ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI VE YATIRIM TAHKİMİ YARGILAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR*

CURRENT ISSUES ON INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES AND INVESTMENT ARBITRATION

Ekin Deniz İLHAN**

Özet: Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcıların korunması, ikili yatırım anlaşmaları veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler aracılığı ile sağlanmaktadır. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından milletlerarası alanda genel olarak kabul edilen 14 Ekim 1966 tarihli ICSID sözleşmesi günümüzün bu alandaki en önemli düzenlemelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra iki taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarından veya yatırıma ilişkin düzenlemeler içeren iki taraflı ya da çok taraflı serbest ticaret anlaşmalarından oluşmaktadır. Anlaşmalar birebir aynı olmamakla birlikte gerek esasa ilişkin getirdikleri düzenlemeler gerekse öngördükleri uyuşmazlık çözüm yöntemleri benzer niteliktedir. Bu makalenin temel amacı, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında yatırım tahkimi yargılamasında karşılaşılan sorunları inceleyerek, bu sistemdeki yaşanan aksaklıkları ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Yatırım Tahkimi, ICSID Konvansiyonu, Yatırım Tahkimi Yargılamasının Değerlendirmesi, Ev sahibi devlet, Şeffaflık, Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri

Abstract: Under international investment law, the protection of foreign investors is provided through bilateral investment agreements or multilateral international agreements. In terms of the protection of investments and investors, the ICSID agreement of 14 October 1966, which is generally accepted in the international law, is accepted as one of the most important regulation. In addition, it consists of bilateral Investment Promotion and Protection Agreements or bilateral or multilateral free trade agreements containing

---

* Bu makale yazarın doktora tezinden türetilmiştir

** İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Burslu Doktora Öğrencisi, deniz.ilhan@bilkent.edu.tr.. ORCID: 0000-0001-8537-4156,
Makalenin Gönderim Tarihi: 03.12.2021, Kabul Tarihi: 03.12.2021

investment regulations. Although the agreements are not exactly the same, both the regulations they bring about and the dispute resolution methods they envisage are similar. The main purpose of this article is to examine the problems encountered in the investment arbitration proceedings in international investment disputes and to reveal how to solve these problems.

Keywords: International Investment Arbitration, ICSID Convention, Critism of The International Investment Arbitration, Host State, Transparency, Foreign Investment Treaties

GİRİŞ

Yabancı yatırımlar ülkelerin ekonomik ve istikrarlı gelişmesi açısından büyük öneme sahip olduğundan yatırımcılar ülkelerine yabancı yatırımların çekilmesi için cazip yatırım ortamları yaratmakta ve ekonomik, siyasal istikrarı geliştirmek için çeşitli hukuki güvenceler sunmaktadırlar. Bu hukuki güvencelerin sunulmasında asıl olarak rol oynayan enstrüman ise uluslararası hukuk alanıdır. Bu alanda doğrudan ve dolaylı yatırımların büyük rol oynadığı aşikardır. Bu açıdan yatırım hukuku, ulusal ve uluslararası hukukun bir araya getirilmesi ile oluşan hukuki çerçevede, ev sahibi devlet ile yatırımcı perspektifinden yabancı yatırım ilişkilerini düzenlemektedir.

Bu kapsamda kimi yazarlar[1] yatırım hukuku alanını kamu hukuku alanı olarak değerlendirmekte olup, bazı kimi yazarlara göre[2]

---

1 Ticari tahkim yargılamasından farklı olarak yatırım tahkiminde devletlerin egemenliği söz konusu olduğundan bu alanın kamu hukuku alanına dahil olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur. Buna göre, yatırım tahkimi yargılamasında belirli süreçler bakımından devletler hukuku kuralları tatbik edilmektedir. Bu kapsamda yatırım tahkiminin kamu hukuku alanına dahil olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre tahkim sözleşmesi ve yorumlanmasında, tahkim yargılamasında izlenen usulde, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde devletler hukuku kuralları geçerli olacaktır. Zira yatırım tahkiminde devlet, özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket etmemekte, üstün emretme gücüne sahip egemen devlet sıfatıyla hareket etmektedir. Ayrıca bkz. Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara, 2009, İnci Ataman Figenmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", Public and Private International Law Bulletin, P.31, S.1, 2011, s. 91-152.

2 Doktrinde Lex Marcetoria kurallarının yatırım tahkiminde uygulanmakta olması nedeniyle yatırım tahkiminin özel hukuk alanına dahil olması gerektiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Buna göre Lex Marcetoria kuralları özel hukuk süjelerinin, özel hukuka ait konularda çıkan ihtilafları düzenlediği kuralları içermektedir. Bu bakımdan yatırım tahkimi alanı özel hukuk alanına dahil olmalıdır. Bu görüşe göre yatırım tahkimi, ticari tahkimden oluşturulmuş bir hukuk dalıdır. Nitekim yatırım tahkimi ile ticari tahkim arasında farklar olmakla birlikte, genel çerçevede bu iki dal arasında birbirine benzer çok özellik yer almaktadır. Ayrıca

ise yatırım hukuku uluslararası ticari tahkim boyutu ile özel hukuk alanıdır. Uluslararası yatırım hukuku, kamu hukukuna ait bir alanı düzenliyor olması sebebi ile kamu hukuku, diğer yandan serbest ticaret anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkları inceliyor olması sebebi ile özel hukuk karakterli bir disiplindir.[3] Bu açıdan ev sahibi devletlerin uygulamakta olduğu birtakım uygulamalar nedeniyle yatırım tahkimi yargılamasının birtakım eleştirilere maruz kaldığı görülmektedir. Bu eleştirilerin pek çok sebebi bulunmaktadır. Bu sebepler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Sisteme İlişkin Sorunlar

1.Meşruiyet ve Şeffaflık Eksikliği

Meşruiyet kavramı sosyal bilimler literatüründeki anlamı ile genel olarak bir işlemin veya bir eylemin hukuka uygun olmasıdır.[4] Meşruiyet kavramının tanımı, bulunduğu metin ve şartlara bağlı olarak değişmektedir. Uluslararası yatırım tahkiminde şeffaflık kavramı ise herhangi bir şekilde tanımlanmamış olmakla birlikte, kavramın kapsamı kullanıldığı metne göre değişiklik göstermektedir. Temel anlamda şeffaflığın gerçekleşebilmesi için kamunun erişiminin sağlanması ve yargılamanın meşruiyet gözetilerek sürdürülmesi gerekmektedir.[5] Hukuk sistemleri açısından, tarafların yasal sürece serbestçe katılabildiği, kamunun yargılamanın adil olup olmadığını kontrol etme şansı bulunduğu bir sistem meşru ve şeffaf bir sistemdir.[6]

---

bkz. İnci Ataman- Figenmeşe, s. 91-152.

3 Markus Wagner, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law", *Univerrsity of Pennsylvania Jourrnal of International Law*, vol.22, no.3, 2011, s.878-883.

4 Meşruiyet kelimesinin Latincedeki karşılığı "Legitimus" kelimesi olup, İngilizce karşılığı "Legitimacy"dir. Türk Dil Kurumu'nun hazırlamış olduğu Türkçe sözlükte "meşru" "hukuk" ve "yasal" olarak tanımlanmıştır. Levent Gönenç, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50 S.1, 2001, s.134.

5 Catherine Rogers,"Transparanca in International Commercial Arbitration, Penn State Law", Penn State Law 2006, C.54, s.1307 < https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works > Erişim Tarihi: 30.01.2021.

6 Alexandre Marques de Silva Martins, "Challange to Transparency and Ethics In Alterenatives to Arbitration in the Realm of International Investments", Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, 2016 Vol 11, s.321-376.

Genel olarak uluslararası yargı organlarının işleyişine dair metinler incelendiğinde, şeffaflığın gerçekleşmesinde meşruiyetin bir ön koşul olarak kabul edildiği görülmektedir. Adil bir yargılama, duruşmaların aleni ve açık yapılması, hükmün aleni olarak açıklanması, delillere ulaşma ve yorum yapmayı içinde barındırmaktadır. Bu açıdan şeffaflık denetiminin yapılmasında, kararın adil bir yargılama sonucunda verildiğinin incelenmesi önem taşır.

Uluslararası yatırım tahkimi yargılamasına dair metinlere bakıldığında, öncelikle belirtilmelidir ki NAFTA[7] *(North American Free Trade Agreement- Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması*) yürürlükte değil iken, yargılamanın kamuya açık yürütülmesi istisnai bir nitelik taşımakta idi.[8] Daha sonra NAFTA ve ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi*)[9] düzenlemeleri ile birlikte şeffaflığa ilişkin kurallar öngörülmüştür.

ICSID Konvansiyonu'nun 32. maddesine göre hakem kararlarının belirli kısımlarının aleni olması zorunludur. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması gizli yürütülmekle birlikte, tahkim yargılamasında yer alan tarafların, yargılamanın işleyişinin ve uyuşmazlığın esasına ilişkin bilgilerin yayınlanması zorunludur. Bu kurallar ile birlikte, tahkim yargılamasında yer alan bilgilerin kamu ile paylaşılması ve sürece kamunun katılabilmesi olanağı sağlanmıştır.[10] ICSID Konvansiyonu'nun 48. maddesine göre Divan uyuşmazlık konusu taraflar bu konuda rıza verirler ise, sadece kararın gerekçesini

---

7 NAFTA, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması, 1992. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında imzalanan serbest ticaret anlaşması olup, bölgesel bir uygulama alanına sahiptir.

8 Julie Maupin, "Transperancy in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky", Cambridge University Press, In A. Bianchi & A. Peters (Eds.), Transparency in International Law, s.9.

9 ICSID uluslararası yatırımlar bakımından ev sahibi devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki anlaşmazlıklarda doğrudan başvuru yapılabilen arabuluculuk ve tahkim imkanları sunan uluslararası bir kurumdur. Ayrıca bkz. Confidentiality and Transparency- ICSID Convention Arbitration < https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/confidentiality-transparency#:~:text=The%20ICSID%20Convention%20and%20Arbitration,or%20transparency%20to%20their%20proceedings. > Erişim: 1.2.21.

10 Ghering /Euler/Scherer, "Public Interest in Investment Arbitration", Editörler: Dimitrij Euler/ Markus Gehring, Transperancy in International Investment Arbitration, Cambridge University Press, 2015, s. 8.

yayınlayabilecektir. Başka bir deyişle tahkim yargılaması gizli yürütülmekle birlikte, Divan gerekli görürse kararın gerekçesini yayınlayabilmektedir.

Bunun yanı sıra, ICSID Konvansiyonu'nun 52. maddesi uyarınca ICSID kararlarına karşı temyiz mekanizması değil, iptal prosedürü öngörülmüştür. Buna göre karar esasa girilmeksizin, salt usulî eksiklikler bakımından incelenmektedir. Doktrinde iptal aşamasında ICSID ad hoc komitesinin yaptığı bu incelemenin salt tahdidi nedenler gözetilerek yapılıyor olmasından hareketle, bu durumun yargılamada meşruiyet eksikliğine yol açtığı ifade edilmiştir.[11]

Bir öncü olarak *Phillip Moris v. Avusturya*[12] davası ile birlikte yargılamanın şeffaflık ilkelerine uygun olarak yürütülmediği eleştirileri ileri sürülmeye başlamıştır. Bu kapsamda tahkim yargılamasında meşruiyet kavramının eksikliğine de vurgu yapılmıştır.[13] Aynı şekilde *Vatenfall v. Almanya*[14] davasında Vatenfall şirketi Enerji Şartı Anlaşması uyarınca yabancı bir yatırımcı olarak 1.18 milyon tazminat ödemekle yükümlü tutulmuş olup, yargılamanın aleni olarak yürütülmesi gerektiği gündeme gelmiştir.[15] Bu kapsamda doktrinde yatırım tahkiminde şeffaflığın amacının, tahkim yargılamasının yürütülmesinden çok yatırım tahkimindeki aktörlerin, başka bir deyişle ev sahibi devletlerin ve yabancı yatırımcıların, eylemlerine ışık tuttuğu belirtilmiştir.[16]

Yine bazı yazarlara göre, yatırım tahkiminin şeffaf bir zeminde yürütülmemesi aynı zamanda hakemlerin de karar verirken tutarlı

---

11 Suzan D Franc, "The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privation Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*,C. 73, S.4, s.1547.

12 Philip Morris Asia Limited v. The Commmonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No 2012/12.

13 Investment Arbitration Is There a Lack of Transparency < https://wagner-arbitration.com/en/journal/investment-arbitration-is-there-a-lack-of-transparency/ > 11 Nisan 2017, Erişim Tarihi: 28.01.21.

14 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

15 Bernasconi-Osterwalder/Hoffmann/Tamara, The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II) < https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf > s.7.

16 Robert Argen, "Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitrations", *Broklynn Journal of International Law*, C.41, S.1., s.220.

olmalarını engellemektedir. Bunun yanı sıra, çoğunlukla ileri sürülen görüşe göre yatırım tahkiminde uygulanan kurallarda içtihat yaratılmasının sağlanması için yargılamada meşruiyet eksikliğinin giderilmesi gereklidir.[17]

Konu tahkim yargılaması bakımından incelenecek olursa, ticari tahkimde irade özerkliği (*party autonomy)* önem taşımakta ve tahkim usulünün taraflarca tercih edilmesinin bir nedenini oluşturmaktadır. Bu kapsamda ticari tahkimde, taraflar tahkim yargılamasının hangi usulde yürütüleceğini kararlaştırabilmektedirler. İlaveten, ticari tahkimin tercih edilmesinin diğer bir nedeni de sürecin gizli yürütülmesi olup, çoğu tahkim kurumunun gizlilik konusunda bağlayıcı temel kuralları vardır.[18] Bunun sonucu olarak ticari tahkim yargılamasının aksine yatırım tahkiminde gizlilik istisna, şeffaflık ise kuraldır. Bu nedenle ticari tahkim yargılamasına hâkim olan gizlilik esasları yatırım tahkimi yargılamasında tam olarak karşılığını bulamamaktadır. *The Methanex v. United States of America*[19] davasında, hakem heyeti kamu yararının yerine getirilmesinin, tarafların gizlilik talebinin yerine getirilmesinden daha önemli olduğuna karar vermiştir. Aynı şekilde *Suez Vivendi v. Argentina*[20] davasında da kamu yararı nedeniyle gizlilik esaslarının uygulanmayabileceği ifade edilmiştir. *Biwater Gauff v. Tanzanya*[21] davasında ise ICSID hakem heyeti 2006 yılında ICSID Tahkim Kurallarında yapılan değişikliklerin şeffaflığa yönelik artan bir yönelimin tezahürü olduğunu ifade etmiştir. Bu kurallara göre, tahkim yargılamasına ilişkin bilgiler halka açık bir web sitesinde listelenmiş ve *amicus curiae*[22] bildirimlerine izin verilmiştir.

---

17 International Bar Association, Consistency, Efficiency and Transparency in Investmnet Treaty Arbitration, the Global Voice of Arbitration Report November 2018, s. 7.

18 Transparency in International Arbitration, 11 Mayıs 2020, <https://iclg.com/cdr/expert-views/6376-transparency-in-international-arbitration > erişim: 22.08.20.

19 Methanex Corporation v. United States of America, Award on Jurisdiction, UNCITRAL,7 August 2002 at para's 109-120, < https://www.italaw.com/cases/683 > Erişim: 07.02.20.

20 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. c. República Argentina. 27 Haziran 2005, ICSID Case No ARB/03/19, <https://www.italaw.com/cases/1057 >Erişim: 07.02.20.

21 Biwater Gauff v. Tanzania, Case No. ARB/05/22, < https://www.italaw.com/cases/157 > Erişim: 07.02.20.

22 Uluslararası usul hukukunda "amicus curia briefs" olarak adlandırılan bu usule göre, tahkim yargılamasında uyuşmazlığın sonucunu etkileyecek nitelikteki

Yukarıda bahsedilen süreç içerisinde ilk düzenlemeler NAFTA ve ECT'de yapılmış, daha sonrasında yatırım anlaşmalarında yer almaya başlamıştır. Bahsedilen süreç içerisinde şeffaflığa ilişkin taleplerin artması ile birlikte UNCITRAL Şeffaflık Kuralları[23] öngörülmüştür. Yine daha sonrasında "Mauritius Sözleşmesi" olarak da anılan Birleşmiş Milletler Şeffaflık Sözleşmesi 2014 yılında yürürlüğe girmiştir.[24] Birleşmiş Milletler Şeffaflık Sözleşmesi yatırım uyuşmazlıklarında şeffaflık ve meşruiyetin sağlanabilmesi için atılmış önemli bir adımdır.

Bunun yanı sıra, yatırım tahkiminin meşru beklentileri karşılayamamasının sonucu olarak bazı devletler ICSID sözleşmesinden ayrılmaya başlamışlardır. Örneğin, Latin Amerika ülkelerinden Bolivya, Ekvator ve Venezüella ICSID Konvansiyonundan çıkmıştır.[25] Hatta bazı ülkeler kendilerine karşı açılan davaları reddedeceklerini beyan ederek tepkilerini dile getirmişlerdir.[26] Örneğin, *Azurix Corp v. Argentina*[27] kararında hakem heyeti ev sahibi devlet Arjantin hükümetinin adil ve hakkaniyete aykırı muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkesine riayet etmemiş olması nedeni ile 162.5 Milyon Amerikan Dolar tazminata hükmetmiştir. Arjantin hükümeti hakem yargılamasında meşru bir yargılama yapılmadığı gerekçesi ile tazminatı ödemeyi reddetmiştir.

önemli bilgilere sahip üçüncü kişilerin yargılamaya ilişkin görüşleri alınmaktadır. Lamb/Harrison /Hew, "Recent Developments In The Law and Practice Of Amicus Briefs In Investor State Arbitration", Indian Journal of Arbitration Law, 2017/5/2, s. 77.

23 UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013), 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf > Erişim: 28.08.20.

24 Konvansiyon metni için bkz. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/transparency-convention-e.pdf > Erişim: 07.02.20.

25 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) World Investment Report 2012 "Towards a New Generation of Investment Policies", s.88 <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012_embargoed_en.pdf > Erişim: 15.02.20.

26 Peterson Luke Eric, "How Many States Are Not Paying Awards under Investment Treaties?"Investment Arbitration Reporter, Rosenberg CB, "The Intersection of International Trade and International Arbitration: The Use of Trade Benefits to Secure Compliance with Arbitral Awards", Georgetown Journal of International Law 2013, s. 503.

27 Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12, 14 Temmuz 2006.

Bunun dışında Zimbabwe[28], Libya[29], Rusya[30], Tayland[31], Kırgızistan[32], Senegal[33] ve Venezüella[34] hükümetleri kendilerine karşı yürütülen tahkim yargılaması sonucunda aynı şekilde bazı tepkiler göstererek, tazminat ödemeyi reddetmişlerdir. Bu gelişmelere paralel olarak, model ikili yatırım anlaşmasının bazı hükümleri Amerika Birleşik Devletleri tarafından revize edilmiştir. Revize ikili yatırım anlaşmasına, yatırımcıyı koruyan hükümlerden ziyade, iş sağlığı, uluslararası güvenlik, çevre gibi konulara ilişkin ev sahibi devletleri koruyucu hükümler de eklenmiştir.[35] Yine 2014 yılında, Almanya yatırım tahkimi sisteminden Avrupa Birliği – Amerika ticaret anlaşmasına bazı kısımlar bakımından zıtlıklar barındırmakta olması ve şeffaf olmayan hükümler barındırması nedeni ile memnun olmadığını belirtmiştir.[36] İlk kez iki taraflı yatırım anlaşmasını Pakistan ile imzalayan Almanya'nın bu tutumu uluslararası yatırım tahkimi sistemine getirilen eleştiriler bakımından öncü olmuştur. Bunun dışında Avrupa Birliği ülkeleri de uyuşmazlık çözüm yolları hakkındaki eleştirilerini dile getirmişlerdir. Örneğin, Avrupa Parlamentosu Uluslararası Ticaret Komitesinin 2011 yılında yayınlamış olduğu rapora göre hakem heyetlerinin iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarını farklı yorumlamakta olmasından dolayı bu durum meşru bir yargılamanın gerçekleşmesine engel oluşturmaktadır.[37]

---

28 Funnekotter v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No ARB/05/6, 2009.

29 Liberian Eastern Timber Corp v Republic of Liberia, ICSID Case No ARB/83/2, 1994.

30 Sedelmayer v Russian Federation, Arbitration Award (ad hoc arbitration under the Stockholm Chamber of Commerce arbitration rules 7 Temmuz, 1998.

31 Walter Bau AG (in liquidation) v Kingdom of Thailand, Award (UNCITRAL Arbitration, 1 Temmuz 2009).

32 Petrobart Ltd. v Kyrgyz Republic, Arbitration No 126/2003, Award II (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Mar. 29, 2005), 13 ICSID Rep. 387, 2008.

33 Socie´te´ Ouest Africaine des Be´tons Industriels v Senegal, ICSID Case No ARB/82/1, Award, 2 ICSID Rep 190, 1994.

34 Mobil Corp v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction 10 Haziran 2010.

35 The Office of the U.S. Trade Representative, Model Bilateral Investment Treaty, 2012, 12. Madde, < https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf > Erişim: 16.12.20.

36 Bkz. Germany Ministry Announcement in Investment Treaty News, Mayıs 2014, https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd_itn_may_2014_en.pdf?q=sites/default/files/publications/iisd_itn_may_2014_en.pdf > Erişim:16.02.20.

37 European Union Parliament Report on the Future European International Investment Policy, A7-0070/2011 of 22 March 2011, < https://www.europarl.europa.

