

SELENAY KÖSE

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASININ MODERNİZASYONUNUN YATIRIM
UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Bilkent Üniversitesi 2024

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN MODERNİZASYONUNUN
YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

SELENAY KÖSE

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Temmuz 2024

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN MODERNİZASYONUNUN
YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

SELENAY KÖSE

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Temmuz 2024

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN MODERNİZASYONUNUN
YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ
Selenay Köse

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....
Bilgin Tiryakioğlu
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....
Banu Şit Köşgeroğlu
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....
Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı.

.....
Refet S. Gürkaynak
Enstitü Müdürü

ABSTRACT

THE IMPACT OF THE MODERNIZATION OF THE ENERGY CHARTER TREATY ON INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT

Köse, Selenay

LL.M., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

July, 2024

Energy is vital for society and economy both at the level of national states and at the level of a union of states such as the European Union. The need for legal protection of energy investments, which are an important building block for the development of states, has become inevitable for both the investor and the State. As a solution to this need, international investment law has been developed for the protection of energy investments. Within this field, energy investments, which constitute the majority of investment arbitration cases, are regulated by a separate treaty, the Energy Charter Treaty. This Treaty, as a multilateral investment treaty, is interpreted and applied through its provisions regulating energy policy and the investment dispute settlement mechanisms it contains.

Over time, many provisions of the Treaty in terms of investment arbitration, including cases arising from energy investment disputes, have been criticized for not meeting the requirements of the era and not adapting to climate policy measures. In this context, European Union countries terminated bilateral investment treaties among themselves and subsequently decided to withdraw from the Energy Charter Treaty. At this point, there was a need to develop new approaches, including the

modernization of the Treaty. Thus, the modernization process necessitated the readjustment of the Treaty.

Within the scope of the thesis, the events that necessitated the modernization of the Treaty and in particular the criticisms of the investment arbitration system will be focused on, and then, after the European Union's decision to withdraw from the Treaty due to the system's shortcomings, the current situation and possible future scenarios will be evaluated and the impact of all these developments on the investment dispute resolution process will be analyzed.

Keywords: Energy Charter Treaty, International Investment Disputes, Foreign Investment, Energy Investment, Investment Protection, European Union

ÖZET

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN MODERNİZASYONUNUN YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Köse, Selenay

Yüksek Lisans Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Temmuz 2024

Enerji, hem ulusal devletler düzeyinde hem de Avrupa Birliği gibi devletler birliği düzeyinde toplum ve ekonomi için hayati öneme sahiptir. Devletlerin kalkınması açısından önemli bir yapı taşı olan enerji yatırımlarının, hem yatırımcı hem Devlet için hukuki koruma ihtiyacı kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu ihtiyaca çözüm olarak enerji yatırımlarının korunmasına yönelik uluslararası yatırım hukuku geliştirilmiştir. Bu alan içerisinde özellikle yatırım tahkimi davalarının çoğunluğunu oluşturan enerji yatırımları, ayrı bir anlaşma olan Enerji Şartı Antlaşması ile düzenlenmiştir. Bu Antlaşma, çok taraflı bir yatırım anlaşması olarak enerji politikasını düzenleyen hükümleri ve içerdği yatırım uyuşmazlıkları çözüm mekanizmaları ile yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.

Zaman içerisinde, enerji yatırım uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar da dâhil olmak üzere yatırım tahkimi açısından Antlaşmanın içerdği birçok hüküm, çağın gereksinimlerini karşılamadığı ve iklim politikası önlemlerine uyum sağlamadığı gerekçesiyle eleştiri konusu olmuştur. Bu bağlamda Avrupa Birliği ülkeleri kendi aralarındaki ikili yatırım anlaşmalarına son vermiş ve ardından Enerji Şartı Antlaşması'ndan çekilme kararı almışlardır. Bu noktada, Antlaşmanın modernizasyonu da dâhil olmak üzere yeni yaklaşımlar geliştirilme ihtiyacı

doğmuştur. Böylece modernizasyon süreci, Antlaşmanın yeniden tasarlanmasını gerektirmiştir.

Çalışmamız kapsamında Antlaşmanın modernizasyonunu gerektiren olaylar ve özellikle yatırım tahkimi sistemine getirilen eleştiriler üzerinde durulacak, ardından, sistemin aksaklıkları sebebiyle Avrupa Birliği'nin Antlaşmadan çekilme kararı almasından sonra karşılaşılan mevcut durum ve gelecekteki olası senaryolar değerlendirilerek tüm bu gelişmelerin yatırım uyumsuzluklarının çözüm süreci üzerindeki etkisi analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Enerji Şartı Antlaşması, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları, Yabancı Yatırım, Enerji Yatırımı, Yatırımların Korunması, Avrupa Birliği

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	III
ÖZET.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN TARİHSEL SÜREÇTEKİ ROLÜ VE ÖNEMİ

I. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN ORTAYA ÇIKIŞINA NEDEN OLAN GELİŞMELER.....	5
A. Antlaşmanın Kökeni.....	5
B. Antlaşmanın Tarafları	8
C. Antlaşmanın Amacı	10
D. Antlaşmanın İçeriği	11
II. ANTLAŞMANIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN GÜNÜMÜZE YAŞANAN GELİŞMELER.....	13
A. EŞA'nın Varlığını ve Uygulanabilirliğini Tehdit Eden Gelişmeler.....	14
1. Transit Protokolü Süreci	15
2. <i>Yukos v Rusya</i> Davası	21
3. Rusya'nın EŞA'dan Çekilmesinin Etkileri	23
4. Yeni Bir Darbe: İtalya'nın Antlaşmadan Çekilmesi	25
5. İtalya'nın Antlaşmadan Çekilmesinin Etkileri.....	43
B. Değişime Duyulan İhtiyacın Doğuşu.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NDAN ÇEKİLME KARARI

I. ÇEKİLME KARARININ ARKASINDAKİ NEDENLER.....	52
A. <i>Achmea v Slovakya</i> Davası	52
1. Davanın Arka Planı	53
2. Hukuk Sözcüsünün <i>Achmea</i> Davası Hakkındaki Görüşleri.....	56
3. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Kararı.....	62
B. <i>Komstroy</i> Kararı ve Etkileri	65
1. <i>Infracapital F1 Sarl v İspanya</i> Davası.....	73
2. <i>Kruck v İspanya</i> Davası	74
C. ICSID Kararları Sonrasında Analiz	76
II. İKLİM POLİTİKASI DEĞİŞİKLİĞİ.....	79
A. Paris Antlaşması	79
B. Avrupa Yeşil Mutabakatı	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NI TADİL EDEN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. MODERNİZASYON KARARI ÖNCESİ ÇALIŞMALAR	90
II. MODERNİZASYON KARARI SONUCUNDA TADİL EDİLEN HÜKÜMLER	92
III. TADİLİN YATIRIMLAR ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ	104
IV. TADİLİN TÜRKİYE'NİN TARAFI OLDUĞU YATIRIMLAR ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ.....	108

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAŞANAN GELİŞMELERİN YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE DEVLETLER ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ	112
---	------------

A. Devam Eden Uyuşmazlıkların Çözümü	113
B. Yeni Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü	119
II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLET YATIRIMCILARI İLE ÜÇÜNCÜ DEVLETLER ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ	125
A. Genel Olarak	125
B. Türkiye Açısından	130
1. <i>Libananco Holding Co. Limited v Türkiye</i>	132
2. <i>Cementownia “Nowa Huta” S.A. v Türkiye</i>	133
3. <i>Europe Cement Investment and Trade S.A. v Türkiye</i>	134
4. <i>Alapli Elektrik B.V. v Türkiye</i>	135
III. ÜÇÜNCÜ DEVLET YATIRIMCILARININ AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLETLERLE ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ	138
A. Menfaatlerin Reddi	140
B. Modernizasyon ile Sunulan Çözüm	145
IV. TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRME	146
SONUÇ	155
KAYNAKÇA	159

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Anlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma
AEŞ	: Avrupa Enerji Şartı
AET	: Avrupa Enerji Topluluğu
AnkBD	: Ankara Barosu Dergisi
ASEAN	: The Association of Southeast Asian Nations
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BSEC	: Black Sea Economic Cooperation
C.	: Cilt
CETA	: Comprehensive Economic and Trade Agreement
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
DTÖ	: Dünya Ticaret Bankası
EBRD	: European Bank for Reconstruction and Development
Ed.	: Editör
EŞA	: Enerji Şartı Antlaşması
GAÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
GSE	: Gestore dei Servizi Elettrici Sözleşmeleri

HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakóltesi Dergisi
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICC	: International Chamber of Commerce
INOGATE	: Interstate Oil and Gas Transportation to Europe
IRENA	: International Renewable Energy Agency
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
İYA	: İkili Yatırım Antlaşması
m.	: madde
MFN	: Most Favored Nation
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MIC	: Multilateral Investment Court
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	: Number
NAFTA	: North American Free Trade Area
para.	: paragraf
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
REIO	: Regional Economic Integration Organisation
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfadan sayfaya
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UEŞ	: Uluslararası Enerji Şartı

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

UNECE : United Nations Economic Commission for Europe

Viyana Sözleşmesi : Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

Vol. : Volume



GİRİŞ

Günümüzde, devletlerin kalkınmasında önemli bir yere sahip olan yabancı yatırımlar arasında özellikle enerji sektöründe yapılan yatırımlar ve bunların korunması ihtiyacı giderek artmaktadır. Söz konusu yatırımlara sağlanan hukuki korumanın, yatırımın yapıldığı ülke hukukunun yanısıra yatırım ilişkilerinin yabancı unsur taşıması nedeniyle uluslararası yatırım hukuku kapsamında olduğu genel kabul görmektedir. Doğrudan veya dolaylı yatırımların uluslararası yatırım hukuku kapsamında yer alan ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları vasıtasıyla koruma altına alınması ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü, hem yatırımcılar hem de devletler için kritik önem taşımaktadır¹. Bu bağlamda, Enerji Şartı Antlaşması önemli bir hukuki çerçeve sunmaktadır.

1994 yılında imzalanan ve Nisan 1998’de yürürlüğe giren EŞA’nın, enerji sektörünün stratejik, jeopolitik ve ekonomik büyüklüğü nedeniyle ayrı bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir². Antlaşma, şu anda en geniş çapta onaylanmış uluslararası yatırım anlaşması olarak küresel bir nitelik taşımaktadır³.

EŞA, uluslararası enerji yatırımlarını teşvik etmek ve korumak amacıyla oluşturulan bir antlaşmadır. Antlaşma, enerji yatırımlarının korunmasına yönelik olarak, adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin sağlanması, kamulaştırmaya karşı güvence sağlanması ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü gibi konuları

¹ Miles, K.: The Origins of International Investment Law, Empire, Environment and the Safeguarding of Capital, Cambridge University Press 2013, s. 71-77.

² Köşgeroğlu Şit, Banu: Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, 2012 (Enerji Yatırım Sözleşmeleri), s. 1.

³ Coop, G.: The Energy Charter Treaty: More Than A MIT, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, New York 2006, s. 3.

kapsayan kapsamlı bir düzenleme sunmaktadır. EŞA, ayrıca yabancı yatırımcının ev sahibi devlette maruz kalabileceği risklere karşı korunabilmesi amacıyla, ev sahibi devlete başka sorumluluklar da yüklemiştir. Bu sorumluluklar genel ve özel koruma standartları olarak nitelendirilmiştir. Genel koruma standartları içerisinde yukarıda bahsedilen adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin yanında ayrımcılık yapmama ve tam koruma ve güvenlik standartlarına yer verilmiştir. Özel koruma standartları olarak ise kâr veya kazançların menşe ülkeye transfer edilmesi, haksız kamulaştırmanın önlenmesi, tazminat ve halefiyet yükümlülüğü gibi ilkeler düzenlenmiştir⁴.

Antlaşmanın içermiş olduğu koruma standartları arasında yatırım uyuşmazlıklarının çözümü amacı ile başvuru olan yatırım tahkimi, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü sistemi olarak yer almaktadır. Ne var ki, mevcut yatırım tahkimi sistemi ve uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde gerek devletlerin gerek yatırımcıların eleştirileri zamanla artış göstermiş ve Antlaşma metninin çağın gereklerine ayak uyduramaması bu eleştirilerin ana odağı olmuştur.

Bu tezde, EŞA'nın yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde sunduğu mekanizmaları ve bu mekanizmaların etkinliğini ele alarak, özellikle son yıllarda yaşanan gelişme ve tartışmaların ışığında bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır. Ayrıca, söz konusu eleştiriler dikkate alınarak başlatılan modernizasyon süreci ile EŞA'nın eski versiyonu ile yeniden düzenlenen ve yeni hükümler içeren versiyonu

⁴ Yılmaz, A. Ç.: Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, 1. Baskı, s. 5.

analiz edilerek, bu hükümlerin halihazırdaki veya daha sonra gerçekleştirilecek yatırımlara olan muhtemel etkisi değerlendirilmiştir.

Tezin birinci bölümünde, EŞA'nın ortaya çıkış nedenleri ve tarihsel süreçteki rolü ve önemi üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, öncelikle Antlaşmanın kökeni, tarafları, amacı ve içeriğine değinilmiş; ardından, Antlaşmanın kabulünden günümüze kadar yaşanan gelişmeler ele alınmıştır. Daha sonra, EŞA'ya yönelen eleştirilerin kaynağını oluşturan olaylardan; tam anlamıyla bir modernizasyon olmasa da hükümlerin tadilini içeren fakat olumlu bir sonuç alınamayan Transit Protokolü süreci, bir uluslararası yatırım uyuşmazlığında EŞA'ya dayanılarak görevlendirilen hakem heyetinin yetkisinin sorgulandığı *Yukos v Rusya* davası ve bu dava sonucunda Rusya'nın Antlaşmadan çekilme kararı ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bu bölümde son olarak, İtalya'nın Antlaşmadan çekilmesinin ardında yatan en temel sebeplerden biri olan *Blusun v İtalya* davasında verilen karar detaylı olarak ele alınmış ve kararda AB'nin üye devletleri arasındaki yatırım uyuşmazlıkları üzerinde EŞA'nın uygulanamayacağına dair tutumu değerlendirilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, ilk bölümde ele alınan EŞA'ya yönelik sorunlar ve eleştirilerin de etkisiyle AB'nin Antlaşmadan çekilme kararı ve arka planında yer alan *Achmea v Slovakia* davası ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Ardından, AB'nin iddialarını destekler nitelikteki *Komstroy* kararı ayrıntılı bir analize tâbi tutulmuştur. Son olarak bu bölümde, EŞA'nın, iklim değişikliği rejimini düzenleme amacı taşıyan Paris Antlaşması ve bu anlaşmanın gerektirdiği yeşil dönüşüm sürecine yönelik yol haritası içeren Avrupa Yeşil Mutabakatı ile uyumlu olmadığı hususu tartışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise kaçınılmaz olan değişim sonrasında alınan modernizasyon kararı ile tadil edilen EŞA hükümleri, yatırım koruma mekanizmaları, yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin yöntemler ve bu mekanizmaların uygulamada işleyişi detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Tezin dördüncü bölümünde ise, modernizasyon sürecinin sonuçlarına yönelik olası senaryolar tartışmaya açılmıştır. AB'nin çekilme kararı sonrasında bu kararın, AB üye ülkeleri arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne etkilerinin incelenmesinin ardından AB üye devletine mensup yatırımcılar ile Antlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının iki farklı senaryodaki durumu ele alınacaktır. Bu bölümde ayrıca, halihazırda bir çekilme kararı almamasından dolayı EŞA hükümleri ile bağlı olan Türkiye'nin tarafı olduğu yatırımlar üzerindeki muhtemel etkileri tartışılmıştır. Son olarak üçüncü devlet yatırımcılarının AB üyesi devletlerle arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tartışma konusu haline gelen 'menfaatlerin reddi' üzerinde durulmuştur.

Çalışmamız, mevcut EŞA ve modernizasyon kararı sonrası yürürlüğe girme ihtimali bulunan ve tadil edilmiş EŞA'nın yatırımı koruma hükümleri kapsamında yaptığımız karşılaştırmalar ve tespitler ile sonuçlandırılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN TARİHSEL SÜREÇTEKİ ROLÜ VE ÖNEMİ

I. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NIN ORTAYA ÇIKIŞINA NEDEN OLAN GELİŞMELER

A. Antlaşmanın Kökeni

Avrupa Birliği'nde (AB) enerji politikalarının oluşması 1951 yılında Paris Antlaşmasıyla kurulan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ile gerçekleşmiş ve 1958 yılında Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran antlaşmaların imzalanmasıyla hız kazanmıştır⁵.

1960'lı yıllarda enerji talebinin çoğunluğu kömürle karşılanmaktayken 1970'li yıllarda bu durum değişmiş ve bu dönemlerde yaşanan petrol krizi sonrası yeni bir enerji stratejisine ihtiyaç duyulmuştur⁶. Bu strateji Avrupa Konseyi'nin Eylül 1974'te kabul ettiği “Yeni Enerji Politikası Stratejisi” programı ile tüketimin makul seviyeye çekilmesini, arz güvenliğinin artırılmasını ve enerji üretim ve tüketiminde çevrenin korunmasını öngören bir politika ile ortaya konulmuştur⁷. İlgili bu stratejiler geliştirilmiş, üye ülkelerin petrol tüketimini ve ithalatını kısımları, enerji tasarrufuna gitmeleri ve Topluluğun enerji politikası amaçlarına uyum göstermeleri gibi hedefler eklenmiştir.

⁵ Kılavuz, A. K.: “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2009, C. 13, S. 1-2, s. 180.

⁶ Yörkan, A.: Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası ve Türkiye'ye Etkileri, Bilgi Strateji, C. 1, S. 1, Güz 2009, s. 25.

⁷ European Council, Council Resolution of 17 September 1974 concerning a new energy policy strategy for the Community, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31975Y0709%2801%29> (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

Söz konusu stratejiler ve hedefler doğrultusunda üretim ithalatın üzerine çıkmış ve dışa bağımlılıkta azalma gözlemlenmiştir. 1980’li yıllara gelindiğinde ise Avrupa Birliği Komisyonu enerji sektöründe “tek pazar” kurma ve serbestleştirme politikalarına yönelmiştir. Ayrıca enerji üretiminden tüketimine kadar mevcut enerji sisteminin çevreye zarar verdiği tespit edilmiş ve çevreyi koruyabilecek şekilde sistemin nasıl iyileştirilebileceği de stratejilere konu edilmiştir⁸.

Tüm bu stratejiler Sovyetler Birliği’nin 1990’larda dağılması üzerine yön değiştirmiştir. Bu dönemde, bağımsızlığını yeni kazanan devletler içerisinde, hukuki sistemlerin güvenilirliğinin sorgulandığı, ağırlıklı olarak sermaye kıtlığı ve düşük üretkenliğin eşlik ettiği bir siyasi iklim karakterize edilmiştir⁹.

Tüm bu olumsuzluklara rağmen, söz konusu devletlerin çoğunun, zengin doğal kaynaklara sahip olmaları yeniden yapılanma ve ekonomik büyümeyi kolaylaştırabilmeyi mümkün kılmıştır. AB kendi enerji güvenliğini koruma altına almak için çalışmalara başlamıştır¹⁰. Enerji Şartı Antlaşmasının (EŞA), ortaya çıkışı da enerji piyasasında küresel değişimlerle aynı zamana denk gelmiş ve Antlaşma, jeopolitik karmaşıklıklar ve siyasi ayrılıklara karşı tarihsel bir yol izlemiştir.

Batı Avrupa Devletlerinin, 1970’li ve 1980’li yıllarda Orta Doğu ülkelerinden enerji ithaline bağımlılıklarının ortaya çıkmasından sonra, ilerleyen yıllarda yeni bir enerji arzı kaynağı ile ilgilenmeleri devletler arasında iş birliği ihtiyacının başlangıcını oluşturmuştur. O dönemlerde bu dayanışma tam olarak sağlanamasa da soğuk savaşın sona erdiği 1990’lı yılların başlarına gelindiğinde, enerji kaynakları bakımından zengin ve bağımsız devletlerin ortaya çıkmasıyla birlikte, enerji

⁸ Yorkan, s. 26.

⁹ Gaillard, E.: “Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty”, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, New York 2006, s. 54-73.

¹⁰ Yılmaz, s. 109.

kaynakları bakımından fakir fakat yatırım imkânı açısından zengin AB ülkeleri ile Sovyetler Birliği'nden ayrılmış olan ülkeler arasında iş birliği kaçınılmaz hale gelmiş ve çalışmalara başlanmıştır¹¹.

Bu çalışmalar, 1991 yılında, enerji yatırımlarına ilişkin hükümler içeren bir anlaşmanın nihai müzakeresinin temellerini atan Avrupa Enerji Şartı Antlaşması'nın¹² taslağının hazırlanmasıyla tohumlarını vermiştir¹³.

AB Topluluğu Komisyonu, Şubat 1991 tarihinde anlaşma için “Avrupa Enerji Şartı” (AEŞ) kavramını önermiş ve aynı yıl AB görüşmelerini başlatmak üzere, tüm Batı ve Doğu Avrupa ülkelerini, henüz dağılmamış olan Sovyetler Birliği'ni ve Avrupa dışında yer alan ve Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü'ne (OECD) üye olan ülkeleri Brüksel'de düzenlenen konferansa çağırmıştır¹⁴. ABD, Avusturya, Japonya ve Kanada konferansa kısa bir süre sonra katılmıştır¹⁵.

Haziran 1991'de Dublin'de gerçekleştirilen AB Zirvesi toplantısında, Doğu Avrupa ve Rusya'daki ekonomik kalkınmanın enerji sektöründe yapılacak iş birliği ile ivme kazanacağı ifade edilmiş¹⁶ ve bu ifadenin Konsey tarafından dikkate

¹¹ Nabimanya, J./Batte, C.: “Energy Charter Treaty: Current State of Play, Issues and Recommendations”, The Link Between the Energy Charter Treaty and Climate Justice Conference, Kampala, Uganda, Nisan 2013.

¹² Avrupa Enerji Şartı olarak da bilinen 1991 yılında kabul edilmiş Enerji Şartı, Enerji Şartı Anlaşması sürecinin siyasi temelini oluşturmaktadır. Enerji Şartı, güvenli enerji arzı ve sürdürülebilir ekonomik kalkınma konusundaki ortak çıkara dayalı, uluslararası enerji iş birliğini desteklemesi gereken ilkelerin kısa ve öz bir ifadesidir.

¹³ Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty A Reader's Guide, 2004, s.9.

¹⁴ Kılavuz, s. 181.

¹⁵ Bamberger, C./Linehan, J./Waelde, T.: “The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase”, Energy Law in Europe, Oxford 2000, s. 2.

¹⁶ Güneş, C.: Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara, Eylül 2023, s. 336.

alınması sonucunda Avrupa Enerji Topluluğu oluşumu için bir öneri sunulmasıyla EŞA'nın temeli atılmıştır¹⁷.

Enerji Şartı Antlaşması ve beraberinde Enerji Verimliliği Protokolü¹⁸ ise, ancak 1994 yılında Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi (Nihai Senet)¹⁹ tarafından kabul edilmiş ve 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Nihai Senet ve Avrupa Enerji Şartı, bugün de EŞA ile birlikte yürürlükte olmaya devam etmektedir²⁰.

Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iş birliğini teşvik etmeyi, enerji sektöründe sınırlar arası yatırımları ve ticareti kolaylaştırmayı amaçlayan çok taraflı bir antlaşma olarak EŞA, uluslararası yatırımcılar için bir yol gösterici haline gelmiş ve enerji yatırımlarına yönelik hukuki koruma ve anlaşmazlıkların çözümü için bir çerçeve sunmuştur.

B. Antlaşmanın Tarafları

17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanan ve 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe giren EŞA, enerji sektöründe uzun dönemli uluslararası iş birliğini teşvik etmeyi amaçlayan ülkeleri bir araya getirmiştir²¹.

