, 2009.

UNCTAD: **International Investment Arrangements: Trends and Emerging
Issues (Investment Arrangements), United Nations**, New York and
Geneva, 2006.

UNCTAD, **International Investment Agreements: Key Issues Volume I (Key
Issues)**, United Nations, Geneva and New York, 2004.

UNCTAD: **State Contracts (State Contracts)**, United Nations, Geneva and New
York, 2004.

UNCTAD: **Taking Of Property**, United Nations, New York and Geneva, 2000.

UNCTAD: **Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s (BITs)**, United Nations, New York and Geneva, 1998.

UNCTAD: **National Treatment (National Treatment)**, United Nations, New York and Geneva, 1999.

UNCTAD: **Bilateral Investment Treaties 1959-1991 (1959-1991)**, United Nations, New York, 1992.

Uras, G.: **Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları**, Formül Matbaası, İstanbul, 1979.

Uzun, E.: **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008.

Vandeveld, K.: **Bilateral Investment Treaties**, Oxford University Presss, New York, 2010.

Van Harten, G.: **Investment Treaty Arbitration and Public Law**, Oxford University Presss, Oxford, 2009.

Voss, J. O.: **The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011.

Waibel, M., **The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**, Kluwer Law International, 2010.

Walde, T.W., **The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade**, Kluwer Law International, 1996.

Weiler, T., **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**, Cameron May, 2005.

World Bank: **Investment Law Reform: A Hand Book for Development Practitioners**, The World Bank Group, Washington, 2010.

Yahaya, S.: **Is Mediation a Viable Option for Resolving International Disputes**, Grin Verlag, Nordenstedth Germany, 2009.

Yannaca-Small, K., **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Oxford University Press, 2010.

Yıldırım, N.: **Uluslararası Şirketler**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1983.

Yılmaz, A. Ç.: **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**, XII Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2013.

Yılmaz, İ.: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta Basım Yayım A. Ş., İstanbul, 2004.

Yılmaz, K.: **Arçelik İşletme Tarihine Marksist Yaklaşım**, SAV Yayınları, İstanbul, 2010.

Yücel, B.: **Enerji Ekonomisi**, FEBEL Ltd. Şti., Ankara, 1994.

2. Makale ve Diğer Yayınlar

Ataman-Figanmeşe, İ., “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, 2011, Sayı 1, 91-152.

Bellantuono, G., “Contract Law, Regulation and Competition in Energy Markets”, **Competition and Regulation in Network Industries**, 2009, Vol. 10, No. 2, s. 159-188,.

Bindemann, K., “Production-Sharing Agreements: An Economic Analysis”, **Oxford Institute for Energy Studies**, Ekim 1999, <http://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2010/11/WPM25-productionssharingagreementsaneconomicanalysis-kbindemann-1999.pdf>, (12.11.2023).

Carbone, G., “Interference of the Court of the Seat with International Arbitration”, **Journal of Dispute Resolution**, 2012, Vol. 2012-1, s. 217-244.

Cheng, T.H., Bento, L., “ICSID’s Largest Award in History: An Overview of **Occidental Petroleum Corporation v the Republic of Ecuador**, 19.12.2012, <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>>, (02.12.2023).

Coop, G., “The Energy Charter Treaty: More than a MIT”, **Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty**, 2006, s 4-9

- Corey S., “But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide ‘Just Compensation’ for Creeping Expropriations”, **Fordham Law Review**, 2012, Vol.81, s.973-1012.
- Cosbey, A., “International, International Investment Agreements and Sustainable Development: Achieving the Millennium Development Goals”, **Institute for Sustainable Development**,
https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_iias.pdf.
- Cotula, L., “International Institute for Environment and Development”
International Institute for Environment and Development, Sustainable Markets Investment Briefings, 2007.
- Çal, S., “Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2007, Sayı 63-4, s .89-134.
- De Brugiére, M., “ICSID Tribunal discusses hierarchy between EU law and ECT in Electrabel case”, 21.12.2012,
<<http://hsfnotes.com/arbitration/2012/12/21/icsid-tribunal-discusses-hierarchy-between-eu-law-and-ect-in-electrabel-case/>>, (20.12.2014).
- Delaume, G.R., “ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects”, **Pace Law Review**, 1985, S.5, s.563-589.
- Derains, Y., “International Chamber of Commerce Arbitration”, **Pace Law Review**, 1985 S.5, 591-655.

Dupuy, P.M., “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice”, **NYU Journal of International Law and Politics**, 1999, S. 31, s.791-807.

Eilmansberger, T.: “Bilateral Investment Treaties and EU Law”, **Common Market Law Review**, 2009, Vol.46, s. 389-396.