Yine raporda hakem heyetlerinin iki taraflı yatırım anlaşmalarını ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının yorumlanmasındaki geniş takdir yetkisinden bahsedilmiş olup, bu hususun sonucu olarak verilen kararların gerekçesinin yeterli olmadığına değinilmiştir.[38]

Tüm bu gelişmelerin ışığında, yatırım uyuşmazlıkları bakımından şeffaflığı içeren hükümlere daha çok yer verilmesi ve meşruiyetin sağlanması meşru bir sistemin var olmasına katkı sağlayacaktır. Bu kapsamda kamuya açıklığın sağlanabilmesi için, yargılama sürecinin açık olması, belgelere ulaşımın sağlanabilmesi ve kararların yayınlanması gerekmektedir. Tahkim yargılamasında yukarıda sayılan sebepler meşruiyet ve şeffaflık eksikliğine yol açtığı için bu durum yatırım tahkimi yargılamasında olumlu değişikliklere sebep olmuş ve bu tezin konusunu oluşturan çok taraflı bir yatırım mahkemesinin kurulmasına öncü olmuştur.

B. Hakem Kararları Arasındaki Tutarsızlıklar

Benzer uyuşmazlıklarda birbiriyle çelişen kararların verilmesi hukuki güvenlik ilkesini zedelemekle birlikte, bu husus adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında da değerlendirilmektedir.[39] Adil yargılanma hakkı, demokratik bir yönetimin temel unsurlarından olan hukukun üstünlüğü (*Rule of Law*) ilkesinin gerçekleşmesinde rol oynamakla birlikte kişilerin diğer hak ve özgürlüklerini de koruyan güvenceler arasında yer almaktadır.[40] Kararlar arasında tutarsızlık olması, hukuk sisteminin öngörülebilir oluşunu zedelediği için meşruiyet algısını da yok etmektedir.[41]

---

eu/doceo/document/A-7-2011-0070_EN.html > Erişim: 17.02.21, s.14.

38 European Union Parliament Report on the Future European International Investment Policy, s. 15.

39 Okan Taşdelen, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7, Ankara 2016, s. 987-1024, Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılanma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No.11 Ankara, 1995.

40 Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınları, S. 11 Ankara, 1995, s. 2.

41 Kaufmann – Kohler G., "Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? – The 2006 Freshfield Lecture", Arbitration International 2007, C.23, S. 3, s. 374. Ayrıca bkz. Dohyun Kim, "The Annulment Committee's Role In Multiplying Inconsistency In İcsıd Arbıtratıon: The Need to Move Away From An Annulmentbased

Doktrinde 3,400'den fazla pek çok dilde ikili yatırım anlaşmasının mevcut olduğu düşünüldüğünde, anlaşmaların yorumlanmasında farklılıklar olabileceği için hakem kararlarında birtakım tutarsızlıklar olabileceği ifade edilmiştir.[42] ICSID Konvansiyonu veya UNCITRAL Tahkim Kuralları içtihat yaratılmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemekle birlikte, buna ilişkin bir mekanizma da bu kurallarda öngörülmemiştir. İçtihat oluşturulmasına ilişkin bir mekanizmanın kurulmasına ilişkin 2004 yılında ICSID sekretaryasınca bir teklif hazırlanmış olup, bu teklif yabancı yatırımcıların tâbi olduğu ev sahibi devletler tarafından onay görmemiştir.[43]

1. Yatırım Hukukunda Teamül Kuralları

Kaufmann – Kohler'e göre, yatırım tahkimi kararlarındaki tutarsızlığın önüne geçilebilmesi için, İngiliz hukukuna hâkim olan teamül hukuku sisteminin benimsenmesi gereklidir.[44] Buna göre, "teamül" ve "uygulamalar" (*usage and practices*) Anglo- Amerikan hukuk sisteminde geçerli olup, mahkemelerin karar verirken eldeki uyuşmazlığa benzer önceki mahkeme kararlarını dikkate alması anlamına gelmektedir.[45] Bu durumda sebebi ve konusu aynı önceki hakem kararı bağlayıcı hale gelecektir. Aynı doktrin Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 59. Maddesinde de benimsenmiş olup, Uluslararası Adalet Divanı kararlarında bu doktrine başvurulduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, ICSID kararları incelendiğinde de önceki mahkeme kararlarının bağlayıcı olmadığı fakat, uyuşmazlığın yorumlanmasında büyük bir

System", *New York Law Review* 2011, Vol.86, S.42, s.255.

42 Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* 2005, Vol.75, S.4, s. 1545.

43 International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Secretariat Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration,16, 12.10.2004 < https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf > Erişim: 08.02.20.

44 Gabrielle Kaufman – Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? – The 2006 Freshfield Lecture", Arbitration International, 2007 C.23 S.3, s. 358.

45 Galina B. Vlasova, Maria V.Kicha, Nikolay V. Saraev, Alla R. Shvanderova, Gennady S. Pratsko, Valery K. Tsechoev, "Contemporary Lawmaking in Anglo Saxon Law: Problems and Prospects", *International Journal of Economics and Business Administration,* VIII, S. 4, 2020, s.. 784.

katkısı olacağı ifade edilmiştir. Örneğin *Amco v. Indonesia*[46] kararında hakem heyeti Anglo-Sakson hukuk sisteminde geçerli olan teamül hukuku sisteminin benimsenmesi ile birlikte, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yollarındaki meşruiyet sorununun çözüleceği üzerinde durmuştur.[47]

Uluslararası örf ve âdet hukukundan kaynaklanan bazı ilkeler uluslararası yatırım hukuku alanında da yer almaktadır. Doktrinde örf adet hukukundan kaynaklanan ilkelere örnek olarak ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara sağlaması gereken asgari muamele standartları verilmiştir.[48] Örneğin belirli koşullar gerçekleşmedikçe ev sahibi devletin yatırımı kamulaştıramaması başka bir deyişle kamulaştırma standartları,[49] kamulaştırma halinde tazminata ödenmesi yükümlülüğü[50], hukuka aykırı kamulaştırmada tam tazminat ödenmesi,[51] Uluslararası Hukuk Derneğinin taslak kuralları[52] örf adet hukuku kaynaklı ilkelerin bazılarıdır. Örf ve âdet hukukunun, uluslararası hukuk alanında olduğu gibi uluslararası yatırım hukuku alanında devletlere birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Örneğin, yatırımcılar korsanlık, savaş suçları, köle ticareti, soykırım gibi birtakım suçlardan yargılanabilmektedirler.[53] Ancak belirtilmelidir ki güncel hali ile yatırım hukuku kapsamında hiçbir uluslararası örf ve âdet kuralı yatırımcılara yükümlülük yükleyecek nitelikte değildir. Bu noktada iki taraflı yatırım

---

46 Amco v. Indonesia, ICSID ARB/81/l, 1990, paragraf 121.

47 August Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration" Buffard/Crawford/Pellet/Wittich (edt.) International Law Between Universalism and Fragmentation 2008, C.107, s.123.

48 H. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma", İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 32.

49 Patrick Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law", *Penn State International Law Review*, C. 28 S. 4 2010, s. 680.

50 Nalçacıoğlu, Erden (Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma), s.154.

51 Giray, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, 2. bs., İstanbul 2013, s. 147.

52 Internatiaonal Law Association, ILA Committee Rules & Guidelines, 25.04.21 <https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/committee_rules_and_guidelines_2015_as_adopted_by_ec_25_april_2015_-_web_version.pdf> Erişim: 16.05.21.

53 Jordan Paust, Non State Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion, Virgiana Journal of International Law, C. 51, S.4, 2011, s.97.

anlaşmalarının ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartının niteliği bakımından uluslararası örf adet kuralı olup olmadığı tartışılmıştır. Shaw'a göre, birçok iki taraflı yatırım anlaşmasının benzer kuralı içermesi, o kuralın örf ve âdet hukuku kuralı olduğunun delili olabilir.[54] Currie'ye göre ise ev sahibi devletin hukukuna uygunluk şartı pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasında yer almaktadır, bu kapsamda bağlayıcı niteliğe sahip olmalıdırlar.[55] Bu kapsamda yukarıda belirtilen teamül kuralları bağlayıcı karaktere sahip olup, uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınmalıdır kanaatindeyiz.

2. Yatırım Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri

Teamüller ile birlikte bir de yatırım hukukunda benimsenen hukukun genel ilkelerine değinmek gerekecektir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün. 38. maddesine "uygar uluslarca kabul edilen hukuk ilkeleri" bir kaynak olarak eklenmiştir. Dürüstlük kuralı (*good faith*) hukukun genel ilkelerinden biri olarak sayılmaktadır. Yatırım hukukunda dürüstlük kuralı, devletlerarası ilişkilerde uygulanmakla birlikte, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişkide yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğünün bir gerekçesi olarak belirtilmektedir. *Phoneix v. Chezch Republic*[56] kararında hakem kurulu tarafından ICSID tahkiminin yatırımlar için sağladığı korumanın, dürüstlük kuralı ile bağdaşır biçimde yapılmayan yatırımları kapsamadığı sonucuna varılmıştır. Başka bir deyişle, uluslararası yatırım hukukunun amacı yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuka uygun yatırımları korumaktır. Ev sahibi devletler kendi hukuklarına aykırı biçimde ifa edilmiş yatırımlar için yatırımcılara ICSID uyuşmazlık çözüm mekanizmasına erişim imkânı sunmuş sayılmazlar. Yine *Hamaster v. Ghana*[57] davasında, hakem kurulu eğer bir yatırım dürüstlük kuralının ihlaliyle, yolsuzluk, hile ve dolandırıcılık vasıtasıyla oluşturulmuşsa bu yatırımın korunmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Buna paralel olarak ev sahibi devlet hukuku ihlal edilerek yapılmış yatırım-

54 Shaw, Malcolm N.: s. 97-98.
55 Currie John H., Public International Law, Toronto, Irwin Law Inc., 2008, s. 188.
56 Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award,15.04.2009.
57 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 15.06.21.

lar da bu korumadan yararlanamayacaklardır. Hakem kuruluna göre bu ilkeler iki taraflı yatırım anlaşmalarından bağımsız olarak mevcut olan genel ilkelerdir.[58]

Aynı şekilde *Inceysa v. El Salvador*[59] davasında hakem kurulu, iki taraflı yatırım anlaşmasında tahkime uygulanacak hukuk olarak hukukun genel ilkelerine yapılan atıftan yola çıkarak, yatırımın hukuka aykırılığını hukukun genel ilkelerine aykırılık kapsamında değerlendirmiştir. Hakem kurulu kararına göre, yatırımın hukuka aykırı olması ve bu konuda yatırımcılara suç isnat edilmesi *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (kimse kendisi için ayıp teşkil eden bir fiile isnat edemez) ilkesine aykırıdır. Bu ilkeyle bağlantılı olarak *ex dolo malo non oritur actio* (hileden dava hakkı doğmaz), *malitiis nos est indulgendum* (kötü niyetli davranışlara müsamaha olmamalıdır), *dolos suus neminem relevat* (kimse kendi hilesinden muaf tutulamaz), *in universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur* (kural olarak hile her zaman cezalandırılmalıdır), *unusquique doli sui poenam sufferat* (herkes hilesinin cezasına katlanmalıdır.), *nemini dolos suusprodesse debet* (kimse kendi hilesinden faydalanmamalıdır.) göz önünde bulundurulması gereken diğer prensiplerdir.[60]

Plama v. Bulgaria[61] davasında da *Inceysa v. El Salvador* davasında yapılan açıklamalara atıf yapılmış ve gerçeğe aykırı beyanatla elde edildiği kanaatine varılan yatırımın korunmasının "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*" ilkesine aykırılık teşkil edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Hakem kuruluna göre, yatırım özelinde bu ilke yatırımcının, hukuka aykırı davranışın icra edilmesi neticesinde meydana gelen yatırımdan kar veya menfaat elde edilmesini yasaklamaktadır.[62] Kanaatimizce, uluslararası yatırım koruma mekanizmasının amacı yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuka uygun yatırımları korumak olmalıdır.

Yatırım tahkiminde teamüllerin benimsenmesi iki durum bakımından zorluk gösterecektir. Ev sahibi devlet veya yatırımcının tâbi

58 Hamester v. Ghana, para. 123-124.
59 Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26.
60 Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, para. 240.
61 Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.
62 Plama v. Bulgaria, para. 141-143.

olduğu devletlerden biri kıta Avrupası hukuku diğeri ise Anglo Amerikan hukuku sistemini benimseyen ülkeler ise, hukuk sistemleri farklılıklar arz ettiğinden bazı zorluklar yaşanabilecektir. Bunun yanı sıra, her hakem heyeti özerk ve bağımsız olduğundan hiçbir hakem heyeti diğer hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararla bağlı olmayacağından, bu doktrin her durumda geçerli olmayabilecektir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolları bakımından tek çatı altında toplanan çok taraflı bir mahkemenin kurulması, kararlar arasında bütünlüğü sağlayacaktır.

3.Yatırım Uyuşmazlıklarında Hakem Kararları

Bu kapsamda metodoloji açısından, uluslararası yatırım tahkiminde yapısal reformların gerekliliğini tartışmadan önce yatırım tahkimi açısından kararlara bakıldığında kararlarda benimsenen belirli bir sistemin var olup olmadığı incelenmesi gereklidir. Doktrinde genel olarak hakem kararları arasındaki tutarsızlıklar iki temel nedene bağlanmıştır.[63] Birinci olarak, ikili veya çok taraflı yatırım anlaşması hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması bakımından tutarsızlıklar mevcuttur. İkinci olarak ise, söz konusu ikili yatırım anlaşmalarında veya çok taraflı yatırım anlaşmalarındaki hükümlere dayanılarak verilen aynı konuya ilişkin fakat birbirinden bağımsız hakem kararları yer almaktadır. İlk duruma örnek olarak, *CMS. v. Argentina*[64] kararında Arjantin ve A.B.D. arasındaki ikili yatırım anlaşmasının on birinci maddesinin yorumu bakımından çelişkiler ortaya çıkmıştır. İkili yatırım anlaşmasının kamulaştırma ve tam koruma ve güvenlik ilkesine ilişkin hükmünün ev sahibi devletin tüm eylemleri bakımından geçerli olup olmayacağına ilişkin yorum farklılıkları mevcuttur. Arjantin hükümeti, ikili yatırım anlaşmasındaki bu hükmün ekonomik kriz oluştuğundaki hükümet eylemlerini kapsamadığını ileri sürmüştür. Ev sahibi devlet olan Arjantin hükümeti tazminat ödemekle yükümlü tutulmamıştır. Aynı şekilde *Continental Casualty Company v. Argenti-*

63 Calamita N. Jansen, "The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime", Forthcoming Journal of World Investment & Trade, 2017, s.2 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2945881 > Erişim: 09.02.20.

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

na[65], *LG&E v. Argentina*[66], *Enron v. Argentina*[67] ve *Sempra v. Argentina*[68] davaları da ikili yatırım anlaşmasında bu hükmün yorumlanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. *LG&E v. Argentina,, Enron v. Argentina ile Sempra v. Argentina* davalarında farklı bir sonuca ulaşılarak, hakem heyeti ev sahibi devlet Arjantin hükümetinin ekonomik kriz durumunda oluşunu zaruri bir hal olarak görmemiştir.[69]

Çelişkili hakem heyeti kararları çok aşamalı uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından da ortaya çıkmıştır. Taraflar arasında akdedilen anlaşmada veya milletlerarası yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü iradesini ortaya koyan kayıtlar bazen tahkim yargılaması öncesine ilişkin ön aşamalar içerebilmektedir.[70] Bunlar dostane çözüm yollarını denemek, iç hukukta öngörülen uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesi veya belirli bir sürenin geçmesi gibi aşamalardır. Bu konuda, ICSID divanında Türk yatırımcıların Türkmenistan'a karşı açtığı iki davada verilmiş olan üç ayrı hakem kararı mevcuttur. Söz konusu hakem kararlarında, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasının 7. maddesinin 2. fıkrasında[71] yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin aynı hüküm[72] farklı yorumlanmış ve sonuçta zıt yönde kararlar ortaya çıkmıştır.

---

65 Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/9, Award (5 September 2008).

66 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1. Award (3 October 2006).

67 Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007).

68 Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/16, Award (28 September 2007).

69 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1. Award (3 October 2006), para. n.44; Zarra, Giovanni: The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform? Chinese Journal of International Law 2018, s.152.

70 Bilgin Tiryakioğlu, Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, (Editörler: Özdemir Kocasakal, H./Balkar, S.). Ayrıca bkz. Bilgin Tiryakioğlu, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007.

71 Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan arasında 13 Mart 1997›de akdedilen Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Hakkında Anlaşma. Anlaşmanın orijinal metni için bkz. < https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4785/download > Erişim: 21.02.20.

72 "Bu ihtilafların, yukarıda 1 inci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulamaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusu ev sahibi Tarafın usul ve yasalarına göre adlî mahkemesine götürmüş olması

İçkale v. Türkmenistan[73] davasında Türkiye ile Türkmenistan arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasının 7. Maddesine göre taraf devletler, yatırım tahkimine ilişkin rızalarını ortaya koymuşlardır. Davacı yatırımcı, Türkmenistan devletinin 2004 yılında Türkmenistan'da şube açtığını, 2009 yılına kadar Türkmenistan Devleti ile 13 adet yapım işi sözleşmesi akdettiğini, Türkmenistan'ın ödemeleri geciktirdiğini, işin kapsamını ek ücret ödemeksizin genişlettiğini, haksız cezalar uygulandığını, makine ve teçhizatına hukuka aykırı olarak el konduğunu iddia etmiştir. Davalı Türkmenistan hükümeti ise, ICSID başvurusundan önce yerel mahkemede dava açılması gerektiğini, davacının yatırım niteliğinde bir iş icra etmediğini ileri sürülen taleplerin sözleşmesel olduğunu, kaldı ki İçkale'nin sözleşmesel yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmediğini ileri sürmüştür. Hakem heyetinin yetkili olduğunu, BIT kapsamında İçkale'nin yatırım yaptığını, bununla birlikte talepler dayanaktan yoksun olduğu için reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır. İçkale, 1 milyon 747 bin USD yargılama gideri ödemeye mahkûm edilmiştir. Davalı Türkmenistan devletinin temel iddiasına göre, iki taraflı yatırım anlaşmasının ilgili hükmüne göre ICSID'e başvurmadan önce, Türkmenistan yerel mahkemelerinde dava açılması bir ön şarttır. Hakem heyetine göre bu görüş farklılığının sebebi; maddenin İngilizce versiyonunun açık kaleme alınmamasından, İngilizce versiyonda Anlaşmanın Rusça ve İngilizce olarak iki orijinal nüsha; Rusça versiyonunda Türkçe, Türkmence, Rusça, İngilizce olarak iki nüsha yapıldığının belirtilmesidir[74]. Türkmenistan ile akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasının 7. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen yerel mahkemelere başvuru şartının, yargı yetkisi meselesi

---

ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Makamlarına sunulabilir.
a) Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme uyarınca kurulmuş Uluslararası Yatırım İhtilafları Çözüm Merkezi (ICSID) (her iki Taraf da bu Sözleşmeyi imzalamış ise);
b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'nun Hakemlik Kuralları uyarınca, bu amaçla kurulacak bir hakem mahkemesi (her iki Taraf da Birleşmiş Milletlere üye ise);
c) Paris Uluslararası Ticaret Odasının Hakem Mahkemesi". Ayrıca bkz. Safran, Victoria L., Kılıç ve Sehil Kararları: Birkaç Dilde Yazılmış Antlaşmalardaki Uyuşmazlık Çözümü Kayıtlarının Çözümlenmesi, *International Arbitration Law Review*, 2015, S.5, s. 106.

73 İçkale İnşaat Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, para. 4.

74 İçkale İnşaat Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, para. 113.

mi (*jurisdictional issue*) yoksa, kabul edilebilirlik meselesi (*admissibility issue*) mi olduğu tartışılmıştır. Hakem heyeti bu sorunun kabul edilebilirlik açısından bir aykırılık oluşturduğuna kanaat getirmiş, hakem heyetinin yetkisinin mevcut olduğuna karar vermiştir.

Kılıç v. Türkmenistan[75] davasında, yine ikili yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümde yer alan, yukarıda bahsi geçen yerel mahkemelere başvuru şartının seçimlik bir hak olup olmadığı tartışılmıştır. Yatırımcının uyuşmazlığın çözümü konusunda yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurmasının iki taraflı yatırım anlaşmasının ilgili maddesinin lafzi yorumu uyarınca bu kaydın şart olduğuna ve bu hususun yetkiye ilişkin bir mesele olduğuna kanaat getirmiştir. Çelişkinin sebebi, hakem kararlarında görüş farklılıklarından ziyade anlaşma hükmünün yanlış yazılmış olmasıdır. Görüldüğü üzere çelişkili hakem kararları, ilgili ikili yatırım anlaşmasına dayanarak yatırımcıların hak arama yoluna başvurmaları noktasında büyük belirsizlikler yaratmaktadır.

Özetle bu dava yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesine başvurması aşaması zorunlu bir aşama olarak değerlendirilirken, *Muhammet Çap v. Türkmenistan*[76] davasında yerel mahkemeye başvuru yatırımcıya sunulan seçimlik bir hak olarak yorumlanmıştır. Şöyle ki *Muhammet Çap v. Türkmenistan* davasında, hakem heyeti bu meseleyi yetki bakımından değerlendirmiş ancak bu kaydın bir seçimlik hak doğurduğu, yerel mahkemeye başvurulduğu taktirde 1 yıl içinde hüküm verilmemesi durumunda tarafların tahkim usulüne başvurabilecekleri sonucuna varmıştır. Görüldüğü üzere, aynı iki taraflı yatırım anlaşmasının hükmünde farklı ve birbirinden bağımsız hakem kararları mevcuttur. Bu bakımdan iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemi klozlarının dili açık ve yoruma mahal bırakmayacak şekilde kaleme alınmalıdır.

Prof. Schreuer'in önerisine göre, hakem kararları bakımından tutarlılığın sağlanabilmesi için Avrupa Birliği hukukunda benimsenen Birlik içindeki yerel mahkemelerde görülen ön karar usulü örnek

---

75 Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID Dava No. ARB/10/1.