¹⁷ Kılıçarslan, E. I.: "Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim", Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tarsus-Mersin, Ekim 2012.

¹⁸ Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Protokol, Antlaşmaya uygun olarak 23 Eylül 1997 tarihinde kabul edilmiştir. Protokolün içerdiği hedefler arasında; sürdürülebilir kalkınmayla uyumlu enerji verimliliği politikalarının teşvik edilmesi, üretici ve tüketicilerin çevreye saygılı, enerjiyi verimli kullanmaları için koşullar yaratılması, enerji verimliliği konusunda iş birliğinin teşvik edilmesi, piyasa odaklı fiyatlandırma da dahil olmak üzere etkili piyasa mekanizmalarını teşvik etmek için enerji verimliliği politikaları ile yasal ve düzenleyici çerçevelerin formüle edilmesi yer almaktadır.

¹⁹ Nihai Senet, EŞA hükümlerinin açıklanması, yorumu ve bu hükümlere ilişkin üye devlet bildirimlerini içeren uluslararası bir belge önemini taşımaktadır. Nihai Senet m. 4 uyarınca imza sahibi devletler, EŞA hükümlerinin açıklanmasına ilişkin Nihai Senet'te yer alan hükümleri kabul etmiş sayılacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. Walde, Thomas W.: Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues, Transnational Dispute Management, 2004, s.4.

²⁰ Coop, s. 5.

²¹ Baklavacı, P./Akıntürk, E.: "Enerji Şartı Antlaşması", Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, İzmir 2006, C. 7, S. 2. EŞA m.2: "Bu Antlaşma, "Avrupa Enerji Şartı'nın amaçları ve

EŞA'ya 53 ülke taraf iken, 15 ülke gözlemci statüsündedir. Antlaşmayı onaylamamış fakat imzalamış bulunan 28 ülke bulunmaktadır²². Gözlemci statüsünde yer alan uluslararası örgütler ise şunlardır: Güney Doğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN), Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü (BSEC), Baltık Denizi Bölgesi Enerji Birliği, Bağımsız Devletler Topluluğu Elektrik Gücü Kurulu, Ekonomik İşbirliği Teşkilatı, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası (EBRD), Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu, Uluslararası Enerji Ajansı, Uluslararası Yenilenebilir Enerji Ajansı (IRENA), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD), Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE), Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ).

Türkiye, 17 Aralık 1994 tarihinde Antlaşmayı imzalamış, 6 Şubat 2000 tarihinde Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihaî Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanması 4519 sayılı Kanunla kabul edilmiştir²³.

premsipleri uyarınca, tamamlayıcılık ve karşılıklı faydalar prensibini baz alarak, enerji alanında uzun dönemli iş birliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmektedir.”

²² Afganistan, Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarusya, Belçika, Birleşik Krallık, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hollanda, Hırvatistan, İspanya, İsveç, İsviçre, İzlanda, İrlanda, Japonya, Kazakistan, Kıbrıs, Kırgızistan, Kuzey Makedonya, Letonya, Lihtensteyn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Moldova, Moğolistan, Montenegro, Macaristan, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, Tacikistan, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna, Özbekistan, Yunanistan Antlaşmayı imzalayan ve onaylayan ülkelerdir.

Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Burundi, Çad, Endonezya, Fas, Filistin, İtalya, Moritanya, Nijerya, Pakistan, Sırbistan, Suriye, Uganda Antlaşmaya gözlemci statüsünde bulunan ülkelerdir.

Bangladeş, Benin, Birleşik Arap Emirliği, Burkina Faso, Çin, Esvatini, Gambiya, Guatemala, Guyana, İran, Irak, Kamboçya, Kenya, Kolombiya, Kore, Mali, Nijerya, Panama, Ruanda, Senegal, Sierra Leone, Şili, Tanzanya, Vietnam Antlaşmayı imzalayan ülkelerdir.

²³ 4519 sayılı Kanun, RG., 06.02.2000, S. 23956; 2000/786 sayılı Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihaî Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanması Hakkındaki Karar, RG., 12.07.2000, S. 24107. Türkiye, 5 Nisan 2001 tarihinde onay belgesini depozitere tevdi etmiştir. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG., 12.07.2000, S. 24107.

C. Antlaşmanın Amacı

Çok taraflı bir anlaşma olarak hukuk dünyasında yerini bulan EŞA, âkit devletlerin diğer âkit devletlerin yatırımcıları için istikrarlı, adil, elverişli ve şeffaf koşulları teşvik etmek ve oluşturmakla yükümlü kılmaktadır²⁴.

EŞA'nın amacı 2. maddede “...*tamamlayıcılık ve karşılıklı faydalar prensibini baz alarak enerji alanında uzun dönemli iş birliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmek...*” olarak belirtilmiştir.

Uygulamada bu, diğerlerinin yanı sıra (i) petrol ve gaz arama/çıkarma, (ii) rüzgâr, güneş ve hidroelektrik gibi yenilenebilir enerji kaynaklarıyla desteklenenler de dâhil olmak üzere enerji üretim tesislerinin inşası ve işletilmesi ve (iii) petrol platformları, petrol rafinerileri ve enerji üretim tesisleri de dâhil olmak üzere enerji ile ilgili tesislerin hizmetten çıkarılması gibi faaliyetleri içermektedir²⁵.

Tüm bu maddeler incelendiğinde, Antlaşmanın amaçları genel olarak şu şekilde sıralanabilir: enerji arzı güvenliğinin artırılması ve böylece enerji alanında yatırımların teşvik edilmesi ve korunması; enerji üretimi, taşınması, dağıtılması, depolanması, çevirimi, iletimi ve kullanımındaki verimliliğin artırılması²⁶; ticaretin ve yatırımların serbestleşmesi için önlemler alınması; uluslararası ticarete ayrımcılığın engellenmesi²⁷; uluslararası ve ulusal sermaye piyasalarına erişimin

²⁴ EŞA m. 2: “Bu Antlaşma, “Avrupa Enerji Şartı”nın amaçları ve prensipleri uyarınca, *tamamlayıcılık ve karşılıklı faydalar prensibini baz alarak, enerji alanında uzun dönem iş birliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmektedir.*”

²⁵ EŞA m. 1/5: “Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite (Economic Activity in the Energy Sector), Ek N1’da yer alanlar dışındaki Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin arama, çıkarma, rafinaj, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama, veya satışına ya da çokkathli konut alanlarına ısı dağıtımına ilişkin ekonomik aktiviteleri ifade etmektedir.”

²⁶ Demir, E.: “Enerji Şartı Anlaşması”, Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi, S. 8.

²⁷ Enerji Şartı Antlaşması Önsöz kısmında, bu hususa ilişkin birtakım ifadeler yer verilmiştir. Yukarıda sayılan faaliyetler, “...Antlaşmaya taraf ülkenin kendi ulusal yatırımcısına sağlayacağı

sağlanması; uzun süreli iş birliğini sağlamak için Antlaşmaya taraf ülkelerin tamamlayıcı ve karşılıklı fiyatlar prensibinin baz alınması, çevre sağlığı ve güvenliğinin güçlendirilmesi ve bu alanlardaki sorunların en aza indirilmesi.

Tüm bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin yanı sıra EŞA'nın genel olarak en büyük hedefi ve amacı, “*Yatırım Teşviki ve Korunması*” başlıklı III. bölümünden de anlaşılacağı üzere; âkit taraflarını koruma altına almak, yatırımları ile ilgili yatırım risklerini azaltmak ve hukuki istikrar sağlamak için belirli muamele standartları sağlamaya çalışmaktır²⁸.

D. Antlaşmanın İçeriği

Antlaşma, sekiz bölüm ve elli maddenin yanında birden çok ekten oluşmaktadır. Birinci bölüm, tanımlar ve amaç; ikinci bölüm, ticaret; üçüncü bölüm, yatırımların desteklenmesi ve korunması; dördüncü bölüm, çeşitli hükümler, beşinci bölüm, uyuşmazlıkların çözümü; altıncı bölüm, geçiş dönemi hükümleri; yedinci bölüm, Antlaşmanın yapısı ve kurumlar ve nihai olarak sekizinci bölüm, son hükümler olarak kaleme alınmıştır.

Enerji sektörünün öneminin anlaşılmasıyla enerji arzının güvenliğinin sağlanması ve Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin ekonomilerinin canlandırılması gibi amaçları gerçekleştirmek için Antlaşma içerisinde yatırım, ticaret, enerji transiti,

hakları, aynen diğer taraf ülke yatırımcılarına da tanınmasını sağlamak...” amacını gerçekleştirmek adına girilen taahhütlerdendir.

²⁸ Bu bölüm içerisinde yatırımların korunmasına ilişkin hak ve yükümlülükleri konu alan bazı temel ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler arasında en muntazam şekilde koruma ve güvenliği sağlama, milli muamele kaydı, ayrımcılık yasağı, adil ve hakkaniyete uygun muamele, kamulaştırmadan kaynaklanan kayıpların tazmin edilmesi ve en çok gözetilen ulus kaydı gibi temel koruma prensipleri yer almaktadır.

enerji verimliliği ve uyuşmazlıkların çözülmesi başlıkları altında tanımlamalar yapılmıştır²⁹.

Antlaşmada hem bağlayıcı hukuk hem de bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinden³⁰ yararlanılmıştır. Bu hususta, Antlaşmanın kapsamına, başka bir kurum tarafından daha iyi ele alınan enerji ile ilgili tanımlamalar da dâhil edilmiştir. Örneğin, Antlaşmada enerji malzemeleri, ürünleri ve ekipmanlarının ticaretine ilişkin tanım büyük ölçüde, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması tarafından düzenlenmiş şekli ile yer almakta ve böylece Antlaşma, DTÖ'ye katılmamış üyeleri için de bu düzenlemeyi uygulanabilir kılmaktadır³¹.

Uluslararası yatırımcıyı koruma prosedürü açısından EŞA, diğer anlaşmalara göre ileri bir koruma bahşetmektedir³². EŞA'nın yapısına bakıldığında; transit, ticaret, enerji verimliliği ve yatırımların teşviki ve korunması etrafında dört ana başlığı kapsadığı görülmektedir³³.

Enerji yatırımlarının teşviki ve korunması ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümü ise, Antlaşmanın merkezinde yer almaktadır. EŞA'nın yatırımı koruma hükümleri, yatırımcılara uluslararası standartlara göre asgari düzeyde koruma sağlamak üzere tasarlanmıştır³⁴. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olarak EŞA ile üç özel yol âkit taraflara sunulmuştur: (i) ICSID tahkim mahkemeleri; (ii) Stokholm Ticaret

²⁹ Kılavuz, s. 184.

³⁰ *Soft law*, yumuşak hukuk veya esnek hukuk kuralları gibi kavramlarla ifade edilebilmektedir. Bu kurallar, uluslararası hukukun geleneksel özelliklerinden yoksun olarak, çok taraflı antlaşmaların sınıflandırılması çalışmalarında geliştirilmiştir. Bağlayıcı olmayan hukuk kurallarına ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Dost, S.: "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2019, C. 14, S. 173-174, s. 35-74.

³¹ Chalker, J.: "Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly", *International Environmental Agreements*, 25 Ekim 2006, s. 438.

³² Akyol, s. 12.

³³ Yılmaz, s. 112

³⁴ Montero, F./Ruiz, L.: The Concepts of Investor and Investment Under the ECT and the Legal Standing to Bring Arbitraations Under the ECT, *Revista del Club Espanol del Arbitraje*, S. 23, 2015, s. 80.

Odası (SCC) himayesinde tahkim; ve (iii) UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca *ad hoc* tahkim.

Tüm bunlara ek olarak Antlaşma, devlete bağlı otoriteler ve işletmelere yönelik kapsamlı devlet sorumluluğunu vurgulayarak iki taraflı yatırım anlaşmaları uygulamalarının ötesine geçmekte ve ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*)³⁵ ile, uluslararası hukuk ve diğer uluslararası anlaşmalardan daha iyi muamele standartlarına ulaşılmasına vurgu yapmaktadır³⁶.

II. ANTLAŞMANIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN GÜNÜMÜZE YAŞANAN GELİŞMELER

EŞA, yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar bazı jeopolitik ve ekonomik ayrılıklara maruz kalmış ancak değişen küresel enerji dinamiklerine rağmen varlığını sürdürmüştür. Bu süreç içinde EŞA bazı eleştiri ve tartışmaların odak noktası olmuştur. Özellikle Antlaşmanın günümüz ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kaldığı, taraf devletlere ağır ve sonuçları iklim yanlısı olmayan sorumluluklar yüklediği ve bu bağlamda daha sürdürülebilir ve iklim değişikliğine duyarlı hükümlerin yer alması gerektiği, taraf devletler arasında tam olarak bir eşitlik sağlayamadığı yönünde eleştiriler gün geçtikçe artmaya başlamıştır.

Enerji ortamı başkalaştıkça ve iklim değişikliğinin etkileri ön plana çıktıkça, anlaşmanın etkinliği, çevre düzenlemeleri üzerindeki etkisi ve sürdürdüğü asimetrik güç dinamikleri hakkındaki tartışmalar ortaya çıkmıştır. Taraf ülkeler ile yabancı yatırımcılar arasındaki anlaşmazlıklar, devletlerin egemenlik yetkisi ile uluslararası

³⁵ EŞA m. 10 son cümlesi şu şekildedir: “Her Antlaşma Tarafı, diğer bir Antlaşma Tarafı Yatırımcısı veya Yatırımcısının bir Yatırımı ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirecektir.”

³⁶ Walde, T. W.: “Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration, Controversial Issues”, Journal of World Investment and Trade, Haziran 2004, C. 5, S. 3, s. 373-412.

yatırımların korunması arasındaki dengenin sorgulanmasına yol açmıştır. Sonuçta, EŞA'nın taraf devletlerin şikayetleri çerçevesinde yeniden düzenlenip günümüzde yaşanan gelişmelere ayak uyduran bir metne dönüştürülmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

A. EŞA'nın Varlığını ve Uygulanabilirliğini Tehdit Eden Gelişmeler

2009 yılından 2017 yılına kadar, EŞA'ya taraf devletler, iklim değişikliği ve yenilenebilir enerji kaynaklarına yatırım ihtiyacı gibi geleceğe ilişkin endişelerinin de etkisiyle, Antlaşmanın güncelliğini yitirmiş ve mevcut düzenlemeleri yansıtmayan bazı hükümlerini modernize etmek için yoğun bir çaba harcamışlardır.

Dünya çapında enerji alanında yeni gelişmelerin yaşandığı 2000'li yılların ilk on yılında Antlaşmada, o dönemde yaşanan hızlı değişimlere istinaden herhangi bir modernizasyon aşamasına geçilmemiştir³⁷. Bu süreçte, yeni gelişen ekonomilerin artan enerji talebi nedeniyle bazı enerji piyasalarının yoğunlaşması dikkat çekmektedir. Örneğin, yalnızca on yıl içinde, petrol fiyatlarında tarihsel olarak en düşük seviyelerden rekor seviyeye kadar değişen dalgalanmalar yaşanmıştır³⁸. Bu gelişme, enerji üreticisi ülkeleri ikili ve çok taraflı uluslararası antlaşmalar yapmaya yöneltmiş ve küresel ölçekte enerji sektöründeki jeopolitik ve ekonomik konumlarını daha ileriye taşımaya itmiştir. Öte yandan gelişmeler, 1990'lı yıllarda başlatılan enerji piyasalarının liberalizasyonuna ilişkin reformlarının çoğunu engellemiş, hatta tersine çevirmiştir³⁹.

³⁷ Verburg, C.: "Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement", *Journal of World Investment & Trade*, 2019, S. 20, s. 425-454.

³⁸ Theofanopoulos, s. 24.

³⁹ Nabimanya/Batte, s. 3.

Aynı dönemde AB, 2003 ve 2009 yıllarında sırasıyla ikinci ve üçüncü enerji paketlerini kabul etmesi⁴⁰ ve dış enerji politikasını geliştirmesiyle daha liberal bir enerji piyasasına doğru ilk adımlarını atmıştır. Tüm bu faaliyetlerin, EŞA'nın gelişimi üzerinde çarpıcı bir etkisi olmuştur. İlk olarak 2000'li yılların başında "Transit Protokolü" (Protokol) müzakereleri başarısızlıkla sonuçlanmış⁴¹, peşinden 2006 ve 2009'daki Ukrayna doğalgaz krizleri yaşanmış ve nihayet 2009 yılında Rusya daha sonra birçok AB ülkesi EŞA'dan çekilme kararı almıştır⁴².

1. Transit Protokolü Süreci

Sovyetler Birliği'nin dağılması sonrasında, 1990'ların sonu ve 2000'lerin başında, yeni kurulan Doğu Avrupa Devletleri (başta Ukrayna) ile Rusya arasında gaz fiyatlandırması ve transit ücretlerinde şeffaflığın olmayışı, eskimiş boru hattı sistemlerinin kötü durumu ve bölgedeki siyasi gerilimler süregelen bir anlaşmazlık ve çatışma ortamı yaratıyordu⁴³. Bu nedenle bölgedeki transit yönetiminin daha da kötüleşmesinin önüne geçmek amacıyla "Transit Protokolü" olarak bilinen bir girişim başlatılmıştır⁴⁴. Ne var ki, Transit Protokolü müzakereleri sıkıntılı bir hal almış; sonuçta AB ile Rusya arasında bir anlaşmazlığın başlangıcı olduğu

⁴⁰ European Parliament: Fact Sheets on the European Union, Internal Energy Market başlıklı bilgi notu için bkz. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/45/internal-energy-market> (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

⁴¹ Enerji Şartı Sekreteryası'nın 2004 yılında yayınlanan 17. Enerji Şartı Gazetesi'nde yer alan "Transit Protocol: Negotiations Suspended" başlıklı yazı için bkz. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Newsletter/20040202-ECS_Charter_News_2004_17.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

⁴² Herranz-Surrallés, A.: "The Energy Charter Treaty: Old and New Dilemmas in Global Energy Governance", Handbook of Energy Governance in Europe, Springer International Publishing, 2020.

⁴³ Sakwa, R.: "New Cold War' or Twenty Years' Crisis? Russia and International Politics", Oxford University Press, 2008, C. 84, S. 2, s. 241-267.

⁴⁴ Enerji Şartı'nın "Transit Protocol" başlıklı bilgi notu için bkz. <https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/transit-protocol/> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

anlaşılmıştır. Bu süreçte iki güç arasındaki jeopolitik ve ekonomik ilişkiler teste tâbi tutulmuştur. Bu iki önemli aktörün farklı bakış açıları, 2003-2007 yılları arasında gerçekleşen müzakerelerin her alanında açıkça görülmektedir.

Transit Protokolü müzakerelerindeki ana engellerden biri, transit sözleşmelerinin birçoğunun tedarik sözleşmelerinden önce sona ermesi nedeniyle uzun vadeli arz istikrarının sağlanamamasıydı. Rusya, bu sorunu çözmek için, boru hattı kapasitesi diğer rakiplere teklif edilmeden önce ihracatçıların mevcut transit sözleşmesini uzatma hakkını içeren bir ret hakkı (*right of first refusal*) maddesinin dâhil edilmesi önerisinde bulunmuştur⁴⁵.

Buna karşılık AB, böyle bir hükmün eklenmesine, Protokol ve iç enerji piyasasında ayrımcılık yapılmaması ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır⁴⁶. Hatta 2000’li yılların ortalarına gelindiğinde AB Zirvesi, Rusya’nın da Protokol modelini benimsemesi ve altyapı ağını Hazar ve Orta Asya’daki diğer üreticilerden gelen hidrokarbonların transit geçişine açması gerektiğini öne sürmüştü⁴⁷, bu tür talepler Rusya tarafından tamamen reddedilmiştir.

AB açısından EŞA, Rus gazının Avrupa’ya geçişini sağlayacak bir mekanizma olarak görülmeye başlanmışken Rusya hiçbir şekilde, Antlaşmanın, o dönemde en güçlü şirketler arasında sayılan Rus petrol şirketleri *Gazprom* ve *Rosneft*’in

⁴⁵ Belyi, A. V.: *Transitional Gas Markets and Euro-Russian Energy Relations*, International Political Economy Series, Palgrave Macmillan, 2015, s. 129.

⁴⁶ Yafimava, K.: *The Transit Dimension of EU Energy Security*, Oxford, Oxford University Press/Oxford Institute for Energy Studies, 2011, s. 304.

⁴⁷ Herranz-Surrallés, s. 60.

tekelindeki gaz ve petrol transit ağlarını serbestleştirme zorunluluğu getiremeyeceğini savunmuştur⁴⁸.

Transit Protokolü müzakerelerinin önündeki ikinci engel ise, AB'nin hukuki düzenlemeleriydi. AB iç enerji piyasasının gelişimi, EŞA'nın asgari standartları ile AB'nin İkinci ve Üçüncü Enerji Direktiflerinin⁴⁹ getirdiği liberalizasyon kuralları arasında büyüyen bir uçuruma yol açmıştı⁵⁰.

Rusya'nın liberalleştirilmiş bir enerji modelini takip etme ihtimalinin sınırlı olduğunu göz önüne alarak, AB bunun yerine Transit Protokolüne Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü (REIO)⁵¹ maddesinin eklenmesini talep etmiştir. Bu talebin ardındaki mantık, 2003 Gaz Direktifinin⁵² AB içindeki transit ve dağıtım kategorilerini fiilen kaldırmış olmasıydı.

Bu Direktife göre, Transit Protokolü yalnızca AB ile üçüncü ülkeler arasında geçerli olmalı, AB üye devletleri arasındaki ilişkilere uygulanmamalıdır. Ancak Rusya, Protokol'ün "Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü" başlığını içeren 20.

⁴⁸ Çorlu, H. Ç.: "Russia-The European Union Relation and the Energy Charter Treaty", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 1, S. 2, s. 45-73.

⁴⁹ AB'nin Enerji Direktifleri, AB'de gaz ve elektrik piyasasına yönelik bir yasama paketidir. Amacı AB'deki gaz ve elektrik piyasalarını daha da açmaktır. Direktifler, AB Komisyonu tarafından Eylül 2007'de önerilmiş ve Temmuz 2009'da Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Direktiflere yönelik daha fazla bilgi için bkz. Yafimava, K.: The EU Third Package for Gas and the Gas Target Model: major contentious issues inside and outside the EU, The Oxford Institute for Energy Studies, NG 75, Nisan 2013.

⁵⁰ Talus, K.: EU Energy Law and Policy: A Critical Account. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁵¹ "Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü", devletlerin oluşturduğu, bir kısmı Enerji Şartı Antlaşması'yla yönetilen belirli konularda yetki devrettikleri ve bu konularla ilgili olarak kendilerini bağlayıcı kararlar alma yetkisi de dahil olmak üzere oluşturulan bir kuruluş anlamına gelir. REIO maddesi ile AB, Protokolün AB içindeki enerji akışlarına uygulanmayacağını hüküm altına almıştır.

⁵² Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC. İlgili Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0055> (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

maddesine⁵³ açıkça karşı çıkmış, hatta tepki olarak neredeyse bir yıl boyunca müzakereleri askıya almıştır⁵⁴. Rusya'nın iddiasına göre AB'nin Transit Protokolü'nde REIO maddesinin yer alması, AB'ye Rus şirketlerinin AB pazarına erişimini engelleyecek bir ortam hazırlayacaktır⁵⁵. Bu anlamda, "AB içindeki bölgesel kurumların hızlı gelişiminin, uluslararası Transit Protokolü müzakerelerinin önünde bir engel oluşturduğu" ileri sürülmüştür⁵⁶. Rusya, REIO maddesinin oluşturduğu ayrıcalığın AB'yi pratikte EŞA'nın uygulanmasından muaf tutma etkisine sahip olacağı gerekçesiyle, AB'nin transit düzenlemesi bağlamında bir REIO olarak muamele görmesine şiddetle karşı çıkmıştır⁵⁷. Bu tartışmalı konu, EŞA Transit Protokolü müzakereleri sırasında çözümsüz kalmıştır.