Fenwick M. Wrba S., ‘The Shifting Meaning of Legal Certainty’ in Mark Fenwick and others (eds), **Legal Certainty in a Contemporary Context: Private and Criminal Law Perspectives** (Springer 2016).

Franchini, J.D., “International Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules: A Contractual Provision for Improvement”, **Fordham Law Review**, 1994,S. 62, s. 2223 - 2244.

Gaffney, J.P., Soule, C., EU Member State defends measures adverse to energy sector investments on the basis of EU law,
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?G=ceb13e59-9c27-4ef0-8c2d-a87a2055bd77>, (28.02.2013).

Gaillard, E., “Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, **Jurisnet**, 2006, s.54-73.

Gemalmaz, B., “Başlangıç Notları - Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AIHM’e Götürülmesi”, **Uluslararası Tahkim Kongresi** Tebliğ Kitabı, Aralık 2013, s.55
<http://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2014/02/yatc4b1rc4b1m-hukuku-insan-haklar4b1-ilic59fkisi.pdf>, (14.12.2014).

Gentry,B., Ronk, J., “International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy, From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues Law and Policy” (Basım Öncesi Taslak), s.25-78, s.53, <http://environment.yale.edu/publication-series/documents/downloads/0-9/11-03-Gentry_Ronk.pdf> (20.08.2011).

Ginsburg, T., “International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", **III. Law and Econ.** Working Papers Series Paper, No. LE06-027 (2006).

Grigoriadis,T.N., “State Responsibility and Antitrust in the Energy Charter Treaty: Socialization vs. Liberalization in Bilateral Investment Relations”, **Texas International Law Journal**, 2008, Vol.44, s. 45-63.

Guzman, A. T., "Why LDC's Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", **Virginia Journal of International Law**, 1998, Vol 38, 639-688.

Happ, R., “Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty”, **Oil, Gas & Energy Law Intelligence**, Vol. 2 – S. 5 (2004).

Hayos, C., ‘The New Seven Sisters: Oil And Gas Giants Dwarf Western Rivals’ <<http://www.warregoenergy.com/story/documents/FT%20The%20New%20Seven%20Sisters.pdf>>, erişim 17.02.2013.

Herbert Smith Freshills LLP, **Failure to Observe Treaty's Cooling Off Period Results in Tribunal Declining Jurisdiction**, 8.02.2011, <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?G=3885aecb-5369-44aa-88af-ad83dedd0813>>, (03.06.2013).

Hofer, K., “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, Vol. 1-No. 1, s. 153–190.

International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>, (10.10.2014).

Kantor, M., “Compensation for Non-compliance on PPAs and Similar Long-term Contracts”, **Transnational Dispute Management**, 1 (2004).

Kaufmann-Kohler, G., **How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions**, s. 110-113, <<http://www.lk-k.com/data/document/how-handle-parallel-proceedings-practical-approach-issues-such-competence-competence-and.pdf>> (20.10.2014).

Kaya Caner, B., “Renewable Energy and the International Investment Protection Regime: Are They Compatible? Is Investment Arbitration Viable?”, **Enerji Hukuku Dergisi**, 2013, Sayı: 2013-1, 45-82.

Kaya Caner, B., A Legal Analysis on Post-Kyoto International Carbon Markets, **Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi**, 2011, Sayı: 43, s. 62-69.

Killander, E., “**The Turkish-Iranian Gas Relationship: Politically Successful, Commercially Problematic**”, NG 38 (2010), s. 14, <http://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2010/11/NG38-TheTurkishIranianGasRelationship-ElinKinnander-2010.pdf>, (12.10.2023).

- Kleinheisterkamp, J., **“The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future – From a European law perspective “Report for the SCC / ECT/ICSID Conference on “10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration” 9-10June2011,s.1.**
 <http://www.sccinstitute.com/media/61991/jan_kleinheisterkamp_report-ect-eu-law.pdf> (10.02.2014).
- Konoplyanik, A., Wälde, T, “Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy”, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 2006, Vol 24 4, s. 523-558.
- Legum, B., “Investment Treaty Arbitration’s Contribution to International Commercial Arbitration”, **Dispute Resolution Journal**, 2005, S. 60,
- Levine, E., “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, **Berkeley Journal of International Law**, 2011, 200, s.200-224.
- Levy, C.S., “Drafting and Interpreting International Investment Agreements from Sustainable Development Perspective”, **Groningen Journal of International Law**, Vol. 3, No. 1, 2015.
- Liberti, L., “The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in the Adjudication of Investment Disputes“, **OECD Secretariat Scoping Paper**, DAP/INV/WP (2009).
- Likosky, M., **“Contracting and Regulatory Issues in the Oil and Gas and Metallic Minerals Industries”**,
http://unctad.org/en/docs/diaeii20097a1_en.pdf, (12.11.2014).