76 Muhammet Çap & Sehil İnşaat Ltd. vs. Türkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6.

alınmalıdır.[77] Ön karar usulü gereğince ilk aşamada hakem kararları esasa girilmeksizin usulden incelenecektir. Bu sisteme göre, yerel mahkeme davayı görmeden önce, uyuşmazlık konusu aynı olan diğer mahkeme kararlarını incelemek zorundadır. Örneğin Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 234. maddesinde Avrupa topluluğu hukuku ile ilgili kuralların yorumlanmasında herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın karar verirken yerel mahkeme kararlarını da dikkate alması gerektiği hüküm altına alınmıştır.[78] Aynı şekilde yerel mahkemeler de karar verirken Adalet Divanı kararlarını dikkate almak zorundadırlar. İşte Avrupa Birliğinde mahkeme kararlardaki tutarlılık bu mekanizma sayesinde korunmaktadır. Prof. Scheuer'e göre, Avrupa Birliği bakımından öngörülen bu sistem yatırım uyuşmazlıkları bakımından da geçerli olur ise birçok karar ilk aşamada usuli olarak inceleneceği için kararlar arasında sınıflandırma ilk aşamada yapılacak ve kararlar arasındaki uyum sağlanacaktır. Bu inceleme ise ön inceleme duruşmasında yapılabilecektir. Doktrinde savunulan başka bir öneriye göre, yatırım tahkimi uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından *res judicata* (kesin hüküm etkisi doktrini) ilkesine de başvurulabilir.[79] Black's Law *Res Judicata* kavramını "bir yargı kararı ile kesin olarak çözümlenmiş uyuşmazlık" olarak tanımlamıştır.[80]

---

77 Schreuer, Christoph, Preliminary Rulings in Investment Arbitration, Transnational Dispute Management 2008 < https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf > Erişim: 11.02.20.

78 Christoph Schreuer, Preliminary Rulings in Investment Arbitration, Transnational Dispute Management 2008 < https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf > Erişim: 11.02.20, s. 3.

79 Tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir davada taraflardan biri, kesin hüküm itirazı "l'exception de res judicata" olarak, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan uyuşmazlıkla ilgili olarak, ilk hükmün kesin hüküm etkisine başvurulabilir. Ancak bu terim her durumda "kesin hüküm" terimini karşılayamamaktadır. Türk usul hukukunda bu nedenle "kesin hüküm" konusunda "şekli anlamda kesin hüküm" ve "maddi anlamda kesin hüküm" ayrımı yapılmaktadır. Ayrıca bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2005, s.828-828. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 472-487.

80 "An issue that has been definetively settled by judicial decision" (Bryan A. Garner (Ed.), Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn., West Group, Yedinci Baskı, 1999, s.1312. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007, C. 56, S.2, s. 47.

Res Judicata ilkesi Roma hukukunda doğmuş bir ilke olup, üç amacı gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. İlk olarak, ilke mevcut hukuki uyuşmazlığı sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Bununu yanı sıra, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan uyuşmazlıkların tekrar görülmesini önlemektedir. Son olarak ise, ilke aynı olgu ve niteliklere dayanan uyuşmazlıklarda farklı sonuçlara varma olasılığını önleyerek yasal bir açıklığın doğmamasını hedeflemektedir.[81] Yatırım uyuşmazlıkları incelendiğinde hakem heyetinin bu ilkeye başvurduğu kararların da mevcut olduğu görülecektir. Örneğin *CME*[82] ve *Lauder*[83] davalarında hakem heyetleri kararlar arasındaki tutarsızlığın önlenebilmesi için *Res Judicata* doktrinine başvurmuş olup, tutarsız kararların bu yolla önlenebileceği sonucuna varmışlardır. Bunun yanı sıra, doktrinde öne sürülen bu görüşün de önünde bazı engeller mevcuttur. İlk olarak, bu ilkeye başvurulabilmesi için tarafları ve konusu aynı iki uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Yatırım uyuşmazlıklarında yatırımcı taraf aynı olsa bile farklı ticaret unvanına sahip olabileceğinden, bu ihtimalin her durumda gerçekleşmesi zordur. Nitekim yatırımcı şirket şirketler topluluğu oluşturarak, yavru şirket adına dava açabilir. Örneğin *Gauff v. Tanzania*[84] davasında Biwater Gauff Tanzania (BGT)[85] Joint Venture ortaklığı Dünya Bankasının Dar es Salam şehrindeki su sistemini yenilenmesi için bir kamu ihalesini kazanmıştır. Projenin devamı süresince 18 aylık süre boyunca, BGT birtakım ekonomik zorluklar ile karşılaşmıştır. Tanzanya hükümeti gecikme nedeni ile BGT ortaklığından zararın tazminini talep etmiştir.[86] BGT ortaklığı ise Tanzanya hükümetinin bu eyleminden dolayı zarar görmüş olduğu için ICSID Tahkim Merkezinde dava açmıştır.[87] BGT aynı zamanda yavru şirketi konumunda bulunan Dawasco şirketi adına UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre ayrı bir tahkim yargılamasına da başvurmuştur. 2007 yı-

81 August Reinisch, The use and limits of res judicata and lis pendens as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes, Law & Practice of International Courts & Tribunals , C.3, S. 1, s. 43.
82 CME Czech Republic BV v. The Czech Republic 9 ICSID Reports Partial Award, 13.9.2001.
83 Lauder v. The Czech Republic, 9 ICSID Reports 66, 3.9.2001.
84 Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, 2008, Final award.
85 Kısaca "BGT" olarak anılacaktır.
86 Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, Para 15.
87 Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, Para 476.

lında UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre açılan tahkim davasındaki yargılamada, hakem heyeti BGT'nin talebini reddetmiştir. Bir yıl sonra ICSID hakem heyeti ise aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak açılan davada Tanzanya hükümetinin iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak, *res judicata* ve *lis pendens* ilkelerine başvurmak her durumda uyuşmazlıkların çözümü bakımından bir kolaylık sağlamayacaktır.

Mevcut sistem bakımından farklı yargılama sistemine sahip birden çok tahkim örgütü yer aldığından paralel süreçlerin doğması engellenemeyecektir. Nitekim tahkim örgütü kurallarının hukuk sistemi içerisinde bir arada yer alması ve tüm kararların tek bir çatı altında toplanamaması da çelişkili hakem kararlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda bu çalışmanın esas amacı olan yatırım mahkemelerinin kurulması hususu ve yeni sistem önerileri ikinci bölümde incelenecektir.

C. Hatalı Hakem Kararlarının Düzeltilmesindeki Zorluk

Uyuşmazlık çözümü için yatırım tahkimine başvuran taraflar yapılan yargılama sonucunda hakem heyetleri tarafından verilen kararın adaletsiz veya hatalı olduğu, doğru kuralların uygulanmadığı ya da kararın usulüne uygun verilmemesi nedeniyle karardan memnun kalmayabilmektedirler. Uluslararası tahkim alanında hakem kararlarının nihai olarak verilmesinden sonra iptal edilebilmesi ancak belirli nedenlerin varlığı halinde yetkili mahkeme tarafından mümkün olabilmektedir. Yatırım tahkiminde temyiz mekanizmasının mevcut olmaması, yargılama sonucunda çelişkili kararların doğmasına neden olmaktadır. ICSID nezdinde yapılan yargılamalarda hakemler tarafından verilen nihai kararlara karşı farklı hukuki yollar öngörülmüş olup, bu hukuki yollar vesilesiyle tarafların hak ve çıkarlarının korunması sağlanmaya çalışılmıştır.[88]

Konvansiyon kapsamında taraflara kararın yorumu, düzeltilmesi ve iptali yolları tanınmıştır. Yine Konvansiyonun 49. maddesine göre kararın tashihi ve ek karar mekanizması olanağı tanınmıştır. Diğer tahkim kurumlarından farklı olarak, ICSID hakem kararlarına karşı yerel

88 Schreuer/Dolzer, Principles of International Investment Law, Oxford, 2008, s. 903.

kanun yoluna başvurulamaz. ICSID Konvansiyonunun 53. maddesine göre, hakem heyetlerince verilen kararların bağlayıcı olması kural olup, kararın daha üst bir makamca incelenmesi söz konusu değildir.[89] Başka bir deyişle ICSID hakem kararlarına karşı yerel mahkemede iptal davası açılması mümkün olmamakla birlikte, bu kararların iptalinin yine Konvansiyon kapsamında istenebileceği sonucuna varılacaktır.

Yatırım tahkiminde iptal mekanizması hakem kararlarının usuli konularda incelenmesine ilişkin olup, tarafların uyuşmazlığın esasına ilişkin yeni iddialar ortaya atabileceği ya da yargılamada öne sürülmemiş bir delil ileri sürülebilecek bir başvuru mercii değildir.[90] *Ad hoc* komite tarafından yapılan iptal incelemesi Konvansiyonun 52. maddesinde sınırlı sayılan nedenlerle yapılacaktır. Bu sınırlı nedenler ise, ICSID Konvansiyonunun 52. maddesine göre hakem heyetlerinin usulsüz bir şekilde oluşturulması, hakem heyetlerinin yetkilerini açık bir şekilde aşmış olmaları, hakemlerin rüşvet alması veya hakemlerin taraflardan bir yarar sağlamış olmaları, temel usul kurallarından ciddi derecede sapılmış olması, hakem kararının dayanağı kararın gerekçesinin gösterilmemiş olması durumlarında hakem kararlarının iptal edilmesi mümkündür. İptal istemine bakmak üzere yetkilendirilen ad hoc komitenin yetkisi sınırlı bir yetki olup, heyet yalnız maddede sayılan talepler ile ilgilenebilecektir.[91] Hakem kararları incelendiğinde maddenin yorumu bakımından geniş veya daraltıcı bir yorum yapılıp yapılmaması gerektiği konusunda farklılıkların mevcut olduğu görülmektedir. Nitekim maddenin geniş veya dar yorumlanması ad hoc komitenin yetki aşımına sebep olabilecektir.[92] *Mine v. Guinea*[93] davasında hakem kararlarının iptali bakımından heyetin takdir yetkisinin mevcut olduğu ancak bu yetkinin sınırsız olmadığı ve bu yetkinin iptal prosedürünün amacı ile çelişmeyecek şekilde aşılmaması gerektiği ifade edilmiştir.

---

89 Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Bürosu Yayınları, 2003, s. 153.

90 Schreuer: Principles of International Investment Law, s. 914.

91 Johan Billiet, International Investment Arbitration – A Practical Handbook, Canada, 2016, s.303.

92 Konvansiyon metninin yorumlanmasına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Schreuer, Principles of International Investment Law, s. 905.

93 Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

ICSID dışındaki tahkim mekanizmaları bakımından ise yukarıda anlatılan ICSID Konvansiyonunda öngörülen usule benzer usullerin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca milli mevzuat açısından yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından Mülga HUMK hükümleri uyarınca hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu temyiz iken, MTK hükümlerine göre hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu iptal davasıdır.

Pek çok tahkim yargılamasında hakem kararlarının iptali, yerel mahkemelere başvurulmadan kararın aynı heyet tarafından incelenmesi veya bir üst merci tarafından incelenmesi yolu ile öngörülmektedir.[94] Hakem heyetlerince verilen kararların nihai olduğu, başka bir deyişle hakemlerin kararı vermiş olmakla yargılamadan elini çektiği kabul edilmektedir. Ancak bazı durumlarda eksikliklerin mevcut olması mümkündür, bu gibi durumlarda pek çok tahkim kuralı yerel mahkemede dava açılmasına ek olarak kararı yeniden gözden geçirme hakkı tanımaktadır. ICC Tahkim Kurallarında iptal prosedürü yer almamakla birlikte, hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak kararların düzeltilmesi ve kararın yorumu yolları da öngörülmüştür.[95]

Bir diğer açıdan yatırım tahkimi ve ticari tahkimde temyiz yolunun öngörülmemiş olması yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından bir avantaj sağladığı da bir gerçektir. Doktrinde temyiz mekanizmasının öngörülmemiş olmasının yargılamayı hızlandıran bir neden ol-

---

94 Aslı Bayata Canyaş, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Ankara, 2016, s. 17.

95 Buna göre, ICC Tahkim Kurallarının 36. maddesine göre hakemlerin vermiş oldukları kararları düzeltme hakları vardır. Ancak bu düzeltmenin kararın verilmesinden itibaren 30 gün içinde yapılması ve Divana bildirilmesi gereklidir. Karar düzeltme yolu ile ise karardaki hesap ve yazım hataları düzeltilmektedir. Kararın yorumlanması ise, kararda yer alan muğlak ifadelerin açıklanması, çelişkili hükümlerin giderilmesi için başvurulan bir yöntemdir.
Stockholm Chamber of Commerce Tahkim Kurallarında ICC'den farklı olarak sadece ek karar talep etme hakkı tanınmıştır. SCC Tahkim Kurallarının 48. Maddesine göre, heyete sunulmuş olmasına karşın heyet tarafından çözüme kavuşturulmamış bir husus var ise, bu durumda taraflar kararın verilmesini izleyen 30 gün içinde heyetten ek karar verilmesini talep edebileceklerdir.
UNCITRAL Model Kanununda da kararın düzeltilmesi, yorumlanması ve ek karar verilmesi müesseselerine yer verilmiştir. Kuralların 33. maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa otuz gün içinde, taraflar karardaki yazım veya hesap hatalarının giderilmesi, kararın anlaşılmayan kısımlarının yorumlanmasını isteyebilirler.

duğu ifade edilmiştir.[96] Bir diğer yönden ise, yatırım tahkimi sonucu hükmedilen tazminat meblağı çok yüksek olduğundan, hükmün temyiz sürecinde tekrar gözden geçirilecek olması hukuki güvenilirliği artıracaktır. Nitekim tazminat bedeli bir devletin gayri safi hasılasının çok üstünde olduğu yargılamalar da mevcuttur.[97] Bu bakımdan değerlendirildiğinde ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim anlaşmalarının asimetrik tahkim klozlarına[98] benzer bir yapı oluşturduğu sonucuna varılacaktır.

Yukarıda incelendiği üzere tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların iptal prosedürüne tabi olması, temyiz incelemesine göre farklılıklar arz etmektedir. Doktrinde hakem kararlarına karşı tek kanun yolunun iptal prosedürü olarak öngörülmesinin, temyizin hakem kararlarının bağlayıcılığını ortadan kaldırması nedeniyle tercih edilmemesi olduğu ileri sürülmüştür.[99] Buna göre iptal müessesesinin kabul edilmesinin nedeni, hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların taraflarca kötüye kullanılmasının engellenmesi, bu kararlara karşı başvuru yollarının azaltılması ve mahkemelerin hakem kararlarının özüne dokunmamasını sağlamasıdır.[100] Nitekim bu görüşe göre, iptal davası dışında kalan temyiz mekanizması tahkimin tarafların iradesine dayalı olması prensibini göz ardı edecek ve kurumun varlığını ortadan kaldıracaktır.[101] Ancak belirtilmelidir ki, yerel mahkeme süreci ve usul prosedüründen farklı olarak tahkim yargılamasında kararları denetleyen üst bir yargı mekanizmasının mevcut olmaması, aynı konuda

---

96 Dr. Margie-Lys Jaime, Could an Appellate Review Mechanism "Fix" the ISDS System?Kluwer Arbitration Blog, 11.02.21 < http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/11/could-an-appellate-review-mechanism-fix-the-isds-system/ > Erişim: 3.8.21.

97 Bkz. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA 227.

98 Tahkim sözleşmelerinin taraflara eşit hak ve yükümlülükleri yüklemesi bir kuraldır. Ancak bazı durumlarda tarafların tahkim sözleşmesinde bu eşitlik halini bozduğu görülmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki eşitlik bozulmuş olmaktadır. İşte taraflar arasındaki eşitlik bozulduğu zaman, tahkim sözleşmesi asimetrik hale gelir. Bu tür klozlara ise "asimetrik tahkim klozu" denir. Bkz. Süleyman Yılmaz, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği, Asimetrik ve Patalojik Tahkim, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, C.69, S.3, 2020, s. 1482.

99 Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, 2007, s.191.

100 Aslı Bayata Canyaş, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, s.3.

101 Selçuk Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İcrası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,2019, S.140, s. 116.

farklı kararların doğabilmesine neden olmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi iptal prosedürü ile esasa girilmeksizin usulden bir inceleme yapılmakta olup, bu husus kararlar arasında yeknesaklığın oluşmasına engel oluşturmaktadır.

Yatırım anlaşmalarının aynı hükmü üzerinde uyuşmazlık benzer olmasına rağmen yorum farklılıkları söz konusu olabilmektedir. Örneğin, hakem kararlarında en ziyade mazhar millet kaydının kapsamının nasıl belirleneceği çeşitli açılardan ele alınmış, bu konu doktrinde pek çok bakımdan tartışmalara neden olmuştur. Hakem kararlarında en ziyade mazhar millet kaydının ICSID'e başvurulmasına imkân tanıyıp tanımadığı konusunda tartışmalar mevcuttur. Bazı kararlarda bu kayıt uyuşmazlıkların çözümü kaydının kapsamına dahil edilmezken[102], yatırım hukuku bakımından önem arz eden *Maffezini*[103] ve *Siemens*[104] kararlarında aksine bir sonuca varılmıştır. Farklı durumlar karşısında bu soru olumlu ya da olumsuz cevaplar içeren hakem kararları ile çözümlenmeye çalışılmış, hakem kararlarında *Maffezini* kararında benimsenen görüş ile kaydın geniş yorumlanması esas alınmıştır.[105]

Yukarıda bahsi geçen hakem kararları arasındaki yorum farklılıkları, emsal karar doktrinin benimsenmesi ile birlikte yatırım uyuşmazlıklarında tutarlılığın ve öngörülebilirliğin sağlanmasına yardımcı olacaktır. ICSID hakem heyetlerinin, diğer hakem heyetlerince verilen kararları değerlendirilmesi gerekip gerekmediği pek çok kez tartışılmıştır. Nitekim Kaufmann- Kohler mütalaasında bu bakımdan yatırım tahkimi yargılamasında hakem heyetlerine yüklenmiş olan görevin çok geniş bir yelpaze olduğunu belirtmiştir.[106] Yatırım tahkiminde emsal kararların yeri ve önemine ilişkin olarak netlik kazanmış bir

---

102 Enron Corporation and Ponderosa Assets, l.P. v. Argentina Republic, ICSID No. ARB/01/3.

103 Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID No. ARB/97/7.

104 Siemens A.G. and The Argentina Republic, ICSID No. ARB/02/8.

105 Ayrıca bkz. Egli, Gabriel: Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bileteral Investment Treaties:A Turning Point, *International Arbitration Law Review*, 2005 <http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf > Erişim: 20.03.21, Fietta, Stephan: Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bileteral Investment Treaties: A Turning Point?,*International Arbitration Law Review*, 2005 <http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf > Erişim: 20.03.21.

106 Gabrielle Kaufmann- Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, The 2006 Freshfields Lecture Arbitration International, vol.23, no.3, 2007, s. 375.

düzenleme veya uygulama bulunmamaktadır.[107] Hal böyle iken, yabancı yatırımcıların çıkarlarının korunmasının temel amaç edinildiği uluslararası yatırım hukukunda, yatırım uyuşmazlıkları bakımından emsal karar uygulamasının henüz tam olarak etkili olmaması, bunun yanı sıra temyiz mekanizmasının öngörülmemiş olması, kararlardaki yorum farklılıklarına ve gri alanların mevcut olmasına neden olmaktadır.

Hakem kararları arasında yeknesaklık bu kapsamda sağlanamamakla birlikte, bu husus yıllardır doktrinde tartışılan bir mesele olmuştur.[108] Nitekim UNCITRAL bünyesinde yer alan III numaralı Çalışma Grubundaki bazı delegelerin, kararlar arasında tutarlılık olmadığı bu nedenle temyiz mekanizmasının kurulması gerektiğine ilişkin önerileri mevcuttur. Bu öneriler tez çalışmasının ikinci bölümünde tartışılacaktır.

D. Tahkim Yargılamasında Tahkim Giderlerinin Yüksek Olması

Tahkim giderleri, tahkim yargılamasının devam edebilmesi için gerekli olan tüm harcama kalemlerinin bütününü ifade etmektedir.[109] Geniş anlamda yargılama giderleri yargılama harçları ve dar anlamda yargılama giderleri olmak üzere iki ana kısımda incelenmektedir. Geniş anlamda yargılama giderleri yargılama harçları ve dar anlamda yargılama giderleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yargılamada yapılan masraflardan, harçlar dışında kalan kısmı dar anlamda yargılama giderlerini oluşturmaktadır. Ayrıca Türk hukukunda tahkim yargılamasına ilişkin yargılama giderleri 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm altına alınmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan tahkime ilişkin yargılama giderleri ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkime ilişkin yargılama giderleri aynı olmakla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda "Hakem Sekreterliği Ücreti" kavramının yer al-

---

107 Bryan Garner, The Law of Judicial Precedent St. Paul Minn, Thomson Reuters 2016, s. 9-10.

108 Bkz. Reed Lucyy, Christine Sim, Nus Centre For Internatıonal Law Collectıon Of Artıcles On An Appellate Body In ISDS, *ICSID Review 2017*, Vol.32 No.3, s.691-695, Albert Van Den Berg, Appeal Mechanism for ISDS Awards, Interaction with the New York and ICSID Conventions, *ICSID Review 2019*, C.34, S.1, pp. 156- 189.