Her iki tarafı da anlaşmazlığa sokan REIO maddesi tartışması, AB'nin EŞA transit kurallarını üye devletlere olmasa da AB'ye kadar genişletecek olan Transit Protokolü'nün 20/2. maddesindeki "eşit muamele" standardını getirme teklifi ile aşılmaya çalışılmıştır⁵⁸. Bu madde ile mağdur olan taraf her zaman bir transit

⁵³ Transit Protokolü m. 20: "Bu Protokol'ün amaçları doğrultusunda, Antlaşma'nın 7(10)(a) maddesinde atıfta bulunulan bir Âkit Tarafın "Alanı", bir Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü'ne üye olan Âkit Taraflar bakımından, böyle bir Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü'nü kuran antlaşmanın geçerli olduğu alan anlamına gelir.

Bir Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü, kendi hükümlerinin, başka bir Âkit Taraf menşeli olan ve kendi Bölgesinde serbest dolaşımda bulunan Enerji Maddeleri ve Ürünlerine, kendisini oluşturan üye ülkeler menşeli Enerji Maddeleri ve Ürünlerinden daha az elverişli davranmamasını sağlamayı taahhüt eder. Ayrıca, bir Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü'nün kuralları, en azından bu Protokol hükümlerinden kaynaklanırlara eşdeğer bir genel standart sağlayacaktır."

⁵⁴ Yafimaya, s. 286.

⁵⁵ Belyi, A./Nappert, S./Pogoretsky, V.: "Modernizing the Energy Charter Process? The Energy Charter Conference Road Map and the Russian Draft Convention on Energy Security". Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011.

⁵⁶ Bonafé, E./Mete, G.: "Escalated interactions between EU energy law and the Energy Charter Treaty", Journal of World Energy Law and Business, 2016, S. 9, s. 174-188.

⁵⁷ Belyi, s. 130.

⁵⁸ Söz konusu maddeye göre AB Topluluğu ve üye devletleri, âkit taraflar olarak, Enerji Şartı Antlaşması ve ilgili belgelerin hükümlerine bağlıdır. Ayrıca AB Topluluğu ve üye devletlerinin mevzuatı, gelecekteki mevzuat hükümleri de dâhil olmak üzere, bu belgelerle ve aynı zamanda AB Topluluğunu kuran Antlaşma ile uyumlu olmalıdır; bu araçların tümü ayrımcılık yapmama ve açık ve rekabetçi piyasa ilkelerine dayanmaktadır. Taslak halindeki Transit Protokolü için bkz.

tedbirini EŞA transit kurallarıyla karşılaştırabilecek ve “eşit muamele” standardının ihlal edildiğini iddia edebilecektir. 2011 yılında müzakere süreçleri askıya alındığından dolayı bu konu netlik kazanamamıştır.

Bir diğer tartışma ise, Rusya’nın 2008 yılında kabul ettiği Stratejik Sektörler Kanunu’nun⁵⁹, yatırımın büyüklüğüne bakılmaksızın hem yabancı şirketlerin hem herhangi bir yabancı yatırıma sahip Rus şirketlerinin⁶⁰ haklarına “yeraltı blokları” (*subsoil blocks*) olarak adlandırılan önemli kısıtlamalar getirmesinden kaynaklanmaktadır⁶¹. Bu kısıtlamalar, rezervlerin türünü, ülke içerisindeki enerji kaynakları ve rezervlerin hacmini ve konumunu ilgilendirmektedir. İlgili Stratejik Sektörler Kanunu uyarınca yabancı bir yatırımcı veya yabancı sermaye yatırımı olan Rus tüzel kişiliği, federal öneme sahip olduğu düşünülen bir yatak keşfederse, hükümet bu yatağın arama ve üretim amacıyla kullanılması hakkını vermeyi reddedebilecek veya bazı durumlarda, ulusal savunma ve güvenliğe tehdit oluşturduğu gerekçesiyle yatağın arama ve üretim amaçlı kullanım hakkını sona erdirebilecektir⁶².

Bu bağlamda, Rusya mevzuatına dâhil edilen söz konusu kısıtlamaların, EŞA’nın 1/6. maddesi kapsamındaki yatırımların geniş tanımıyla⁶³ uyumlu olmayacağı AB tarafından ileri sürülmüştür.

https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CC_251_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

⁵⁹ Federal Law N57-FAZ: “Procedures for Foreign Investments in the Business Entities of Strategic Importance for National Defense and State Security”. İlgili Kanun için bkz. https://policy.asiapacificenergy.org/sites/default/files/Federal%20Law%20No.%2057%20of%202008%20%28EN%29_0.pdf (Erişim Tarihi: 30.07.2024).

⁶⁰ *Gazprom* ve *Rosneft* gibi devlet kontrolündeki şirketler bu kısıtlamalardan muaf tutulmuştur.

⁶¹ Belyi, s. 84.

⁶² Belyi, s. 85.

⁶³ EŞA m.1/6: “*Yatırım (Investment)*”, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır:

Tüm bunlara ek olarak Protokolün müzakereleri sürecinde jeopolitik kaygılar da Rusya ve AB arasındaki anlaşmazlıklar arasında yerini almıştır. 1990'ların başından bu yana, AB'nin Sovyetler Birliği'ndeki enerji sektöründe INOGATE⁶⁴ (*Interstate Oil and Gas Transportation to Europe*) gibi programlarla sağladığı teknik yardım, Rusya tarafından hem bölgedeki nüfuzuna hem de Avrupa gazındaki hâkim konumuna yönelik bir tehdit olarak algılanıyordu⁶⁵.

Protokolün müzakerelerinde fikir birliğine varılmasının önündeki en önemli engel, AB'nin, Rusya'ya "üçüncü tarafların erişimi" (*third party access*) modelini takip ederek altyapısını üçüncü taraf üreticilere açmasını önermesiydi⁶⁶. Rusya'nın konuya bakış açısı ise, kendi üzerine düşen yükümlülüğün yalnızca Rus gazının

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

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

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

(d) Fikri mülkiyet;

(e) Kazanç;

(f) Yasalarla, kontratlarla veya enerji sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar.

Varlıklara yatırım şekillerine ilişkin bir değişiklik yatırımların karakterini etkilemez ve "Yatırım" terimi, yatırım yapan Antlaşma tarafı yatırımcısı ve kendi alanı içinde yatırım yapılan Antlaşma tarafı için yatırımın Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olmasına veya bu tarihlerden sonra olanından (bundan sonra geçerli tarih olarak anılacaktır) daha ileri bir tarihte yapılmış olmasına bakılmaksızın, bu Antlaşmanın sadece geçerli tarihten sonra yapılan yatırımlara tesir eden konulara uygulanabilmesi koşuluyla, tüm yatırımları içerir.

"Yatırım", enerji sektöründeki bir ekonomik aktiviteye ilişkin herhangi bir yatırım ve bir Antlaşma tarafı tarafından kendi alanı içinde yapılan "şart verimlilik projeleri" olarak adlandırılan ve aynı şekilde Sekreteryaya bildirilen yatırımlar veya yatırım tipleri olarak refere edilir."

⁶⁴ Bu program Eski Sovyetler Birliği Devletlerinde "Avrupa'ya Eyaletlerarası Petrol ve Gaz Taşımacılığı" sağlayarak AB dış enerji politikasının kademeli olarak geliştirilmesini hedeflemiş ve ilgili programın hayata geçirilmesinin ardından 2005 yılında Enerji Topluluğu (*Energy Community*) kurulmuş ve son olarak, AB'nin iç enerji piyasası kuralları kabul edilmiştir.

⁶⁵ Herranz-Surrallés, s. 8.

⁶⁶ Belyi, s. 47.

Avrupa'ya tedarikini sağlamak olduğu, EŞA rejimi kapsamında petrol ve gaz transit ağlarını serbestleştirme gibi bir yükümlülüğe sahip olmadığı yönündeydi⁶⁷.

2. *Yukos v Rusya Davası*

Rusya'nın EŞA'ya karşı muhalefeti, Kasım 2009'da UNCITRAL uyarınca uyuşmazlığa bakan Hakem Kurulunun *Yukos v Rusya* davasında yetkili olduğuna karar vermesiyle daha cephesel hale gelmiştir⁶⁸. Anılan dava, 2004 yılında Rus petrol şirketi, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos* (Yukos) tarafından Rusya Federasyonu'na karşı açılan ve davalı devletin almış olduğu icra takibine ve ceza yargılamalarına ilişkin tedbirlerin şirketin 2007 yılında tasfiye edilmesine yol açtığı ileri sürülen yatırım tahkimi davasıdır.

Yukos davasında Rusya Federasyonu, *Yukos*'un kuruluş yerinin teyit edilmesinin ve yatırımcıların, aleyhine dava açılan âkit devletin vatandaşı olup olmadıklarının da belirlenmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hakem Kurulu ise, *Yukos*'un EŞA'nın tarafı olan İngiltere yasalarına uygun olarak kurulmuş bir şirket olduğunu, EŞA koruması altında olduğunu ve Antlaşmada yer alan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından yararlanabileceğini, davaya bakma yetkisi ve kabul edilebilirliğe ilişkin ara kararında hükme bağlamıştır⁶⁹. Bununla birlikte, Hakem Kurulu 20 Eylül 2011 tarihli nihai kararında⁷⁰ ev sahibi devlet mahkemelerinde görülen ve yukarıda bahsedilen vergi davasına hazırlık yapması için *Yukos*'a yeterli zaman tanınmadığı gerekçesiyle 2000 yılında yürütülen vergi hesaplamalarına ilişkin yargılama işlemleri bakımından

⁶⁷ Thepfanopoulos, s. 25.

⁶⁸ Herranz-Surrallés, s. 9.

⁶⁹ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) and The Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. AA 227, 30 November 2009.

⁷⁰ *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Rusya*, App no. 14902/04 (ECtHR, 20 September 2011).

Antlaşmanın 6/1 maddesi ve 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir⁷¹. Hakem Kurulu ayrıca; 2000 yılına ait cezaların hesaplanması ile 2001 yılı cezalarının iki katına çıkarılmasının yasaya aykırı olması ve Rus yetkililerin, özellikle yargılama işlemlerinin hızlılığı konusunda esneklik göstermeyerek ve *Yukos*'u aşırı miktarda harçları ödemeye mecbur bırakarak adil ve hakkaniyete uygun bir muamele standardına aykırı davranması nedeniyle Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin iki ihlal tespit etmiştir⁷².

Hakem Kurulunun tespit ettiği ihlaller sonrasında verilen karara itiraz edilse de iptal davası reddedilmiş⁷³ ve sonuçta Rusya, *Yukos*'a yaklaşık 50 milyar dolar tazminat ödeme zorunluluğuyla karşı karşıya kalmıştır⁷⁴. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, Hakem Kurulunun yetkiye ilişkin itirazı reddedip davanın esasına girerek tazminata hükmetme kararı, Rusya'nın Antlaşmayı onaylamamış olması nedeniyle EŞA uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerinin Rusya için uygulanamayacağını savunan Putin hükümetine bir tepki olarak algılanmıştır⁷⁵.

⁷¹ *Yukos v Rusya* kararı, para. 36.

⁷² Avrupa Birliği İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Yukos* davasına ilişkin özet raporu için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22yukos%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-169161%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22yukos%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-169161%22]}) (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

⁷³ Amsterdam Temyiz Mahkemesi'nin Rusya'nın aleyhine 50 milyar dolarlık hakem kararına karşı yaptığı iptal başvurusuna ilişkin 22 Şubat 2024 tarihli kararı için bkz. https://jusmundi.com/en/document/decision/nl-yukos-universal-limited-isle-of-man-v-the-russian-federation-uitspraak-van-het-gerechtshof-amsterdam-tuesday-20th-february-2024#decision_60130 (Erişim Tarihi: 10.05.2024).

⁷⁴ Belyi, A.: "The Energy Charter Process in the Face of Uncertainties", *Journal of World Energy Law and Business*, 2021, S. 14, s. 363-375.

⁷⁵ Gazzini, T.: "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Provisional Application of the ECT in the Yukos Case", *ICSID Review*, 2015, S. 30, s. 293-302.

3. Rusya'nın EŞA'dan Çekilmesinin Etkileri

2010 yılının sonlarında Rus hükümeti, EŞA'ya alternatif olarak “Uluslararası Enerji Güvenliği Sözleşmesi” girişimini başlatmıştır⁷⁶. Sözleşme, konu başlıkları ve evrensellik iddiası açısından EŞA'ya benzese de, daha az piyasa merkezli bir sözleşme olarak değerlendirilmiştir⁷⁷. Anılan Sözleşmenin daha korumacı bir yatırım rejimi getirdiği, uzun vadeli sözleşmeleri piyasa istikrarının merkezi olarak desteklediği ve her türlü REIO hükmüne karşı çıktığı⁷⁸, dolayısıyla, sözleşme girişiminin Rusya'nın EŞA'dan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınma niyetini açıkça ortaya koyduğu savunulmaktadır⁷⁹.

Yukarıda sözü edilen anlaşmazlıklar, yeterli bir transit anlaşmazlık çözüm mekanizmasının benimsenmesiyle bu tür anlaşmazlıklara proaktif şekilde müdahale edebilmesi gerekirken EŞA'nın bu konuda yetersiz kalması nedeniyle bazı zayıflıklarını ön plana çıkarmış ve Antlaşmanın modernizasyonu ihtiyacına dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak, Kasım 2010'da EŞA'nın reformu için bir Yol Haritasının kabul edilmesiyle “modernizasyon süreci” başlatılmıştır. AB, geniş bir istişare süreci başlatmak amacıyla Transit Protokolü müzakerelerini iptal etmeyi kabul etmiştir.

⁷⁶ Uluslararası Enerji Güvenliği Sözleşmesi, enerji güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeni kapsamlı sistemin temel bir unsuru olmayı amaçlayan, hukuki açıdan bağlayıcı uluslararası bir çerçeve olarak tasarlanmıştır. Sözleşmenin amacının, Taraflar için ilkeler ve asgari hukuki açıdan bağlayıcı gereklilikler belirlemek ve Tarafların çıkarlarını dikkate alarak uluslararası enerji güvenliğini sağlamayı amaçlayan uzun vadeli uluslararası enerji iş birliğinin ayrıntılı kurallarının hazırlanması için bir temel oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Rusya Federasyonu Enerji Bakanlığı'nın ilgili sözleşme ile ilgili içeriği için bkz. <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/9b66ab8b-4e4f-d632-3968-dbe7bc007a7e> (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

⁷⁷ Bogoviz, A. V./ Lobova, S. V./ Ragulina, Y. V./ Alekseev, A. N.: “Russia's Energy Security Donctirne: Addressing Emerging Challenges and Oppurtunities”, International Journal of Energy Economics and Policy, 2018, S. 8(5), s. 3.

⁷⁸ Belyi, s. 11.

⁷⁹ Aseeva, A.: EU-Russia Energy Relations: The Role of International Law from Energy Investment and Transit Perspective, Universite De Geneve, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 70.

Modernizasyon süreci, Enerji Şartı'nın küresel karakterini güçlendirmeyi amaçlayan Uluslararası Enerji Şartı'nın (*International Energy Charter*, UEŞ)⁸⁰ Mayıs 2015'te kabul edilmesiyle hız kazanmıştır. Şu anda yaklaşık 90 devlet ve bölgesel kuruluş tarafından imzalanan UEŞ; Doğu Asya, Orta Doğu, Latin Amerika ve Afrika'dan yeni katılımcılarla birlikte Avrupa ve Orta Asya dışındaki ülkeleri de bünyesine katmayı başarmıştır. Çin ve ABD'nin UEŞ'yi imzalaması; Arjantin, Avustralya, Brezilya, Kanada, Hindistan, Endonezya, Meksika, Rusya ve Suudi Arabistan gibi fosil yakıt üreticilerinin Antlaşma tarafı olmamalarına rağmen EŞA'nın siyasi değerini ve küresel karakterini güçlendirmiştir⁸¹.

İçerik açısından UEŞ, tüketiciye, üreticiye ve geçiş ülkelerine hitap eden, aynı zamanda piyasa ilkeleri, ulusal egemenlik ve iklim değişikliğinin eş zamanlı önemini kabul eden dengeli bir bildiri olarak değerlendirilmiştir⁸². Ancak EŞA'dan farklı olarak UEŞ'nin hukuki bir bağlayıcılığının olmayışı asıl Antlaşmanın modernizasyon ihtiyacını gidermeye yetmemiştir. Bu nedenle UEŞ, daha kesin bir yol haritası veya nihai bir Antlaşma için birkaç yapı taşı sunan bir siyasi bildirge olarak değerlendirilmektedir⁸³.

⁸⁰ Uluslararası Enerji Şartı, imzacı devletler arasındaki enerji iş birliğini güçlendirmeyi amaçlayan ve yasal olarak bağlayıcı bir yükümlülük veya mali taahhüt taşımayan bir siyasi niyet beyanıdır ve Hollanda hükümetinin ev sahipliğinde düzenlenen Bakanlar Konferansı'nda resmen kabul edilmiş ve imzalanmıştır. Enerji alanında uluslararası iş birliğine yönelik ortak ilkelerin haritasını çıkaran Uluslararası Enerji Şartı hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/> (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

⁸¹ Aalto, P.: "The New International Energy Charter: Instrumental or incremental progress in governance?", *Energy Research & Social Science*, 2016, S. 11, s. 92–96.

⁸² Herranz-Surallés, s. 10, Aalto, 94.

⁸³ De Jong, S.: "The International Energy Charter: A New Impetus for Global Energy Governance?", *Research Handbook on EU Energy Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2017, s. 179-191.

4. Yeni Bir Darbe: İtalya'nın Antlaşmadan Çekilmesi

31 Aralık 2014'te İtalya, EŞA m. 49 uyarınca⁸⁴ depozitör olan Portekiz Hükümeti'ne Antlaşmadan çekilme kararını bildirmiştir⁸⁵. Böylece, bu tarih itibariyle, Antlaşmadan çekilme kararını alan ilk AB üyesi İtalya olmuştur. Bu kararın arkasındaki nedenler arasında ilk olarak 4 Şubat 2014 tarihinde ICSID'e sunulan ve yatırım uyuşmazlığını içeren *Blusun v İtalya* davası⁸⁶ gündeme gelmiştir. Bu davaya ayrı bir başlık altında değinilecektir⁸⁷.

İtalya'nın Enerji Şartı sürecinin başlangıcı 17 Aralık 1991'de Avrupa Ekonomik Topluluğu'na⁸⁸ katılmasına dayanmaktadır. Ardından İtalya, EŞA'yı ve Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Yönlere Protokolü'nü 5 Aralık 1997'de onaylamış ve 16 Nisan 1998'de yürürlüğe sokmuştur. Ek olarak, EŞA'nın ticaretle ilgili olan hükümlerinde yapılan 1998 tarihli değişikliği 13 Temmuz 2001'de kabul etmiş fakat bu değişiklik yürürlüğe 21 Ocak 2010'da girebilmiştir⁸⁹. Son olarak, İtalya'nın EŞA'dan çekilme kararını bildirdiği 31 Aralık 2014 tarihinden sonra 20 Mayıs 2015'te UEŞ'yi imzalaması beklenmedik bir hamle olarak yorumlanmıştır⁹⁰.

⁸⁴ EŞA m. 49: "Portekiz Cumhuriyeti Hükümeti bu Antlaşmanın Depozitörü olacaktır."

⁸⁵ İtalya'nın EŞA'ya ilişkin uyguladığı kararların kronolojik sırası için bkz. <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/> (Erişim Tarihi: 04.01.2024).

⁸⁶ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/14/3).

⁸⁷ Bkz. aşa. s. 34.

⁸⁸ European Economic Community, 1957'de Roma Antlaşması ile kurulmuş ve 1993'te AB'nin kurulmasıyla Avrupa Topluluğu (AT) adını almıştır. 2009 yılında tamamen AB'ye devredilmesinin ardından varlığına son verilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Avrupa Birliği'nin Tarihçesi, Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Başkanlığı, 15 Kasım 2022.

⁸⁹ Le Bars, B.: "Recent Developments in International Energy Dispute Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 2015, C. 5, s. 543-550.

⁹⁰ Querini, S. P.: *The Mixed Participation of the EU and its Member States to the Energy Charter Treaty and Italy's Withdrawal Therefrom: Consequences on the Promotion and Protection of Foreign Energy Investments*, *Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione Dipartimento di Scienze Politiche, Dottorato in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale*, 2018-2019, s. 146.

Yukarıda bahsedildiği üzere Antlaşmadan çekilme kararı ilk olarak *Blusun* davasına tepki olarak algılanmıştır. Ek olarak, Rusya'nın EŞA'yı onaylamama ve geçici uygulamasını sona erdirmeye kararının ardından EŞA'nın İtalyan Devleti için oynadığı rolün yeniden şekillendirilmesi, Cezayir ve Norveç gibi enerji sağlayan diğer ülkelerin Antlaşmayı onaylamaması, İtalya'nın (ve AB'nin) son on yılda dış enerji ilişkilerinde özellikle Doğu Avrupa ülkeleriyle ilgili olarak yaşadığı değişim bu kararın arkasında yatan nedenler arasında sayılmıştır⁹¹.

İtalya'nın EŞA'dan çekilme kararının, AB ve üye devletlerinin EŞA'ya ayrı ayrı katılımından kaynaklanan, özellikle AB içindeki enerji yatırımlarının teşviki ve korunması söz konusu olduğunda ortaya çıkan sorunlarla ilgili olabileceği de öne sürülmüştür⁹². Önceki başlıklar altında belirtildiği üzere⁹³, EŞA'nın iki tarafı AB üyesi olan yatırım uyuşmazlıklarına uygulanması, AB hukuk düzeninin özerkliği gibi AB hukukunun temel ilkeleriyle uyumluluğu konusunda birçok sorunu gündeme getirmektedir.

Bu uyuşmazlık, başta teşvik rejimi olmak üzere Enerji Kanunu'ndaki mevzuat değişikliklerine ilişkin İtalya aleyhine açılan “yeşil enerji” davalarından biridir⁹⁴. 27 Aralık 2016 tarihli davada, İtalya'nın güneş enerjisi rejiminde mevcut olan sabit tarifelerin seviyesini düşüren değişiklikleri kabul etmesi sebebiyle, İtalya'da gerçekleştirilen bir fotovoltaik enerji üretim projesine ilişkin yatırımın tarafı olan AB

⁹¹ Querini, s. 147.

⁹² Parola, L./Petronio, F./Cozzi, F.: “Italy's Withdrawal From the Energy Charter Treaty: Which Consequences for Foreign Investors?”, Paul Hasting, 28 Nisan 2015.

⁹³ Bkz. yuk. s. 21-28.

⁹⁴ Oil, Gas & Energy Law: “*Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italy* – ICSID Case No. ARB/14/3 – Award – 27 December 2016”.

üyesi devletlere mensup yatırımcıların olumsuz şekilde etkilendiğine yönelik iddialar öne sürülmüştür⁹⁵.

İtalya'ya karşı ICSID nezdinde görülen bu dava, Belçika'da kurulmuş bir grup şirketi olan *Blusun S.A.* ve hissedarları, Fransız vatandaşı *Jean-Pierre Lecorcier* ve Alman vatandaşı *Michael Stein* tarafından açılmıştır. Davaya konu olan enerji projesi, 120 fotovoltaiik tesisin ve trafo merkezlerinin inşa edilmesi, elektrik hatlarının satın alınması ve inşaat izinlerinin alınmasını içermektedir⁹⁶. *Blusun* şirketi bu projeyi gerçekleştirmek amacıyla Aralık 2009'da kurulmuştur.

Söz konusu davada, davacıların projeye yatırım yaptığı dönemde, İtalyan makamlarının 2010 ve 2012 yılları arasında aldığı bir dizi tedbire değinilmiştir. Bu tedbirlerden biri, Ocak 2004'te yürürlüğe giren ve yenilenebilir kaynaklarla çalışan tesislerin inşası için basitleştirilmiş bir izin prosedürü belirleyen 387/2003 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)⁹⁷ idi⁹⁸.