- Majone, G., “Deregulation, Liberalization and Regulatory Reform in the European Union”, **5th Global Forum on Reinventing Government - Panel on Deregulated Government**, Mexico 3-7 Kasım 2003.
- Maniruzzaman, A.F.M., “Risk Management and Dispute Avoidance in Oil and Gas Investments in Developing Countries: The Way Forward”, **International Law and Developing Countries-Essays in Honour of Kamal Hossein**, Brill-Nijhof, 2014, s.198- 219.
- Maniruzzaman, A.F.M., “The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections”, **Journal of Energy and Natural Resources Law**, 1993, Vol 11-4, s.207- 247.
- Maniruzzaman, A.F.M., “The Pursuit of Stability in International Investment Contracts: A critical Appraisal of the Emerging Trends”, **The Journal of World Energy Law& Business**, 2008, S. 1-2, s.119-155.
- Marshall, F., **Commentary: Pantechniki v. Albania Decision Offers Pragmatic Approach to Interpreting Fork-in-the-road Clauses**, 2.09.2009. <<http://www.iisd.org/itn/2009/09/02/commentary-pantechniki-v-albania-decision-offers-pragmatic-approach-to-interpreting-fork-in-the-road-clauses/>>, (14.11.2013).
- Martinez-Fraga, P.J., Samra, H.J., “The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor–State Arbitration”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, 2012, Vol.32-3,s. 419-449, s.422-433.

- Martinez-Fraga, P.J., Samra, H.J., “The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor–State Arbitration”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, 2012, S.32-3, s. 419-449.
- Maupin, J.A., “Public and Private in International Investment Law:An Integrated Systems Approach”, **Virgina Journal of International Law**, 2014, S. 54(2), s. 367-435.
- Miles, K., “International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to Low Carbon World”, **International Society of International Economic Law**, Working Paper 27/8, 2.07.2008.
- Mistelis, L.A., Baltag, C.M., “Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty”, **Penn State University Law Review**, 113, 2009, s. 1301-1321.
- Mortenson, J.D., “The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 51, 2010.
- Olivet, C., “A Test for European Solidarity-The Case of Intra-EU Bilateral Investment Treaties”, **Transnational Institute**, Ocak 2013.
- Paulsson, J., “Arbitration in Three Dimensions”, **LSE Legal Studies Working Paper**, No. 1, 2010.
- Paulsson, J., “Arbitration Without Privity”, **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, 1996, S. 10-2, s.232-256.

- Petersmann, E.U., “Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralisation of Dispute Settlement in International Trade Law”, **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, 2006, S. 27, s.273-366.
- Peterson, L.E, Gray, K., “International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration”, **Working Paper-Swiss Ministry for Foreign Affairs**, April 2003,
http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf.
(20.10.2023).
- Pinsolle, P., “The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty”, **International Arbitration Law Review** 10, no. 3 (2007).
- Polkinghorne, M., Gouiffès, L., “Provisional Application of the Energy Charter Treaty: The Conundrum” , **Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty**, Brüksel, 22-23 Ekim2009,
http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Conferences/2009_October/S3P3Polkinghorne_Gouiffes.pdf, (11.03.2014).
- Reinisch,A., “**Umbrella Clauses, Seminar on International Investment Protection**”, 2006- 2007, s.2-4.,
<https://intlaw.univie.ac.at/weissenfels.pdf>, (14.04.2015).
- Rubins, N., “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration”, **Arbitrating Foreign Investment Disputes**, Kluwer, 2004.

- Ryan, M., “Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Legitimacy and Stability of International Investment Law”, **University of Pensilvania Journal of International Law**, 2008, Vol 29-3, s.725-761.
- Salacuse, J.W., “BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact of Foreign Investment in Developing Countries”, **International Lawyer** (1990), S. 24, 655-675.
- Schill, S., “Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, **Virginia Journal of International Law** (2011), s. 57–102.
- Schreuer, C., “Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, **Arbitration International**, 2004, Vol.20 No.4, s.325-332.
- Schreuer, C., Nationality of Investors: Legitimate Restrictions v. Business Interests, **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, 2009, S. 24- 2, s. 521- 527.
- Schreuer, C., “Consent to Arbitration”,
<http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf>, (04.06.2013).
- Schreuer, C., “The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes”, s.1 (Relevance)
<www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf>, (29 Ocak 2014).
- Schreuer, C.: “Rapport: The Concept of Expropriation Under the ETC and Other Investment Protection Treaties”, s.109.,
<www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/82_concept_expropriation.pdf>, erişim 26.09.2023.