109 Arslan/ Taşpınar/Hanağası, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2018, s. 79.

madığı görülmektedir.[110] Hakem ücreti, bu sözleşmesinin niteliği gereği vekalet akdinden kaynaklanan ve bu akitten doğan bir ücrettir.[111] Hakem sekreterleri ise hakem kurullarının yargılama faaliyetlerini yürütebilmeleri için çalışan kişilerdir. Hakem sekreterlerinin ücretleri genelde hakem kararında belirtilmektedir. Hakem sekreteri ücretleri de hakem yargılamasında yargılama giderlerinden sayılmakta olup, taraflar bu ücreti ödemekle yükümlüdürler. Bununla birlikte, yatırım tahkiminde tahkim giderlerinin dört ana başlıkta incelendiği görülmektedir: hakem ücretleri ve tahkim örgütlerinin almakta olduğu giderler, taraf vekillerine verilen ücretler, bilirkişi ücretleri ve duruşma masraflarıdır[112]. Pek çok davada hakem heyetleri kendi takdir yetkilerine dayanarak, tarafların yargılama masraflarını kendilerinin karşılaması gerektiğine karar vermiş iken; bazı hakem kararlarında hakem kurulları kaybeden tarafın tüm masraflara katlanması gerektiğine karar vermiştir.[113]

Tahkim yolu ile uyuşmazlığın dava sürecine nazaran daha hızlı sonuçlanması ve tahkim yargılamasının esnek ve daha özel usullere tabi olması bu usulün tercih sebeplerinden biridir. Günümüzde özellikle uluslararası ticari ilişkilerin çok yönlü ve taraflılığı tahkim yargılamasında dava sürecinin uzamasına neden olmuştur. Bu durum tahkim giderlerinin git gide artması ve tahkim yargılamasının tercih edilmemesine sebep olmaktadır. Milletlerarası tahkimin bu nedenlerden ötürü itibar kaybetmemesi ve ortaya çıkış amaç ve hedeflerinden sapmaması için pek çok ülke tahkim yargılama giderlerinin ve mas-

110 Bkz. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 16/B.

111 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.12.1969T,110/866E.Bu kararda hakemle taraflar arasındaki ilişki vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir.

112 Aceris Law LLC, How to Reduce the Overall Cost of Investment Treaty Arbitration to Less than USD 1 Million, 13.10.2019 < https://www.acerislaw.com/how-to-reduce-the-overall-cost-of-investment-treaty-arbitration-to-less-than-usd-1-million/ > Erişim: 15.06.21.

113 "Masraf vakayı takip eder." (Cost follows the event) kuralı gereğince hükmedilen hakem kararlarından bazıları için bkz. Plama Consortium Limited v. Bulgaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No: ARB/03/24, 27 Ağustos 2008 Tarihli Karar, Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, 13 Mayıs 2009 Tarihli karar, Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, 4 Temmuz 2010
Tarihli Karar, Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, 2 Eylül 2011 Tarihli Karar.

raflarının azaltılması amacıyla reform çalışmalarına başlamıştır. UNCTAD 2020 Dünya Bankası Raporuna göre, yatırım tahkimi maliyetleri en yüksek seviyeye ulaşmış durumdadır.[114]

ICSID'in 1 Temmuz 2020 tarihi itibariyle açıklamış olduğu rakamlara göre, ICSID hakem heyeti üyeleri ve arabulucular, ICSID yargılamaları ile ilgili olarak katılmış oldukları toplantılar dolayısıyla günlük 3,000 dolar tutarında ücret alma hakkına sahiptirler.[115] Bunun yanı sıra tahkim yargılaması sonucu Merkezin almakla yükümlü olduğu tutar da çok yüksektir. Yine yatırım uyuşmazlıklarının görüldüğü UNCITRAL Tahkim Kurallarının 41. maddesine göre, hakem ücretleri uyuşmazlık konusu dava değeri, taraflar ve harcanan süre göz önüne alınarak makul bir değerde belirlenmelidir. Uygulamada ise hakem ücretleri genel olarak ICSID gibi tahkim örgütlerinin ücret tarifelerine atıfta bulunarak belirlenmektedir.

ICSID hakemlerin ücretlerine ilişkin olarak "Hakemlerinin Ücret ve Masrafları Hakkında Bildiri" (*Memorandum on the Fees and Expenses*) yayınlamıştır.[116] Buna göre, gündelik ücretler, hakemlerin normal ikamet yerlerinin dışında yaptıkları masrafların bedeli olarak ödenmektedir. Bu kapsamda gündelik maliyetler yüksek maliyetli şehirlerde artacaktır. Bunun yanı sıra, yolculuk giderleri ise hakem heyetinin yapacağı toplantılara katılma nedeniyle seyahat masrafı kalemlerinden oluşmaktadır. Bu kalemleri tahkim yargılamaları bakımından değerlendirdiğimizde, ICSID nezdinde görülen davalar incelendiğinde hakemler için ödenen ücretin ve taraf vekillerine ödenen ücretlerin çok yüksek olduğu görülmektedir. Örneğin, İç Kale v. Türkmenistan[117] davasında Türkmenistan taraf vekillerine 7100000 dolar tutarında vekalet ücreti ödemiştir.[118] Bunun yanı sıra bu dava sonucu hükmedilen yargılama gideri toplamda 9, 262.000 olmuştur. Bir başka örnek olarak,

---

114 UNCTAD World Investment Report 2020 < https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_en.pdf > Erişim: 7.3.21.

115 Schedule of Fees,1 Temmuz 2020 < https://icsid.worldbank.org/services/content/schedule-fees > Erişim: 8.3.21.

116 Memorandum on the Fees and Expenses, 6.7.2015 < https://icsid.worldbank.org/services/content/memorandum-fees-expenses > Erişim: 13.06.21.

117 İç Kale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan, 8.3.2016, < https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf > Erişim: 13.06.21.

118 İç Kale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan, 8.3.2016, < https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf > Erişim: 13.06.21, s. 139.

Yukos Limited v. Russian Federation[119] davasında dava sonucu hükmedilen vekalet ücreti 79,628,055.56 USD olmuştur.

Maliyet ve giderlerin çok yüksek olmasından dolayı, yatırım uyuşmazlıklarında kaybeden tarafın zararını tazmin etmesi aşamasında birtakım zorluklar yaşanmaktadır. Bu kapsamda tahkim yargılamasında gider çok yüksek olduğundan tahkim usulü tercih edilmemekle birlikte, taraflar yatırım tahkimi yargılamasına başvurmaya çekinmektedirler. Bu aşamada çok taraflı bir mahkemenin kurulması ile birlikte yargılama giderleri kalem kalem belirlenmiş olacak ve bu sorunların önüne geçilebilecektir.

E. Tahkim Yargılamasında Zararın Hesaplanmasındaki Zorluklar ve Yüksek Tazminat Bedelleri

1.Maddi Zararlar Bakımından

Ev sahibi devletlerin ekonomik olarak etkilenmiş olması ve ICSID tahkimindeki tahkim yargılamaları sonucu yüksek meblağda tazminat ödemek zorunda kalmaları yatırım tahkiminin tercih edilmemeye başlaması sonucunu doğurmuştur.

Uluslararası tahkim yargılamasında zararın hesaplanması yasal ve olgusal gerçekler açısından oldukça karmaşık bir süreç olabilmektedir. Tazminat yaptırımının uygulaması açısından en büyük zorluklardan biri de miktarının hesaplanması veya değerlendirilmesi bakımından kendini göstermektedir.[120] Hukukun genel prensipleri bakımından zarar kaleminin hesaplanması nedensellik kavramına dayanmakla birlikte, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti gereklidir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından tahkim uygulamalarında zararın değerlendirilmesi ise özellikle para ile ölçülebilen kararlarda telafi edici bir yöntem olmakla birlikte hakem heyeti farklı

---

119 Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 226; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, PCA Case No AA 227; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 228, s. 576.

120 Christoph Schreur, Principles of International Investment Law, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 3.

iş olanaklarının sağlanması, işletme lisansının verilmesi veya sözleşme müzakerelerinde bulunmaya zorlama gibi hükümlere de karar verilebilmektedir.[121] Tahkim yargılaması sonucunda hükmedilen tazminat maddi, manevi ve eski hale getirme taleplerini kapsamaktadır. Tazminatın ödenmesi *Chorzow* kararına göre, bir anlaşmanın ihlaline uygun şekilde tazmin edilme zorunluluğu doğuran bir prensiptir.[122] Bu prensip kapsamında Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan "Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilleri" başlıklı metnin 31. Maddesine göre, devletler uluslararası hukuka aykırı olarak işledikleri fiillerden kaynaklanan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdürler.[123] Aynı metnin 34. Maddesine göre ise, uluslararası hukuktan kaynaklanan zarar eski hale getirme, tazminat ve tatmin şeklinde tek tek veya birlikte üç ana kalemden oluşmak zorundadır.[124] Eski hale getirme, maddi zararların hasar oluşmadan önceki hale getirilmesi anlamına gelmektedir.[125] Tazminat yolları ise, hesaplanabilen zararlar bakımından eski hale getirilemeyen talepler açısından geçerli olmaktadır. Tatmin ise, ekonomik olarak hesaplanamayan, sıklıkla sembolik bir biçimde devletlere karşı hasarların tazmini içeren bir yöntemdir. Uluslararası tahkim yargılaması bakımından zararın değerlendirilmesinde en önemli yaptırımlardan birisi de mağdur tarafın gördüğü zarardan dolayı hesaplanan kayıpların tam tazminidir.[126] Uluslararası hukuk bakımından yatırımcılara tazminat ödenmesi temel bir yaptırım niteliğinde olmasının yanında karşılaştırmalı zarar hukukunda da özellikle sözleşmele-

---

121 Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/ < https://www.italaw.com/cases/508 > Erişim: 11.03.21.

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

123 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, United Nations, Art 31 < https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf > Erişim: 10.03.21.

124 Jarrod Wong, The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, Colombia FDI Perspectives, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues By The Vale Columbia Center On Sustainable International Investment No. 88, 4 Şubat 2013, s.1.

125 Jarrrod Wong, The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, Colombia FDI Perspectives, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues By The Vale Columbia Center On Sustainable International Investment No. 88, 4 Şubat 2013, s.1.

126 The Lex Marcetoria (Old anad New) and the Trans-lex Principles, Principle No. VII.3.2. Calculation of Damages < https://www.trans-lex.org/948500/_/calculation-of-damages/ > Erişim:11.03.21.

rin ihlalinden kaynaklı zararın hesaplanması açısından kullanılan bir yaptırım türüdür.

Yukos Universal Ltd v. Russian Federation[127] davasında Yukos şirketi Enerji Şartı Anlaşmasının 10. Maddesine dayanarak âkit devletin âdil ve hakkaniyete uygun muamele standardı ile eşitlik esaslarını gözetmediğini iddia ederek, uğramış olduğu kayıplardan dolayı Rusya Federasyonu'ndan, bir tahkim yargılamasında bugüne kadar istenilen en yüksek tazminat bedeli olan 114 milyar Doları talep etmiştir. Yüksek meblağda tazminat talep edilmesi ise tahkim yargılamasının tercih edilmemesine neden olmaktadır. Hakem heyeti yargılama sonucu 50020000 Dolar tazminata hükmetmiştir, bu rakam görüldüğü üzere çok yüksektir. Maliyetlerin çok yüksek olması, yabancı yatırımcıların karşısında büyük bir engel olarak görülmüş olup, bu konu yabancı yatırımcıların hukuki dinlenilme hakkını engelleyen bir durum olarak görülmektedir.[128]

2. Manevi Zararlar Bakımından

Manevi zarar sübjektif bir nitelik arz ettiğinden, yargılamalar bakımından hesaplanması güç bir unsur olabilmektedir. Bazı uyuşmazlıklarda maddi manevi tazminat ayrımına ilişkin değerlendirmelerin, önceki tarihli hakem kararları değerlendirilerek belirlendiği görülmektedir. *Desert Line Project LLC v. Yemen Cumhuriyeti*[129] kararında hakem heyeti davacı yatırımcının çalışana verdiği psikolojik zararın davalı ev sahibi Silahlı Kuvvetlerinin baskı, tehdit ve kötü muamelesinden kaynaklandığını, anılan hukuka aykırı fiillerin ev sahibi devletin saygınlığını, itibarını zedelediği sonucuna varmıştır. Böylece hakem heyetini davacı yatırımcının talebi kapsamında, manevi tazminata hükmetmiş ve bu talep yatırım uyuşmazlıkları bakımından manevi tazminata

127 Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 226; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, PCA Case No AA 227; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 228.

128 Report of the SRSG, Business and Human Rights: Further Steps Towards the Operationalization of the 'Protect, Respect and Remedy' Framework A/HRC/14/27, paras 20–23, 2010, < https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Reports.aspx > Erişim: 8.3.21.

129 Desert Line Projects v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/0/17.

hükmedilmesinin ilk örneği olmuştur. *Europe Cement v. Turkey*[130] davasında, Türkiye devleti sahte dokümanları içeren iddialar nedeniyle zarar gördüğü gerekçesiyle manevi zarardan dolayı Türkiye Cumhuriyeti devletinden manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Bu davada *Desert Line Project LLC v. Yemen Cumhuriyeti* kararına atıf yapılmış, Türkiye Cumhuriyeti sahte dokümanları içeren iddialar nedeniyle manevi olarak zarar gördüğü ve davacının yatırımcı sıfatına haiz olmadığı halde kötü niyetle dava açtığı gerekçesiyle tazminat talep etmiştir. Hakem heyeti davada yetkisizlik kararı vermiş ve manevi tazminat talebini reddetmiştir.

Yine *Cementownia v. Turkey*[131] davasında da hakem heyeti davacı Cementownia'nın anılan şirketlerde hissedar olduğuna ilişkin geçerli bir delil sunamaması nedeniyle davacının gerçek dışı iddialar ile açtığı dava yoluyla yatırımcı sıfatını kazanmaya çalıştığı sonucuna varmıştır. Ancak yine *Europe Cement v. Turkey* davasında olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin manevi tazminat talebini reddetmiştir. Görüldüğü üzere yatırım tahkimi alanında manevi tazminat, yatırımcılar tarafından olduğu kadar, ev sahibi devlet tarafından da farklı nedenlerle talep edilebilmektedir. ICSID Konvansiyonu kapsamında hakem heyetlerinin manevi tazminata hükmetmeleri çok istisnai bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan aslında yatırım uyuşmazlıklarında denge gözetimi hususu üzerinde durmak gereklidir. Yukarıdaki mahkeme kararları incelendiğinde, yabancı yatırımcıların talep etmesi halinde manevi tazminat isteminin kabul edildiği görülmektedir. Buna karşılık ev sahibi devletlerin talep etmesi durumunda, manevi tazminat istemi reddedilmektedir. Bu noktada denge gözetimi bakımından düşünüldüğünde, sistemin ne kadar yabancı yatırımcılar lehine olduğu aşikardır. Nitekim hem *Europe Cement* ve hem de *Cementownia* kararlarında manevi tazminat talebinde bulunan ev sahibi devlet Türkiye'nin talebi reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere sistem salt yabancı yatırımcıları korumak üzere bir senaryo öngörmektedir. Yatırım uyuşmazlıkları çerçevesinde, egemenlik hakkına sahip olan ev sahibi devlet karşısında yer alan yatı-

130 Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2.

131 "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2.

rımcının korunması söz konusu olmakla birlikte, yatırımcıların bunu kötüye kullanması da mümkündür. Yatırımcıların yatırım tahkimi yargılamasında sunulan imkanları kötüye kullanması, tahkim yargılamasına ait masrafların hangi tarafça karşılanacağı konusunda bir kesinlik olmaması ve bu hususun hakem heyetinin takdirine bırakılmış olması, hakem heyetlerinin çok yüksek meblağda tazminata hükmetmesi gibi hususlar nedeniyle pek çok konuda eleştiriye uğramaktadır. Avrupa Birliğinin hazırlamış olduğu taslak metne göre, uluslararası yatırım mahkemesinin kurulması her koşulda hakem masraflarını düşürecektir. Tahkim yargılamasındaki zorluklar açısından daimî bir mahkemenin kurulması bu giderleri azaltacaktır. Ayrıca uzman bilirkişi ataması tarafların isteği doğrultusunda gerçekleştiğinden, her durumda uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi uzman bilirkişilere başvurulması söz konusu olamamaktadır. İşte tahkim yargılamasında taraflarca uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olan uzman bilirkişinin atanması ve bilirkişi atama süreci yargılama ücretlerini arttırmaktadır.[132] Daimî bir mahkemenin kurulması ile birlikte tarafların isteği doğrultusunda atanan bilirkişilerin atanma süreci belirli prosedürlerle ve düzenlemelerle hüküm altına alınmış olacaktır. Çok taraflı bir mahkemenin kurulması bu bakımdan da tahkim yargılaması maliyetlerinin düşmesini sağlayacaktır.

Yatırım tahkimi yargılamasındaki uyuşmazlıklarının değerinin çok yüksek olmasından dolayı, taraflar, başvuru giderleri başta olmak üzere yargılama giderlerini karşılamakta yukarıda detaylıca işlendiği üzere güçlük yaşayabilmektedirler. Bu zorluğa karşı uygulamada çözüm olarak yargılamaya dava konusu ve taraflarından bağımsız bir üçüncü kişinin finansman sağlaması yolu öngörülmüştür.[133] Nitekim

---

132 Gabriel Bottini, Julien Chaisse, Aznar, Marko Titi Facundo Pérez, Excessive Costs and Recoverability of Cost Awards in Investment Arbitration, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/9, 17 September 2019, para. 2.1.3, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union and its Member States, UN document A/CN.9/WG.III/WP.159 Add.1, para.52., 4.3. Duration and Costs < http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 > Erişim: 13.03.20, s.11.

133 Bkz. S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13, Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia, ICSID Cases No. ARB/05/18, ARB/07/15, 3 March 2010, Ata Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/08/.

bu yöntem uluslararası yatırım tahkiminde giderek kullanılan bir finansman ve fon oluşturma yöntemi olmuştur. Tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi halinde, üçüncü kişiler tahkim yargılaması giderlerini ödemekte bunun karşılığında hakemler tarafından karara bağlanan tazminatın belirli bir kısmına hak kazanmaktadırlar. Nitekim bu durum doktrinde tahkim anlaşmasının nisbiliği karakterine getirilen yasal bir istisna olarak ele alınmaktadır.[134] Ayrıca üçüncü kişilerin yargılamaya katılımının yatırımcıların mahkemeye erişim hakkının kullanılmasına katkı sağladığı ifade edilmektedir[135]. Ancak uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi, tahkim yargılaması bakımından hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, gizlilik gibi konularda sorun yaratabilecek olup, bunun yanı sıra kanunlar ihtilafı açısından uygulanacak hukuk ve tenfiz problemlerine sebep olabilecektir.[136] Bu açıdan yatırım tahkimi masraflarının yüksek olması, yargılamanın işleyişi bakımından bu gibi prosedürlere başvurulması aşamasında da problemler yaratacaktır. Bu nedenle çok taraflı yatırım mahkemesinin kurulması tahkim yargılamasındaki bu problemin de aşılmasına vesile olacaktır.

F. Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin Sorunlar

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı bireylerin adil bir şekilde yargılanması ve adil bir karar verilmesinin ön koşuludur.[137] Hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi adil yargılanma ilkesinin ve hukuki dinlenilme hakkının etkin bir biçimde işletilmesine bağlıdır. Hakemlerin milletlerarası yatırım tahkimi süreci boyunca tarafsız ve bağımsız olması gereklidir. Farklı kültürel, ticari ve hukuki anlayışa sahip iki ta-

---

134 Emre Esen, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2008 < http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43378.pdf > Erişim:14.03.21, s.12.

135 Yusuf Çalışkan, Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3 < https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333874 > Erişim:14.03.21, s.648.

136 Çalışkan, Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı, s. 658.

137 Von, Friedrich Graf Westphalen, Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 14 Şubat 2009, Tahkim, Ed. Doç. Dr. Erol Ulusoy, Av. Aslı Yıldırım, TMSF, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 379.

rafın aralarındaki uyuşmazlığın kendi seçtikleri hakemler tarafından, kendi iradelerine dayanan özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yargılaması yoluyla çözülmesi sürecinde taraflar kendi anlayışlarına uygun bir hakem tayin etmek isteyebilirler.[138] Ancak tahkim yargılaması da bir yargılama faaliyeti olduğundan, hükmün hukukun temel ilkelerinin gözetildiği adaletli bir yargılama sonucu verilmesi gereklidir. Hakem heyetinin vermiş olduğu hüküm, mahkeme kararı ile aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır. Hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı hakemlerin yetkilendirildiği günden başlayarak kararın verildiği tarihe kadar olan süreci kapsamaktadır.

Bunun yanı sıra, benzer hükümler kurumsal tahkim kurallarında da yer almaktadır. ICC Tahkim Kuralları[139], London Court of International Arbitration Tahkim Kuralları[140] gibi pek çok uluslararası tahkim örgütü hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 11. maddesine göre, hakem olarak atanacak kimse, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda herhangi şüphe yaratacak bir durum söz konusu ise, bu durumu derhal açıklamakla yükümlüdür.[141] Ayrıca UNCITRAL Tahkim Kurallarında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık kurallarına riayet etmemesi, hakem kararının iptali sebeplerinden sayılmıştır.[142] Yine ICSID Tahkim Kurallarının 6. maddesine göre her hakemin ilk duruşmada ya da duruşma esnasında Konvansiyonda belirtilen haller dışında, hiçbir kimseden yardım almayacağına ve bu kapsamda tarafsız ve bağımsız karar vereceğine dair yazılı bir beyanda bulunması gereklidir.[143] Bu beyana ve yargılamanın tarafsız ve bağımsız yürütülmesi ilkesine aykırı hareket edilmesi durumunda ise ICSID hakem kararının iptali söz konusu olacaktır.[144]

---

138 Doak Bishop,Lucy Reed, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, Arbitration International, V. 14, N. 4, 1998, s. 428. Ayrıca bkz. Ergin Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, MHHB, C.3, S.1.

139 ICC Rules of Arbitration 2021, Art. 21.

140 London Court of International Arbitration Rules, Art.14.

141 UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013), 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf > Erişim: 28.08.20.