Davacılara göre bu tedbirler, projelerini sekteye uğratmakta, EŞA m. 10/1 kapsamındaki adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını ihlal etmekte ve EŞA m. 13/1 kapsamında kamulaştırma veya kamulaştırmaya eşdeğer bir etkiye sahip olmaktadır.

⁹⁵ Dimitrov, I.: "Legitimate Expectations in the Absence of Specific Commitments According to the Findings in *Blusun v Italy*: Is there Inconsistency Among the Tribunal in the Solar Energy Cases?", Kluwer Arbitration Blog, 18 Ağustos 2018.

⁹⁶ Charalampidou, N.: "Range of Disputes under the Energy Charter Treaty", OGEL 5, 2018, <https://www.ogel.org/article.asp?key=3798> (Erişim Tarihi: 07.01.2024).

⁹⁷ 387/2003 sayılı Kanun Hükmünde Kararname için bkz. https://www.mercatoelettrico.org/en/MenuBiblioteca/Documenti/20081008DLGS387_29Dec2003%20_en.pdf (Erişim Tarihi: 08.01.2024).

⁹⁸ Lin, X.: "Investors' Legitimate Expectation Claims Against Italy Dismissed Due to the Absence of Specific Commitments", Investment Treaty News, 27 Haziran 2019.

KHK'nın 7. maddesi uyarınca⁹⁹, “*Conti Energia*” veya “enerji hesapları” olarak adlandırılan ve özellikle santrallere yönelik teşvik tarife rejiminin hüküm ve koşullarını belirleyen üç bakanlık kararnamesi kabul edilmiştir. Davacılar, bu kararnameler sonucunda kabul edilen Yenilenebilir Enerji Direktifleri içerisindeki tedbirlerin, EŞA'nın 10/1 maddesinde belirtilen adil ve hakkaniyete uygun muamele standardını ihlal ettiğini ve/veya EŞA'nın 13/1 maddesi anlamında millileştirme veya kamulaştırmaya eşdeğer etkiye sahip tedbirler oluşturduğunu ve bu tedbirler nedeniyle yaklaşık 187.8 milyon Euro zarara uğradıklarını ileri sürmüştür¹⁰⁰.

Bu doğrultuda davacılar, Hakem Kurulundan, EŞA ve ICSID Konvansiyonu kapsamında yargı yetkisine sahip olduğuna, İtalya Cumhuriyeti'nin EŞA'nın III. Bölümü kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğine ve bu ihlal sonucunda oluşan zararların ve masrafların tazminine ilişkin karar vermesini talep etmiştir¹⁰¹.

Davalı İtalya hükümeti ise, EŞA'nın AB içi uyumsuzlukları kapsamadığı için Hakem Kurulunun yetkisinin olmadığına; EŞA'nın 26. maddesinde belirtilen dostane çözüme ilişkin ön koşulun yerine getirilmemesi nedeniyle Kararnamelere yönelik

⁹⁹ Kararname m. 7: “*Bu Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, Üretim Faaliyetleri Bakanı, Çevre Bakanı ile mutabakata vararak ve Ortak Konferansa danıştıktan sonra, güneş enerjisinden elektrik enerjisi üretiminin teşvikine ilişkin kriterleri tanımlayan bir veya daha fazla kararname kabul edecektir.*

Devlet bütçesine herhangi bir yük getirmeksizin ve yürürlükteki Topluluk yasalarına uygun olarak, 1. paragrafta belirtilen kriterler:

a) Terfi tedbirlerinden yararlanabilecek tarafların koşullarını oluşturmak;
b) Tesislerin ve bunların bileşenlerinin asgari teknik gerekliliklerini belirlemek;
c) Teşvik önlemlerinin diğer teşviklerle birleştirilmesine ilişkin koşulları oluşturmak;
d) Teşvik önlemlerinin boyutunu belirlemek için prosedürler oluşturmak. Güneş enerjisinin fotovoltaik dönüşümüyle üretilen elektrik için, yatırım ve işletme maliyetlerinin adil bir şekilde ödenmesini garanti edecek şekilde, azalan miktarda ve sürede özel bir teşvik tarifi sağlamak;
e) Kurulacak nominal güç için bir hedef belirlemek;
f) Aynı zamanda teşvik önlemlerinden yararlanabilecek tüm tesislerin kümülatif elektrik gücünün maksimum sınırını belirlemek;
g) 16 Mart 1999 tarih ve 79 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11(3) maddesinin ikinci paragrafına göre anılan şebekenin Yöneticisine tahsis edilen yeşil sertifikaların kullanımını sağlamak.”

¹⁰⁰ *Blusun v İtalya* kararı, para. 6.

¹⁰¹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 146.

olarak ICSID mahkemelerinin davaya bakma yetkisinin bulunmadığına; uyuşmazlık konusunu oluşturan projelere yönelik sözleşmelerde özel bir uyuşmazlık çözümüne ilişkin hüküm getirilmiş olduğundan, davacının zararın tazmini talebinde bulunmasının mümkün olmadığına, davacının iddia edilen menfaatlerinin korunması talebinin kabul edilebilir olmadığına karar verilmesini istemiştir¹⁰².

Davalı, ICSID Hakem Kurulunun yetkili olduğuna ve iddiaların tamamen ya da kısmen kabul edilebilir olduğuna karar vermesi halinde, davalının öncelikle EŞA 10/1 maddesini ihlal etmediğine, EŞA'nın 10/1 maddesinin son cümlesinin söz konusu davada uygulanabilir olmadığına veya alternatif olarak davalının bunu ihlal etmediğine; İtalya'nın EŞA'nın 13. maddesini de ihlal etmediğine karar vermesini talep etmiştir¹⁰³.

Davalıya göre, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ("Viyana Sözleşmesi")¹⁰⁴ 31/3-c maddesi uyarınca tutarlı yorum yapma görevi, EŞA tahkim şartının yorumlanmasında AB hukukunun geçerliliğinin kabul edilmesini gerektirmektedir¹⁰⁵. AB içi anlaşmazlıklarda yargı yetkisini tanıyan mevcut hakem

¹⁰² *Blusun v İtalya* kararı, para. 147.

¹⁰³ *Blusun v İtalya* kararı, para. 148.

¹⁰⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, uluslararası antlaşmalar hukukunu düzenleyen en kapsamlı metin olarak Birleşmiş Milletler tarafından 23 Mayıs 1969 tarihinde düzenlenmiş ve 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Viyana Sözleşmesi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. İncegöl, H.: Uluslararası Andlaşmaların Hukuksal Geçerliliğinin ve Etkilerinin 1969 Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2014, s. 103-126.

¹⁰⁵ Viyana Sözleşmesi, m. 31: "*Bir antlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. Bir antlaşmanın yorumu bakımından, (antlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:*

- a) *antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir antlaşma;*
- b) *antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.*

Antlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler dikkate alınır:

- a) *Taraflar arasında antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir antlaşma,*

kararlarıyla ilgili olarak davalı, Hakem Kurulunun daha önceki kararları ile bağlı olmasa da, EŞA'nın 26/6 maddesi kapsamında uygulanan AB hukuku ve daha sonra ayrı bir başlık altında incelenecek olan *Achmea* kararı¹⁰⁶ da dâhil olmak üzere ABAD kararlarına bağlı olduklarını, zira söz konusu kararların uluslararası hukuka ilişkin olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁷.

Bu temelde davalı, bir AB yatırımcısı tarafından başka bir AB üye devletinde gerçekleştirilen yatırımlara yönelik yatırım korumasının AB hukukuna, özellikle de Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı¹⁰⁸ içerisinde yer alan sermayenin serbest dolaşımı ve yerleşme özgürlüğü kurallarına ve AB hukukunun genel ilkelerine tâbi olduğunu ileri sürmektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 3/2 maddesi uyarınca¹⁰⁹, AB üye devletlerinin kendi aralarında AB hukuku kurallarını etkileyebilecek veya kapsamalarını değiştirebilecek bir anlaşma yapmaları yasaktır. Davalıya göre, AB üye devletleri AB içi yatırımların korunmasına ilişkin ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar yapma yetkisine sahip değildir¹¹⁰.

Davalı, ABİHA'nın 267 ve 344. maddeleri uyarınca, üye devletlerin, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin bir anlaşmazlığı, burada öngörülenler dışında herhangi bir çözüm yöntemine sunamayacaklarını ileri sürmüştür. Buna göre, AB üyesi iki devlet arasında imzalanan ve AB içi yatırım

b) *Tarafların antlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden antlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.*

c) *Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.*

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

¹⁰⁶ Bkz. aşa. s. 72.

¹⁰⁷ *Blusun v İtalya* kararı, para. 155.

¹⁰⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, (2000/C 364/01).

¹⁰⁹ ABİHA m. 3/2: "Bir uluslararası anlaşmanın akdedilmesi, Birliğin bir yasama tasarrufunda öngörülüyorsa veya Birliğin iç yetkisini kullanabilmesi için gerekliyse ya da Birliğin ortak kurallarını etkiliyor veya bunların kapsamını değiştiriyorsa, Birlik böyle bir anlaşmanın akdedilmesi konusunda münhasır yetkiye sahiptir."

¹¹⁰ *Blusun v İtalya* kararı, para. 156.

tahkimi prosedürünü içeren uluslararası bir anlaşma, ABİHA'nın 267 ve 344. maddelerini ve AB hukukunun genel özerklik ilkesini ihlal etmektedir. Davalıya göre, EŞA bu nedenle bir AB üye devletinin yatırımcısı ile başka bir AB üye devleti arasındaki anlaşmazlıklar için uygulanamaz. Sonuç olarak, davalı söz konusu dava bakımından uygun merciinin İtalya yetkili mahkemeleri olacağını ileri sürmüştür¹¹¹.

Davacı ise, EŞA'nın lafzı, bağlamı, ruhu ile amacının, Hakem Kurulunun EŞA'nın 26. maddesi kapsamında mevcut anlaşmazlığa bakma yetkisine sahip olduğunu teyit ettiği görüşündedir¹¹².

Davacı, davalının iddiaları bakımından ilk olarak, EŞA'nın 26. maddesinin lafzında davalının yetki itirazını destekleyen hiçbir unsurun bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu hükmün ilk paragrafı uyarınca, *“bir âkit taraf ile diğer bir âkit tarafın yatırımcısı arasında, diğer âkit tarafın alanındaki yatırımına ilişkin anlaşmazlıklar”* ICSID tahkimine sunulabilmektedir¹¹³. Bu hüküm, İtalya da dâhil olmak üzere EŞA'nın herhangi bir âkit tarafı ile Hollanda dâhil diğer herhangi bir âkit tarafın yatırımcısı arasındaki anlaşmazlıklar için geçerlidir. Davacının çıkarımı, EŞA'nın 26. maddesinin olağan anlamı, âkit tarafların tahkime rızasının koşulsuz

¹¹¹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 159.

¹¹² *Blusun v İtalya* kararı, para. 170.

¹¹³ EŞA m. 26: *“Bölüm III kapsamında, bir Antlaşma tarafı yatırımcısının, diğer Antlaşma tarafı alanında yaptığı yatırım ile ilgili olarak, alanda yatırım yapılan Antlaşma tarafının yükümlülüklerinin ihlalinin doğacak uyuşmazlıklar, mümkünse, karşılıklı iyi niyetle çözülecektir.”*

Antlaşma taraflarından herhangi birinin iyi niyetli çözüm önerisini yaptığı günden itibaren üç ay içerisinde, uyuşmazlığa, Paragraf (1)'de yer aldığı şekilde çözüm bulunamazsa, yatırımcı taraf uyuşmazlığın çözümü için,

(a) Uyuşmazlığa düştüğü Antlaşma tarafının mahkemelerine veya idari makamlarına başvurabilir;

(b) Daha önceden kabul edilmiş herhangi bir uygulanabilir uyuşmazlık çözüm prosedürüne başvurabilir; veya

(c) Bu Maddenin aşağıdaki paragrafları kapsamında çözüm arayabilir.

Salt (b) ve (c) alt paragraflarıyla sınırlı olmak kaydıyla, Antlaşma taraflarının her biri, bu maddenin hükümlerine uygun olarak, uyuşmazlığın çözümü için uluslararası hakem veya uzlaştırıcı kullanmayı koşulsuz kabul eder...”

olduğu ve AB yatırımcıları ile AB üye devletleri arasındaki uyumsuzluklarda herhangi bir istisna getirmediği yönündedir¹¹⁴.

Davacı ayrıca, EŞA ile AB Anlaşmaları arasında bir uyumsuzluk olması durumunda, bu çatışmanın EŞA'nın 16. maddesi tarafından yönetileceğini, bu hükmün EŞA âkit taraflarının Viyana Sözleşmesi'nin 30. maddesine açıkça istisna oluşturduğunu ileri sürmektedir. EŞA'nın 16. maddesi, uyumsuzluğu, maddi hükümler ve uyumsuzluk çözümü hakkı da dâhil olmak üzere, yatırımcılara ve yatırıma en uygun korumayı sunan anlaşma lehine çözmektedir. Davacı EŞA'nın, yatırımcıların haklarını AB Antlaşmalarından daha fazla koruduğunu iddia ederken Antlaşmanın, AB hukukunun aksine yatırım tahkimini sağladığını ve bu korumayı yine AB hukukundan farklı olarak yalnızca yatırım öncesi aşamada değil, yatırımın tüm aşamalarında gerçekleştirdiğini belirtmiştir¹¹⁵.

Son olarak, davacı özellikle, *Achmea* kararının mevcut anlaşmazlıkla ilgili olmadığını, çünkü *Achmea* davasında ABAD önündeki durumdan farklı olarak EŞA'nın AB tarafından akdedilmiş bir anlaşma olduğunu ve *Achmea* kararının altında yatan politik ve anayasal kaygıların bu anlaşmayla ilgisi olmadığını ileri sürmektedir. Davacıya göre, davalının tahkim teklifinin geçerliliği de dâhil olmak üzere Hakem Kurulunun yargı yetkisi, yalnızca EŞA ve uluslararası hukuka dayanarak belirlenecektir. Davacı, bu bağlamda davalının, *Achmea* kararının bu Hakem Kurulunun dayandığı anlaşmayı nasıl etkileyebileceğini açıklayamadığı görüşündedir¹¹⁶.

¹¹⁴ *Blusun v İtalya* kararı, para. 171.

¹¹⁵ *Blusun v İtalya* kararı, para. 179.

¹¹⁶ *Blusun v İtalya* kararı, para. 182.

Tüm bu iddialara karşı Hakem Kurulu, ilk olarak, EŞA uyarınca oluşturulan bir Hakem Kurulu bakımından AB hukukunun uygulanıp uygulanamayacağı hususunda EŞA'nın 26. maddesi ile ilgili iki yaklaşım üzerinde durmuştur¹¹⁷.

Davalı tarafından desteklenen birinci yaklaşım, bir yatırım tahkimi kurulunun “anlaşmazlık konularını işbu Antlaşmaya ve uluslararası hukukun geçerli kural ve ilkelerine uygun olarak karara bağlayacağını” öngören EŞA'nın 26/6 maddesine dayanmaktadır. Anılan madde bağlamında, uluslararası hukukun bu tür kural ve ilkeleri, AB üye devletleri arasında akdedilen kurucu uluslararası anlaşmalara (ABA ve ABİHA) dayandığı sürece AB hukukunu da içerecektir¹¹⁸.

Davacının dayandığı ikinci yaklaşım, uygulanabilir hukuk açısından, yargı yetkisine ilişkin kararlar ile uyuşmazlığın esasına ilişkin kararlar arasında bir ayrım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, EŞA'nın 26/6 maddesinde “ihtilafli konulara” yapılan atıf yalnızca esasa ilişkin konuları kapsarken, yargı yetkisine ilişkin konularda uygulanacak hukuk, ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesidir¹¹⁹.

Mahkeme, bu başlık altında ve ilk aşamada yukarıda bahsedilen alternatiflerden hangisinin tercih edilmesi gerektiği sorusuna cevap vermese de bir sonraki başlık içerisinde EŞA'yı uygulanacak hukuk olarak belirtmiştir¹²⁰.

Hakem Kurulu ikinci sorunla ilgili olarak, yani EŞA ile AB hukuku arasında çelişki olması durumunda, EŞA'nın 26. maddesinin yerine AB hukukunun geçerli olup olmayacağına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. *Achmea* kararında böyle bir çelişkinin varlığı öne sürülmektedir. Bu karar, “Üye devletlerden birindeki bir

¹¹⁷ *Blusun v İtalya* kararı, para. 194.

¹¹⁸ *Blusun v İtalya* kararı, para. 195.

¹¹⁹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 196.

¹²⁰ *Blusun v İtalya* kararı, para. 213.

yatırımcının, diğer üye devletteki yatırımlarla ilgili bir anlaşmazlık olması durumunda, ikinci üye devlete karşı, yargı yetkisi bu üye devletin olduğu bir tahkim mahkemesi önünde dava açabileceği uluslararası bir anlaşmayı dikkate almaktadır”.

Söz konusu kararda, tahkim mahkemelerin yargı yetkisinin AB hukukunun özerkliği ilkesine müdahalesi nedeniyle ABİHA’nın 267 ve 344. maddeleriyle uyumsuz olduğu sonucuna varılmıştı¹²¹. *Achmea*’daki hüküm yalnızca iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak oluşan hakem kurulları için geçerli iken, *Blusun* davasında, EŞA’ya dayalı olarak oluşturulan bir Hakem Kurulu söz konusudur. Bununla birlikte *Blusun* davasında Hakem Kurulu, yargı yetkisine ilişkin olarak EŞA ile AB hukuku arasında bir çelişki bulunduğunu varsaymaktadır¹²².

EŞA’nın diğer anlaşmalarla ilişkisini düzenleyen 16. madde ile ilgili üçüncü sorunla ilgili olarak tahkim mahkemeleri, iki anlaşmanın hükümlerinin birbiriyle uyumlu olmaması durumunda, EŞA’nın 16. maddesini uyuşmazlık kuralı olarak kabul etmiş olup, *Blusun* davasındaki Hakem Kurulu da bu görüşü paylaşmaktadır. Bu nedenle, EŞA’nın 16. maddesi¹²³, Viyana Sözleşmesi’nin 30. maddesi karşısında özel bir hüküm olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle tercihen uygulanması gereken hüküm olarak belirtilmiştir¹²⁴.

¹²¹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 201.

¹²² *Blusun v İtalya* kararı, para. 202.

¹²³ EŞA m. 16: “İki veya daha fazla Antlaşma tarafının daha önceden veya sonradan, bu Antlaşmanın 3’üncü ve 5’inci Bölümlerini ilgilendiren bir uluslararası anlaşmaya dahil olmaları durumunda;

1) Bu Antlaşmanın 3’üncü veya 5’inci Bölümlerinde yer alan hiçbir hüküm, diğer anlaşma şartlarından veya söz konusu anlaşma kapsamında yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir haktan daha eksik biçimde yorumlanmayacaktır.

2) Diğer Antlaşma şartları kapsamında yer alan hiçbir hüküm, bu Antlaşmanın 3’üncü veya 5’inci Bölümlerinde yer alan şartlardan veya bu Antlaşma kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir haktan daha eksik biçimde yorumlanmayacaktır.

Hangi hüküm yatırımcı veya yatırım açısından daha avantajlı ise o hüküm uygulanacaktır.”

¹²⁴ *Blusun v İtalya* kararı, para. 207.

16. maddenin lafzına göre, hem EŞA'nın III. ve V. Bölümleri hem de diğer AB anlaşmalarının hükümlerinin, yatırımın korunmasına ilişkin herhangi bir maddi korumayı ihlal edecek şekilde veya “böyle bir hükmün yatırımcı veya yatırım açısından daha avantajlı olması durumunda”, bununla ilgili herhangi bir anlaşmazlık çözüm hakkını ihlal edecek şekilde yorumlanamayacağı Hakem Kurulu tarafından ileri sürülmüştür¹²⁵.

Bu hususta, AB yatırımcıları ve yatırımlarına yönelik maddi ve usule ilişkin koruma sağlayacak hükümlerden EŞA'da veya AB hukukunda yer alan hükümler arasında hangilerinin daha avantajlı olup olmadığı konusunda Mahkeme, *Masdar v İspanya*¹²⁶ kararından yararlanmıştır. Söz konusu kararda EŞA'nın 16. maddesinin, tarafların, AB anlaşmaları ile çelişen herhangi bir hüküm karşısında yararlandığı EŞA'nın 26. maddesinin daha elverişli yatırımcı koruma hükümlerine öncelik verdiği belirtilmiştir¹²⁷.

Blusun davasında Hakem Kurulu bu yaklaşımı benimsemiş, dolayısıyla EŞA'nın III. Bölüm ve V. Bölümdeki hükümlerin en azından bazılarının, AB anlaşmaları ile karşılaştırıldığında yatırımcılar ve yatırımlar açısından daha avantajlı olduğu sonucuna varmıştır. Özellikle, EŞA'nın 26. maddesinin varlığı ve uluslararası tahkime erişim imkânı, EŞA'nın AB yargı yolları sistemine göre bir avantaj olarak kabul edilmiştir¹²⁸.

¹²⁵ *Blusun v İtalya* kararı, para. 210.

¹²⁶ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 332 (CL-120).

¹²⁷ *Blusun v İtalya* kararı, para. 211.

¹²⁸ *Blusun v İtalya* kararı, para. 212.

Sonuç olarak, Mahkemenin öncelikli olarak uygulamasına karar verdiği EŞA'nın hükümleri, özellikle de 26. maddesi, AB hukukunun yatırımın korunmasına ilişkin hükümlerine üstün gelmektedir.

Yukarıdaki gerekçelerle Hakem Kurulu, davalının diğer AB içi itirazlarının reddedilmesi gerektiğini bildirmiştir¹²⁹.

Davalı tarafından ileri sürülen ve davacı tarafından itiraz edilen, Viyana Sözleşmesi'nin 41. maddesinin bir Antlaşmanın taraflarından bazılarının kendi aralarında bir önceki antlaşmayı değiştiren ikinci bir antlaşma yapmalarına izin verdiği iddiasına ilişkin olarak ise Hakem Kurulu, Viyana Sözleşmesi'nin 41. maddesinin hükümlerine atıfta bulunmuştur¹³⁰. Bu hükme göre, Antlaşma tarafından böyle bir değişiklik ihtimali öngörülüyse veya söz konusu değişiklik Antlaşma tarafından yasaklanmadıysa, çok taraflı bir anlaşmanın taraflarından iki veya daha fazlası, antlaşmayı sadece kendi aralarında değiştirmek üzere bir anlaşma akdedebilirler. Fakat aynı maddeye göre bu değişikliğin gerçekleştirilebilmesi için ayrıca diğer tarafların antlaşmadan doğan haklarından istifade etmelerinin gerekmemesi veya yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin etkilenmemesi ve değişikliğin, kendisinden sapılması halinde, bir bütün olarak antlaşmanın konu ve

¹²⁹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 213.

¹³⁰ Viyana Sözleşmesi m. 41: “Çok taraflı antlaşmaları (tarafların sadece bazıları arasında) değiştirmek için yapılan anlaşmalar;

1. Çok taraflı bir antlaşmanın iki veya daha fazla tarafı aşağıdaki şartlarla sadece kendi aralarında antlaşmayı değiştirmek için bir anlaşma yapabilirler:

a) antlaşma tarafından böyle bir değişiklik ihtimali öngörülüyse; veya

b) sözkonusu değişiklik antlaşma tarafından yasaklanmadıysa ve:

i. bu değişiklik diğer tarafların antlaşmadan doğan haklarından istifade etmelerini veya yükümlülüklerinin yerine getirilmesini etkilemiyorsa;

ii. değişiklik, kendisinden sapılması halinde, bir bütün olarak antlaşmanın konu ve amacının etkin bir şekilde yerine getirilmesiyle bağdaşmayacak bir hükümle ilgili değilse.