Schreur, C.: “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, **The Journal of World Investment and Trade**, 2005, S. 6-3, s.357-386.

Shearman&Sterling LLP, **Yukos: Landmark Decision on the Energy Charter Treaty**, International Arbitration Group, January 5, 2010, s.1,
<<http://www.shearman.com/files/Publication/341dc8c1-ac04-4f88-a8b8-96b1f9070462/Presentation/publicationattachment/5b50bce3-c9d8-4d9d-8ccc-a14d2878eea4/IA-010510-Yukos-Landmark-Decision-on-Energy-Charter-Treaty.pdf>>, (17.05.2023).

Sinclair, A.C., “**Nationality Requirements for Investors in ICSID Arbitration The Award in Soufraki v. The United Arab Emirates**”,
<<http://italaw.com/documents/CommentonSoufraki.pdf>> (10.12.2013).

Sinclair, A.C., “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, **Arbitration International, Kluwer Law International Volume 2004**, Vol 20 – 4, s. 411 – 434.

Tekinalp, G., Tekinalp, Ü.: “Joint Venture”, **Karayalçın’a 65.Yaş Armağanı**, Ankara,1989, s.143-176.

Tiryakioğlu, B., “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi”, **Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları**, 2007, S: 1(2), s. 169-184.

Turinov,A., “Investment’ and ‘Investor’ in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction”, **Journal of International Arbitration**, 2009, 26(1) s. 1-23.

- Ulaş, D., “Çokuluslu Şirketlerin Ortak Girişim Stratejisini Kullanma ve Sonlandırma Nedenleri”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 1999, S: 59.2, s.151-176.
- Van Aaken, A., “International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis”, **Journal of International Economic Law**, 2009, S. 12, s. 507-538.
- Van Harten, G., Loughlin, M.: “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, **The European Journal of International Law**, 2006, Vol. 17 no.1, s. 121-150.
- Vandeveld, K.J., “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, **New York University Journal of International Law and Politics**, 2010, Vol.43, s.43-106.
- Verburg C., Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement, **Journal of World Investment and Trade**, 2019 Sayı:20, 425-454, s.427.
- Walde, T., “Investment Arbitration under Energy Charter Treaty,: An Overview of Selected Issues”, **Arbitrating Foreign Investment Law Disputes, Kluwer Law International**, 2004.
- Walde, T.W., Hober,K., “The First Energy Charter Treaty Arbitral Award”, **Journal of International Arbitration**, 2005, S. 22-2, s. 83-104.
- Walde, T.W., ‘Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration - Controversial Issues’, **Oil, Gas & Energy Law Intelligence**, 2004, Vol.2..

- Walde, T.W., “Contract Claims Under Energy Charter Treaty’s Umbrella Clause: Original Intentions versus Emerging Jurisprudence”, **Investment Arbitration and Energy Charter Treaty**, Juris Publishing, 2006.
- Walde, T.W., “The Role of Arbitration in the Globalisation of Energy Markets: Perspective in the Year 2000”, **Oil, Gas & Energy Law Intelligence**, Vol. 6 - 3, Kasım 2008.
- Wälde, T.W., “The Specific Nature of Investment Arbitration”, **New Aspects of International Investment Law**, P. Kahn and T.W. Wälde, Nijhoff, 2007.
- Walde, T., “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues”, **Transnational Dispute Management**, S. 1 (2004).
- Weil, P., “The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage À Trois”, 2000, **ICSID Review**, S. 2, s. 401–416.
- Weiler, T., Wälde, T.W., “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation”, 2004, **TDM 1(1)**, s. 159-221.
- Wells, L.T., “Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia”, **Arbitration International**, 2003, 19- 4, s.471-477.
- Yackee, J.W., “Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality”, **Fordham International Law Journal**, 2008, Volume 32 Issue 5, s. 1550-1610.

3. Hakem Kararları ve Davalar

ABAD Kararı, Slovak Republic vs. Achmea B.V., C-284/16,

[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9548_0.pdf)

[documents/italaw9548_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9548_0.pdf)> , erişim 04.09.2023.

AES Corporation and Tau Power BV v the Republic of Kazakhstan, ICSID Case

No ARB/10/16, Karar, 01.11.2013, <https://www.italaw.com/>.

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft. v. Hungary, ICSID

Case No. ARB/07/22, Karar 20.09.2010, <https://www.italaw.com/>.