142 UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 11.

143 ICSID Tahkim Kuralları, Rule 6.

144 Rudolf Dolzer Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press 2012, s. 978.

Ayrıca tarafların eşitliği ilkesine riayet etmeyen, temel hukuk normlarına aykırı bir hakem kararının, tenfiz yeri ülkesi hukukuna göre tenfiz engeli ile karşılaşacağı da açıktır. Örneğin Türk hukukuna göre, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakemlerin reddi hükümleri arasında yer almakta olup, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/C ve 7/D maddelerinde hükme bağlanmıştır.[145] Hakem heyeti üyelerinin bu kapsamda tarafsız ve bağımsızlık kuralına aykırı davranması bir iptal sebebi olmakla birlikte, bu konuya ilişkin kesin kanıtların olup olmadığına bakılır.[146]

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı pek çok yatırım tahkimi yargılaması bakımından tartışmalı bir husus olmuştur. Hakemlerin daha önce benzer konudaki veya tahkim yargılamasındaki taraflar ile ilgili bir yargılamada karar vermiş olması, uyuşmazlık konusu hakkında yazılmış bir makalesinin mevcut olmasının bu hususu etkileyip etkilemeyeceği tartışılmıştır. Bu konuda verilmiş hakem kararları incelendiğinde, bu hususların hakemlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilemeyeceği kanaatine varıldığı görülmektedir.[147]

Yine *ICS v. Argentina*[148] davasında Arjantin, hakem olarak Mr. Alexandrov'un atanmış olmasına, Mr. Alexandrov'un hukuk bürosunun Arjantin'e karşı açılan başka bir davada[149] karşı tarafın danışmanı

---

145 Bkz. Süheyla Balkar, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, İstanbul, 2016, Kalpsüz, Turgut, Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2008, Didem Kayalı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Ankara, 2015.

146 Indonesia. Amco Asia Corporation, others v. Republic of Indonesia, (ICSID Case No. ARB/81/1) davasında, hakemlerden birinin davacı taraf ile iş ilişkisi olduğu iddiasında bulunulmuş olup, hangi durumların hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına halel getireceği haller üzerinde tartışılmıştır. Hakem heyetinin kararına göre, bu konuda ticari tahkim kararlarındaki ispat şartlarına başvurulması yol gösterici olacaktır.

147 Bernardi Piero, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, 15.09.2015 < https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012970223709030bernardini_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf > Erişim: 24.12.20, s.12. Ayrıca bkz. Amco Asia Corporation and others v. Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1) tahkim yargılamasında taraflardan biri karşı tarafın hakemlerden birinin davacı tarafla ortak hukuk büroları olduğunu ileri sürerek, hakemin tarafsız ve bağımsız karar veremeyeceğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti bu konuda kesin delillerin mevcut olmadığını ileri sürerek, talebi reddetmiştir.

148 ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov December 17,2009.

149 Compania de Aguas del Aconqu Se and Vivendi SA v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3.

olduğundan dolayı itiraz etmiştir. Hakem heyeti Arjantin hükümetinin hakem ataması hakkındaki endişelerini haklı buldu ve itirazı kabul etmiştir. UNCTAD Dünya Bankası Raporuna göre, ICSID kararlarında karar veren hakemlerin daha önce yatırımcıların vekillik görevini üstlenmiş olmasının tarafsız ve bağımsızlığı zedeleyen önemli bir engeldir.[150]

Görüldüğü üzere yatırım uyuşmazlıklarında, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı menfaat çatışmasından kaynaklı olarak pek çok kez itiraza konu olmuştur. Nitekim tüm hukuki düzenlemelere rağmen, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlık sorunlarının tam olarak bir çözüme ulaşmadığı görülmektedir.

Tahkim yargılamasında irade serbestisi ilkesi gereği taraflar yargılamadaki hakemleri kendileri belirlemektedir. Bu husus taraf menfaati açısından bazı yönlerden olumlu olmakla birlikte, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda birtakım güçlükler doğurabilmektedir. Bir çalışmaya göre, açılan 150 davanın 34'ünde muhalefet şerhi mevcuttur. Bu muhalefet şerhlerinin 34'ü kaybeden tarafça seçilen hakemlere aittir. Yine başka bir çalışmada ise yatırım tahkimi yargılamalarında baş hakemlerin muhalefet şerhi düzenlediğinin çok nadir görüldüğü sonucuna ulaşılmıştır.[151] Hakemlerin taraflarca atanması tahkim yargılamasının benzersiz özelliklerden birisi olsa da doktrinde taraflarca atanan hakemlerin atandıkları tarafı savunma iç güdüsüne sahip olabilme tehlikesinin var olduğu çokça kez ifade edilmiştir.[152]

Sonuç olarak hakemlerin ICSID Konvansiyonunun 14. maddesinde yer alan gereksinimler bir yana, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerinin temeli aslında bağlayıcı hükümlere dayanmamaktadır. Örneğin Uluslararası Barolar Birliği (IBA) Tahkim Komitesinin çıkarmış olduğu

---

150 UNCTAD World Investment Report, Towards a New Generation of Investment Policies, 2012, 88 < https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012_embargoed_en.pdf > Erişim: 22.02.20.

151 Van Den Berg, Albert Jan, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, s. 824.

152 Chiara, Giorgetti, Independence and Impartiality of Arbitrators in Investor-State Arbitration: Perceived Problems and Possible Solutions, 4 April 2019, < https://www.ejiltalk.org/independence-and-impartiality-of-arbitrators-in-investor-state-arbitration-perceived-problems-and-possible-solutions/ >Erişim: 26.02.20.

Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri mevcuttur.[153] Bu ilkeler iki bölümden oluşmakta olup, ilk bölümde hakemlerin tarafsızlık, bağımsızlığını koruyucu hükümler yer almaktadır. İkinci bölümde ise, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları konusunda şüphe uyandıracak vakıalar gruplara bölünerek bir liste halinde sayılmıştır. Bu kuralların amacı, hakemlerle ilgili olarak doğabilecek menfaat çatışması hususunda emredici hukuk kurallarının, mesleki kuralların yerini almak değildir. Kılavuz ilkeler, hakemlerin dürüstlük kaidelerini uygun hareket etmelerini sağlamak ve tahkim yargılamasının temel hukuk kurallarına göre yürütülmesini hedeflemektedir. Kılavuz ilkeler, hakemlerin görevi kabul ettikleri andan, nihai kararın verildiği ana kadar tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Kılavuz ilkelere göre hakemlerin menfaat çatışması durumunun varlığı halinde görevi reddetmesi ya da çekilmesi gerektiğine, hakemlerin kendisinin tarafsızlığına veya bağımsızlığına şüphe düşürecek hallerde bu durumu ifşa etme yükümlülüğü olduğuna, menfaat çatışmasının kabul edilebilir seviyede olması halinde tarafların feragat edebilmelerine, tarafların ve hakemlerin konuya ilişkin genel olarak yükümlülüklerini düzenlemiştir.[154]Ancak bu kurallar taslak kılavuz ilkeler olup, bağlayıcı değildir. Yine Milletlerarası Tahkimde Yargılamanın Etkili Bir Şekilde Yürütülmesi Hakkında Kurallar kısaca "Prag Kuralları" mevcuttur.[155] Prag kuralları, belge ibrazı, hakemlerin atanması, uzlaşma gibi usule ilişkin temel hususları düzenlemektedir. Bu Kurallar da bağlayıcı olmamakla birlikte, kılavuz ilkeler niteliğindedir.

Ayrıca III numaralı UNCITRAL Çalışma Grubu, Sekretaryadan, ICSID ile iş birliği halinde, bir kurallar taslağı hazırlamasını talep et-

153 Bkz. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 23 Ekim 2014 <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx > Erişim: 5.3.21. Uluslararası ticari tahkimde hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğüne ilişkin uluslararası düzenlemeler için ayrıca bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü,1.Baskı, İstanbul 2016, s. 87.

154 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 23 Ekim 2014 <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx > Erişim: 5.3.21, s. 6.

155 Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, 2018, < https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf > Erişim: 5.3.21.

miştir.[156] Bu çerçevede 12 Şubat 2021 tarihinde ICSID kurallarına ilişkin reform çalışmaları ile UNCITRAL III Çalışma Grubu ICSID ve UNCITRAL Sekretaryasınca ortak hazırlanan taslak etik kurallarını yayınlamıştır. Bu kurallarda da hakemlerin yatırım uyuşmazlıkları bakımından tarafsızlık ve bağımsızlıkları, çıkar çatışmaları, beyan yükümlülükleri, hakemlerin birden çok uyuşmazlıkta görev alması (*double hatting*) konusundaki sınırlamaları düzenlenmiştir.[157]

Görülmektedir ki, söz konusu kurallar bağlayıcı bir nitelik taşımamakla birlikte aydınlatıcı niteliktedirler. Ayrıca hakemlerin daha önce uyuşmazlık taraflarına ilişkin davalarda aynı zamanda tarafların vekili olması da yukarıda incelendiği üzere yargılamanın ilerlemesi açısından büyük sorunlara yol açmaktadır. Bu durum ise yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yollarının gelişimini büyük ölçüde etkileyecek olup, yargılama açısından adaletin inkarına (*denial of justice*) neden olabilecektir. Bu açıdan çok taraflı yatırım uyuşmazlığı sistemi kurma fikrinin hayata geçirilmesi ile birlikte, yargılamada tarafsız ve bağımsız atanan bu konuda uzman hakimler görevli olacaktır.

G. Yatırım Tahkimi ve İnsan Haklarına, Çevreye, Kültüre, İklim Değişikliklerine İlişkin Diğer Mülahazalar

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümündeki dengeler gereği her iki tarafa da eşit haklar sağlanması beklenirken, hakem kararlarına bakıldığında bazı durumlarda bu sistemin ev sahibi devletlere sınırsız bir yetki tanıdığı görülmektedir. Nitekim yabancı yatırımlar ev sahibi devletlerin gelişimi için tek araç olarak görülmemelidir. Ev sahibi devletler, kendi iç mevzuatlarında da yatırımcı lehine kurallar öngörmeli, bu kurallar ise hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hukuk kaidelerine aykırı olmamalıdır.[158] Ancak maalesef güncel yatırım hukuku

---

156 Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft code of conduct Note by the Secretariat 8-12 Şubat 2021< http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.201 > Erişim: 5.3.21.

157 Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor- State Dispute Settlement, Mayıs 2020, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf > Erişim: 5.3.21.

158 Gun vas Harten, Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, The European Journal of International Law, C.17, S.1, s.123, Jalacuse, Weswald: Toward a Global Treaty on Foreign Investment: The Se-

sisteminde, ev sahibi devletlerin egemenlik yetkilerini sınırsız bir şekilde kullandıkları görülmektedir. Örneğin pek çok hakem kararında ev sahibi devletlerin yatırım dışı yükümlülükleri noktasında başta ICSID tahkiminde insan hakları ve çevresel yükümlülüklerin tartışıldığı görülmektedir.[159] Belirtilmelidir ki, çevreyi koruma görevi devletlerin egemenlik yetkilerini kullanırken gözetmeleri gereken uluslararası bir yükümlülüktür. Çevresel sorunların büyüklüğü, karmaşıklığı ve çok boyutlu olması ulusal alanda yürütülen politikalar bu sorunların çözümünde tek başına yeterli olmamakla birlikte, çevrenin korunması amacı ile uluslararası alanda yargılama faaliyeti yürütülürken bu kaidelere özen gösterme zorunluluğu doğmuştur.[160]

Uluslararası yatırım tahkimi, klasik ticari tahkimden farklı olarak bazı noktalarda farklılıklar arz etmekte olup, bu sebeple verilen hükmün sonuçları, uluslararası ticari tahkimde olduğu gibi sadece tarafları etkilememektedir. Bu sistem taraflar dışında ev sahibi devletlerin kamulaştırma politikaları ve idari düzenlemeleri gibi geniş bir etkiye sahiptir. Örneğin, Güney Afrika'nın ekonomik bakımdan daha önceki rejimin uygulamaları sebebi ile dezavantajlı bir konumda bulunan ve nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan siyahi nüfusun ekonomik açıdan iyileştirilmesini öngören düzenlemesine karşı İtalyan yatırımcının ICSID'e başvurması verilebilmektedir.[161] Gerçekten de ICSID yargılamasına konu teşkil eden yatırımlara bakıldığında çoğu zaman su, baraj, yol yapımı, enerji tedarik, telekomünikasyon gibi ev sahibi devletlerin temelde kamu hizmetlerine yönelik olduğu görülmektedir. Bu nedenle hakem heyetlerinin insan hakları ihlalleri iddialarına karşı nasıl bir yol izledikleri önem kazanmaktadır. Doktrinde hakemlerin karar verirken insan hakları ihlallerini, kendi otonom yetkilerini bozmaya yönelik bir girişim olarak görmekte oldukları ifade edilmekte-

---

arch for a Grand Bargain in N. Horn, (edn.), Arbitration Foreign Investment Disputes, 2004, s. 68.

159 Phillip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL PCA No. 2012-12.

160 Hüseyin Pazarcı, Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk, Fehmi Yavuz'a Armağan, Ankara 1983, s.201.

161 Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF) 07/1. Karara karşı davacı davayı geri çekmiş ve hakem heyeti usuli bir değerlendirme yapmıştır. Hakem heyeti esastan bir inceleme yapmamış olsa da bu karar yatırım tahkiminin etkilerinin bu denli geniş etkiler doğurabileceğini göstermektedir.

dir.[162] Nitekim genel olarak hakemler bu durumda kendilerini genellikle yetkisiz görmekte ve karar vermekten kaçınmaktadırlar.

Yatırım dışı yükümlülüklerin genellikle insan hakları ve çevre hukuku ekseninde karşımıza çıkması nedeni ile, yatırım tahkimi bakımından insan hakları hukukunun ne şekilde bir uygulama alanı bulabileceği önem kazanmaktadır. Doktrinde hakem heyetlerinin uygulayacağı Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının aslında uluslararası hukukun bir parçası olması sebebi ile, heyetlerin insan hakları hukukunu uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulayabilecekleri ifade edilebilmektedir.[163] Hakem heyetlerinin özellikle kamulaştırmanın ne olduğu ve kriterlerinin tespiti konusunda AİHM ve Amerika İnsan Hakları Mahkemesine başvurdukları görülmektedir. *Tecmed v. Mexico*[164] davasında İspanyol yatırımcı Meksika'da zehirli atıkların gömülmesini ve yok edilmesi işini icra eden yabancı şirkettir. Yatırımcı, lisansının yenilenmemesi üzerine Meksika aleyhine ICSID Merkezine başvurmuştur. Söz konusu işlemin, başta kamulaştırma olmak üzere İspanya- Meksika arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının çok çeşitli hükümlerini ihlal ettiği belirtilmiştir. Heyet, çeşitli AİHM vakalarına atıfla dolaylı kamulaştırmadan ve bunun şartlarından özellikle orantılılık ve kamu menfaati gibi kavramları açıklamaya çalışmıştır.[165] Yine *Saipem v. Bangladeş*[166] kararında yatırımcı, Bangladeş devletinin ICC tahkim yargılamasına çeşitli şekillerde müdahale ettiğini ve kamulaştırmaya konu olabilecek nitelikte bir mal olup olmadığı hususunda AİHM uygulamasına başvurmuştur. Nitekim, hakem heyeti AİHM'in duraksamaya yer olmadan olumlu cevap vermiş olmasını kendisi için yeterli görmüş ve karara uygun hüküm vermiştir.

Ev sahibi devletler bakımından yatırım dışı yükümlülüklerin ihlali kültürel çeşitliliklerin korunması bakımından da doğmaktadır. *Aguas*

---

162 Bruno Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? International and Comparative Law Quarterly, Vol.60, No.3, 2011, s. 573.

163 Aaken, Anne Van, Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection, Finish Yearbook of International Law, 2008, s. 104.

164 Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Case no. Arb (AF)/00/2.

165 Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Case no. Arb (AF)/00/2, s.122.

166 Saipem S.P.A. v. The People's Republic Of Bangladesh, ICSID Case No. Arb/05/07.

Del Tunari[167] davasında yatırım yapılan bölgede doğal ve kültürel varlıkların korunması kapsamında bazı ihlaller söz konusu olduğundan, bölgedeki kültürel çeşitliliğe zarar verildiği sonucuna ulaşılmış ve tazminata hükmedilmiştir[168]. Yatırım dışı yükümlülüklerin ihlali yapılan yatırımlar gerçekleştirilirken yabancı yatırımcı şirketlerin çocuk işçi çalıştırması bakımından da gündeme gelmiştir.[169] Bu kapsamda yatırım uyuşmazlıklarının kaynaklandığı pek çok uluslararası metinde de işçi haklarına ilişkin hükümlere yer verilmeye çalışılmıştır. Bu yolla yabancı yatırımların yapılması esnasında çocuk işçi çalıştırılması gibi birtakım ihlaller önlenmeye çalışılmıştır.

Phillip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia davasında ev sahibi devletin mevzuatında yer alan sigara ambalajlanması hakkındaki bir yönetmeliğin halk sağlığına zarar verip vermeyeceği tartışılmıştır. Yine 2009 yılında *Vatenfall v. Germany*[170] davasında, İsveçli şirket Vatenfall Hamburg Çevre Kurumu tarafından getirilen su kalitesi standartları ile ilgili olarak yapılan yatırımların sürdürülemez oldukları iddiasıyla ICSID'de dava açmıştır. Buna göre Alman hükümetinin çıkarmış olduğu regülasyon Enerji Şartı Anlaşmasının yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin hükümlerini ihlal etmekte olduğundan tazminat isteminde bulunmuştur. Yine 2012 yılında Vatenfall şirketi tarafından açılan başka bir davada[171], Alman hükümetinin Fukushima felaketi ile akabinde Alman hükümetinin 17 nükleer enerji santralinin faaliyetlerine 2011 yılı itibariyle son vermiş olmasına istinaden verilen karar uyuşmazlık konusu olmuştur. Bu santrallerin iki tanesini işleten Vatenfall şirketi uğradığı zarar nedeniyle tazminat talep etmiştir ve Alman hükümeti bu davanın sonucu olarak yatırımcılara çok yüklü bir tazminat ödemiştir. Ancak belirtilmelidir ki tam tersi bir görüşün benimsenmiş olduğu kararlar da mevcuttur. *Metaclad*

---

167 Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID case No ARB/02/3, 25.02.2002.

168 Sara Varantina Vadi, Cultural Heritage and International Investment Law: A Stormy Relationship, International Journal of Property 2008, s. 5.

169 Diller, J.W., Child Labor, Trade And Investment: Toward The Harmonization of International Law, The American Journal of International Law: notes and comments, C.4, S.91, s.692.

170 Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6.Ayrıca bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin İkili Yatırım Anlaşma Taslağı, *TBB Dergisi* 2013, C.107, s.154.

171 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No ARB/12/12.

Corporation v. The United Mexican States[172] kararında Meksika yasaları davacı yatırımcının ülkede tehlikeli bir atık tesisi işletmesini yasaklamıştır. Hakem heyeti ise çevrenin korunması bakımından önem arz eden bu kararın uygulanmasını yerinde bulmuştur.

Hakem heyetlerinin verdikleri kararlar incelendiğinde hakem heyetlerinin *Sole Effect* doktrini ile *Police Power* doktrinleri arasında denge kurarak karar verdikleri görülmektedir. *Sole Effect* doktrinine göre, idari işlem ya da hukuksal düzenlemenin ardında yatan amaç ne olursa olsun dikkate alınmaksızın düzenlemenin yatırıma zarar verip vermediğine bakılacaktır.[173] Bu görüşü savunan yazarlara göre, uyuşmazlıkta özel kanun hükmündeki ve doğrudan uygulanması gereken kural, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümleridir.[174] Hakem heyetinin bu yaklaşımı benimsediği *Metalclad v. Meksika*[175] kararında, Federal Meksika hükümeti yatırımcıya tüm şartları sağladığına dair bir güvence sunmuştur. Ev sahibi devletin yerel idari kuralları ise alanın, nadir görülen bir bitki türünün koruma alanı olması nedeni ile yatırımcının bu yapıyı yapmasına izin vermemiştir. Heyet, işlemin arkasındaki amaçla ilgilenmemiş, sadece işlemin yatırım üzerindeki etkisi ile ilgilenmiştir. Nitekim heyet, yatırımcının kısmen ya da tamamen yatırımının ekonomik beklentilerden mahrum kalıp kalmadığını incelemiş ve mahrum kaldığı sonucuna vararak, ev sahibi devlet aleyhine tazminata hükmetmiştir. *Police Power* doktrininde ise önemli olan işlemin yatırımın üzerindeki etkisi olmamakla birlikte, işlemin yapılma amacıdır. Bu doktrinin devletlerin yaptıkları idari işlemlere tepki olarak doğduğu ifade edilmektedir.[176] İki doktrin ışığında belirtilmelidir ki, öncelikle devletin düzenleme yapma yetki-

---

172 Metalclad Corporation v. The United Mexican States (Final Award) NAFTA Chapter 11 Panel Case No ARB
(AF)/97/1 3 August 2000.

173 Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

174 Catharine Titi, The Right to Regulate in International Investment Law, Nomos and Hart Publishing 2014, s. 6.

175 Ranjan, Prabhash, Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3) (c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay, Asian Journal of Law 2019, Vol 9, s.103, Ben Mostafa, The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law,Australian International Law Journal,Vol. 15, 2008, s.267.

176 Cathaerine Titi, Police Powers Doctrine and International Investment Law, Forthcoming in Andrea Gattini, Attila Tanzi and Filippo Fontanelli (eds) General Principles of Law and International Investment Arbitration, Brill, 2018, s. 2.

sinin bir sınırının çizilmesi ve bu yetkinin nerede başlayıp nerede bittiğinin belirlenmesi gereklidir.