2. Paragraf 1 (a) kapsamına giren bir durumda, antlaşma başka türlü öngörmedikçe, söz konusu taraflar, diğer tarafları antlaşma yapma niyetlerinden ve antlaşma için öngördüğü değişiklikten haberdar edecektir.”

amacının etkin bir şekilde yerine getirilmesiyle bağdaşmayacak bir hükümle ilgili olmaması gerekmektedir¹³¹.

Hakem Kurulu, başlangıç olarak, Viyana Sözleşmesi m. 30/5'in ve Viyana Sözleşmesi m. 30/4'ün¹³², m. 41'e hâlel getirmeyeceğine açıkça dikkat çekmiştir¹³³. Bununla birlikte, Viyana Sözleşmesi'nin 41. maddesinin uygulanabilir olması için, EŞA içerisindeki bu tür bir değişikliğin, öngörülüp öngörülmediği veya en azından yasaklanıp yasaklanmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiği kaleme alınmıştır. Hakem Kuruluna göre, Antlaşma içerisinde bu tür bir değişikliğe ilişkin açık bir yasak bulunmamaktadır¹³⁴.

Viyana Sözleşmesi madde 31/3(c) uyarınca, bir antlaşma yorumlanırken, “ taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli olan uluslararası hukukun ilgili tüm kuralları” birlikte dikkate alınacaktır. Ancak Hakem Kurulu, bu hükmün AB içi talepleri EŞA'nın açık terimlerle ifade edilen yatırımcı ile âkit taraf arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 26. maddesinin kapsamından çıkarmak için kullanılabileceğine ikna olmamıştır¹³⁵.

Hakem Kuruluna göre, Viyana Sözleşmesi'nin 31/3(c) maddesi tek başına değil, 31/1 içerisinde yer alan genel yorum kuralının ayrılmaz bir parçası olarak

¹³¹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 226.

¹³² Viyana Sözleşmesi m. 30/4: “Sonraki andlaşmanın tarafları önceki andlaşmanın taraflarının tamamını kapsamadığı zaman:

a) her ikisine taraf olanlar arasında üçüncü paragrafta yer alan aynı kural uygulanır.
b) her iki andlaşmaya taraf olan bir Devletle sadece andlaşmaların birisine taraf olan bir Devlet arasında, her iki Devletin tarafı oldukları andlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir.”

Viyana Sözleşmesi m. 30/5: “Dördüncü paragraf hükümleri, 41. maddeye veya 60. maddeye göre bir andlaşmanın sona erdirilmesi ile veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili herhangi bir meseleye veya bir Devletin başka bir Devlete karşı, başka bir andlaşma gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşmayan bir andlaşmanın yapılması veya uygulanması sebebiyle bir Devlet için doğabilecek herhangi bir sorumluluk meselesine, hâlel getirmez.”

¹³³ *Blusun v İtalya* kararı, para. 227.

¹³⁴ *Blusun v İtalya* kararı, para. 228.

¹³⁵ *Blusun v İtalya* kararı, para. 220.

uygulanmalıdır. Hakem Kurulu, bu hükmün Antlaşmanın yorumlanmasındaki rolünün, Antlaşmayı tamamen yeniden yazma etkisiyle Antlaşmaya harici unsurlar eklemek olamayacağını kabul etmiştir. Bu çerçevede, ne EŞA tarafından kullanılan terimlerin olağan anlamı ne de hükümlerinin sistematik analizi, Hakem Kurulunun, ABAD'ın *Achmea* kararındaki bulgularına veya AB'nin yasal olarak bağlayıcı olmayan 2018 Bildirimindeki¹³⁶ ifadelerine dayanarak, EŞA'nın ve özellikle 26. maddesinin, AB içi talepleri EŞA uyuşmazlık çözümünden çıkardığı şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna varması için bir temel sunmaktadır¹³⁷.

Dolayısıyla, çok taraflı bir anlaşma olan EŞA'nın yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin 26. maddesinin, atıf yapılan maddede belirtildiği gibi herhangi bir anlaşma ile, AB içi yatırım uyuşmazlıklarını istisna olarak belirleyecek şekilde değiştirilmediğine karar verilmiş ve davalının Viyana Sözleşmesinin 41. maddesine dayanan argümanı kabul edilmemiştir¹³⁸.

Davalının yargı yetkisine ilişkin itirazı, GSE¹³⁹ sözleşmelerinin Roma mahkemeleri lehine münhasır yargı yetkisi veya mahkeme yeri seçimine ilişkin bir hüküm¹⁴⁰ içerdiği ve EŞA'nın 26. maddesi kapsamındaki koşulsuz rıza şartının bu nedenle geçerli olmadığı iddiasına dayanmaktadır¹⁴¹.

¹³⁶ EC: "Communication From the Commission to the European Parliament and the Council – Protection of intra-EU investment", Brussels, 19.07.2018, COM(2018) 547 final.

¹³⁷ *Blusun v İtalya* kararı, para. 221.

¹³⁸ *Blusun v İtalya* kararı, para. 231.

¹³⁹ "Gestore dei Servizi Elettrici", İtalyan mevzuatına ve ilgili uluslararası mevzuata uygun olarak, enerji santrallerine teşvikler vererek ve elektriğin çevresel açıdan sürdürülebilir kullanımını teşvik etmeye yönelik bilinçlendirme kampanyaları yürüterek yenilenebilir elektriğin gelişimini desteklemektedir. Şirketin tek hissedarı, Ekonomik Kalkınma Bakanlığı ile birlikte şirkete operasyon yönergelerini veren Ekonomi ve Maliye Bakanlığı'dır. GSE Sözleşmeleri ise elektrik üretimine ilişkin tesislerin 20 yıl boyunca belirli bir oranda sabit tarifelerden yararlanmasını düzenleyen anlaşmalardır. Daha fazla bilgi için bkz. Bollino, C. A.: GSE's Role in the Italian Renewable Electricity System, International Association for Energy Economics, 2009, s. 26.

¹⁴⁰ Davalının itirazında bahsettiği GSE sözleşmelerinin ilgili maddesi, "Bu Antlaşmanın ve burada atıfta bulunulan belgelerin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan veya bunlarla ilgili

Söz konusu madde, bir yatırımcı ve taraf bir ülke arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olup, davalının ikinci yetki itirazının temelini oluşturan ifade, 26. maddenin 2. fıkrası b bendinden kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre iyi niyetli çözüm önerisine rağmen, üç ay içerisinde çözüm bulunamamışsa, yatırım uyuşmazlığının tarafları, daha önceden kabul edilmiş herhangi bir uygulanabilir uyuşmazlık çözüm prosedürüne başvurabilmektedir.

Davalı tarafından ileri sürüldüğü ve davacı tarafından reddedildiği üzere, böyle bir münhasır yetki hükmünün Hakem Kurulunu yargı yetkisinden mahrum bırakıp bırakmadığı sorusunu cevaplamadan önce Hakem Kurulu, GSE sözleşmelerinde yer alan bir hükmün, EŞA'nın 26/2(b) maddesi anlamında “önceden kabul edilmiş bir uyuşmazlık çözüm prosedürü” olarak nitelendirilebileceği konusunda davalı ile aynı fikirde olduğunu belirtmiştir¹⁴².

Ancak Hakem Kurulu, davacının, EŞA'nın 26/2 hükmündeki “*anlaşmazlığın Yatırımcı tarafı, anlaşmazlığın çözüme sunulmasını seçebilir*” ifadesini vurgulamasını da haklı bulmuştur. Dolayısıyla anılan hükmün (a), (b) veya (c) bentlerinde sunulan üç seçenekten hangisine güveneceği yatırımcının tercihidir. Söz konusu madde hükümlerine göre, yatırımcı hiçbir şekilde diğer iki bent yerine (b) bendindeki seçeneği tercih etmek zorunda değildir¹⁴³.

Sonuç olarak Hakem Kurulu, davacının EŞA m. 26/2 kapsamında sunulan üç seçenek arasından seçim yapmakta özgür olduğuna, böylece yapılan seçimin

olarak ortaya çıkan her türlü anlaşmazlık için, taraflar Roma Mahkemelerinin münhasır yargı yetkisini kabul ederler.” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹⁴¹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 252.

¹⁴² *Blusun v İtalya* kararı, para. 255.

¹⁴³ *Blusun v İtalya* kararı, para. 256.

uluslararası tahkim yönünde olmasının herhangi bir yetki ihlali oluşturmadığında karar vermiştir¹⁴⁴.

Davalının yargı yetkisine ilişkin tüm itirazlarını reddeden ve davalının kararın uygulanamazlığı ve münhasır yetkili mahkeme hükümleri hakkındaki görüşlerini kabul etmek için hiçbir neden göremeyen Hakem Kurulu, ICSID Merkezinin bu uyuşmazlıkta yargı yetkisine ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaları karara bağlama yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁵.

Hakem Kurulu esasa ilişkin itirazlar bağlamında öncelikle davacının, Kararnamenin kabulü ile davalının EŞA m. 10/1’de düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin sorumluluklarını üstlenmeyerek ve m. 13’de düzenlenen adil ve hakkaniyete uygun muameleyle uygun davranmayarak ilgili iki maddeyi ihlal ettiği iddiasını ele almıştır¹⁴⁶.

10. maddenin ilk fıkrasının son cümlesi şu şekildedir; “...Her Antlaşma tarafı, diğer bir Antlaşma tarafı yatırımcısı veya yatırımcısının bir yatırımı ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirecektir”.

Davacı ile davalı arasında imzalanan ve elektrik santralleri ile ilgili olan GSE sözleşmeleri, taraflara, EŞA’nın şemsiye hüküm olarak adlandırılan 10. madde içerisinde belirttiği yükümlülükler gibi edimler yüklemektedir. Davalının egemen yasama yetkisini kullanarak kabul etmiş olduğu Kararnamelerle, bu yükümlülüklerin

¹⁴⁴ *Blusun v İtalya* kararı, para. 260.

¹⁴⁵ *Blusun v İtalya* kararı, para. 312-313.

¹⁴⁶ *Blusun v İtalya* kararı, para. 364.

şartlarını zorlaştıracak şekilde değiştirmesi, davacının iddiasına göre, söz konusu şemsiye hükmün ihlali anlamına gelmektedir¹⁴⁷.

Bu iddialara yanıt olarak davalı, *Blusun* ile aralarındaki GSE sözleşmesinin yalnızca bir özel hukuk sözleşmesi olmadığını, İtalyan hukukunda, *contratti accessori* veya *contratti accessivi*, yani “bağılantılı” veya “tâli” sözleşmeler olarak yer aldığını ve özel hukuk sözleşmelerinden ayrı özelliklere sahip olduğunu belirtmiştir. Hakem Kurulu da bu yaklaşımı uygun bulmuştur¹⁴⁸.

Sonuç olarak Hakem Kurulu, GSE sözleşmelerinin, davacının yatırımlarıyla üstlenilen yükümlülükler olarak EŞA’nın şemsiye hükmünün kapsamına girmediğini belirtmiştir¹⁴⁹.

Hakem Kurulu, davalının Kararnameyi kabul etmesiyle ortaya çıkan değişikliklerin içeriği ile ilgili olarak, davanın tüm unsurları dikkate alındığında değişikliklerin makul, orantılı ve öngörülebilir olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle yürürlükteki yasal çerçevenin yatırımcının zararına esaslı veya köklü bir değişiklik teşkil etmediği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Hakem Kurulu, davacının meşru beklentisinin boşa çıkarılmadığı, adil ve hakkaniyete uygun muamele talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹⁵⁰.

Davacının iddialarını dayandırdığı 13. maddenin ilk fıkrası ise şu şekildedir; “Bir Antlaşma tarafının yatırımcılarının diğer bir Antlaşma tarafının alanındaki yatırımları; (a) kamu menfaatine dönük bir amaç için, (b) ayırım gözetmeksizin, (c) tamamen kanuna uygun olarak gerçekleştirilecek, (d) zamanında, yeterli ve etkin

¹⁴⁷ *Blusun v İtalya* kararı, para. 366.

¹⁴⁸ *Blusun v İtalya* kararı, para. 373-374.

¹⁴⁹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 388.

¹⁵⁰ *Blusun v İtalya* kararı, para. 474.

kompanسیون ödemesi yapılacak durumlar haricinde devletleştirilmeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme veya kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere maruz kalmayacaktır.”

Hakem Kurulu, davacının yasal ve düzenleyici çerçevenin istikrarına yönelik talebi ile davalının bunu yeni gelişmelere uyarlama hakkı arasında uygun dengeyi kurmak için kabul edilen tedbirlerin makul, öngörülebilir ve orantılı olması gerektiğini belirttikten sonra her koşulu ayrı olarak ele almıştır¹⁵¹.

Hakem Kurulu ilk olarak, davalının Kararnameler ile değişiklikleri kabul ederken, özellikle ekonomik zorluk durumunda yenilenebilir enerjiye yönelik teşvik tarife planının sürdürülebilirliğini güçlendirmek gibi meşru kamu politikası hedeflerine dayanarak hareket ettiğini makul bir şekilde iddia edebileceği konusunda tatmin olmuştur¹⁵².

Piyananın son derece dinamik gelişimi ve bunun İtalya'nın yenilenebilir enerjiye yönelik teşvik rejiminin genel maliyetleri üzerindeki doğrudan etkileri ışığında, Hakem Kurulu, değişikliklerin makul ve ihtiyatlı bir yatırımcı için öngörülebilir olduğu sonucuna varmıştır¹⁵³.

Hakem Kurulu son olarak, değişikliklerin orantılı olup olmadığını, yani söz konusu düzenleyici kanunun amaçlarına ulaşmak için gerekli olanı aşp aşmadığını değerlendirmiş ve hem niteliksel hem de niceliksel değişiklikleri ev sahibi devlet açısından meşru bir politika tercihi olarak kabul ederek, kamu politikası hedefi, yetkililerin hızlı ve etkili bir şekilde eyleme geçmesini gerektiren piyasadaki

¹⁵¹ *Blusun v İtalya* kararı, para. 571.

¹⁵² *Blusun v İtalya* kararı, para. 572.

¹⁵³ *Blusun v İtalya* kararı, para. 596.

dinamizm ve yetkililerin belirli santralleri diğerlerine göre önceliklendirme konusunda yaptığı meşru seçimler göz önüne alındığında, orantılı bir uygulamanın varlığını kabul etmiştir¹⁵⁴.

Sonuç olarak, Hakem Kurulu, davacının zaman içinde istikrarlı ve şeffaf bir yasal çerçevede faaliyet gösterebilme menfaati ile davalının hukuki çerçevesini yeni gelişmelere uyarlayabilme menfaati arasında uygun bir denge kurma çabasına ilişkin olarak, davalının değişiklikleri içeren Kararnameleri kabul etmekte haklı olduğu ve yasal çerçeve içerisinde getirdiği değişikliklerin davanın tüm ilgili unsurları dikkate alındığında makul, öngörülebilir ve orantılı olduğu ve temel veya radikal bir değişiklik teşkil etmediği sonucuna varmıştır¹⁵⁵. Dolayısıyla, davacının tüm iddialarını reddeden Hakem Kurulu, davalının EŞA'nın 10/1 veya 13. maddelerini ihlal etmediğine karar kılmıştır¹⁵⁶.

5. İtalya'nın Antlaşmadan Çekilmesinin Etkileri

Hem Antlaşmaya taraf olması hem de AB üye devletleri arasında yer alması dikkate alındığında, İtalya'nın EŞA'dan ayrılma kararının büyük bir etkiye sebep olduğu söylenilebilecektir¹⁵⁷.

Antlaşmadan çekilme kararının ardından İtalya, Enerji Şartı Konferansı “üyeyi” statüsünü kaybetmiş olsa da “gözlemci” statüsünü kazanmaktadır. Şart Konferansı üyesi statüsü Antlaşmanın âkit taraflarına verilirken, gözlemci statüsü hem AEŞ'yi

¹⁵⁴ *Blusun v İtalya* kararı, para. 600-606.

¹⁵⁵ *Blusun v İtalya* kararı, para. 607.

¹⁵⁶ *Blusun v İtalya* kararı, para. 629.

¹⁵⁷ Querini, s. 149.

imzalayanlara hem de UEŞ'yi imzalayanlara tanınır¹⁵⁸. İtalya da hem AEŞ'nin hem de UEŞ'nin imzacısı olduğundan, Şart Konferansı'na gözlemci statüsü ile katılabilmektedir.

İtalya'nın AB üyeliği dikkate alındığında, çekilmenin sonuçları açısından asıl soru, İtalya'nın AB üyeliği yoluyla İtalya'dan ve İtalya'ya yönelik enerji yatırımlarının EŞA tarafından korunmaya devam edip etmeyeceği, ederse ne ölçüde ve nasıl korunacağıdır.

AB'nin Antlaşmaya âkit taraf olarak kalmaya devam ettiği o dönemde, AB üye devletlerine, EŞA m. 23/2 uyarınca, EŞA'nın V. Bölümünde ortaya konulan anlaşmazlıkların çözümü hükümleri, prensip olarak, bölgesel veya yerel yönetimler veya Birlik tarafından Antlaşmaya uyulmasını etkileyen tedbirlerle ilgili olarak ileri sürülebilmekte idi. Buna göre, İtalya AB üyeliğini sürdürdüğü sürece, İtalya'dan veya İtalya'ya yapılacak 2015 sonrasındaki yatırımlar, Birliğin Antlaşmaya katılımı yoluyla “dolaylı olarak” korunabilecektir¹⁵⁹.

Rusya'nın 2009'da EŞA'dan çekilmesi ve ardından 2016'da İtalya'nın Antlaşmadan ayrılması domino taşı etkisi yaratmış ve günümüze kadar birçok ülkeyi etkilemiştir. Bu etkinin ardında, çok sayıda imza sahibi devletin ve Avrupa kurumlarının, yatırım korumasına ilişkin EŞA standartlarının devletler için kabul edilemez düzeylerde ihtilaf riski yarattığı yönündeki endişesi yatmaktadır. Yatırımcılara adil ve hakkaniyete uygun muameleyi garanti etme yükümlülüğü veya

¹⁵⁸ Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/> (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

¹⁵⁹ Querini, s. 151.

yatırımcıların meşru beklentilerini koruma gerekliliği gibi anlaşma standartlarından bazıları, birçok devlet tarafından aşırı bulunmaya başlamıştır¹⁶⁰.

Söz konusu nedenlerden dolayı, Antlaşmanın taraflarını tatmin etmek ve Antlaşmayı güncel hale getirmek için modernizasyon girişimlerine başlansa da domino etkisinin önüne geçilememiş, 2022’de İspanya, Hollanda ve Slovenya; 2023’te Fransa, Almanya, Polonya ve Lüksemburg; 2024’te ise Portekiz ve İngiltere EŞA’dan ayrılma niyetlerini açıklamışlardır¹⁶¹.

7 Temmuz 2023 tarihinde Avrupa Komisyonunun, AB ve üye devletlerin Antlaşmadan çekilmesini önermesinin ardından¹⁶² 21 Temmuz 2023 tarihinde Portekiz, Avrupa Komisyonu’nun teklifini tekrarlayarak Antlaşmadan çekilmeyi düşündüğünü belirten ilk ülke olmuştur. Nihai tabloya bakıldığında Fransa, Almanya ve Polonya’nın Antlaşmadan halihazırda çıkmış durumda olduğu¹⁶³ ve son olarak Lüksemburg’un Haziran 2024’ten itibaren, Slovenya’nın Ekim 2024’ten itibaren, Portekiz Cumhuriyeti’nin Şubat 2025’ten itibaren geçerli olacak şekilde Antlaşmadan çekilme kararlarının yürürlüğe gireceği bilinmektedir¹⁶⁴. 22 Şubat 2024

¹⁶⁰ Trouyet, I./Namdar, A. L.: “Exodus From The Energy Charter Treaty – What is Left of Europe’s Protections for Investors?”, The National Law Review, 17 Ocak 2024, C. 14, S. 17.

¹⁶¹ Söz konusu veriler 28.06.2024 tarihi itibarıyla güncel olan verilerdir.

¹⁶² AB Komisyonu’nun teklifi için bkz. https://energy.ec.europa.eu/publications/coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty_en (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

¹⁶³ Söz konusu ülkelerin EŞA’dan ayrılma kararları için bkz. <https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

¹⁶⁴ Lüksemburg’un EŞA’dan ayrılma kararı için bkz. <https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>, Slovenya’nın EŞA’dan ayrılma kararı için bkz. https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-1/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=abcda61b6382609c6671e7e7a4045edd, Portekiz Cumhuriyeti’nin EŞA’dan ayrılma kararı için bkz. https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-2/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=9d3c978d607d633a4be5220227bd6bc5 (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

tarikhinde Birleşik Krallık Hükümeti'nin EŞA'dan ayrılacağını açıklaması ile İngiltere de Antlaşmadan ayrılan ülkeler arasında yerini almış ve 27 Nisan 2025 tarihinden itibaren çekilme kararlarının yürürlüğe gireceği bildirilmiştir¹⁶⁵.

B. Değişime Duyulan İhtiyacın Doğuşu

AB, Moldova'nın 2010, Ukrayna'nın 2011 ve Gürcistan'ın 2017'deki katılımıyla Enerji Şartı'nın genişletilmesine öncelik verdi. Bu nedenle, EŞA üyelikleri arasında artan çatışmalar¹⁶⁶, kaçınılmaz olarak EŞA'nın güncelleştirilmesini gerektiriyordu¹⁶⁷.

Âkit taraflar arasında, özellikle AB üyesi devletlerin kendi aralarında görülen yatırım uyuşmazlıklarında dikkate değer artışın yaşanması, EŞA'nın başlangıçtaki gelişmekte veya az gelişmiş ülkelerdeki yatırımları koruma felsefesini tam tersine çevirmiş ve daha çok gelişmiş ekonomilere sahip ülkelerde Antlaşmayı başvuru bir araç haline getirmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Birleşik Krallık Meclisi'nin Enerji Güvenliği ve Net Sıfır departmanı tarafından yayınlanan 22 Şubat 2024 tarihli ve UIN HCWS279 numaralı açıklama için bkz. <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2024-02-22/hcws279>, Birleşik Krallık'ın EŞA'dan ayrılma kararı için bkz. https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-4/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=8813fa35745ca8241bb230da9d9294a4 (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

¹⁶⁶ İstatistiklere göre EŞA, halihazırda en az 134 yatırım tahkimi talebine yol açarak dünyanın en çok dava edilen yatırım koruma anlaşması olmuştur. Antlaşmanın ilk 10 yılında (1998-2007) sadece 19 dava kaydedilmişken, son on yılda (2010-2019) 102 yatırımcı davası açıldığı bilinmektedir; bu da bilinen dava sayısında yüzde 437'lik bir artışı temsil etmektedir. Bu eğilimin devam etmesi ise muhtemeldir. Bilinen EŞA davalarının büyük bir kısmı, yaklaşık yüzde 66'sı, bir AB üyesi devletten bir yatırımcı tarafından başka bir AB üyesinin hükümetine karşı açılmış ve AB hukuk sistemi kapsamında tartışmalı bir şekilde kendilerine sunulmayan yüklü miktarda kamu parası talep edilmiştir. Daha fazla bilgi ve istatistikler için bkz. <https://www.energycharter.org/cases/statistics/> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

¹⁶⁷ Herranz-Surrallés, s. 17.

¹⁶⁸ Caner, B. K.: Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2021, s. 262.

Küresel iklim krizini tersine çevirmeye ve kamu çıkarlarını korumaya çalışan hükümetlere karşı kullanılan bir mekanizmaya dönüştürülen EŞA'nın; doktrinde halihazırdaki fosil yakıt projelerine yönelik yasaklara, enerji santrallerine yönelik çevresel kısıtlamalara ve kömürün aşamalı olarak kullanımdan kaldırılmasına saldırmak için kullanılan bir tehdit olarak adlandırılması son etken olmuştur¹⁶⁹. Daha sürdürülebilir ve iklim değişikliğine duyarlı hükümlerin Antlaşmada yer almaması ve bu dönemde ortaya çıkan ve daha sonra ayrı başlıklar altında değinilecek olan iklim anlaşmalarına ayak uyduramaması güncellemeyi kaçınılmaz kılmıştır.