AES Summit Generation Ltd. v. The Republic of Hungary, ICSID No.

ARB/01/04, Karar 03.01.2002, <https://www.italaw.com/>.

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Yetki

Kararı, 21.10.2005, <https://www.italaw.com/>.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic of

Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Karar, 25.06.2001,

<https://www.italaw.com/>.

Anglo-Iranian Oil Co. v. Iran, Uluslararası Adalet Divanı, Karar 22 Temmuz

1952, [https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/16/016-19520722-](https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/16/016-19520722-JUD-01-00-EN.pdf)

[JUD- 01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/16/016-19520722-JUD-01-00-EN.pdf).

AntarisSolar and Dr. Michael Göde v. Czech Republic (UNCITRAL),

<https://www.italaw.com/>.

Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. And Antin Energia Termosolar

B.V. v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, <https://www.italaw.com/>.

Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3,
Karar 10.02.1999, <https://www.italaw.com/>.

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

Autopista Concessionada de Venezuela v. Bolivarian Republic, ICSID Case
No. ARB/00/5, <https://www.italaw.com/>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Case C-284/16, Slovak Republic v Achmea BV,
2018, <https://www.italaw.com/>.

Azinian, Davitian & Baca v Mexico, ICSID Case No ARB(AF)/97/2, Karar 1
Kasım 1999, <https://www.italaw.com/>.

Azurix Corp. v. the Argentine Republic ,ICSID Case No. ARB/01/12, Karar
08.12.2003, <https://www.italaw.com/>.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain);
International Court of Justice (ICJ),05.03.1970, <https://www.italaw.com/>.

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi v. Pakistan, ICSID Case No.
ARB/03/29, <https://www.italaw.com/>.

Baymina Enerji Anonim Şirketi v. Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
ICSID Case No. ARB/14/35, <https://www.italaw.com/>.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. (U.K.) v. United Republic of Tanzania ICSID (W.
Bank) ARB/05/22 , Karar, 24.07.2008, <https://www.italaw.com/>.

Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy, ICSID Case No.
ABR/14/03, <https://www.italaw.com/>.

Burlington Resources Inc. V. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5,
Yetki Kararı, 02.06.2010, <https://www.italaw.com/>.

Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. V. Slovak Republic (ICSID Case No.
ARB/97/4), Yetki İtirazı Hakkında Karar, 24.03.1999, Kısmı Yetki İtirazı
Hakkında Karar, 1.12. 2000, <https://www.italaw.com/>.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Kısmi Karar,
13.09.2001, <https://www.italaw.com/>.

CMS Gas Transmission Company v Argentina, ICSID Case No ARB/01/8, Karar
12.05.2005, <https://www.italaw.com/>.

Compania de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal S.A. v. Argentine
Republic, ICSID/ARB/97/3, Karar 21.11.2000, <https://www.italaw.com/>.

CSP Equity Investment S.à.r.l. V. Spain, Stockholm Chamber of Commerce,
16.10.2013, <https://www.italaw.com/>.

Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain, Karar,
19.02.2020, <https://www.italaw.com/>.

Deutsche Bank AG v Sri Lanka, ICSID Case No ARB/09/02,
<https://www.italaw.com/>.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador,
ICSID Case No. ARB/04/19, <https://www.italaw.com/>.

ECJ Cases C-205/06 (Commission v Austria) [2009] ECJ I-1301; C-249/06 (Commission v Sweden) [2009] ECR I-1335; C-118/07 (Commission v Finland) [2009] ECR I-1301, I-1335 and I-10889, <https://www.italaw.com/>.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13), Karar 8 Ekim 2009, <https://www.italaw.com/>.

Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. V. Spain ,ICSID Case No. ARB/13/36, <https://www.italaw.com/>.

Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary, ICSID Case No.ARB/07/19, <https://www.italaw.com/>.

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 13.11.2000, <https://www.italaw.com/>.

Energoalliance Ltd v the Republic of Moldova, UNCITRAL,Karar, 25 Ekim 2013, <https://www.italaw.com/>.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Yetki Kararı 14.01.2004, <https://www.italaw.com/>.

Fedax v.Venezulla, ICSID Case No. ARB/96/3, <https://www.italaw.com/>.

Federal Elektrik Yatırım ve Ticaret A.Ş. and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/9, <https://www.italaw.com/>.

Ghaith R. Pharaon v. Republic of Tunisia, ICSID Case No.ARB/86/1, <https://www.italaw.com/>.

Global Trading Resource Corp. And Globex International, Inc. V. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Karar, 1.12.2010, <https://www.italaw.com/>.

Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero), Ad Hoc Tahkim-UNCITRAL, Karar, 4.05.1999, <https://www.italaw.com/>.

Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5, Karar, 17.08. 2012, <https://www.italaw.com/>.

ICW Europe Investments Limited v. Czech Republic (UNCITRAL) , <https://www.italaw.com/>.

Infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain, ICSID Case No. ABR/14/12, <https://www.italaw.com/>.

Ioan Micula and others v Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Karar 11.12.2013, <https://www.italaw.com/>.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, 11.12.2013, <https://www.italaw.com/>.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, <https://www.italaw.com/>.

Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain (SCC), CSP Equity Investment S.à.r.l. V. Spain(SCC) , <https://www.italaw.com/>.

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, <https://www.italaw.com/>.

Joy Mining Machinery v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11,
<https://www.italaw.com/>.

Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID
Case No. ARB/13/1, <https://www.italaw.com/>.

Kemal Uzan and others v. Turkey, Başvuru No. 18240/03, AİHS Karar
26.03.2011, <https://www.italaw.com/>.

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan,
ICSID Case No. ARB/10/1, <https://www.italaw.com/>.

Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6,
Yetki Kararı 8.12.1998, <https://www.italaw.com/>.

Libananco Holdings Co. Limited (Cyprus) v. Republic of Turkey, (ICSID CASE
NO. ARB/06/8), Karar, 2 Eylül 2011, <https://www.italaw.com/>.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No.
ARB/05/10, Karar 17.05.2007, İptal Kararı, 16.04.2009,
<https://www.italaw.com/>.

Manufacturers Hanover Trust Company v. Arab Republic of Egypt General
Authority for Investment and Free Zones, ICSID Case No. ARB/89/1,
<https://www.italaw.com/>.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No.
ARB(AF)/99/1, 16.12.2002, <https://www.italaw.com/>.

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No.
ARB/14/1, <https://www.italaw.com/>.

Mavromattis Palestine Concessions Case, PCIJ, Ser A., No.2,

<https://www.italaw.com/>.

Metalclad Corporation v Mexico, ICSID Case No ARB(AF)/97/1, Karar 30

Ağustos 2000, <https://www.italaw.com/>.

Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka ,

ICSID Case No.ARB/00/2, <https://www.italaw.com/>.

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka

,ICSID Case No. ARB/00/2, Karar, 15.03 2002, <https://www.italaw.com/>.

Mohammad Ammar Al-Bahloul (Austria) v. Tajikistan Arbitration Institute of the

SCC - Case No. V (064/2008) , <https://www.italaw.com/>.

Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) v. Czech

Republic (UNCITRAL) , <https://www.italaw.com/>.

MTD, Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v Chile, ICSID Case No ARB/01/7,

Karar 25 Mayıs 2004, <https://www.italaw.com/>.

Murphy Exploration and Production Company International v Republic of

Ecuador, ICSID Case No ARB/08/4, <https://www.italaw.com/>.

Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat, Karar No. 31-157-2, 29.03.1983,

<https://www.italaw.com/>. Natland Investment Group NV, Natland Group

Limited, G.I.H.G. Limited, and Radiance Energy Holding S.A.R.L. v.

Czech Republic (UNCITRAL) , <https://www.italaw.com/>.

Nextera Energy Global Holdings B.V. and nextera Energy Spain Holdings B.V. v.

Spain, (ICSID Case No. ABR/14/11, <https://www.italaw.com/>).

Noble Ventures v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11 Karar, 12.10.2005,
<https://www.italaw.com/>.

Nykomb Synergetics Technology Holding AB (İsveç) v. Letonya, Karar,
Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, 16.12.2003,
<https://www.italaw.com/>.

Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, Başvuru No: 14902/04, Karar,
08.03.2012, <https://www.italaw.com/>.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador,
LCIA Case No. UN3467, <https://www.italaw.com/>.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production
Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11,
Award, 5.10.2012, <https://www.italaw.com/>.

Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The
Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13,
<https://www.italaw.com/>.

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania,
ICSID Case No. ARB/07/21, Karar 30.07.2009, <https://www.italaw.com/>.

Petrobart Ltd. V. Kyrgyzstan, SCC Case No. 126.2003, Karar, 29.03 2005,
<https://www.italaw.com/>.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL,
PCA Case No. 2012-12, <https://www.italaw.com/>.

Photovoltaik Knopf Betriebs-gmbh v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-21,
15.05.2019, <https://www.italaw.com/>.

Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria, ICSID Case No.
ARB/03/24 Yetki Kararı, 8.02.2005, <https://www.italaw.com/>.