Schreuer'e göre[177], hakem heyetinin kendisini ev sahibi devletin iç hukuku ya da uluslararası hukuk ile sınırlandırmaması gerekmektedir. Ev sahibi devletin iç hukukuna göre çözülecek bir meselede, hakem heyetleri uluslararası hukuka göre bu olayı çözümlemek durumunda değildir, uluslararası hukukta bu durumu yasaklayan bir kuralın mevcut olmaması yeterlidir. Ancak hakem heyetinin hüküm tesis edeceği karar, uluslararası hukukta bağlayıcı bir kurala aykırılık teşkil eder ise bu durumda iç hukuk kurallarına göre karar verilmemelidir. Ev sahibi devletin iç hukuk kurallarında yer almayan bir iddia, bağımsız bir dayanağı olmak şartı ile uluslararası hukuk bakımından ileri sürülebilecektir.[178] Bu bakımdan doktrinde halen tartışmalar devam etmekte olup, birtakım yazarlara göre uluslararası hukukun bu fonksiyonunun, iç hukukta yer alan kuralların herhangi bir *jus cogens* norma aykırılığının denetlenmesi şeklinde anlaşılması gerekmektedir.[179] İkinci görüşü savunan görüşe göre ise, her durumda uluslararası hukuk kaideleri üstün gelecektir.[180]

Dünyada yaşanan gelişmeler ile birlikte devletlerin ekonomiye müdahale şeklinin değişmesi sonucu günümüzde doğrudan kamulaştırma olgusuna rastlamak istisnai bir durum haline gelmiştir. Bu kapsamda hakem heyetlerinin doktrindeki bu iki görüşü dengeleyici bir görüş benimsemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak yatırım tahkiminde yatırım dışı yükümlülüklerin hakem heyetlerince nasıl değerlendirilmesi gerektiği hala muğlaklığını korumaktadır. Bu kapsamda yatırım mahkemelerinin kurulması ile birlikte ev sahibi devletlerin yatırım dışı yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde bir yeknesak bir uygulama sağlanacak ve yukarıda belirtilen ihlallerin önüne geçilecektir.

---

177 Schreuer/Malintoppi/ Sinclair, The ICSID Convention: A Commentary, Second Edition, Cambridge, University Press, 2009, s. 626 vd.

178 Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, s.941.

179 Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, s.941. KARŞ. Klöckner v. Republic on Cameroon Case, ICSID Case No. ARB/81/2.

180 Valentina Vadi., Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration, Netherlands Year Book of International Law, M. den Heijer and H. van der Wilt (eds.), 2015, s.382.

H. Yatırım Tahkimi Sürecindeki Paralel Yargılama Sorunları

Devletler arasında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasını amaçlayan iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımcı ve ev sahibi devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerin mevcuttur. Söz konusu hükümlerde, çoğunlukla, uyuşmazlığın ilk olarak dostane şekilde çözümlenmesi düzenlenmekte olup, uyuşmazlığın bu şekilde çözümlenmemesi durumunda ise yatırımcıya ve/veya ev sahibi devlete, mahkemeye ve/veya tahkime başvurma imkânı tanınmaktadır. Mahkemeye ve tahkime başvurma imkânı birlikte düzenleyen uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin bir kısmına göre davacı bu iki yola başvurmak konusunda bir seçimlik hakka sahiptir.[181] Yabancı literatürde bu nitelikteki kayıtlar "*fork in the road*" kayıtları olarak bilinmektedir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan paralel yargılama sorunu aynı uyuşmazlık ile ilgili olarak eş zamanlı olarak yerel mahkeme ve hakem heyetine başvurulduğu durumlarda ortaya çıkabilmektedir. Paralel davalar, bu bakımdan emek ve zaman kaybına sebep olmasının yanında, yargılamalar sonucunda birbirinden bağımsız ve çelişkili kararların da mevcut olmasına sebebiyet vermektedir.

Yatırım anlaşmalarında tahkim ve yerel mahkemelere başvuru süreci arasındaki ilişkinin farklı şekillerde düzenlenmiş olduğu da görülmektedir. Bazı yatırım anlaşmalarında tahkim usulüne başvurulmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması bir şart olarak öngörülmekte iken, bazı yatırım anlaşmalarında ise yatırım uyuşmazlıklarının yerel mahkemeler tarafından çözümlenmemiş olması durumunda tahkim usulüne başvurulması gerektiği öngörülmektedir.[182] Örneğin *CME* kararında[183] ABD vatandaşı Ronald S. Lauder çoğunluk hissesine sahip olduğu ve Hollandalı Şirket CME Czech Republic'in

---

181 Christoph Schreuer, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, The Journal of World Investment & Trade 2004, C.5, S. 231, s. 239.

182 İnci Ataman Figenmeşe, Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion Arbitration Without Privity, Annales de la Faculte de Droit dIstanbul 2011, s.188. Ayrıca bkz. Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Yayınevi 2013, s.182.

183 CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL 1976 < https://www.italaw.com/cases/281 > Erişim: 28.03.21. Ayrıca bkz Pelin Akın, Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2014, C.18, S. 3-4, s. 313.

kontrolü altında bulunan Cet, sahip olduğu lisans hakkına istinaden televizyon yayınında bulunduğu esnada Çek Cumhuriyeti yayına müdahale etmiştir. Bu müdahale üzerine Ronald S. Lauder Çek Cumhuriyeti ile ABD arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak Londra'da tahkim yargılamasına başvurmuş, aynı zamanda Hollandalı şirket ise Hollanda ile Çek Cumhuriyeti arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmasına dayanarak Stockholm'de tahkime başvurmuştur. Daha sonrasında Londra'daki hakem heyeti yatırım anlaşmasının ihlal edilmediğini ileri sürmüş ve tazminat talebini reddetmiştir. Çek Cumhuriyeti ise 270 milyon dolar tazminata hükmetmiştir.

İlk davanın açılmasından sonra Çek Cumhuriyeti Stockholm'deki davada *res judicata* sebebiyle davanın reddini talep etmişse de heyet her iki yargılamada tarafların ve dayanak gösterilen anlaşmaların farklı olması sebebi ile bu itirazları reddetmiştir. Çek Cumhuriyeti daha sonrasında kararın iptali için dava açmış fakat dava taraflarının farklı olması sebebi ile *lis pendens* ve *res judicata* itirazları hakem heyeti tarafından reddedilmiştir. Benzer bir diğer örnek olarak, *CMS Gas Transition Company v. Arjantin*[184] kararında Arjantin hükümeti, Arjantin Yüksek Mahkemesinde görülmekte olan diğer bir dava sebebiyle derdestlik itirazında bulunmuştur. Ancak hakem heyeti görülen davanın diğer tarafının doğrudan CMS değil, %25 hissesini elinde bulundurduğu TGN Arjantin Şirketi olduğunu tespit ederek mahkeme ile ICSID tahkiminin taraflarının farklı olması sebebi ile *lis pendens* itirazını reddetmiştir.

Bunun yanı sıra, güncel bir hakem kararında paralel süreçlerle ilgili olarak uyuşmazlığı kabul edilebilirlik kriterleri bakımından inceleyerek farklı bir yaklaşım benimsemiştir. *Ampal vs. Egypt*[185] davasında, uyuşmazlık konusu boru hattı yapımına ilişkin toplamda dört adet tahkim davası açılmıştır. Davacı Ampal şirketinin Amerikalı şirket olan bir yatırımcı Amerika ile Mısır arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID'de tahkim yoluna başvurmuştur.[186] Aynı zamanda Ampal şirketi paydaşlarından başka bir gerçek

184 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8.

185 Ampal-American Israel Corp. and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11.

186 Fontanelli, Flippo, Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration: The

kişi yatırımcı ise Mısır- Polonya arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak UNCITRAL tahkimine başvurmuştur. Mısır hükümeti aynı anda iki paralel sürecin başlatılmasını tahkim yargılamasının kötüye kullanılması olduğunu iddia etmiştir. UNCITRAL Hakem heyeti halihazırda yargılamayı yürütmekte olduğundan, ICSID bünyesinde görülen davada hakem heyeti bu hususun hakkın kötüye kullanılması olarak değil, kabul edilebilirlik kriterleri bakımından değerlendirilmesi gerektiğine ve bu bakımdan kararın kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bu tür paralel süreç sorunlarına çözüm olarak, aynı tür uyuşmazlıklar bakımından aynı hakem heyetlerinin atanması gerektiği öngörülmüştür. Örneğin *Salini Construttori SpA v. Fas*[187] ile *Consorsium RFCC v. Fas*[188] davalarında her iki uyuşmazlık da İtalya ile Fas arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayandığı, benzer maddi ve hukuki dayanaklara sahip oldukları için ICSID Genel Sekreterliği her iki tahkim yargılaması için yeknesak bir uygulama olabilmesi adına aynı hakem heyetini atamıştır. Başka bir deyişle İngiliz Temyiz Mahkemesi ikinci tahkim yargılamasında aynı hakem heyetini atayarak bu sorunu önlemeye çalışmıştır. Bu bakımdan yatırım tahkiminde davacı yatırımcıların aynı uyuşmazlık için birden fazla yargılama sürecine katılmasının davalı ev sahibi devletler bakımından haksız sonuçlar doğurmakta olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim çoğu zaman paralel süreçlerin var olması ekonomisi güçlü olmayan ülkeler bakımından zorluklar arz edecek olup, birden çok süreç için ödenecek maliyet ve ev sahibinin yüklendiği sorumluluk yüksek olacaktır.[189] Bunun yanı sıra, birden fazla yargılama usulüne başvurulacağı için yargı yetkisine güven azalacak, bu bakımdan mükerrer iddiaların mevcut olması sürecin kötüye kullanılmasına neden olacaktır.[190] Bu bakımdan yatırım mahkemelerin kurulması ile birlikte tek bir yargılama usulü benimsenmiş olacağın-

---

Practice and the Theory, Brill Research Perspectives in International Law, s.22.

187 Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Fas, ICSID Case No. ARB/00/4.

188 Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6

189 August Reinsich, The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions, The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality (in Michael Waibel, Asha Kaushal et al. Eds.) Kluwer Law International 2010, s.114- 115.

190 Investment Arbitration and Parallel Proceedings, 27 Nisan 2020 < https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d50cded5-ba00-478a-becc-a9e1fd7eedd0 > Erişim: 30.03.21.

dan içtihatlar arasında tutarlılık sağlanacak, paralel süreç sorununun önüne geçilmiş olacaktır.[191]

I. Yatırım Tahkim Yargılaması Usulünün Suiistimali

Yatırım tahkiminin yatırımcıya sunduğu bir avantaj yabancı yatırımların ev sahibi devletle olan uyuşmazlıklarında kendilerine sağlanan haklardan yararlanmak maksadı ile yatırım tahkimine başvurmayı tercih etmektedirler. Bununla birlikte yatırımcıların, çoğu zaman yatırım tahkimi bakımından yetkinin konu, kişi ve rıza bakımından doğabilmesi için bu usule dolanmakta olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, yatırımcılar yatırım hukuku sisteminin sağladığı avantajlardan yararlanabilmek için yatırımlarını kurgulayabilmekte hatta uyuşmazlık doğduktan sonra bile bazı eylemlerde bulunarak hukuki koruma elde etmeye çalışabilmektedirler. Bu kapsamda normal koşullar altında yatırım tahkiminde dava açma hakkı bulunmayan yatırımcılar kişi, konu ve rıza bakımından yetkisiz oldukları halde bu usule başvurabilmektedirler.

ICSID tahkimi bakımından Merkez'in yetkisini ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi belirlemektedir. Buna göre, taraflar arasında hukukî bir uyuşmazlık mevcut olmalıdır, söz konusu hukukî uyuşmazlık doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmalıdır, uyuşmazlık âkit devlet ile başka bir âkit devletin vatandaşı arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanmalıdır, uyuşmazlığın ICSID tahkiminde çözülmesine ilişkin tarafların iradesi mevcut olmalıdır. Yatırımcılar bu üç yetkinin sağlanabilmesi için, sisteme dolanarak bu şartların gerçekleştirilmesini sağlamaktadırlar.

1. Yatırım ve Yatırımcı Kavramına Bağlı Suiistimaller

Gerçek veya tüzel kişiler yatırım anlaşmasının sağladığı hukuki korumadan yararlanabilmek için yatırım anlaşmalarında öngörülen yatırımcı sıfatına ilişkin şartları sağlamak zorundadırlar. Böylelikle bu anlaşmaların hukuki korumasından istifade edebileceklerdir.[192]Yatırım

[191] Ellen Teitz Louise, Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation, Roger Williams University School of Law 2004, C.10, S.1, n.24.

[192] Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford Scholarly Authori-

uyuşmazlıklarındaki taraflar üçüncü ülke ile akdedilen yatırım anlaşmasının daha lehe olan hükümler içermesi durumunda, yatırımlarını buna göre kurgulayabilmektedirler.[193] Bu bakımdan yabancı yatırımcılar kişi bakımından yetki şartını gerçekleştirebilmek için posta kutusu şirket kurabilmektedirler. Posta kutusu şirket veya paravan şirket terimi, sadece tüzel kişi olarak mevcut olan, aslında hiçbir mal varlığı veya ticari faaliyeti olmayan şirketler için kullanılan bir terimdir.[194] İşte yatırımcılar yatırıma elverişli bir devlette posta kutusu şirket kurarak bu devletin vatandaşlığını kazanmaya çalışmaktadırlar.

Cementownia v. Turkiye[195] davasında hakem heyeti bir paravan şirketin kuruluşu yapılan yatırım kapsamında yatırım ekonomik bir amaca dayanıyorsa konu bakımından yetki koşulunun sağlandığı sonucuna varmıştır. Bu kapsamda konu bakımından yetki koşulunun sağlanması için yatırım tahkiminde tarafların "*treaty shopping*" yaptıkları görülmektedir. *Treaty shopping* pek çok şekilde ortaya çıkabilmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarındaki taraflar üçüncü bir ülkenin korumasından yararlanabilmek veya üçüncü ülke ile akdedilen yatırım anlaşmasının daha lehe olan hükümler içermesi durumunda, üçüncü ülke ile akdedilen anlaşma hükümlerinden yararlanabilmek için yatırımlarını buna göre kurgulayabilmektedirler.[196]

Saluka v. Çek Cumhuriyeti[197] kararında Çek Cumhuriyeti davadaki gerçek yatırımcının Saluka değil, bu şirketi kontrol eden Namura olduğu Japonya ile Çek Cumhuriyeti arasında yatırım anlaşması bulunmadığı için Namura'nın Japon şirketi olması nedeniyle tahkime rıza şartının gerçekleşmediğini iddia etmiştir. Hakem heyeti yatırımcı tanımının ekonomik değil, hukuki olması gerektiğini belirtmiştir. ICSID m.25'e göre doğrudan yatırımdan kaynaklanan ve âkit devletle bir başka âkit devlet arasındaki uyuşmazlıklar ICSID tahkimince çözü-

ties on International Law, s.187.

193 Berk Demirkol, Book Review J. Baumgartner,Treaty Shopping in International Investment Law, *Netherlands International Law Review*, 2017, s.537.

194 Anthony C. Sinclair, Investment Protection for Mailbox Companies under the 1994 Energy Charter Treaty, Transnational Dispute Management, C.2, 2005, s. 5.

195 Cenentownia "Nowa Huta" S.A. v Tiirkiye Cumhuriyeti, ICSID Case No. ARB(A)/06/2.

196 Berk Demirkol, Book Review J. Baumgartner," Treaty Shopping in International Investment Law", *Netherlands International Law Review*, 2017, s.537.

197 Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Award Permanent Court of Arbitration, 17 Mart 2006.

lebilecektir. Görülmektedir ki, ICSID mevzuatında "yatırımcı" ifadesi kullanılmamıştır. Bu kapsamda doğrudan yatırımdan kaynaklanan ve Âkit devlet'le bir başka Âkit devlet'in vatandaşı arasında doğmuş olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda aslında davacının her durumda yatırımcı olması gerekmemektedir, halefiyet veya temlik alan bir kişi de hak sahibi olduğu için dava açabilecektir.[198] Bu kapsamda davacının her durumda yatırımcı sıfatını haiz olmasının bir zaruret olmadığı ancak her koşulda hak sahibi olması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Bu kapsamda aslında *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* kararında hakem heyetinin tespit etmiş olduğu değerlendirmelerin aksine, yatırımcı yatırım uyuşmazlıklarında ekonomik bir kapsamda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Yine *Yukos v. Rusya*[199] davasında davacı yatırımcının Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunan bir yatırımcı olup olmadığı tartışılmıştır. Davalı Rusya Federasyonu, davacının Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunan bir yatırımcı olmadığını ve bir paravan şirket kurduğunu iddia etmektedir. Hakem heyeti bu sorun karşısında Enerji Şartı Anlaşmasının önce Birleşmiş Milletler Uluslararası Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Konvansiyonunun 31. Maddesine göre yorumlanması gerektiği tespitinde bulunmuştur. Bu yorum kapsamında davacının yatırımcı yönünden yaptığı itirazın reddine karar vermiştir. Hakem heyeti Prof. Crawford'un şirketin yönetim, pay sahipliği, yönetim, idare merkezi, iş faaliyetlerinin yeri veya pay sahiplerinin vatandaşlığı ile ilgili bir tespitte bulunmadığı yönündeki eleştirisine katılmıştır.[200] Bu açıdan hakem heyeti davacı şirketin Âkit bir Devlette kurulması gerektiği haricinde başka bir şart aranmaması gerektiği sonucuna varmıştır.[201]

Nitekim yukarıda belirtildiği üzere yatırım anlaşmalarının çoğunda "yatırım" ve "yatırımcı" kavramlarına yer verilmiş olmakla birlikte bu kavramların tanımı genel olarak mevcut değildir.[202] Bu noktada paravan

198 Berk Demirkol,"Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları", BATİDER 2012, C.28, S.3, s. 339.
199 Yukos Universal Limited v. Rusya Federasyonu, PCA Case No. AA 227.
200 Yukos Universal Limited v. Rusya Federasyonu, PCA Case No. AA 227, § 411.
201 Yukos Universal Limited v. Rusya Federasyonu, PCA Case No. AA 227, § 430 vd.
202 Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL PCA Case No. AA280.

şirketlerin yatırımcı olarak değerlendirilmemesi onların yatırım tahkimine başvurmayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü aslında bu kişiler de gerçek hak sahibi olabilmektedirler.[203] Bu bilgiler ışığında yatırım tahkiminde paravan şirketlerin süreci yöneten kişiler olarak görünseler de asıl olarak süreci onların yürütmediği sonucuna ulaşılacaktır. Ancak yatırım tahkiminde yetki yatırımcı sıfatına göre belirlenmekte olduğundan, paravan şirketi kontrol eden gerçek yatırımcının ev sahibi devlet haricindeki devletlerden birinin vatandaşı olması, ICSID açısından yine "bir başka Âkit devletin vatandaşı" şartını sağlamış olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere yatırım tahkimindeki genel eğilim paravan şirket kullanılarak açılan davalarda yatırım hukukundan kaynaklanan hakların dürüstlük kuralına göre çözülmesidir. Ancak doktrindeki bazı görüşlere göre, tek başına paravan şirketin dava açması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir. Hatta doktrinde "*treaty shopping*"in yasak olmadığı, tarafların irade serbestisi ilkesi çerçevesinde serbestçe yatırımlarını kurgulayabilecekleri de ifade edilmektedir.[204] Öte yandan uyuşmazlık çıktıktan sonra, sırf yatırım hukukunun verdiği olanaklardan yararlanmak amacı ile, zarar gören bir şirketin hisselerinin yatırım tahkiminde *ratione persone* yetkisi olan bir başka şirket tarafından devralınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bir kuralın verdiği hakkın bu kuralın amacına aykırı kullanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını korumamaktadır.[205] Bu kapsamda yatırım tahkiminde *ratione persone* yetki suiistimaline neden olmaktadır.

Yatırım tahkiminde yetki suiistimali incelenirken Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan yatırım uyuşmazlıkları davalarını incelemek yerinde olacaktır. 2020 tarihi itibariyle Türkiye aleyhine 12 adet tahkim yargılaması başlatılmış olup, bunlardan 9'u sonuçlanmış 3'ü ise devam etmektedir.[206] Bununla birlikte bazı Türk yatırımcıların, yukarıda açılandığı gibi kendilerini yatırımcı göstererek ICSID'e başvurdukları görülmektedir.

---

203 Berk Demirkol,"Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları", *BATİDER* 2012, C.28, S.3, s. 343.

204 Dolzer Schreur, Principles of International Investment Law, Oxford, 2008, s. 54.

205 Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, 2011, s. 249.

206 ICSID Cases Databases < https://icsid.worldbank.org/cases/case-database > Erişim: 8.4.21.

Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti[207] davasında davacı Saba Fakes gerçekte ICSID sözleşmesine göre dava açma hakkı bulunmayan Uzan ailesi tarafından paravan olarak kurulmuş bir şirkettir. Davacı kötü niyetle dava açmış ve 19 milyar Amerikan doları talep etmiştir. Uzanlar Saba Fakes tahkiminden elde ettikleri sonuç ile *Libananco v. Türkiye*[208] davasını Türk vatandaşı olmayıp, diğer bir Âkit devlet vatandaşı olan gerçek kişi aracılığıyla açmıştır. Bu davada Libananco şirketi, ÇEAŞ ve Kepez Elektrik şirketlerinde hisse sahibi olduğunu ve Türkiye'nin şirketlerin malvarlığına hukuka aykırı şekilde el koyup kamulaştırdığını iddia ederek yatırım tahkimine başvurmuştur. Tahkim sürecinde davacı yatırımcının Uzanlar tarafından kontrol edilip edilmediği incelenecekken, buna karar verilmeyip hisse devir sözleşmelerinin gerçek olup olmadığının, davacının yatırımcı olup olmadığının ve diğer iddiaların araştırılması süreci uzatmıştır. Nitekim eğer tüzel kişilik perdesi kaldırılmış olsaydı Libananco ve Saba Fakes şirketlerinin Uzanlar tarafından kontrol edildiği tespit edilecek ve dava yetki yönünden ilk aşamada reddedilecekti. Her iki dava da iddia edilen uyuşmazlığın uluslararası anlaşmalar vasıtası ile ICSID'de ve sürecin kötüye kullanıldığının kanıtıdır.