Tüm bu sebepler ışığında değişime duyulan ihtiyacın kesin olarak kabul edilmesinin ardından 2017'de EŞA âkit tarafları Antlaşmanın olası bir modernizasyonunu değerlendirmeye başladılar. Kasım 2017'de Enerji Şartı Konferansı, Aşkabat'ta EŞA'nın potansiyel modernizasyonuna ilişkin bir tartışmanın başlatıldığını doğruladı¹⁷⁰. Fakat bu değerlendirme, yatırımcı devlet anlaşmazlıklarının çözümü sisteminde reform önerileri yapılmasına, "AB içi" anlaşmazlıkların düzenlenmesine ve fosil yakıt yatırımlarının korunmasına ilişkin zaman sınırlamalarına yönelik tartışmalara yol açmıştır¹⁷¹.

Enerji Şartı Sekreterliği'nin 28-29 Kasım 2017 tarihlerinde Brüksel'de gerçekleştirdiği Konferansta, 2018 yılı boyunca modernizasyona ilişkin tartışmaların zaman çizelgesi ve gözlemciler ve sektörün aktörleri ile açık müzakere için kullanılacak belge onaylandı.

¹⁶⁹ Flues, F./Eberhardt, P./Olivet C.: "Busting the myths around the Energy Charter Treaty, A guide for concerned citizens, activists, journalist and policymakers", Berlin, Brüksel, Amsterdam, (ed. Paula Dobbyn) Aralık 2020, s. 36.

¹⁷⁰ Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.energycharter.org/who-we-are/energy-charter-conference/meetings/28th-meeting-of-the-energy-charter-conference/> (Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁷¹ Morgandi, T./Bartels, L.: "Exiting the Energy Charter Treaty Under the Law of Treaties", King's Law Journal, 2023, s. 2.

Konferansta yapılan müzakereler sonucunda on beş tur süren modernizasyon çalışmasının potansiyel kapsamına ilişkin bazı iç görüşmelerin ardından, âkit taraflar ve imzacılar, uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan mevcut yatırım politikası eğilimlerini analiz edip değerlendirmişlerdir. Bu değerlendirme sonucunda incelemeye alınması istenen konular arasında yatırım öncesi korumanın Antlaşmaya dâhil edilmesi ve adil ve hakkaniyete uygun muamele şartı gibi konular yer almıştır.

AB üye devletleri, bu müzakerelerin yürütülmesi görevini AB Komisyonu'na devretmiş ve Komisyon, 2 Temmuz 2019 tarihinde, EŞA için daha yüksek koruma içeren çevre ve iklim hedefleri de dâhil olmak üzere dört alana yayılan amaçlar belirlemiştir¹⁷². Buna göre modernizasyona ilişkin hedefler arasında; sözleşme tarafları arasında enerji sektörüne sürdürülebilir bir şekilde yatırım yapılmasını kolaylaştırmak, Antlaşma kapsamında yatırım koruması ve anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri güncellemek, AB'nin, iç pazarda faaliyet gösteren üçüncü ülkelerden gelen piyasa katılımcılarının, çevre ve güvenlik politikasına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, yürürlükteki AB ve üye devletlerin yasalarına uymalarını talep edebileceğini açıklığa kavuşturmak, iklim değişikliği ve temiz enerjiye geçiş hedeflerine yer verilmesi ve Paris Antlaşması'ndaki hedeflere ulaşılmasına katkıda bulunulması öncelikli olarak yer almıştır¹⁷³.

Bu hedefler ışığında yapılan tüm değişikliklere rağmen, yukarıda da örnekleri verildiği üzere, birçok sözleşme tarafı ve sivil toplum örgütleri, EŞA'nın "temiz

¹⁷² Enerji Şartı Sekreterliği bünyesinde başlayıp AB Komisyonu'na devredilen Konferans'a ilişkin daha fazla bilgi için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/07/15/council-adopts-negotiation-directives-for-modernisation-of-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

¹⁷³ 2 Temmuz 2019 tarihli Enerji Şartı Antlaşmasının Modernizasyonuna İlişkin Direktiflerin Müzakere Edilmesi başlıklı AB Komisyonu kararı için bkz. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

enerjiye geçişe” zarar verdiği ve hükümetlerin “iklim sorunlarıyla karşı karşıyayken ellerinin bağlı olamayacağı” gerekçesiyle EşA’dan tamamen çekilmeyi talep etmeye bařladı¹⁷⁴. Hkmetlerarası İklım Değişikliği Paneli (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, “IPCC”) ise EşA’nın yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemini, “enerji projelerindeki yatırımcıların çıkarlarını, sahip oldukları varlıklarının zor durumda kalmasına yol açabilecek ulusal politikalardan korumak için tasarlanmış bir mekanizma” olarak belirledi¹⁷⁵. Bu nedenle, birkaç maddenin eklenmesi veya değiştirilmesi yeterli olmamış, Haziran 2022’de, sözleşme tarafları arasında tamamen modernize edilmiş bir EşA’ya ilişkin nihai bir “Prensip Anlaşması”na varılmıřtır¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Bu konuya ilişkin sivil toplum örgütleri tarafından hazırlanan bildiriler arasında; End Fossil Protection, ‘Open Letter from Climate Leaders and Scientists to Signatories of the Energy Charter Treaty (ECT)’, 2020 için bkz. <https://endfossilprotection.org/> (Erişim Tarihi: 17.11.2023) ve Friends of the Earth Europe and Climate Action Network, ‘Civil Society Organisations’ Statement Against the Energy Charter Treaty, 2021 için bkz. <https://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2021/07/CSO-Statement-.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2023).

¹⁷⁵ Nisan 2022’de yayınlanan İklım Değişikliği: İklım Değişikliğini Azaltma başlıklı rapor için bkz. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_FullReport.pdf (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

¹⁷⁶ “Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty”, Enerji şartı Antlaşması Sekreterliği Belgesi Eki Doc CC 750 Rev, 24 Haziran 2022; AB Konseyi alışma Belgesi, Enerji şartı Antlaşmasının Modernizasyonuna İlişkin Prensip Anlaşması, Doc WK 9218/2022 INIT, 27 Haziran 2022.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NDAN ÇEKİLME KARARI

Modernizasyon sürecinin başlangıcında, AB'nin EŞA reformuna olan bağlılığı konusundaki ilk adımı, 2009'da Üçüncü Gaz Direktifi'nin¹⁷⁷ yürürlüğe girmesiyle birlikte iç enerji piyasasına yeniden odaklanılması ve iç enerji piyasasını Doğu komşu ülkelerindeki gaza doğru genişletmek için daha proaktif bir duruşla atılmıştır.

Fakat başta alınan Antlaşmayı sağlamlaştırmaya yönelik tutum, AB'nin EŞA'daki pozisyonunun belirsizliği nedeniyle değişmeye başlamıştır. Antlaşmayı hem imzalayan hem de onaylayan İtalya'nın Aralık 2014'te EŞA'dan ayrılma kararı ile beraber ilk defa Antlaşmaya taraf olan bir ülkenin çekilmesinin gündeme gelmesi ile AB'nin tutumundaki değişim netleşmeye başlamıştır. İtalyan hükümetinin de, ayrılma kararını mali gerekçelerin yanı sıra Avrupa Komisyonu'nun AB içi ikili yatırım anlaşmalarını feshetme talebini yerine getirmenin bir yolu olarak gerekçelendirmesi sonucu bu tutum somutlaşmaya ve böylece eylem haline gelmeye başlamıştır¹⁷⁸.

Rusya ve İtalya'nın ardından Avustralya'nın da 28 Eylül 2021 tarihinde EŞA Sekreterliği'ne bildirmiş olduğu Antlaşmadan ayrılma kararı¹⁷⁹ ile hem Antlaşma

¹⁷⁷ Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC (Text with EEA relevance).

¹⁷⁸ Herranz-Surrallés, s. 12.

¹⁷⁹ Avustralya, EŞA m. 45/3(a) uyarınca 28 Eylül 2021'de Enerji Şartı Anlaşması ve Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Yönlere İlişkin Enerji Şartı Protokolü'ne Âkit Taraf olmama beyanını sundu. İlgili beyan için bkz. <https://www.info.dfat.gov.au/Info/Treaties/treaties.nsf/AllDocIDs/B5C43BB22EE8D60ACA256C8B>

taraflarının eksilmesi hem de AB içi tahkim davalarının sayısının artması sonucunda AB ile EŞA arasındaki ilişkinin gerilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

Tüm bu gelişmeler ışığında, yeni uluslararası kuralların AB içinde yeni başlayan enerji serbestleştirme süreciyle tamamen uyumlu olduğu EŞA'nın ilk aşamasının aksine, 2000'lerin ortalarına gelindiğinde EŞA'nın asgari standartları ile İkinci ve Üçüncü Enerji Direktifleri tarafından getirilen daha derin serbestleştirme kuralları arasında bir boşluk oluşmuştur. Böylece Antlaşmadaki yatırım hükümleri, hukuki açıdan olduğu kadar siyasi nedenlerden dolayı da giderek artan bir endişe kaynağı haline gelmiştir¹⁸⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere artan siyasi endişelerle birlikte, son yıllarda EŞA'nın yatırım rejimi, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünden uzaklaşma politikasının bir parçası olarak önce Rusya, ardından İtalya ve devamında Avustralya'nın Antlaşmadan çekilmesiyle başlayan çekilme sürecinde¹⁸¹ farklı çevrelerin baskısına maruz kalmıştır. Daha önce belirtilen Rusya ve İtalya örneğinde¹⁸² Antlaşmadan çekilme kararı, yüz milyonlarca dolar değerindeki iddialar nedeniyle EŞA kapsamında dava açıldıktan sonra alınmıştır¹⁸³. Ayrıca, ayrı bir başlık altında incelenecek olan *Achmea* davasında AB Adalet Divanının, AB hukukunu, AB yatırımcıları ile AB üye devletleri arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü engelleyecek şekilde yorumlaması ve AB ile üye devletlerinin bu kararı uluslararası

[0010A881#:~:text=Australia%20deposited%20its%20declaration%20not,45\(3\)\(a\)](#) (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

¹⁸⁰ Talus, K.: EU Energy Law and Policy, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 243.

¹⁸¹ Rusya, 18 Ekim 2009 tarihinden itibaren; İtalya, 1 Ocak 2016 tarihinden itibaren; Avustralya, 13 Aralık 2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere EŞA'dan çekilmiştir.

¹⁸² Bkz. yuk. s. 26 ve s. 34.

¹⁸³ Rusya'ya üç dava açılmıştır: bkz. *Yukos v Rusya*, PCA Case No AA 227, *Hulley Enterprises v Rusya*, PCA Case No AA 226 ve *Veteran Petroleum v Rusya*, PCA Case No AA 228, 18 Temmuz 2014; Üç davacıdan her biri 114 milyar dolar talep etmiştir. *Blusun v İtalya*, ICSID Case No ARB/14/3, 27 Aralık 2016 davası ise İtalya'ya, Antlaşmadan çekildiğini bildirmeden önce açılmış ve davacılar 188 milyon Euro talep etmişlerdir.

düzeyde uygulamasını zorunlu kılması AB'nin EŞA hakkındaki görüşlerini yansıtan bir karar olarak ortaya çıkmıştır.

Doktrin ve birçok taraf ülke tarafından modernizasyonun, modası geçmiş ve giderek daha tartışmalı hale gelen bir anlaymayı yeniden meşrulaştırma girişimi olarak kabul edilmesi ve Paris Antlaşması¹⁸⁴ ile uyumlu olmayan, Avrupa Yeşil Mutabakatı¹⁸⁵ hükümlerinde yer alan standartlara ulaşma çabası göstermeyen bir versiyon olarak değerlendirilmesi Antlaşmadan çekilme kararını kuvvetlendirmiştir¹⁸⁶.

Son olarak, EŞA'nın yatırım rejimi, sözleşme taraflarının Paris Antlaşması kapsamındaki taahhütlerine aykırı olarak, potansiyel tazminat talepleri nedeniyle iklim değişikliği önlemlerini benimsemenin maliyetini radikal bir şekilde arttırdığı için iklim değişikliğiyle mücadelede büyük bir engel olarak görülmeye başlanmıştır.

I. ÇEKİLME KARARININ ARKASINDAKİ NEDENLER

A. *Achmea v Slovakia* Davası

Avrupa enerji piyasalarının özelleştirilmesi ve serbestleştirilmesinden ve buna bağlı olarak sınır ötesi yatırım faaliyetlerindeki artıştan bu yana, AB içi ilişkilerde EŞA temelli anlaşmazlık çözümüne başvuru önemli ölçüde artmış, EŞA'nın AB

¹⁸⁴ Paris Antlaşması veya Paris İklim Anlaşması, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında, iklim değişikliğine adaptasyon ve bu değişikliğin azaltılmasına yönelik faaliyetlerin finansmanı konularına içeren, 12 Aralık 2015 tarihinde imzalanan ve 4 Kasım 2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren anlaşmadır. Söz konusu Anlaşmanın tamamı için bkz. https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

¹⁸⁵ Avrupa Yeşil Mutabakatı, AB tarafından hazırlanan, 1 Ekim 2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren ve iklim değişikliği nedeniyle özellikle elektrik, demir-çelik, çimento, alüminyum, gübre gibi ürünlerin üretim süreçlerine müdahaleler içeren bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemenin tamamı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:640:FIN> (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

¹⁸⁶ Flues/Eberhardt/Olivet, s. 36.

içinde uygulanabilirliğine ve AB hukukuyla uyumluluğuna ilişkin temel sorunlar tartışma konusu haline gelmiştir. Bu konunun önemi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) AB üye devletleri arasındaki mevcut İkili Yatırım Anlaşmalarındaki (İYA) sonuçta yatırım tahkimine imkan veren uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin AB hukuku ile uyumsuz olduğuna hükmettiği *Achmea v Slovakya* davasındaki kararından¹⁸⁷ bu yana katlanarak artmıştır¹⁸⁸.

Almanya Federal Mahkemesi'nin *Achmea* davasına ilişkin 3 Mart 2016 tarihli kararının ardından, ABİHA'nın 267. maddesi¹⁸⁹ uyarınca yapılan ön karar başvurusu 23 Mayıs 2016 tarihinde ABAD önüne getirilmiştir¹⁹⁰.

1. Davanın Arka Planı

Bu davanın temelinde, Hollandalı sigorta grubu şirketi *Achmea BV*'nin (önceki adıyla *Euroko BV*), Slovakya Cumhuriyeti'nin 2004 yılında sağlık reformunun bir parçası olarak özel sağlık sigortası piyasasını serbestleştirmesinin ardından Slovakya'da *Union Healthcare* adı altında 72 milyon Euro sermayeli bir iştirak kurması bulunmaktadır. 2006 yılında Slovakya'daki hükümet değişikliği sonrasında özel sağlık sigortası piyasasının serbestleştirilmesi kısmen geri çekilmiş, hatta 25

¹⁸⁷ ABAD, Case C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158.

¹⁸⁸ Verburg, s. 437.

¹⁸⁹ ABİHA m. 267: "Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Anlaşmalar'ın yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer."

¹⁹⁰ İlgili ön karar başvurusu için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2016.296.01.0019.01.ENG (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Ekim 2007 tarihli bir kanunla özel sağlık sigortası faaliyetlerinden elde edilen kârın paylaşılması yasaklanmıştır. Fakat 26 Ocak 2011 tarihli bir kararla Slovakya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bu yasağın Slovakya Anayasası'na aykırı olduğuna hükmetmiş ve bu kararın hemen ardından Slovakya Cumhuriyeti, 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren bir yasa ile bu tür kârların paylaşılmasına yeniden izin vermiştir¹⁹¹.

Tüm bu yasa değişiklikleri sonucunda *Achmea*, 65 milyon Euro zarara uğradığını ve bu zararın asıl sebebinin Slovakya Cumhuriyeti'nin getirmiş olduğu yasal sınırlamalar olduğunu belirterek, söz konusu zararın Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federatif Cumhuriyeti arasında imzalanmış olan Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması'nın ihlalini oluşturduğunu belirtmiş ve ilgili İYA'ya dayanarak 1 Ekim 2008 tarihinde Slovakya Cumhuriyeti'ne karşı tahkime başvurmuştur¹⁹².

Slovakya Cumhuriyeti, İYA'nın 8. maddesindeki tahkim şartına dayanılarak yapılan tahkim başvurusunun, ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddeleri ile çeliştiğine yönelik itirazda bulunmuştur. Bu itirazlara karşı tahkim mahkemesi, davaya bakmakla yetkili olduğunu belirterek yetki, tahkime elverişlilik ve erteleme hakkındaki itirazların tümünü 26 Ekim 2010 tarihli ara kararıyla reddetmiştir¹⁹³.

¹⁹¹ ABAD *Achmea* kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

¹⁹² Ener, M. A.: "ABAD'ın Achmea Kararı ve Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Açısından Yansımaları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2022, C. 26, S. 1, s. 165-208.

¹⁹³ PCA Case No. 2008-13, *Euroko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 26 Ekim 2010 tarihli ara karar için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/418> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Tahkim mahkemesinin ara kararına ilişkin Slovakya Cumhuriyeti, Alman mahkemelerine iptal başvurusunda bulunsa da ilk derece ve temyiz mahkemelerinde başvuru reddedilmiştir.

Tahkim mahkemesinin nihai kararı 7 Aralık 2012 tarihinde verilmiş ve davaya konu olan sağlık sigortalarından elde edilen kârın dağıtılmasının engellenmesi kararının İYA m. 3'e (adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına) ve m. 4'e (sermayenin ülkeden serbestçe çıkarılmasına ilişkin hükme) aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Söz konusu ihlaller sonucunda Slovakya Cumhuriyeti 22.1 milyon Euro tazminatla cezalandırılmıştır¹⁹⁴.

Slovakya Cumhuriyeti'nin nihai karara karşı da kamu düzenine aykırılık ve karara konu olan tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiaları sonucunda iptal başvurusunda bulunma çabası yetersiz kalmış, Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi, 18 Aralık 2014 tarihinde davayı reddetmiştir¹⁹⁵. Fakat Slovakya Cumhuriyeti, bu ret kararına karşı temyiz yoluna başvurmuş ve dava Almanya Federal Adalet Mahkemesi önüne gelmiştir¹⁹⁶.

Almanya Federal Adalet Mahkemesi'ne yapılan temyiz talebinde de iddialar İYA'da yer alan uyuşmazlıkların tahkime götürülmesine imkân tanıyan hükümlerin ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddeleri ile çeliştiğine yöneliktir. Mahkeme, Slovakya Cumhuriyeti'nin görüşünü paylaşmadığını belirtse de daha önce bu hususta bir karar verilmediği için ve halihazırdaki içtihatların yeterli bir cevap içermediğinden

¹⁹⁴ PCA Case No. 2008-13, *Achmea B.V. v The Slovak Republic*, Final Award. 7 Aralık 2012 tarihli nihai karar için bkz. <https://pcacases.com/web/sendAttach/785> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

¹⁹⁵ Judgment of the Higher Regional Court of Frankfurt, Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 18 Aralık 2014 tarihli karar için bkz. <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-achmea-b-v-v-the-slovak-republic-ii-award-on-jurisdiction-and-admissibility-tuesday-20th-may-2014> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

¹⁹⁶ Ener, s. 174.

mütevellit davanın bekletilmesine ve ön karar için ABAD’a başvurulmasına karar vermiştir¹⁹⁷.

2. Hukuk Sözcüsünün *Achmea* Davası Hakkındaki Görüşleri

23 Mayıs 2016’da Alman Federal Adalet Mahkemesi’nin ön karar talebi ABAD’a ulaştırılmış ve *Achmea* davasına ilişkin yöneltilen sorulara görüş sunması amacıyla Hukuk Sözcüsü *Melchior Wathelet*’e (Hukuk Sözcüsü) gönderilmiştir.

Hukuk Sözcüsü soruları değerlendirmeden önce davaya ilişkin ilk gözlemlerini aktarmıştır. Söz konusu davada taraf ülkelerin iki gruba ayrıldığına; ilk grubun daha çok yatırımcılara ev sahipliği yapan ve bu nedenle ya hiç ya da çok nadir bir şekilde tahkim yargılamalarında davalı tarafta yer alan ülkelere oluştuğuna, ikinci grubun ise genellikle dışarıdan yatırım alan ve çoğunlukla da tahkim yargılamalarında davalı konumda yer alan ülkelere meydana geldiğine ilişkin bir tespitte bulunmuştur¹⁹⁸. Gerçekten de ilk grup içerisinde yer alan ülkeler Almanya, Hollanda ve Fransa gibi yatırımcı odaklı ülkelerken ikinci grup içerisinde yer alanlar Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, İtalya ve Slovakya gibi yatırım almaya odaklı ülkelerdir. Bu nedenle Hukuk Sözcüsünün bu görüşüne ekonomik gerçeklikler perspektifinde bakıldığında

¹⁹⁷ Almanya Federal Adalet Mahkemesi’nin 3 Mart 2016 tarihli kararı için bkz. <https://jusmundi.com/en/document/decision/de-achmea-b-v-formerly-eureko-b-v-v-the-slovak-republic-i-decision-of-the-federal-court-of-justice-thursday-3rd-march-2016> (Erişim Tarihi: 19.12.2023)

¹⁹⁸ Case C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea B.V.*, Opinion of Advocate General Wathelet, 19 September 2017, s. 10. Hukuk Sözcüsü Wathelet’in görüşleri için bkz. <https://jusmundi.com/en/document/pdf/other/en-achmea-b-v-formerly-eureko-b-v-v-the-slovak-republic-i-opinion-of-advocate-general-of-the-european-court-of-justice-tuesday-19th-september-2017> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

AB içi yatırıma ilişkin tahkim davalarının çoğunlukla ikinci grup ülkelere karşı açılmasının nedeni ülkelerin ekonomik yapısı ile ortaya çıkmaktadır¹⁹⁹.

Hukuk Sözcüsü, ABİHA m. 18'in, Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 ile oluşturulan ve Hollandalı yatırımcılara uluslararası tahkime başvuru hakkını tanıyan yatırım uyuşmazlığı çözüm mekanizmasını engellediğine ilişkin yorumlanmasının gerekip gerekmediğini değerlendirerek görüşlerini aktarmaya başlamıştır²⁰⁰. ABİHA'nın ilgili maddesine göre vatandaşlıktan kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkabilecek her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır²⁰¹. Fakat ABİHA içerisinde en çok gözetilen millet kaydının (*most favored nation clause*, "MFN") yer almaması nedeniyle bir üye devletin İYA'dan dolayı üçüncü bir AB üye devleti vatandaşına uyguladığı muameleyi, diğer bir üye devletin vatandaşına uygulamaması ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecektir²⁰². Çünkü Hukuk Sözcüsüne göre ancak AB üyesi devletlerin vatandaşlarının "o üye devletin vatandaşlarıyla" karşılaştırma yapıldığında farklı bir uygulamaya tâbi tutulduğu anlaşılıyorsa ayrımcılık yapıldığı sonucuna varılabilecektir²⁰³.

Ayrıca karşılıklılık ilkesi ile karşılıklı hak ve yükümlülükler oluşmakta ve yalnızca anlaşmanın tarafı olan ülke vatandaşları bu hak ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır. Bu nedenle, Hukuk Sözcüsü, söz konusu İYA'da Hollandalı

¹⁹⁹ Hukuk Sözcüsünün görüşünde de belirttiği üzere ilk grup içerisinde Hollanda ve Finlandiya'nın davalı olduğu herhangi bir tahkim yargılaması bulunmazken, Almanya'nın yalnızca üç, Fransa ve Avusturya'nın ise yalnızca 1 tahkim davasında davalı olarak yer aldığı bilinmektedir. Bunun aksine, ikinci grup içerisinde yer alan Çek Cumhuriyeti'nin 26, İspanya'nın 33, İtalya'nın ve Slovakya'nın 9 tane tahkim yargılamasında davalı olarak yer aldığı belirtilmiştir. Daha fazla istatistiksel bilgi için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

²⁰⁰ Hukuk Sözcüsü Wathet'in görüşü, para. 50.