PSEG Global Inc. And Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v.
Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Karar, 19.01.2007,
<https://www.italaw.com/>.

Renergy S.à.r.l. V. Spain, ICSID Case No. ABR/14/18, , <https://www.italaw.com/>.

Repsol YPF Ecuador, S.A. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal
Petróleos del Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/10,
<https://www.italaw.com/>.

RonaldS. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Karar 01.9.2001,
<https://www.italaw.com/>.

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure
Two Lux S.à.r.l. V. Spain, ICSID Case No. ARB/13/30,
<https://www.italaw.com/>.

RSM Production Company v. Grenada, ICSID Case No. ARB. 05/14., Karar
13.03.2009, <https://www.italaw.com/>.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, 14.07.2010,
<https://www.italaw.com/>.

Saipem v. Bangaldesh, ICSID Case No. ARB.05/07, <https://www.italaw.com/>.

Salini Consruttori spa v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Yetki Kararı

23.06.2001, <https://www.italaw.com/>.
Semptra Energy International v. The
Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16,
<https://www.italaw.com/>.

Settlement Deed between Slovak Gas Holding B.V., GDF International S.A.S.,
E.ON RuhrgasInternational gmbh and the Slovak
Republic, <[www.italaw.com/sites/default/files/case-
documents/italaw1369.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1369.pdf)>, (03.03.2023)

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

SGS v. Philipinnes, ICSID Case No. ARB/02/6, Karar 29.01.2004,
<https://www.italaw.com/>.

Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Yetki Kararı, 03.08.2004,
<https://www.italaw.com/>.

Slovak Gas Holding BV, GDF International SAS and E.ON Ruhrgas International
Gmbh v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/12/7,
<https://www.italaw.com/>.

Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No ARB/02/07, 7.07.2004,
<https://www.italaw.com/>.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt,
ICSID Case No.ARB/84/3, Karar, 20.05.1992, <https://www.italaw.com/>.

State Enterprise ‘Energorynok’ v the Republic of Moldova, SCC Arb No
V2012/175, Karar, 29 Ocak 2015, <https://www.italaw.com/>.

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v Mexico, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Karar 29 Mayıs 2003, <https://www.italaw.com/>.

Texaco Overseas Oil Company/California Asiatic Oil Company v. The Government of Libyan Arab Republic, Yetki Kararı, 27 Kasım 1975, <https://www.italaw.com/>.

The PV Investors v. Spain (UNCITRAL), Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain (SCC), <https://www.italaw.com/>.

Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07112, <https://www.italaw.com/>.

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Yetki Kararı, 24.12.1996, <https://www.italaw.com/>.

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Yetki Kararı, 22.11.2002, <https://www.italaw.com/>.

UP and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, Karar, 09.10.2018, <https://www.italaw.com/>.

Vattenfall AB (Sweden) et al v. Germany, ICSID Case No ARB/12/12, <https://www.italaw.com/>.

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228, <https://www.italaw.com/>.

Voltaic Network gmbh v. Czech Republic (UNCITRAL), <https://www.italaw.com/>.

WA Investments-Europa Nova Limited v. Czech Republic(UNCITRAL),

<https://www.italaw.com/>.

Waste Management, Inc. V Mexico, ICSID Case No ARB (AF)/00/3, Karar 30

Nisan 2004, <https://www.italaw.com/>.

Wena Hotels v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/04, <https://www.italaw.com/>.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No.

AA 227, UNCITRAL, <https://www.italaw.com/>.

4. Raporlar

Energy Charter Secretariat, “Policy Options for Modernisation of the ECT”,

06.10.2019.

European Commission, Commission Staff Working Document- Report Online

Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State

Dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and

Investment Partnership Agreement (TTIP),

<<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2015/EN/10102-2015-3-EN-F1-1.Pdf>>, (20.02.2015).

European Commission, “Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the

path for reform”<<http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/153408.htm>>,

(27.05.2015).

ICSID, The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2014-1), 2014.

ICSID, The ICSID Caseload – Statistics ,Issue 2015-1, 2015.

ICSID, The ICSID Caseload Statistics, 2012-2 (2012).

<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/frontservlet?Requesttype=icsiddocrh&actionval=showdocument&caseloadstatistics=True&language=English32>>
(14.06.2014).

Investment Treaty News, “In yet another renewable energy case, Spain held liable for FET breach for frustrating French and Luxembourg investors’ legitimate expectations under the ECT”,
<https://www.iisd.org/itn/2019/12/17/renewable-energy-case-spain-held-liable-fet-breach-frustrating-french-luxembourger-investors-legitimate-expectations-under-ect-cube-infrastructure-fund-sicav-v-spain-icsid-case-no-arb-15-20/>, erişim 05.05.2020.