Yatırım bakımından suiistimallere bakıldığında ise, yabancı yatırım kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, kavramın içeriği ve yorumu doktrin ve hakem kararlarında tartışmalı bir konu olmuştur.[209] Hakem heyeti yabancı yatırım kavramının unsurlarına ilişkin, *Salini v. Morocco*[210] davasında bazı kriterler tespit etmiştir. Bu sebeple bazı hakem heyetleri tarafından "Salini Kriterleri" olarak adlandırılmıştır. Salini kriterlerinde "yatırım"ın tespiti dört unsurun bir araya gelmesi ile belirlenmiştir. Bunlar; taraflar arasındaki işlemin belirli bir süre devamlılık göstermesi, kazanç ve risk unsurlarının mevcut olması, yatırımcının önemli bir taahhüt altına girmesi, yatırımın ev sahibi

207 Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.

208 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

209 Doktrinde bunun nedeninin "yatırım" kavramının bilinçli olarak ICSID Konvansiyonunda tanımlanmamış olması olduğu ifade edilmiştir. Emmenuel Gaillard, Identify Or Define? Reflections On The Evolution Of The Concept Of Investment In ICSID Practice, International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich, Oxford University Press 2009, s.404.

210 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4.

devletin gelişimine katkı sağlamasıdır.[211] *Phoenix v. Çek Cumhuriyeti*[212] kararında ise hakem heyeti bu unsurlara iki tane daha eklemiştir. Bu ek şartlar ise, yatırımın ev sahibi devletlerin kanunlarına uygun olarak yapılması ve yatırımın yapılırken iyi niyetle yapılmış olmasıdır[213] Doktrinde bu iki şartın eklenmesi, hakem heyetlerinin esasa ilişkin bir inceleme yapmasına yol açması nedeni ile eleştiriye uğramıştır.[214] *Abaclat v. Arjantin*[215] davasında hakem heyeti yatırımın kendisinin mevcut olup olmadığı hakkında bir inceleme yapılması ile yetinileceğine karar vermiştir, ev sahibi devletin kanunlarına uygunluğun tespiti esasa ilişkin bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir.[216]

Yatırım hukukunda en büyük tartışmalardan biri de yatırımcının yatırımını hukuka aykırı yoldan yapması durumunda, uyuşmazlığın yatırım ile ilgili olması koşulunu sağlamış olup olmayacağıdır. Yatırımcı bir imtiyaz sözleşmesi ile ilgili bir ihaleye fesat karıştırdı ise veya uluslararası hukukta kabul görmeyen bir sektöre yatırım yaptı ise, bu gibi durumların yatırım tahkiminde yatırım olarak değerlendirilmediği tartışmalıdır.[217] Uluslararası yatırım yargılamalarında yolsuzluk gibi hukuka aykırı bir eylemin ika edildiği çoğunlukla ev sahibi devletler tarafından öne sürülmektedir. Bunun nedeni yolsuzluk iddialarının ikili yatırım anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartının davanın tümüne etki ederek yatırımcılar açısından avantaj sağlayan geniş bir savunma mekanizması oluşturabilmesidir. *Metal- Tech v. Özbekistan*[218] davasında ev sahibi devlet yatırımcının yolsuzluk yaptığını

---

211 Alper Çağrı Yılmaz, Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013, s. 41-50.

212 Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5.

213 Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, para 114.

214 Berk Demirkol, The Notion of 'Investment' in International Investment Law, *Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, No 1, 2015, s. 48.

215 Abaclat and Others v. The Argentina Republic, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/07/5.

216 Öte yandan Saba Fakes v. Türkiye davasında yatırımın iyi niyetle yapılmış olması kriterinin aranması reddedilmiştir. Bunun ICSID Konvansiyonunun 25. maddesinin lafzına aykırı bir değerlendirme olacağı ifade edilmiştir.

217 Bu durum doktrinde pek çok kez eleştiriye konu olmuştur. Mohamed Rouf Abdel, How Should International Arbitrators Tackle, *ICSID Review 2009*, C.12, S. 1, s.116, Haugeneder Florian, Christoph Liebscher, Investment Arbitration Corruption and Investment Arbitration, Substantive Standards and Proof, Austrian Arbitration Year Book 2009, s 539- 564, Anna Bonini, Thomas Kendra, Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus? Journal of International Arbitration, C.31, S.4, s.439-453.

218 Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3.

ileri sürmüştür. Uyuşmazlıkta, Metal- Tech[219] 1994 tarihli İsrail ile Özbekistan arasında akdedilen yatırımların karşılıklı korunmasına ilişkili ikili anlaşmada yer alan yatırımın haksız kamulaştırıldığı, adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket edildiği, yatırıma karşı makul ve adil olmayan önlemler alındığı, tam koruma ve güvenlik ilkelerine aykırı davranıldığını iddia ederek dava açmıştır. Özbekistan hükümeti ise yatırımcının onay alabilmek için yolsuzluk, dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyan gibi hukuka aykırı eylemlerde bulunduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti iddianın ispatlanması ile birlikte yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışta bulunduğunu bildirmiştir.[220] Hakem heyetinin kararına göre, söz konusu uyuşmazlıkta hukuka aykırı yolla gerçekleştirilen bir yatırımın mevcut olması sebebiyle tahkime rıza şartı gerçekleşmemiştir ve hakem heyetinin yargılama yetkisi yoktur.[221]

World Duty Free v. Kenya[222] davasında, Man Adasına kayıtlı World Duty Free şirketi, 1989 yılında Kenya'da Nairobi ve Mombassa Uluslararası havalimanlarında duty-free kompleksinin inşa, bakım ve işletimini üstlenebilmek için 2 milyon dolar rüşvet vermiştir.[223] Hakem heyetinin tespitine göre rüşvet uluslararası hukuka aykırıdır ancak heyet bu davada Kenya başkanının yaptığı yolsuzluğun Kenya hükümetine atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Kamu görevlisinin eylemi nedeniyle devlete atfedilecek sorumluluk doktrinde tartışmalı bir hususdur. Nitekim bu dava çoğu tahkim davası gibi iki başkanın hukuka aykırı davranışını Kenya ve İngiliz hukukuna göre değerlendirmiş ve bu hukuklara göre hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebileceğine dair bir hüküm bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.[224] Hakem heyetinin bu kararı doktrinde pek çok bakımdan eleştirilmiştir.[225] Birleşmiş Mil-

---

219 Metal- Tech şirketi Özbekistan'da molibdenum üreten tek üretici firma ile ortak girişim oluşturmuş ve bu ortak girişim sayesinde yatırım yapmıştır.

220 Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, para. 379.

221 Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, para. 389-423.

222 World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7.

223 World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, para. 136.

224 World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, para. 185.

225 Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, < https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf > Eri-

letler Milletlerarası Haksız Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Kurallarının 4. Maddesine göre devlet organlarının davranışları devletlerin bir haksız fiili sayılabilmektedir. Şüphesiz Kenya başkanının eylemi bu kapsamda değerlendirileceğinden, devlete atfedilebilmelidir.[226] Farklı bir görüş olarak Crawford'a göre ise, hakem heyetinin kararı yerinde olup, sözleşmesel sorumluluk sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili bir meseledir.[227] Yatırım uyuşmazlığında böyle bir haksız fiil işlendiğinde, sözleşme tarafının hukuka aykırı eyleminden söz edilmelidir. Zira yatırımcı rüşvet ile hukuka aykırı eylem neticesinde yatırımcı sıfatını kazanmış ise sözleşmenin geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda Birleşmiş Milletler Milletlerarası Haksız Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Kurallarına başvurulamayacaktır.

Görüldüğü üzere yatırımcılar yatırımcı sıfatı kazanabilmek için hukuka aykırı eylemlerde bulunarak, yatırım tahkimi usulünü suiistimal edebilmektedirler. Yatırımcının hukuka aykırı eylemde bulunduğunu ispat yükü, ev sahibi devletlere ait olup, hukuka aykırı davranışın ispatlandığı durumlarda, yatırımcının iddiaları reddedilmektedir. Bu açıdan iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım ile yatırımcı tanımının kapsamı yetki bakımından hukuka aykırı eylemleri önleyecek şekilde düzenlenmelidir. Yatırımcı sıfatını kazanabilmek için ifa edilen bu tür eylemler mahkeme nezdinde çözülmesi gereken sorunlar iken, bu sorunların milletlerarası yatırım tahkiminin kendine has sorumluluk ilkeleri ışığında çözülmesi pek çok açıdan sakınca yaratabilmektedir. Yolsuzluk ve benzeri rüşvet gerçekleştiği taktirde tahkim yargılamasının kahir ekseriyetle yatırımcının haklarını koruyan bir mekanizma olması nedeni ile bazı problemler yaratacağı da açıktır. Bu sonuca bağlı olarak yatırımın gerçekleşmesi aşamasında bu incelemenin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yapılması hukuken daha isabetli olacaktır.

şim: 11.04.21.

226 Jason Yackee, Webb, Investment Treaties and Investor Corruption, An Emergent Defense for Host States?, Virgiana Journal of International Law, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper no. 1181, s. 10.

227 James Crawford, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, *ICSID Review*, C.25, S.1, 2010, s.134-135.

3. Diğer Nedenlerle Ortaya Çıkan Suiistimaller

Birleşmiş Milletler Anlaşmasının bütünleyici bir parçası olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. Maddesi uluslararası hukukun şekli kaynaklarına yer vermiştir.[228] Buna göre şekli kaynaklar ikiye ayrılmaktadır. 38. Maddenin birinci fıkrasında asli kaynaklar belirtilmiştir. Asli kaynaklar, uluslararası andlaşmalar, örf ve âdet kuralları ile hukukun genel prensipleridir. Yardımcı kaynaklar ise içtihat ve doktrindir. Görüldüğü üzere hukukun temel prensipleri, uluslararası andlaşmalar ve örf adet kuralları ile aynı düzeydedir. Bu kapsamda iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, verilen zararların tazmini gibi uluslararası hukukun temel prensipleri, ticari örf ve adet ile teamüllerle birlikte uygulanmaktadır.

Uluslararası hukuk tespit edilirken BM Adalet Divanının iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, verilen zararların tazmini gibi uluslararası hukukun temel prensipleri, ticari örf ve âdet ile teamüllerle birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Bütün devletler uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri olan hukukun genel ilkelerine uymakla yükümlüdürler. Nitekim tüm devletler bu ilkelere bağlı kalmakla yükümlüdürler.[229]

ICSID Konvansiyonunda "iyi niyet" kavramı belirtilmemiş olmakla birlikte, bazı hakem heyetleri yetkisini belirlerken kararlarında bu kavramı kullanmıştır. *Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti* kararında iyi niyet kavramı kullanılmıştır.[230] Yine *Phoenix* kararında hakem heyeti, tahkim yargılamasındaki görevini, iyi niyet ilkesine sahip olan ve sistemi suiistimal etmeyen yatırımların korunmasını sağlamak olarak ifade etmiştir.[231] Türkiye'nin taraf olduğu Alaplı davası[232] da iyi niyet kriterinin incelendiği önemli davalardan biridir. Yalnızca kötü niyetli olarak yatırım tahkimine başvurmak amacı ile yatırımın gerçekte var olmadığı halde, gerçek bir yatırım yapılmış olması tespitine ulaşılmıştır. İyi niyet, dürüst davranma ve hakkın kötüye kullanılması yasağı

---

228 Statute of International Court of Justice < https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf > Erişim: 15.04.21.

229 Işıl Egemen Demir, "ICSID Tahkiminde Kisi Bakımından Yetki", Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 222.

230 Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.

231 Phoenix Action, Ltd. v. Çek Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/06/5.

232 Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13.

madalyonun iki yüzü olarak bilinmektedir.[233] Bu kapsamda uyuşmazlığın çözümünde ICSID yargılamasına girip girmediğini denetleme yetkisi davayı açan tarafın sözleşmeyi kötüye kullanma riski de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda yatırım uyuşmazlıklarında hakem heyetine kötü niyetli başvuru gelmeden, mahkemece usulden bir değerlendirme yapılması ve bu tür suiistimali önleyici yeni mekanizmalar geliştirilmesi gereklidir. Yatırım mahkemelerinin kurulması bu açıdan kötü niyetli başvuruları önleyici bir işlev görecektir.

J. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Yetersizliği

Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına dair ikili yatırım anlaşmaları, uluslararası yatırım hukukunun temel düzenlemelerinden biridir. Bu anlaşmaların temel işlevinin yatırımların teşviki ve korunması olması nedeni ile dengenin genel olarak ev sahibi devlet aleyhine olduğu ifade edilmektedir. Başlangıçta iki taraflı yatırım anlaşmaları gelişmekte olan ülkelerin sermaye ithali çabası içinde olduğu, ekonomik olarak gelişmiş ülkelerin de sermaye ihraç ettiği ve bu sermayenin korunması gerektiği düşüncesinden doğmuştur.[234]

Çok taraflı yatırım anlaşmalarının yapılmasının zorluğu ve dünya çapında kabul gören bir anlaşmanın mevcut olmaması, devletlerin iki taraflı yatırım anlaşmalarını daha çok tercih etmelerine neden olmuştur. İki taraflı yatırım anlaşmalarının tek ve genel anlamda bir formu olmamakla birlikte, çoğu genel olarak benzer koruma hükümleri içermektedir. İki taraflı yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara bazı imkanlar ve korumalar sağlamaktadır. Genel olarak bu anlaşmalar, yabancı yatırımcılara milli muamele (*national treatment principle*), en çok gözetilen ulus kaydı (*most favored nation clause*), adil ve eşit muamele (*fair and equtiable treatment),* tam koruma ve güvenlik (*full protection and security*) ilkelerini öngörmektedir. İki taraflı yatırım anlaşmalarının ilk örneklerinden başlayarak yaygın kabul gören bu örneklerin özellikleri şu şekildedir: kısa ve fazla ayrıntılı olmayan anlaşmalar olmakla birlik-

233 Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.249.

234 Banu Şit Köşgeroğlu, "Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin İkili Yatırım Anlaşma Taslağı", *TBB Dergisi* 2013, C.107, s. 144.

te, geniş kapsamda bir "yatırım" tanımına yer vermektedirler. Ev sahibi devletlere yabancı yatırımcılar aleyhine ayrımcılık yapmama, adil ve eşit muamelede bulunma, gelirlerin nakline izin verme, kamulaştırma gerçekleşirse uygun bir tazminat ödeme ve yabancı yatırımcılara ev sahibi devletler aleyhine yatırım anlaşmasına dayanan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurulmasına izni verme yükümlülüğü getirmektedirler. Bu anlaşmalardan sadece birkaçının başlangıç kısmında, diğer anlaşmalardan farklı olarak yatırımların korunması amacının, kamu sağlığı, güvenliği, çevre ve iş yaşamına ilişkin hakların korunmasının öngörüldüğü görülmektedir.[235] Buna rağmen bu hakların ve çevrenin korunması gibi konularda açık hükümler genel olarak mevcut değildir. Bununla birlikte yatırım hukukunda uyuşmazlıklar bakımından yatırımcılara tek taraflı bir hak tanınması pek çok eleştiri almakta ve bu durum iki taraflı yatırım anlaşmalarının etkinliğini azaltan bir unsur olarak görülmektedir. Bunun yanı sıra, ev sahibi devletler iki taraflı yatırım anlaşmaları ile yatırım uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkim usulüne başvurulduğunu kabul etmiş olurlar. Ayrıca pek çok iki taraflı yatırım anlaşması incelendiğinde dava hakkının hep tek taraflı olarak ev sahibi devletlere verildiği görülmektedir.[236] Bu açıdan iki taraflı yatırım anlaşmalarının yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarını koruyacağı ve böylece yatırım ortamını teşvik eden bir sistemin yaratılacağı gerekçesi ile doğduğu ifade edilmektedir.[237]

İki taraflı yatırım anlaşmalarının kaleme alınışında bu anlaşmalardaki tahkim klozlarının yorumu bakımından birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır. 2015 yılında Türkiye ile Türkmenistan arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmasına istinaden *Kılıç v. Türkmenistan*[238] ve *Sehil*

235 Banu Şit Köşgeroğlu, "Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşma Taslağı" *TBB Dergisi* 2013, s.156.

236 Mary Hallward-Driemeier, "Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite", Policy Research Working Paper, The World Bank Development Research Group Investment Climate August 2003, s.4.

237 Mary Hallward-Driemeier, "Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite", Policy Research Working Paper, The World Bank Development Research Group Investment Climate August 2003, s.16.

238 Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID ARB/10/1.

v. Türkmenistan[239] davalarında birtakım yorum farklılıkları mevcuttur. Türk inşaat şirketi olan Kılıç'ın Türkmenistan aleyhine öne sürdüğü iddia ile ilgili yargı yetkisi, iki taraflı yatırım Antlaşmasında yer alan tarafların uyuşmazlığı yerel mahkemeye götürülmesini tercihe bağlı değil, zorunlu kılan bir hüküm olması nedeniyle reddedilmiştir. Bir başka Türk inşaat firması olan Sehil tarafından öne sürülen bir iddianın ele alındığı ve Türkmenistan'a karşı açılan Sehil davasında ise farklı bir ICSID hakem heyeti, iddianın önceden yerel mahkemelere götürülmesiyle ilgili bir hükmün zorunlu değil fakat tercihe bağlı olduğu sonucuna varmış ve hakem heyetinin yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. İki taraflı yatırım anlaşmasının Rusça versiyonu muğlak bir şekilde kaleme alınmış Türkçe, Türkmence, İngilizce ve Rusça yazılmış iki versiyonuna atıfta bulunulmuştur. Görüldüğü üzere bu iki davada hakem heyetleri Antlaşmanın muhtelif versiyonlarında bu Antlaşmanın hükümlerini yorumlayarak farklı sonuca ulaşmışlardır. Görüldüğü üzere iki taraflı yatırım anlaşmalarının lafzında ve yorumunda birtakım sorunlar yaşanmaktadır. Ekvator 2008 yılında imzaladığı iki taraflı yatırım anlaşmalarından 9 tanesini feshetmiştir.[240] Bu bakımdan iki taraflı yatırım anlaşmalarının birçoğunun yeniden revize edilmesi ve birkaç dilde yazılmış Antlaşmalardaki uyuşmazlık çözüm kayıtlarının yoruma mahal bırakmayacak şekilde açık bir dille kaleme alınması gereklidir.

K. Avrupa Birliğinde Öngörülen Gelişmelerin Etkisi

İki taraflı yatırım anlaşmalarının Avrupa Birliğinin tek pazar anlayışını ve birliğin yabancı yatırımcılara elverişli yapısını bozduğu eleştirileri yer almakta idi[241]. Avrupa Birliğinde yer alan devletlerin akdetmiş oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarının Avrupa Birliği

---

239 Muhammet Çap Sehil İnsaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Türkmenistan, ICSID ARB/12/6.

240 Filippo Fontanelli, "Jurisdicition and Admissibility in Invetsment Arbitration", Brill Publishing, 2018, s. 192, Federica Cristani, Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements, Nijhoff International Investment Law Series, Vol 5, Brill Publishing, s. 193-194.

241 Zachary Douglas, Problems Relating to Intra-EU BITs in the Investment Treaty Cases, IBA Conference 2013 < https://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/07_10_2013_11_20_10_Problems-Relating-to-Intra-EU-BITS-in-the-Cases.pdf > Erişim: 2.7.21.

mevzuatı ile uyumlu olup olmadığı tartışılmıştır.[242] Buna göre, iki taraflı yatırım anlaşmalarında kabul edilen yatırımcı lehine hükümler Birlik içinde kabul edilen iç pazar ekonomisine aykırı olabilecek durumlar yaratabilmektedir. Örneğin, uyuşmazlık durumunda bir taraf söz konusu hükümlerin pazar ekonomisine aykırı olduğunu iddia ederse, bu durumda yatırımcı lehine hükümlerin uygulanması zorluk arz edecektir. Ayrıca bu durum Avrupa Birliğinin üçüncü devletlerle akdetmiş olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarının yürürlüğü bakımından da birtakım zorluklar doğuracaktır. Şöyle ki iki taraflı yatırım anlaşmaları ile öngörülen hükümler kapsamında yabancı yatırımcılar korunsa da bu hükümler ile özel bir hukuki düzenleme öngörülmemiş olmaktadır.[243] Bunun yanı sıra Avrupa Birliği hukukunda Birlik içindeki ülkelerin akdetmiş oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarının benimsenmesi Avrupa Birliği içinde açıklığın sağlanması ve yatırımların tek çatı altında toplanmasına fayda sağlayacaktır. İki taraflı yatırım anlaşmaları hükümlerindeki birtakım sorunlar hukuki bir belirsizliğin oluşmasına neden olmaktadır. Örneğin, *Micula v. Romania*[244] davasında ICSID kararı kısmen uygulanmıştır, çünkü hakem heyeti Avrupa Komisyonunca verilen tazminat hükmünün Birlik içindeki devlet yardımlarına ilişkin mevzuatta yer alan hükümlere uygun olmadığı kanaatine paralel olarak hüküm vermiştir. Bu kapsamda Komisyon Romanya hükümetinin ödeme yapmasını yasaklamıştır. 2015 yılında Avrupa Komisyonu Avusturya, Hollanda, Romanya, Slovakya ve İsveç'in Avrupa Birliği içindeki ülkeler ile yapmış oldukları iki taraflı yatırım anlaşmaların fesih edilmesine karar vermiştir. Bu argümanların temeli genel olarak şu nedenlere dayanmaktadır; Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma[245] ile Avrupa Birliği hukuku ile üye devletler arasında akdedilen anlaşmalar arasında uyumsuzlukla-

242 Intra- EU Investment Treaties, Trade Policy Comittee Council of the European Union 25/16, 07.04.2016 < https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf > Erişim: 13.07.21.

243 Intra- EU Investment Treaties, Trade Policy Comittee Council of the European Union 25/16, 07.04.2016 < https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf > Erişim: 13.07.21.

244 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.