²⁰¹ ABİHA m. 18: "Bu Antlaşmalar'ın uygulama alanı çerçevesinde ve Antlaşmalar'da öngörülen belirli hükümlere hâle gelmeksizin, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılık yasaktır.

Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek, böyle bir ayrımcılığı yasaklamaya yönelik kuralları kabul edebilir."

²⁰² Hukuk Sözcüsü Wathet'in görüşü, para. 71.

²⁰³ Ener, s. 177.

yatırımcıların Slovakya Cumhuriyeti'ne karşı uluslararası tahkime gidebilme olanağını sağlayan yatırım uyuşmazlığı çözümüne ilişkin 8. maddenin, ABİHA'nın 18. maddesine karşı herhangi bir ayrımcılık oluşturmadığını Mahkeme'ye iletmiştir²⁰⁴.

Yerleşik içtihatlar göre, bir yargı organının ABİHA'nın 267. maddesi uyarınca 'mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam' olabilmesi için; kurumun kanunla kurulup kurulmadığı, sürekli olup olmadığı, yargı yetkisinin zorunlu olup olmadığı, usulünün taraflar arası olup olmadığı, hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığı ve bağımsız olup olmadığı gibi bir dizi faktörün dikkate alınması gerekir. Hukuk Sözcüsü, bu kriterlere dayanarak, tahkim mahkemelerinin ABİHA m. 267 anlamında 'bir üye devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı' kavramının otomatik olarak dışında bırakılamayacağını, söz konusu faktörleri taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰⁵.

Yukarıda bahsedilen faktörler somut duruma uygulandığında öncelikle söz konusu İYA ile yetkilendirilen bir tahkim mahkemesinin bulunduğu dikkate alınmaktadır. Bu duruma ilişkin Hukuk Sözcüsü, yargılama yetkisinin hem milletlerarası bir anlaşma olan İYA'dan hem de o anlaşmayı kabul eden devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan kanunlardan doğduğunu kaleme almıştır²⁰⁶.

Bahsi geçen faktörlerden tahkim mahkemesinin daimî olup olmama kriteri açısından; tahkim yargılaması sonucunda karar verildikten sonra sona erse de veya kuralları, hakemler, dili vb. birçok unsur tarafların seçimine bırakılsa da tahkim yargılamasını yürüten tahkim kurumundan dolayı zorunlu daimî yetki faktörünün

²⁰⁴ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 82.

²⁰⁵ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 87.

²⁰⁶ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 90-99.

sağlandığı kabul edilmiştir²⁰⁷. *Achmea* davasında ise bu faktörü; hakemlerin Stokholm Ticaret Odası tarafından atanması veya usule ilişkin uygulanacak kuralların UNCITRAL kuralları olarak tercih edilmesi gibi durumlar karşılamaktadır²⁰⁸.

Tahkim mahkemesinin yetkisinin zorunlu olup olmaması kriteri için ise, İYA m. 8/2 uyarınca her âkit taraf, uyuşmazlığın başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde dostane çözüm yollarından herhangi biriyle çözülememesi durumunda, uyuşmazlığı tahkim mahkemesine götürebilecektir. Hukuk Sözcüsünün görüşünde ise bu seçimlik hakkın tahkim mahkemesinin yetkisinin zorunluluğunu etkilemediği, hatta aynı maddenin 7. fıkrasına bakıldığında tahkim mahkemesinin alacağı kararların anlaşmazlığın tarafları için bağlayıcı olduğunun belirtildiği görülmektedir²⁰⁹. Böylece Slovakya Cumhuriyeti'nin söz konusu İYA'yı imzalayarak tahkime ilişkin rızasını önceden vermesi ve tahkim mahkemesinin yetkisinin bu rıza ile üye devletler ve bu devletlere mensup yatırımcıları bağlayıcı hale gelmesi, tahkim mahkemelerinin zorunlu yetki kriterini sağladığının göstergesidir.

Achmea dosyasında Slovakya Cumhuriyeti, birçok üye devletin ve AB Komisyonu'nun da desteğini alarak, tahkim mahkemesinin kararına itiraz etmiştir. İddialarına göre, ABİHA m. 344²¹⁰ geniş bir şekilde yorumlanmalıdır ve bu yorumlama sonucunda bir gerçek kişi ile üye devlet arasındaki anlaşmazlıklara da

²⁰⁷ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 100-109.

²⁰⁸ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 107.

²⁰⁹ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 115-119.

²¹⁰ ABİHA m. 344: "Üye devletler, *Antlaşmalar*'ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, *Antlaşmalar*'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler."

uygulanması gerektiğine varılır. Fakat Hukuk Sözcüsü bu argümana katılmamaktadır²¹¹.

ABAD'ın 30 Mayıs 2006 tarihili *MOX Plant* kararı²¹² ışığında, ABİHA m. 344 ve devletlerin Avrupa Birliği Anlaşması (ABA) m. 4/3'te yer alan sadakat yükümlülükleri nedeniyle, ABAD'ın iki üye devlet arasındaki anlaşmazlıklar üzerinde münhasır yetkisi kabul edilse de yatırımcı ve devlet arasındaki anlaşmazlıklar üzerinde bu hükümlerin uygulanamayacağı bildirilmiştir²¹³.

Bununla birlikte, AB hukukunun, İYA m. 8/6 uyarınca yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanan hukukun bir parçası olması, bu uyuşmazlıkların AB Antlaşmalarının yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olduğu anlamına gelmemektedir. Bu çıkarımın sebepleri olarak ise; tahkim mahkemesinin yargı yetkisinin İYA ihlallerine ilişkin karar vermekle sınırlı olması ve İYA kapsamı ve getirdiği hukuk kurallarının AB Antlaşmaları ile aynı olmaması sayılmıştır²¹⁴.

Söz konusu sebepler ışığında İYA ve AB Antlaşmaları karşılaştırması yapılmış ve bu karşılaştırma nihayetinde İYA'ların kapsamının AB Antlaşmalarından daha geniş olduğu sonucuna varılmıştır²¹⁵. Hatta İYA'da yer alan bazı hukuk kurallarının

²¹¹ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 145-146.

²¹² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006. Commission of the European Communities v Ireland., Case C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345. İlgili karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62003CJ0459> (Erişim Tarihi: 23.12.2023).

²¹³ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 165.

²¹⁴ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 173.

²¹⁵ AB hukukunu ihlal etmese de ikili yatırım antlaşmaları uyarınca yatırımcının kayıplarının tazmin edilmesini öngören hükümlerin yer aldığı belirten Wathelet, örnek olarak; sermaye kontrolü tedbirlerine ilişkin verilen *Theodoros Adamakopoulos and others v Kıbrıs* kararına (ICSID Case No ARB/15/49), dolaylı kamulaştırma ve keyfi ve ayrımcı tedbirlere ilişkin verilen *Marfin Investment Group Holding S.A., Alexandros Bakatselos and others v Kıbrıs* kararına (ICSID Case No ARB/13/27) atıfta bulunmuştur.

AB hukukunda karşılığının bulunmadığı durumlara dikkat çekilmiştir²¹⁶. Tüm bu sebeplere dayanarak, İYA kapsamındaki uyuşmazlığın, AB Antlaşmalarının yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlık olmadığı kararına varılmıştır²¹⁷.

Son olarak, İYA'nın AB Antlaşmaları içerisinde belirlenmiş olan yetki dağılımını veya AB hukuk sisteminin özerk yapısını olumsuz bir şekilde etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin, Hukuk Sözcüsü, AB sistemine uyumlu ve yeknesak bir uygulamanın denetiminin milli mahkemeler ve ABAD'a bırakılmasını işaret ederek İYA kapsamında tahkim mahkemelerine gidilse bile, bu mahkemeler tarafından verilen kararların milli mahkemeler tarafından incelendiğini ifade etmiştir²¹⁸. Bu kararlar, İYA m. 8 uyarınca tahkim yeri mahkemelerinde ilgili hakem kararına karşı açılacak bir iptal davası ile veya hakem kararının tanınması veya tenfizinin istendiği ülke mahkemelerinde tanıma ve tenfiz talebine itiraz edilerek denetlenebilecektir²¹⁹.

Bu koşullar dikkate alındığında, hakem kararının tanıma ve tenfizine ilişkin yapılan başvuru üye devletlerden birinin mahkemesine ulaştığında, söz konusu devlet mahkemesinin tanıma ve tenfiz kararı vermeden önce kararın AB hukuku ile uyum içinde olmasını incelemesi gerekmektedir²²⁰.

²¹⁶ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 199. Örnek olarak; şemsiye hükümler, en çok gözetilen ulus kaydı (MFN), anlaşmadan çekilme hükmü (*sunset clause*), yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak milletlerarası tahkime ilişkin hüküm vb.

²¹⁷ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 228.

²¹⁸ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 229-234.

²¹⁹ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 237-239. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde düzenlenmektedir. New York Sözleşmesi'nde tanıma ve tenfiz şartları belirtilmiştir. İlgili Sözleşme için bkz.

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

²²⁰ Ener, s. 188.

Sonuç olarak, ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddelerinin, âkit devletlerden birinin AB'ye katılımından önce akdedilen İYA yoluyla oluşturulan yatırım uyuşmazlığı çözüm mekanizmasının uygulanmasına engel olmayacak şekilde yorumlanması gerektiği önerilmiştir²²¹. Hukuk Sözcüsünün görüşü ışığında anlaşılmaktadır ki; bir âkit devlet, diğer âkit devletteki yatırımlarla ilgili bir anlaşmazlık durumunda, ikinci devlete karşı bir tahkim mahkemesi huzurunda dava açabilecektir.

3. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Kararı

Hukuk Sözcüsünün yukarıda açıklanan görüşünün 19 Eylül 2017 tarihinde sunulmasının ardından Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya hükümetleri sırasıyla 3 Kasım, 19 Kasım ve 16 Kasım tarihlerinde sözlü yargılamanın yeniden başlatılması talebinde bulunmuşlardır. Bu hükümetler, taleplerini desteklemek adına Hukuk Sözcüsünün görüşüne katılmadıklarını da bildirmişlerdir²²².

ABAD, mevcut davada karara bağlanması gereken herhangi yeni bir argüman bulunmadığından ve yukarıda belirtilen hükümetlerin taleplerinin yalnızca sözlü yargılamanın yeniden başlatılmasına ilişkin olmasından dolayı, bu talebi reddetmiştir²²³. Bunun yanı sıra, Divan, iletilen sorulara cevap vermiştir.

Divan, öncelikle, İYA ile yetkilendirilen tahkim mahkemesinin, AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne bakmada yetkili olup olmasını incelemiştir.

²²¹ Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü, para. 273.

²²² ABAD *Achmea* kararı, para. 24-25.

²²³ ABAD *Achmea* kararı, para. 29-30

Bu inceleme sonucunda İYA m. 8 ile yetkisine atıfta bulunulan hakem heyetinin, AB hukukuna, özellikle sermayenin serbest dolaşımı ve iş kurma serbestisi de dâhil olmak üzere, temel özgürlüklerle ilgili hükümleri yorumlamak ve uygulamak adına başvurabileceğine karar verilmiştir²²⁴.

İkinci olarak, İYA'nın 8. maddesinde atıfta bulunulan türden bir tahkim mahkemesinin AB yargı sistemi içerisinde yer alıp almadığı ve özellikle ABİHA'nın 267. maddesi anlamında bunun bir üye devletin mahkemesi veya yargı yetkisine sahip makam olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenmiştir. Divan'a göre üye devletler tarafından kurulan bir mahkemenin AB yargı sistemi içerisinde yer alması, kararlarının AB kurallarının tam etkililiğini sağlayabilecek mekanizmalara tâbi olmasından kaynaklanmaktadır²²⁵.

Söz konusu davada tahkim mahkemesi Hollanda veya Slovakya yargı sisteminin bir parçası olarak kabul edilmemiştir. Divan'ın kararına göre, hakem heyetinin yargı yetkisinin bu iki üye devletin mahkemelerinin yargı yetkisine kıyasla istisnai niteliği, İYA'nın 8. maddesinin varlığının temel nedenlerinden biridir²²⁶.

Achmea yargılamasında söz konusu olan hakem mahkemesinin istisnai niteliğine ilişkin özelliğinin, her halükarda, ABİHA'nın 267. maddesi anlamında bir üye devletin mahkemesi veya heyeti olarak sınıflandırılmayacağı anlamına geldiği belirtilmiştir²²⁷. Sonuç olarak, İYA m. 8 ile atıfta bulunulan türden bir mahkemenin, ABİHA m. 267 anlamında bir üye devletin mahkemesi olarak kabul edilemeyeceği

²²⁴ ABAD *Achmea* kararı, para. 39-42.

²²⁵ ABAD *Achmea* kararı, para. 43.

²²⁶ ABAD *Achmea* kararı, para. 45

²²⁷ ABAD *Achmea* kararı, para. 46.

ve bu nedenle mahkemeye atıfta bulunma hakkına sahip olmadığı kararına varılmıştır²²⁸.

Üçüncü olarak ABAD, böyle bir mahkeme tarafından verilen bir hakem kararının, özellikle ABA m. 19 uyarınca, AB hukukuna ilişkin sorunların güvence altına alınmasını sağlayacak şekilde bir üye devlet mahkemesi tarafından incelemeye tâbi olup olmadığının tespitini gerçekleştirmiştir. İYA m. 8/5 uyarınca, tahkim mahkemesi, UNCITRAL Tahkim Kurallarını uygulayarak kendi prosedürünü belirleyecek ve özellikle de tahkim yerini ve dolayısıyla, tahkim mahkemesinin önündeki anlaşmazlığa son veren kararın geçerliliğini denetleyecek yargısal prosedüre uygulanacak hukuku kendisi seçecektir²²⁹.

Uyuşmazlığa konu olayda, tahkim mahkemesi tahkim yeri olarak Frankfurt'u belirlemiş ve böylece Alman hukuku uygulanacak hukuk olmuştur. Buna göre yargısal denetim Alman Hukuk Usulü Kanunu'nda yer alan hükümler ışığında²³⁰ gerçekleştirilecektir. Bir başka deyişle, bu tür bir adli inceleme, yalnızca ulusal hukukun izin verdiği ölçüde söz konusu mahkeme tarafından yapılabilecektir.

Sonuç olarak, yapılan tüm bu değerlendirmeler ışığında, ABİHA 267 ve 344. maddelerinin; üye devletler arasında akdedilen, bu üye devletlerden birine mensup bir yatırımcının diğer üye devletteki yatırımına dair bir anlaşmazlık olması durumunda, yatırımın yapıldığı üye devlete karşı, bu üye devletin yargı yetkisini kabul etmeyi üstlendiği bir tahkim mahkemesi huzurunda dava açabilmesini konu edinen ve tarafı olduğu uluslararası bir anlaşmadaki bir hükmü -İYA 8. madde gibi-

²²⁸ ABAD *Achmea* kararı, para. 49.

²²⁹ ABAD *Achmea* kararı, para. 51.

²³⁰ İlgili Kanun'un 1059/2. maddesine bakıldığında, özellikle tahkim anlaşmasının ilgili kanun kapsamında geçerliliği ve hakem kararının tanınması veya tenfizinin kamu politikasıyla tutarlılığı ile ilgili olarak yalnızca sınırlı inceleme sağlayacağına yönelik eleştiriler ABAD'ın *Achmea* kararında 53. paragrafta belirtilmiştir.

engelleyecek nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Birinci ve ikinci soruların cevabı mahiyetindeki bu karar sonrasında, üçüncü soruya cevap verilmesi gerekli görülmemiştir²³¹.

B. Komstroy Kararı ve Etkileri

ABAD'ın *Achmea* kararından sonra, AB içi yatırım tahkimi yargılamalarına karşı olan duruşun, EŞA gibi çok taraflı yatırım anlaşması bağlamında da geçerli olup olmayacağı konusunda bir süre belirsizlik yaşanmıştır²³². Fakat bu belirsizlik, *Achmea* kararından yalnızca üç buçuk yıl sonra, *Komstroy* davası²³³ ile ortadan kaldırılmaya çalışılmış ve böylece EŞA'nın uygulanabilirliği konusundaki kararlar arasında istikrar yaratmak amaçlanmıştır.

Komstroy davasının kökeninde, Ukraynalı elektrik üreticisi *Ukrenergo* ile yine Ukraynalı *Energoalians* arasındaki elektrik enerji satımına yönelik anlaşma yer almaktadır. Bu anlaşma kapsamında dağıtıcı olan *Energoalians* tarafından İngiliz Virjin Adaları'nda kayıtlı olan *Derimen* adlı bir şirkete elektrik satılmış, söz konusu elektrik *Derimen*'den de Moldovalı bir kamu kuruluşu olan *Moldtranselecto*'ya ihraç edilmiştir²³⁴.

Uyuşmazlığın tahkim mahkemelerine taşınma noktası ise, *Derimen*'in *Energoalians*'a satın alınan elektrik için ödenmesi gereken tutarların tamamını öderken, *Moldtranselecto*'nun *Derimen*'e ihraç edilen elektrik için ödenmesi

²³¹ ABAD *Achmea* kararı, para. 60-61.

²³² Lui, H.: "Komstroy and its impact on intra-EU arbitration under the ECT", Thomson Reuters Arbitration Blog, 1 Mart 2022, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/komstroy-and-its-impact-on-intra-eu-arbitration-under-the-ect/> (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

²³³ Case C-741/19, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 September 2021, République de Moldavie v Komstroy LLC, Request for a preliminary ruling from the Cour d'appel de Paris.

²³⁴ *Komstroy* kararı, para. 8.

gereken tutarları kısmen ödemesinden; ve ardından *Derimen*'in söz konusu borcu *Moldtranselectro*'nun yerine getirmemesinden dolayı ortaya çıkan alacağın talebi hakkını *Energoalians*'a devretmesinden kaynaklanmaktadır²³⁵.

Davacı konumunda yer alan Ukraynalı dağıtıcı, bir kamu kuruluşu aracılığıyla söz konusu ödemeleri kısmen gerçekleştirmeyen Moldova Cumhuriyeti'ne karşı, EŞA kapsamında yüklenen taahhütleri ihlal ettiği gerekçesiyle, *ad hoc* tahkim prosedürüne başvurmuştur²³⁶.

Söz konusu uyuşmazlığı gören *ad hoc* hakem heyeti, 25 Ekim 2013 tarihinde, yargı yetkisine sahip olduğuna hükmettikten sonra Moldova Cumhuriyeti'nin uluslararası taahhütlere uymadığına ve böylece EŞA yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı davacıya bir miktar para ödemesi gerektiğine karar vermiştir²³⁷.

Davalı konumunda yer alan Moldova Cumhuriyeti ise, ilgili karara karşı 25 Kasım 2013 tarihinde Paris İstinaf Mahkemesi nezdinde iptal davası açmış ve söz konusu iptal davası sonucunda Mahkeme, *ad hoc* hakem kararında karşı oy veren başhakemin muhalefet şerhine de dayanarak, hakem heyetinin yanlışlıkla yargı yetkisine sahip olduğunu beyan ettiği gerekçesiyle hakem kararını iptal etmiştir²³⁸.

²³⁵ *Komstroy* kararı, para. 9-10.

²³⁶ *Komstroy* kararı, para. 12.

²³⁷ *Komstroy* kararı, para. 13. Paris'te görülen *ad hoc* tahkim yargılamasında, başhakem *Dominic Pellew*'in muhalefet şerhine de dikkat çekmek gerekmektedir. Söz konusu muhalefet şerhine göre, hakem heyetinin, davacının elektrik enerji satımına yönelik anlaşma ile ilgili alacağın temlik talebini ele alması için, EŞA kapsamında *rationae materiae* yargı yetkisi bulunmamaktadır. Özellikle, davacının *Moldtranselectro*'ya karşı ilgili anlaşma ile bağlantılı olarak doğan ödeme hakkının EŞA'nın amaçları doğrultusunda bir "yatırım" olarak kabul edilemeyeceği, hatta uyuşmazlığın hiçbir şekilde "yatırım" ile ilgili olmadığını ve böylece hakem heyetinin yargı yetkisinin bulunmadığını başhakem *Pellew*, kararın içerisinde yer alan muhalefet şerhinde dile getirmiştir. Söz konusu muhalefet şerhini içeren karşı oy için bkz. https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-energoalians-llc-v-republic-of-moldova-dissenting-opinion-on-jurisdiction-of-dominic-pellew-wednesday-23rd-october-2013#opinion_30 (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

²³⁸ *Komstroy* kararı, para. 14-15.

Bu sırada uyuşmazlığa, davacı *Energoalians*'ın halefi sıfatıyla Ukraynalı şirket *Komstroy* dâhil olmuş ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara itiraz ederek yargılamayı Paris Temyiz Mahkemesi'ne taşımıştır. Temyiz Mahkemesi, “yatırım” kavramına, EŞA'da öngörülme­yen bir koşul eklenerek yorumlandığı gerekçesiyle İstinaf Mahkemesi'nin kararını iptal etmiş ve dosyayı yeniden ilgili Mahkeme'nin önüne göndermiştir²³⁹. “Yatırım” kavramının yorumuna dair soruları oluşan Paris İstinaf Mahkemesi ise son olarak ABAD'a ön karar için başvuruda bulunmuştur²⁴⁰.

ABAD'a iletilen sorular genel olarak; elektrik satışına ilişkin bir anlaşmadan kaynaklanan ve ev sahibi devletteki yatırımcının herhangi bir ekonomik katkısını içermeyen talebin EŞA m.1/6 uyarınca bir “yatırım” teşkil edip etmeyeceği ve EŞA m. 26/1 uyarınca bir âkit tarafın yatırımcısı tarafından, bu anlaşmaya âkit taraf olan devletlerden birinden olmayan bir müteşebbis tarafından tesis edilen bir hakkın devralınmasının bir yatırım olarak yorumlanılıp yorumlanılamayacağı konularına yönelik olsa da²⁴¹ ABAD, ilgili soruların kapsamını oldukça genişleterek EŞA'ya tâbi AB içi yatırım uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesinin hukuka uygunluğunu da değerlendirmesi içerisine dâhil etmiştir²⁴².

²³⁹ *Komstroy* kararı, para. 16.

²⁴⁰ Birengel, T.: “AB Üye Ülkeleri Arasında Yatırım Tahkimine Yeni Bir Engel: *Komstroy* Kararı”, Erdem&Erdem, Eylül 2021, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/ab-uye-ulkeleri-arasinda-yatirim-tahkimine-yeni-bir-engel-komstroy-karari> (Erişim Tarihi: 05.03.2024). Kararda da belirtildiği üzere ABİHA'nın 267. maddesi uyarınca Divan ve ulusal mahkemeler arasındaki iş birliği bağlamında, uyuşmazlığın önüne getirildiği ve müteakip yargı kararının sorumluluğunu üstlenmesi gereken ulusal mahkemenin, ana davadaki davanın özel koşulları ışığında, hem karar vermesini sağlamak hem de Divan'a sunduğu soruların uygunluğunu belirlemesi için bir ön karara ihtiyacı bulunmaktadır. Bu duruma ilişkin *Komstroy* kararı içerisinde *Openbaar Ministerie* ve *Belgian State* gibi Divan kararlarına da atıf yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Komstroy* kararı, para. 35.

²⁴¹ *Komstroy* kararı, para. 20.

²⁴² Birengel, s. 2.

Divan öncelikle ABİHA m. 217 ve 218'e atıf yaparak Avrupa Birliği Konseyi tarafından akdedilen bir anlaşmanın, yürürlüğe girdiği andan itibaren AB'nin yasal düzeninin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu ve bu yasal düzen bağlamında anlaşmanın yorumlanmasına ilişkin ön karar verme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir²⁴³.