Investor-State Dispute Settlement Cases, <<https://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>>,
erişim 01.05.2020.

Kasalowski B., Tariff Changes For Photovoltaic Solar Power In Spain
<<https://www.mondaq.com/uk/renewables/126100/tariff-changes-for-photovoltaic-solar-power-in-spain>>, erişim 05.05.2020.

Kleinheisterkamp, J.: “The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future – From a European Law Perspective”, Report for the SCC / ECT/ICSID Conference on “10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration” 9-10 Haziran 2011.

Significantly lower award of damages against Spain in latest investor-state arbitration claim over renewable energy tariffs (PV Investors v Spain) – Shearman, <<https://www.signaturelitigation.com/significantly-lower>

award-of- damages-against-spain-in-latest-investor-state-arbitration-claim-
over-renewable-energy-tariffs-pv-investors-v-spain-neil-newing-and-
johnny-shearman/>, erişim 02.05.2023.

UNCTAD, World Investment Report 2006.

UNCTAD, World Investment Report, 2013.

UNCTAD, World Investment Report, 2014.

United Nations, Report of the International Law Commission, United Nations
Publications, 2006.

World Energy Investment Outlook 2014, International Energy Agency, 2014.

5. Anlaşma ve Diğer Kaynaklar

23 Nisan 2009 tarih ve 2009/28/EC sayılı Yenilenebilir Kaynaklardan Enerji
Kullanımının Teşviki Hususunda Yönerge, OJ L 140, 05.06.2009.

ABD İkili Model Anlaşması

<[http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%
0Meeting.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%
0Meeting.pdf)>, (14.06.2014).

Agreement between Canada and (country) for the Promotion and Protection of
Investments, <[http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-
model-en.pdf](http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-
model-en.pdf)>, (20.10.2014).

Agreement for the Termination of the Bilateral Investment Treaties Between the
Members of the European Union, 29.05.2020, OJ L 169, Vol. 163.

Avrupa Komisyonu, [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-
investment-treaties_en](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-
investment-treaties_en), erişim 21.09.2020.

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma, Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, 9.5.2008, C 115/47.

Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı A/RES/1803, 14 Aralık 1962, <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?Symbol=A/RES/1803%28XVII%29>, (12 Ocak 2022).

Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, A/9946, 12 Aralık 1974 <<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>, (12 Ocak 2015).

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözömlenmesi Hakkında Konvansiyon, 6.12.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazete.Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri şartı, Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı A/RES/29/3281, 12 Aralık 1974.

Directive 96/92/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity, 98/30/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas. Draft Convencion on Investments Abroad <<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>>, (23.02.2013).

Energy Charter Secretariat, Model Intergovernmental and Host Government Agreements for Cross-Border Pipelines, <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ma-en.pdf>, (20.10.2022).

Energy Charter Treaty, 17 Aralık 1994, 35 ILM (1996) 509.

Enerji Şartı Anlaşması (Açılan Tahkim Davaları)

<<http://www.encharter.org/index.php?İd=213&L=0#Eiser>> (12.06.2015).

International Center for Sustainable Development, Model International

Agreement on Investment for Sustainable Development,

<http://www.italaw.com/documents/investment_model_int_agreement.pdf

>, (20.05.2014).

North American Free Trade Agreement, 17 Aralık 1992, 32 ILM (1993) s. 296-

605 Norveç Model İkili Yatırım Anlaşması (2007),

<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873>>,

(03.05.2014).

Public Utilities Regulatory Policies Act , 1978.

Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by

the Secretariat of the International Centre For settlement of Investment

Disputes, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partA.htm>

(20.10.2014).

Treaty Between the Government of the United States of America and the

Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal

Protection of Investment

<<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>,

(20.10.2014).

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty

establishing the European Community, Lizbon, 13 Aralık 2007 ,OJ C 306,

17.12.2007, s. 1–271.

UNCITRAL , Model Law on International Commercial Arbitration-1985 with Amendments as Adopted in 2006,

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, (21.12.2022).

UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985(2006yılındadeğişik),<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html> , (09.01.2023).

Uyrukluk Yasalarının Çatışmasıyla İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Sözleşme, Lahey, 12 Nisan 1930,

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde:31, United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, S. 1155

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve TenfiziHakkındaki NewYork Konvansiyonu, 25. 9. 1991 tarih ve 22002 sayılı Resmi Gazete.

Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Hakkında Deklarasyon, Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı A/RES/S-6/3201, 1 Mayıs 1974.