245 Treaty on the Functining of the European Union, 2012/C 326/01, < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT > Erişim:3.7.21, Art 351.

rın söz konusu olması durumunda, üye devletlerin bu konuda bir aksiyon alması gerektiğini hüküm altına almıştır.[246] İkinci olarak, Birlik hukukunun üstünlüğü prensibi ile iki taraflı yatırım anlaşmalarının uygulanması esnasında iki hüküm arasında bir çatışma yaşanması durumudur. Nitekim Birlik hukukunun üstünlüğü prensibi ilkesi gereği Avrupa Birliği mevzuatının öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ancak uluslararası hukukun bir parçası olarak iki taraflı yatırım anlaşmaları hükümleri göz ardı edilmemelidir.

Üçüncü bir eleştiri olarak, yatırım uyuşmazlıklarında Avrupa Birliği hukuku bakımından mutlak eşitliğin aslında sağlanamamasıdır. Şöyle ki, Avrupa Birliği mevzuatında birliğe mensup bir devletin vatandaşı yatırımcının, yine birlik içindeki ev sahibi devlete karşı dava açmasını öngören bir kural mevcut değildir. Bu kapsamda yine Birlik içi akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarının Avrupa Birliği düzenlemeleri karşısındaki durumu Avrupa Komisyonunca eleştirilen bir husus olmuştur.[247] Bunun yanı sıra, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşmanın 18. Maddesine göre ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. *Binder v. Çek Cumhuriyeti*[248] davasında Avrupa Birliği içindeki ülkeler tarafından akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarının yokluğunda yatırımcıların taleplerini ulusal mahkemeler nezdinde öne sürebileceği ifade edilmiştir. Bu davada hakem heyeti iki taraflı yatırım anlaşmalarının yokluğuna bağlı olarak değişkenlik gösteren bu durumun ayrımcılık yasağına aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.[249] Son bir eleştiri ise Avrupa Birliği Adalet Divanının yargı yetkisi ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Bazı hakem heyetleri yatırım uyuşmazlıklarında Avrupa Birliği Adalet Divanından ön karar istemeye yetkisi olmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda hakem heyetlerinin Avrupa Birliği Adalet Di-

246 Lucian Ilie, What is the Future of Intra-EU BITS? Kluwer Arbitration Blog, < http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/21/future-intra-eu-bits/ > Erişim: 3.7.21.

247 Get the facts: Intra-EU bilateral investment treaties, European Comission Article, < https://ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/24581/en > Erişim: 3.7.21. Ayrıca bkz. Intra-EU BITS Compatible With EU Law? Ekim 2017 < https://www.hfw.com/downloads/HFW-Intra-EU-BITs-compatible-with-EU-law-October-2017.pdf > Erişim:4 7.21.

248 Rupert Joseph Binder v. Czech Republic, UNCITRAL.

249 Lucian Ilie, "What is the Future of Intra-EU BITS?", Kluwer Arbitration Blog" < http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/21/future-intra-eu-bits/ > Erişim: 3.7.21.

vanından karar talep etme yetkisi olup olmadığı tartışmalıdır.[250]

Bütün bu gelişmeler ışığında Avrupa Komisyonu 19 Temmuz 2018 tarihli bildirisinde Avrupa Birliğine üye devletlerin akdetmiş oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarını Birlikteki tek pazara engel teşkil eden paralel bir sözleşme sistemi olarak nitelendirmiştir.[251] Bu bildiride Avrupa Komisyonu iki taraflı yatırım anlaşmalarının sona erdirilmesi sürecinde üye devletleri denetleyeceğini, hatta üye devletlere çeşitli yaptırımlar uygulayabileceğini belirtmiştir. *Slovakya v. Achmea*[252] kararında hakem heyeti Avrupa Komisyonunun uzun zamandır ikili yatırım anlaşmalarını feshetmeye çalıştığına vurgu yapmıştır. Akabinde Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hollanda ile Slovakya arasında akdedilen Yatırımların Korunmasına İlişkin İkili Yatırım Anlaşması'nda yer alan tahkim şartının fesih ile birlikte AB mevzuatına aykırı olduğu tespitinde bulunmuş, AB hukukunun öncelikli ve yeknesak şekilde uygulanması gerektiğinin üzerinde durmuştur.[253] Doktrinde *Achmea* kararının olası sonuçları tartışılırken, bu karar gibi başka hakem heyeti kararlarında da ikili yatırım anlaşmalarına eleştirilerin başladığı görülmektedir. *Vatenfall ve diğerleri v. Federal Almanya Cumhuriyeti*[254] kararında ise hakem heyeti Enerji Şartı Anlaşmasının çok taraflı bir anlaşma olduğunu, bu nedenle Avrupa Komisyonunun fesih kararının yargılamaya etki etmeyeceğine karar vermiştir[255]. Bu karar ile AB hu-

250 Yves Mersch/ Laurie Achtouk-Spivak/ Georges Affaki/ Cristina Contartese/ Ramón Vidal Puig, The New Challenges Raised By İnvestment Arbitration For The EU Legal Order, Legal Working Series, 2019 < https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp19~e4d0a59cea.en.pdf > Erişim: 4.7.21.

251 Avrupa Komisyonunun Avrupa Birliği yatırımların korunması hakkındaki 19.08.2017 tarihli duyurusu için bkz. Communication From The Commission To The European Parliament And The Council < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8 > Erişim: 22.04.21.

252 Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic).

253 Achmea B.V. v. The Slovak Republic, Case C-284/16. Ayrıca bkz. Declaration of The Representatives Of The Governments of The Member States, 15 Ocak 2019 < https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf > Erişim: 22.04.21.

254 Vatenfall AB ve diğerleri v. Almanya Federal Cumhuriyeti, ICSID Case No. ARB/12/12.

255 Vatenfall AB ve diğerleri v. Almanya Federal Cumhuriyeti, ICSID Case No. ARB/12/12, 31 Ağustos 2018 < https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf > Erişim 18.04.21.

kukunun uluslararası hukuktan üstün olmadığı, Enerji Şartı Anlaşmasının yeknesak uygulamayı tehlikeye attığı sonucuna ulaşılmıştır.[256]

Ancak *Achmea* kararının yorumu bakımından birtakım farklılıklar olduğu görülmektedir. *UP ve C.D. Internationale v. Macaristan*[257] kararında hakem heyeti *Achmea* kararının AB üye devletleri arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmaları bakımından geçerli olmayacağına hükmetmiştir[258]. Yine *Masdar Solar & Wind Coperatief v. İspanya*[259] davasında hakem heyeti açıkça Enerji Şartı Anlaşmasının ve ICSID gibi çok taraflı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda *Achmea* kararının uygulanmayacağına karar vermiştir.[260] Bu doğrultuda Avrupa Birliğine üye devletler fesih bildirgesi yayınlayarak, Avrupa Birliğinin akdettiği iki taraflı yatırım anlaşmalarının geçersiz olduğunu bildirmişlerdir.[261] Bu bildirim ile birlikte Avrupa Birliğine üye devletler arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmaları resmi olarak mülga edilmiş olmaktadır. Bu fesih kararının hüküm ve sonuçları ile ilgili olarak Avrupa Birliği hukuku bakımından birtakım çözümler öngörülmüştür. Bir çözüm olarak Avusturya, Finlandiya, Almanya ve Hollanda tarafından çok taraflı yatırım mahkemesi kurulmasına ilişkin bir anlaşma mevcuttur.[262]

---

256 Deyan Draguiev, 2018 In Review: The Achmea Decision and Its Reverberations in the World of Arbitration, Kluwer Arbitration Blog, 16 Ocak 2019 < http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/16/2018-in-review-the-achmea-decision-and-its-reverberations-in-the-world-of-arbitration/ > Erişim: 18.04.21.

257 UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35.

258 Malhotra Sarthak, ICSID tribunal finds Hungary in breach of expropriation clause in France–Hungary BIT, 21.12.2018 < https://www.iisd.org/itn/en/2018/12/21/icsid-tribunal-finds-hungary-in-breach-of-expropriation-clause-in-france-hungary-bit-sarthak-malhotra/ > Erişim: 13.04.21.

259 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1.

260 Disney Thurman- Baldmin, "Modernizing the F Modernizing the Fair and E air and Equitable Treatment Standart treatment Standards in the Energy Charter Treaty", *University of Miami Business Law Review*, Vol.28, S.2, s. 306.

261 International Agreements Agreement For The Termination of Bilateral Investment Treaties Between The Member States Of The European Union, 29.05.20 < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN > Erişim: 17.04.21.

262 Micula v. Romania arbitration (Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award (Dec. 11, 2013). Karar Belçika ve Birleşik Krallık'da tenfiz edilmek istenmiş ancak hakem heyetleri ayrı ayrı ICSID kararlarının tenfiz edilme sürecinin Birlik içinde uygulanan devlet yardımları mevzuatına aykırı olacağından tenfiz edilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Davacı yatırımcı Micula Amerika Birleşik Devletleri'nde kararın tenfiz edilmesi

Anlaşma Avrupa Birliği içinde akdedilen tüm anlaşmaları yok edecek ve birlik içindeki tüm ülkeler bakımından uygulama alanı bulabilecek hükümler içermektedir. Ayrıca bazı hakem heyeti kararlarında ICSID kararlarının tenfiz edilmesi sürecinin Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğu tespitine varılmaktadır.

Açıklandığı üzere iki taraflı yatırım anlaşmalarının feshi ile tutarsızlıkların önlenmesi için, yatırım mahkemelerinin kurulması ile birlikte yatırım uyuşmazlıklarında yeni anlaşmalara dayalı bir sistemin benimsenmesi bu tür sorunların aşılmasına neden olacaktır.

SONUÇ

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasının çağın gereksinimlerini neden karşılamadığı yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Önerilerde bahsi geçen yatırım mahkemesi sisteminin iki taraflı yapısı değerlendirildiğinde, getirilen eleştirilere ne ölçüde çözüm olacağı belirsizdir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (*Transatlantic Trade and Investment Partnership/ TTIP*) ile Avrupa Birliği tarafından imzalanan Avrupa Birliği– Kanada Kapsamlı Ekonomik Ticaret Anlaşması (*Comprehensive Economic and Trade Agreement/ CETA*) ve Avrupa Birliği Vietnam Anlaşması kapsamında öngörülen düzenlemeler sonucunda "Yatırım Mahkemesi Sistemi" *(Investment Court System-ICS*) halini almıştır. Aynı ülkede üç ayrı iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, kurulacak yatırım mahkemesi farklı uluslararası anlaşmalardan doğan farklı hükümlere tabi olabilecektir. Bu bağlamda çözüm için iki taraflı bir mahkeme değil, çok taraflı yatırım mahkemesinin kurulması birçok sorunun önüne geçecektir. Avrupa Komisyonu 2015 yılında çok taraflı bir yatırım mahkemesinin kurulması için bir çalışma başlatmıştır.[263] Bu sistem özellikle Avrupa Birliğinin üçüncü ülkeler ile imzaladığı serbest ticaret anlaşmalarında yer alan yatırım mahkemesinin kurulmasını öngören hükümler bakımından önem taşımaktadır. Avrupa Birliği ile Singapur arasında imzalanan iki taraflı

için başvuruda bulunmuştur.

263 Avrupa Birliği'nin 2015 yılında ticaret stratejisinin yer aldığı metin için bkz. European Comission, Trade for All Towards a More Responsible Trade and Investment Policy < http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf >Erişim: 22.04.21.

yatırım anlaşmasına[264] göre, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında doğan uyuşmazlıklar bakımından yatırım mahkemeleri görevli olacaktır. Bu kapsamda 2015 yılında Avrupa Birliği'nin sunmuş olduğu teklif ile birlikte çok uluslu bir yatırım mahkemesi kurulması hedeflenmiştir.[265] Bu makalede incelendiği üzere yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından birtakım aksaklıklar mevcuttur. Kanaatime göre, yatırım mahkemelerinin kurulması bu sorunların çözümünde büyük rol oynayacak ve uyuşmazlıkların daha adil ve hızlı çözülmesine neden olacaktır. Yatırım tahkimi klozlarının asimetrik yapıları, yatırımcı lehine kurulan sistem, adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama sistemi öngörmemektedir.

Çoğu uluslararası yatırım anlaşmasında esasa ilişkin getirilen düzenlemelerin uygulanabilirliği yatırımcıya başvuru imkanının sağlandığı tahkim prosedürü ile garanti altına alınmıştır. Ancak yatırım tahkimi prosedüründe yatırımcı lehine getirildiği iddia edilen bazı düzenlemeler ve bazı hakem kararları sonucu ülkelerin yüksek meblağda tazminat ödemek zorunda kalması gibi nedenler eleştirilere neden olmuştur.

Son günlerde bazı hakem kararları sonrası ev sahibi devletlerin yatırımcılara önemli miktarda tazminat ödemek zorunda kalması ve ev sahibi devletlerin aleyhine işleyen bir mekanizmanın oluştuğu şeklindeki bir algının varlığı sebebi ile yatırım tahkimi yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu süreçte birliğe ait bir mahkemenin oluşturulması ve bu mahkemenin yetkili olması gerektiğini savunan AB Komisyonu'nun AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı *(Transatlantic Trade and Investment Partnership-TTIP*) görüşmelerinden hareketle "Yatırım Mahkemesi Sistemini" (*Investment Court System-ICS*) gündeme getirmesi bu konuda dünya çapındaki tartışmaları alevlendirmiştir. Kanaatimce, yatırım mahkemesi sisteminin kurulması uyuşmazlıklarındaki kararların daha isabetli verilmesi, çelişkili hakem kararlarının önüne geçilmesi, yatırım dışı yükümlülükler bakımından insan hak ihlallerinin önüne geçilmesi adına büyük bir adım olacaktır. Konu gelecek yıllarda tartışılmaya devam edecektir.

---

[264] Avrupa Birliği Singapur arasında Akdedilen İki Taraflı Yatırım Anlaşması, 18 Nisan 2018, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961 > Erişim: 23.04.21.

[265] AB'nin 2015 tarihli yatırım projesi <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf> (Son erişim tarihi: 20.04.2020).

Kaynakça

Kitaplar

Balkar Bozkurt Süheyla, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü,1.Baskı, İstanbul 2016.

Bayata Canyaş Aslı, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Ankara, 2016.

Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press 2012.

Giray Faruk Kerem, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, İstanbul, 2013.

Kuru/Arslan/Yılmaz,Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2005, s.828-829.

Pekcanıtez/Oğuz/Özekes, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, ss. 472-487.

Yılmaz Çağrı Alper, Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013.

Tiryakioğlu Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Bürosu Yayınları, 2003.

Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, 2020.

Makaleler

Gloria/Blasikiewicz/Hoolwerff/Mena/Mitsi/Spiteri-Gonzi/Willinski, A Response to the Criticism against ISDS by EFILA, *Journal of International Arbitration*, Vol 33, 1, 2016, ss. 1-36.

Argen Robert, Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitrations, *Broklynn Journal of International Law*, C.41, S.1., ss.207-246.

Ataman Figenmeşe İnci, Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion Arbitration Without Privity, Annales de la Faculte de Droit dIstanbul 2011, ss.187-201.

Billiet Johan, International Investment Arbitration – A Practical Handbook, Canada, 2016.

Ben Mostafa, The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law, *Australian International Law Journal*,Vol. 15, 2008, ss. 267-291.

Bottini/Chaisse/Jovanovic/Facundo Pérez/Titi, Excessive Costs and Recoverability of Cost Awards in Investment Arbitration, *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 2019/9, 17 September 2019.

Currie John H., Public International Law, Toronto, Irwin Law Inc., 2008.

Crawford James, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, *ICSID Review*, C.25, S.1, 2010, ss.127-199.

Dumberry Patrick, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, C. 28, S. 4, 2010, ss. 675-701.

Demirkol Berk, Book Review J. Baumgartner,Treaty Shopping in International Investment Law, *Netherlands International Law Review*, 2017.

Demirkol Berk, "Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları", *BATİDER* 2012, C.28, S.3, ss. 301-357.

Demirkol Berk, The Notion of 'Investment' in International Investment Law, *Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, No 1, 2015, ss.41-50.

Esen Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2008 <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43378.pdf> Erişim:14.03.21.

Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınları, S. 11, Ankara, 1995.

Gaillard Emmenuel, "Identify Or Define? Reflections On The Evolution Of The Concept Of Investment In ICSID Practice", International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich, Oxford University Press 2009.

Harten/Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *The European Journal of International Law*, C.17, S.1, ss.121- 150.

Franck Suzan D., The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privation: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, *Fordham Law Review*,C. 73, S.4, ss.1521-1625.

Gönenç Levent, Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 50, S.1, 2001, ss. 131-152.

Gherin/Euler/Scheuer, Public Interest in Investment Arbitration, Editörler: Dimitrij Euler/ Markus Gehring, Transperancy in International Investment Arbitration, Cambridge University Press, 2015.

Garner Bryan, The Law of Judicial Precedent St. Paul Minn, Thomson Reuters 2016.

Gözler Kemal, Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007, C. 56, S.2, ss. 45-61.

Gaillard Emmenuel, Identify Or Define? Reflections On The Evolution Of The Concept Of Investment In ICSID Practice, International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich, Oxford University Press 2009.

Haugeneder Florian, Liebscher Christoph, Investment Arbitration Corruption and Investment Arbitration, Substantive Standards and Proof, Austrian Arbitration Year Book 2009.

Kaufmann – Kohler G., Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? – The 2006 Freshfield Lecture, Arbitration International 2007, C.23, S. 3, ss.357-378.

Kim Dohyun, The Annulment Committee's Role In Multiplying Inconsistency In ICSID Arbitration: The Need to Move Away From An Annulmentbased System, *New York Law Review* 2011, Vol.86, S.42, ss.242-279.

Lamb/Harrison/Hew, Recent Developments In The Law and Practice Of Amicus Briefs In Investor State Arbitration, *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017/5/2, ss. 72-92.

Markus Wagner, Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law, Univerrsity of Pennsylvania Jourrnal of International Law, vol.22, no.3, 2011, ss.878-883.

Maupin Julie, Transperancy in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky, Cambridge University Press, In A Bianchi & A. Peters (Eds.), Transparency in International Law, ss.142-171.

Martins Alexandre Marques de Silva, Challange to Transparency and Ethics In Alternatives to Arbitration in the Realm of International Investments, Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, 2016, Vol 11, ss.321-376.

McLachlan Campell, Shore,Laurance, Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford International Arbitration Series, Oxford 2017.

Nalçacıoğlu Erden, H. Zeynep, Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Reinisch August, The Use And Limits Of Res Judicata And Lis Pendens As Procedural Tools To Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, Law & Practice of International Courts & Tribunals, C.3, S. 1.

Rouf Abdel, Mohamed: How Should International Arbitrators Tackle, *ICSID Review* 2009, C.12, ss. 1116-136.

Reed/Sim, Nus Centre For International Law Collection Of Articles On An Appellate Body In ISDS, *ICSID Review* 2017, Vol.32 No.3, ss.691-695.

Schreuer Christoph, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *The Journal of World Investment & Trade* 2004, C.5, S. 231, ss.231-256.

Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

Schreuer Christoph, Malintoppi, L., Reinisch, August, Sinclair, Anthony: The ICSID Convention: A Commentary, Second Edition, Cambridge, University Press, 2009.

Salacuse Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford Scholarly Authorities on International Law.

Selçuk Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İcrası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,2019, S.140, ss. 115-140.

Simma Bruno, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? International and Comparative Law Quarterly, Vol.60, No.3, 2011, ss. 573-596.

Titi Catherine, The Right to Regulate in International Investment Law, Nomos and Hart Publishing 2014, ss.144-184.

Tiryakioğlu Bilgin, Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, (Editörler: Özdemir Kocasakal, H./Balkar, S.).

Tiryakioğlu Bilgin, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007.

Teitz Louise Ellen, Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation, Roger Williams University School of Law 2004, C.10, S.1.

Van Den Berg Albert, Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions, *ICSID Review 2019,* C.34, S.1, ss. 156- 189.

Wong Jarrod, The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, Colombia FDI Perspectives, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues By The Vale Columbia Center On Sustainable International Investment No. 88, 4 Şubat 2013.

Yılmaz Süleyman, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği, Asimetrik ve Patalojik Tahkim, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi,* C.69, S.3, 2020, s. 1475-1504.

Yackee Jason Webb, Investment Treaties and Investor Corruption, An Emergent Defense for Host States?, Virgiana Journal of International Law, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper no. 1181.

İnternet Kaynakları

Bernardi Piero, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, 15.09.2015 <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012970223709030bernardini_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf> Erişim: 24.12.20.

Bernasconi-Osterwalder/Hoffmann, The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II) < https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf > Erişim: 10.06.21.

Calamita, N. Jansen, The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime, Forthcoming Journal of World Investment & Trade, 2017, s.2 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2945881> Erişim: 09.02.20.

Çalışkan Yusuf, Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333874> Erişim:14.03.21, ss. 645-658.

Egli Gabriel, Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bileteral Investment Treaties:A Turning Point, *International Arbitration Law Review*, 2005 <http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf > Erişim: 20.03.21.

Fietta Stephan, Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bileteral Investment Treaties: A Turning Point?, *International Arbitration Law Review*, 2005 <http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf > Erişim: 20.03.21.

Giorgetti Chiara, Independence and Impartiality of Arbitrators in Investor-State Arbitration: Perceived Problems and Possible Solutions, 4 April 2019, <https://www.ejiltalk.org/independence-and-impartiality-of-arbitrators-in-investor-state-arbitration-perceived-problems-and-possible-solutions/> Erişim: 26.02.20.

International Law Association, ILA Committee Rules & Guidelines, 25.04.21 <https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/committee_rules_and_guidelines_2015_as_adopted_by_ec_25_april_2015_-_web_version.pdf> Erişim: 16.05.21.

Jordan Paust, Non State Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion, Virgiana Journal of International Law, C. 51, S.4, 2011 <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1701992> Erişim: 10.06.21.

Rogers Catherine, Transparency in International Commercial Arbitration, Penn State Law, 2006,C.54,s.1307 <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works> Erişim Tarihi: 30.01.2021.

Schreuer Christoph, Preliminary Rulings in Investment Arbitration, Transnational Dispute Management 2008 <https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf> Erişim: 11.02.20.