ABİHA'nın 207. maddesi uyarınca AB, doğrudan yatırımlar açısından münhasır yetkiye sahipken doğrudan olmayan yatırımlar açısından ortak yetkiye sahiptir. Bu maddeyle birlikte, kendisine yöneltilen soruların yatırım kavramıyla ilgili olmasına dayanarak Divan, EŞA'yı yorumlama yetkisinin bulunduğunu yinelemiştir²⁴⁴.

AB hukukunun kapsamına girmeyen uyuşmazlıklara ilişkin ise böyle bir yetkiye sahip olmayacağı yine Divan tarafından belirtilmiştir²⁴⁵. *Komstroy* yargılamasında bu durum, AB'ye üye olmayan bir devletin yatırımcısı ile yine AB'ye üye olmayan başka bir devlet arasında çıkan uyuşmazlıkta kendini göstermektedir.

Bu duruma rağmen Divan, AB'nin ihtilaflı hükümlerinin yeknesak bir şekilde yorumlanması ve EŞA maddelerinin hem AB hukuku kapsamına giren hem de bu hukukun kapsamı dışındaki durumlara uygulanabilirliği sebebiyle gelecekteki yorum farklılıklarını önlemek adına, ilgili yargılamadaki gibi bir AB üye devletinin topraklarında (Paris/Fransa'da) bulunan ve UNCITRAL tahkim kuralları temelinde kurulan bir *ad hoc* hakem heyeti tarafından verilen bir hakem kararını, Fransız hukukunun ana yargılamadaki uyuşmazlığa *lex fori* olarak uygulanabilir hale gelmesi ve sonuç olarak AB hukukunun her üye devlette yürürlükte olan hukukun bir

²⁴³ *Komstroy* kararı, para. 23.

²⁴⁴ *Komstroy* kararı, para. 27.

²⁴⁵ *Komstroy* kararı, para. 28.

parçasını oluşturmaları sebebiyle, yorumlama ve ilgili kararın AB hukukuna uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır²⁴⁶.

Esasa geçildiğinde ise öncelikle ilk sorunun yanıtlanabilmesi için EŞA m. 26/2-c uyarınca hangi uyumsuzlukların tahkime götürülebileceğinin açıkça belirtilmesi gerekliliğine değinilmiştir²⁴⁷. Bu noktada Divan, AB hukukunun özerkliği kavramını incelemiş ve AB'nin bağımsız bir hukuk kaynağı olan anlaşmalardan kaynaklanması, üye devletlerin yasaları üzerindeki önceliği ve üye devletleri birbirine karşı bağlayan ilkeler, kurallar ve hukuki ilişkileri bünyesinde barındırması nedeniyle AB'nin kendisine özgü bir anayasal çerçeveye sahip olması sonucunda söz konusu özerkliğin oluştuğunu belirtmiştir²⁴⁸.

Bu özellikleri taşıyan AB hukuk düzeninin kendine has olan özerkliğini korumasını sağlamak amacıyla da AB hukukunun yorumlanmasında tutarlılık ve yeknesaklık sağlamayı amaçlamak kaçınılmaz hale gelmiştir. Böylece ABA m. 19 uyarınca “ABAD, *Antlaşmalar'ın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka riayet edilmesini sağlamakla*” görevlendirilmiş²⁴⁹, söz konusu hukukun tüm üye devletlerde tam olarak uygulanmasını sağlamak ve bireylerin bu hukuk kapsamındaki haklarının etkin bir şekilde adli olarak korunmasını temin etmek yetkisi ile donatılmıştır. Bu görevlendirme sonucunda anlaşılmaktadır ki Divan, söz konusu hukukun nihai yorumunu yapma konusunda münhasır yargı yetkisine sahiptir. İlgili davada başvuru ön karar prosedürü ise, ABAD ile üye devletlerin

²⁴⁶ Komstroy kararı, para. 29-34.

²⁴⁷ Komstroy kararı, para. 40.

²⁴⁸ Komstroy kararı, para. 43-44.

²⁴⁹ ABA m. 19: “Avrupa Birliği Adalet Divanı; Adalet Divanı, Genel Mahkeme ve ihtisas mahkemelerinden oluşur. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Antlaşmalar'ın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka riayet edilmesini sağlar. Üye devletler, Birlik hukukunun kapsadığı alanlarda etkili hukuki koruma sağlamak için gerekli hukuki başvuru yollarını temin ederler.”

mahkemeleri ve yargı merciileri arasında bir diyalog kurarak, AB hukukunun yeknesak bir şekilde yorumlanmasını güvence altına alma; böylece tutarlılığını, tam etkisini ve özerkliğini ve nihayetinde AB hukukunun kendine özgü niteliğini sağlama amacını gerçekleştirecektir²⁵⁰.

Tüm bu amaçlarla paralel olarak, EŞA m. 26/6 uyarınca²⁵¹, hakem heyetinin uyuşmazlık konusu hakkında EŞA ve uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkelerine uygun olarak karar vermesi gerektiği belirtilmiştir²⁵². EŞA, bir AB hukuku yasası olarak yer aldığından, söz konusu yargılamada da hakem heyetinin AB hukukunu yorumlanması ve hatta uygulaması gerekecektir²⁵³.

Sonuç olarak *ad hoc* hakem heyetinin AB'nin yargı sistemi içerisinde yer alıp almadığı ve ABİHA m. 267'de²⁵⁴ yer alan bir üye devletin mahkemesi veya heyeti olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Öncelikle, olayda görev alan *ad hoc* hakem heyetinin, bir üye devletin, bu durumda Fransa Cumhuriyeti'nin, yargı sisteminin bir parçasını teşkil etmediği, EŞA m. 26/2-a'da atıfta bulunulan mahkemeler arasında yer almadığı belirtilmiş; ardından bu sayılan hususlar nedeniyle ilgili hakem heyetinin bir üye devletin mahkemesi veya heyeti

²⁵⁰ Komstroy kararı, para. 45-46.

²⁵¹ EŞA m. 26/6: “Paragraf (4) uyarınca kurulan bir mahkeme, bu Antlaşmaya ve uluslararası hukuk prensipleri ve uygulamadaki kurallar ile uyumlu olmak kaydıyla, uyuşmazlık konularında karara varacaktır.”

²⁵² Komstroy kararı, para. 48.

²⁵³ Komstroy kararı, para. 49-50.

²⁵⁴ ABİHA m. 267: “Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Antlaşmalar'ın yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.”

olarak sınıflandırılmayacağı ve bu nedenle ilgili kararın üye devletlerin mahkemelerinde denetime tâbi tutulamayacağı ve böylece ön karar için Divan’a başvurma hakkının riske gireceği kaleme alınmıştır²⁵⁵.

Ardından Divan, EŞA m. 1/6’da yer verilen ‘yatırım’ kavramını incelemiş ve bu kavramın iki kümülatif koşulla tanımlandığını kabul etmiştir. Bu koşullardan ilki, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrol ettiği türde bir varlıkla ilgili olması; ikincisi ise, bu varlığın söz konusu hükmün (a) ve (f) bentlerinde belirtilen unsurlardan en az birini içermesi şeklinde belirtilmiştir²⁵⁶.

ABAD’ın gerçekleştirmiş olduğu analize göre ilgili uyuşmazlıkta yatırımcı koşulu yerine getirilse de söz konusu varlık, m. 1/6(a-f) içerisinde listelenen unsurları taşımamaktadır²⁵⁷. Divan’ın açıklamalarına göre elektrik satışına ilişkin basit bir sözleşmeden kaynaklanan bir alacağın devralınması, kendi başına, enerji sektöründe ekonomik bir faaliyetin üstlenilmesini amaçladığı şeklinde değerlendirilemeyecektir²⁵⁸.

Birinci soruya verilen olumsuz cevap dikkate alındığında ikinci ve üçüncü soruların cevaplanmasına gerek görülmemiştir²⁵⁹.

Tüm bu bilgiler ışığında anlaşılmaktadır ki, *Achmea* kararından sonra *Komstroy* kararı ile, ABAD’ın uzun zamandır edinmiş olduğu AB içi yatırım

²⁵⁵ *Komstroy* kararı, para. 51-53.

²⁵⁶ *Komstroy* kararı, para. 68-69.

²⁵⁷ Fouchard, C./Thieffry, V.: “CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the Enf of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment)”, Kluwer Arbitration Blog, 7 Eylül 2021, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/07/cjeu-ruling-in-moldova-v-komstroy-the-end-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty-and-a-restrictive-interpretation-of-the-notion-of-protected-investment/> (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

²⁵⁸ *Komstroy* kararı, para. 72-79.

²⁵⁹ *Komstroy* kararı, para. 86.

uyuşmazlıklarında tahkime başvurulmasına yönelik olumsuz tavrı, doktrindeki EŞA savunucularına karşı direnişlerini kırmak adına pekiştirilmiştir²⁶⁰.

Divan’a yöneltilen sorular arasında AB içi tahkim prosedürünün geçerliliğine yönelik bir noktaya değinilmediği ve uyuşmazlığın AB üyesi olmayan âkit taraflar arasında gerçekleştiği, böylece AB hukukunu doğrudan ilgilendirmediği gerekçeleriyle *Komstroy* kararının, EŞA’ya dayalı AB içi tahkimlerin geçerliliğine yönelik çıkarımda bulunmak adına en uygun fırsat olmadığı ortadadır²⁶¹.

Tüm bu olumsuz zemine rağmen ABAD’ın vermiş olduğu bu karar yalnızca uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcı olsa da, EŞA’ya ağırlık vermek üzere çağırılan tüm mahkemelerde yankı uyandıracığı ve hatta AB içi yatırım tahkim kararlarının hem AB içinde hem de dışında geçerliliği ve uygulanması konusunda sistematik zorluklar yaşanacağı kesindir²⁶².

Achmea sonrasında görüldüğü üzere tahkim mahkemelerinin çoğunun kendilerini ABAD’ın kararına bağlı görmemesi gibi²⁶³, ilgili *Komstroy* kararı sonrasında da EŞA kapsamında AB içi tahkim yargılamalarını yürüten tahkim mahkemelerinin ABAD kararına bağlı olduklarını ilan edip bu nedenle anlaşmazlıklara bakma yetkilerini reddettikleri gözlemlenirse de bu ihtimalin gerçekleşmesi imkansız değildir. Sonuçta *Komstroy* kararı, AB içinde bu tür

²⁶⁰ Birengel, s. 2.

²⁶¹ Tropper, J.: “From Achmea to Komstroy, The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty”, International Law & International Legal Thought, 22 Eylül 2021.

²⁶² Wahnschaffe, C. J./Rensmann, E.: “Light Out for the Energy Charter Treaty? The ECJ’s Next Blow to Intra-EU Treaty Arbitration, The American Review of International Arbitration, 15 Şubat 2022.

²⁶³ *Achmea* kararı sonrasında hakem mahkemelerinin ABAD tarafından verilen kararlara paralel zıt görüşler içeren kararlar vermekten çekinmedikleri gözlemlenmişti. Örneğin, Vattenfall Mahkemesi, hukuki analizinde Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nu özel olarak dikkate almış ve bakmakta olduğu davayı *Achmea* kararından ayırmayı seçmiştir. Daha ihtiyatlı bir bakış açısı benimseyen Vattenfall Mahkemesi, EŞA’nın AB içi anlaşmazlıklara uygulanabilirliğini vurgulamıştır. İlgili Mahkeme’nin kararı için bkz. *Vattenfall AB and others v Almany*a, ICSID Case No. ARB/12/12.

tahkimlerde verilen kararların, AB mahkemeleri önünde tanınması ve tenfizini engelleyebilecek niteliktedir²⁶⁴.

Hatta bu etkinin sonuçları *Komstroy* kararı sonrasında açılan *Infracapital F1 Sarl v İspanya*²⁶⁵ ve *Kruck v İspanya*²⁶⁶ davalarında görülmektedir.

1. Infracapital F1 Sarl v İspanya Davası

Infracapital F1 Sarl v İspanya davasında davacılar, Lüksemburg yasalarına göre kurulmuş özel bir limited şirket olan *Infracapital F1 S.à r.l.* ve Hollanda yasalarına göre kurulmuş özel bir limited şirket olan *Infracapital Solar B.V.*'dir. Davalı ise İspanya Hükümeti'dir.

Bu uyuşmazlık, İspanya'nın EŞA kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasıyla ilgilidir. Davacılar, İspanya Hükümeti'nin yenilenebilir enerji projeleri için düzenleyici ve ekonomik çerçeveyi değiştiren ve tadil eden tedbirler uyguladığını ve davacıların yatırımlarını yaparken buna güvendiklerini iddia etmektedir²⁶⁷.

13 Eylül 2021 tarihinde, Mahkeme, yargı yetkisi, sorumluluk ve niceliğe ilişkin talimatlara yönelik olarak öncelikle EŞA m. 10/1'in ihlali iddialarını dinlemek için yargı yetkisine sahip olduğuna, uyuşmazlığın ana konusunu oluşturan ödemelerin yalnızca davalı tarafından geçmişte ödenen kısımlarını geri alma eyleminin ilgili maddeye ihlal teşkil ettiğine ve tarafların üç ay içerisinde bir anlaşmaya varmalarına,

²⁶⁴ Bedoya, F./Santabaya, I.: The Court of Justice Rules Against Intra-EU Arbitration Under the Energy Charter, Eylül 2021, s.4-5. İlgili dava özeti için bkz. <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2021/09/legal-briefing-the-court-of-justice-rules-against-intra-eu-arbitration-under-the-energy-charter.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

²⁶⁵ *Infracapital F1 S.A.R.L. and Infracapital Solar B.V. v İspanya*, ICSID Case No. ARB/16/18, 2 Mayıs 2023.

²⁶⁶ *Mathias Kruck and Others v İspanya*, ICSID Case No. ARB/15/23, 14 Eylül 2022.

²⁶⁷ *Infracapital F1 SARL v İspanya* kararı, para. 5.

aksi takdirde taraflardan herhangi birinin Mahkeme’den ihtilaflı kalan konular hakkında karar vermesini talep edebileceğine karar vermiştir²⁶⁸.

15 Ekim 2021 tarihinde ise, davalı, Mahkemenin bu davada yetkisiz olduğunu beyan etmek için *Komstroy* kararına atıfta bulunarak “Davalının C-741/19 sayılı Moldova Cumhuriyeti, ECLI:EU:C:2021:655 Davasındaki ABAD Kararı Temelinde AB İçi İtiraz ve Esaslara İlişkin Yeniden İnceleme Dilekçesi” başlıklı bir talep sunmuştur²⁶⁹.

Mahkeme, 1 Şubat 2022 tarihinde “Davalının AB İçi İtiraz ve Esasa İlişkin Yeniden İnceleme Talebine Yönelik Kararı”nı yayınlamış ve söz konusu talebi reddetmiştir²⁷⁰.

Aynı senaryo 27 Aralık 2022 tarihinde de tekrarlanmış; davalı, “Davalının Yeniden Değerlendirme Talebi” başlıklı talebi ile AB içi uyuşmazlıkları içeren iki yeni karar ışığında Mahkeme’nin yetkisine itirazda bulunmuştur. Mahkeme yeniden, davalının talebini reddetmiştir²⁷¹.

2. *Kruck v İspanya* Davası

Kruck v İspanya davasında yer alan toplamda 116 davacı, iki gruba ayrılmaktadır. İlki, İspanya’da kayıtlı üç fotovoltaik enerji projesine yatırım yapan ve ortak geliştiricileri ve yönetimi paylaşan 73 kişilik “DSG Davacıları” grubu; diğeri

²⁶⁸ *Infracapital F1 SARL v İspanya* kararı, para. 7.

²⁶⁹ *Infracapital F1 SARL v İspanya* kararı, para. 11.

²⁷⁰ *Infracapital F1 SARL v İspanya* kararı, para. 13.

²⁷¹ *Infracapital F1 SARL v İspanya* kararı, para. 21-23.

ise, yine İspanya’da kayıtlı on fotovoltaik enerji projesine yatırım yapan 43 “TS Davacıları”ndan oluşmaktadır²⁷².

Anlaşmazlığın özü, genel anlamda, davacıların İspanya’daki yenilenebilir enerji tesislerine, İspanya’nın tesislerinde üretilen elektrik için kendilerine ödenecek şartlarda önemli bir zarar verici değişiklik olmayacağı yönündeki kesin taahhütlerine güvenerek yatırım yaptıkları, ancak İspanya’nın daha sonra böyle bir değişiklik yaparak beklediklerinden çok daha az gelir elde etmelerine ve dolayısıyla ekonomik kayba uğramalarına neden olduğu iddiasında yatmaktadır. İspanya ise bu tür kesin taahhütlerin verilmediğini ve davacıların sadece yatırımlarından makul bir getiri bekleme hakkına sahip olduklarını ve düzenleyici rejimde yapılan değişikliklere rağmen bu getiriye elde ettiklerini savunmaktadır²⁷³.

Davalı ise savunmasını, Mahkeme’nin, davacıların EŞA kapsamında korunan yatırımcılar olmamalarından dolayı yargı yetkisine sahip olmadığına dayandırmıştır. İspanya Hükümeti’ne göre davacılar başka bir âkit tarafın vatandaşı değildir çünkü davanın görüldüğü sırada hem Almanya hem de İspanya, aynı zamanda EŞA’ya taraf olan AB üyesidir ve EŞA, AB içi yatırımlarla ilgili uyuşmazlıklara uygulanmamaktadır²⁷⁴.

Davacılar ise, EŞA’nın AB içi uyuşmazlıklar için geçerli olduğunu ve tüm yargı yetkisi gerekliliklerini yerine getirdiğini savunmuşlardır. Davacıların iddialarına göre EŞA’nın hükümleri yeterince açıktır ve AB içi uyuşmazlıklar için bir istisna

²⁷² *Kruck v İspanya* kararı, para. 3.

²⁷³ *Kruck v İspanya* kararı, para. 8.

²⁷⁴ *Kruck v İspanya* kararı, para. 161.

öngörmemektedir. Ayrıca EŞA ile AB hukuku arasındaki ilişki ve ABAD'ın kararları bu tahkimi engellememektedir²⁷⁵.

Mahkeme'ye göre buradaki en önemli soru, davacıların “başka bir âkit tarafın” “yatırımcıları” olup olmadığıdır. Eğer öyleyse, 26/1. maddenin geri kalan gereklilikleri açıkça karşılanmaktadır²⁷⁶.

Mahkeme, taraflar ve Avrupa Komisyonu tarafından *amicus curiae* olarak diğer mahkemelerin bu konudaki kararlarına ve ABAD'ın ilgili kararlarına yönlendirilmiş ve bunları dikkatle değerlendirmiştir. Mahkeme, bir REIO olarak AB'nin, kendi hukuk düzeni ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye kendisinin karar vereceğinin farkındadır. Ancak ABAD'ın kendisini AB hukukunun üstünlüğünü korumakla yükümlü görmesi gibi, bu Mahkeme de EŞA m. 26/6 uyarınca uluslararası hukukun kural ve ilkelerini uygulamak zorundadır. Mahkeme'ye göre AB hukuku, uluslararası hukukun geliştirilmesi ve uygulanmasında çok önemli bir role sahip olup bunun önüne geçemez²⁷⁷.

Dolayısıyla Mahkeme, EŞA ve ICSID Sözleşmesi kapsamındaki yargı yetkisinin AB hukuku hükümleri tarafından engellenmediğini tespit etmiş ve bu itirazı reddetmiştir.

C. ICSID Kararları Sonrasında Analiz

Sonuç olarak bu davalar içerisinde, AB içi uyuşmazlıkları konu edinen *Komstroy* kararının dikkate alınması gerektiği temelinde, kararların tekrar

²⁷⁵ *Kruck v İspanya* kararı, para. 267.

²⁷⁶ *Kruck v İspanya* kararı, para. 282.

²⁷⁷ *Kruck v İspanya* kararı, para. 294.

değerlendirilmesi yoluna başvurulmuştur. Fakat bu talepler ret ile yanıtlanmış, *Komstroy* kararının etkisi yukarıda açıklanan kararlarda olumlu bir sonuç elde edememiş, her iki mahkeme de *Komstroy* kararının EŞA kapsamında yargı yetkisini reddetmek için bir dayanak olması gerektiği argümanını reddetmiştir²⁷⁸.

İki farklı kararda da Mahkemelerin dayanakları genel olarak benzerlik göstermektedir. İlk olarak, bir mahkemenin yargı yetkisini belirlemek için geçerli olanın AB hukuku değil, uluslararası hukuk olduğu vurgulanmıştır²⁷⁹. Mahkemelerin sunduğu dayanaklara göre uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca, EŞA'nın açık hükümleri, AB üyesi olan ve AB üyesi olmayan âkit taraflar ve yatırımcılar arasında farklı anlamlara sahip olamaz. Böylece ABAD'ın AB içi uyuşmazlıklar ve AB dışı uyuşmazlıklar için ayrı muamele olması gerektiği yönündeki önermesinin, EŞA'nın hükümleri ve amaçları tarafından desteklenmediği sonucuna varılmıştır²⁸⁰.

İkinci olarak, davacının EŞA'nın açık hükümleri uyarınca tahkim yoluna başvurma hakkına sahip olduğu durumlarda, EŞA'daki hiçbir hüküm bir mahkemeye EŞA'nın açık hükümlerini göz ardı etme veya değiştirme ve bir sözleşme tarafının farklı bir yasal düzen altındaki yükümlülüklerine dayanarak yargı yetkisini reddetme yetkisini vermeyeceği belirtilmiştir²⁸¹.

Ek olarak, *Komstroy* kararının davacıların tahkim talebinde bulunmalarından birkaç yıl sonra verilmiş olmasına dayanarak, İspanya Hükümeti'nin ilgili karardan önce tahkime rıza göstermesi göz önüne alındığında, bu rızanın geriye dönük olarak

²⁷⁸ Lui, s. 2.

²⁷⁹ *Kruck v İspanya* kararı, para. 107.

²⁸⁰ Brabandere, E.: "Case Comment, *Mathias Kruck and Others v Spain*: Challenges to Arbitrators", *Foreign Investment Law Journal*, 31 Ağustos 2020, 2020/008-IEL, s. 12.

²⁸¹ *Kruck v İspanya* kararı, para. 291.

geçersiz kılınamayacağı açıklanmıştır²⁸². Sonuçta davalı, EŞA kapsamındaki yatırımcılara tahkime rıza gösteren bir teklifte bulunmuş ve davacılar bu uyuşmazlığı sunduklarında geçerli teklifi kabul etmişlerdir, böylece bağlayıcı ve resmi bir rıza gerçekleşmiştir. Mahkeme'nin açıklamalarına göre EŞA'nın uyuşmazlık çözüm hükümlerinden kaynaklanan bu tahkim anlaşması uluslararası kamu hukukuna tâbidir. Tam bu noktada ICSID Sözleşmesi'nin 25/1 maddesine atıfta bulunulmuş ve ilgili hüküm uyarınca rızanın bir kez verilmesinden sonra tek taraflı olarak geri alınamayacağı vurgulanmıştır²⁸³.

Her ne kadar ABAD'ın *Komstroy* kararı, kararın verildiği tarihte Mahkeme tarafından bilinmediği için yeni bir olgu sayılsa da, söz konusu karar ile ortaya konan konuların taraflarca zaten ele alındığı ve *Komstroy* kararı, *Achmea* kararını EŞA'ya kadar genişletilebilse bile, bunun Mahkeme'nin yargı yetkisini etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir²⁸⁴. Bu nedenle Mahkeme, farklı bir sonuca ulaşabileceği hiçbir maddi olgu bulunmadığını tespit etmiştir.

Bu gerekçelerin ortaya konmasından sonra halihazırdaki tabloya bakıldığında *Achmea* ve *Komstroy* gibi kararlara karşı tahkim mahkemelerinin direnmeye ve Antlaşmayı uygulamaya ve yorumlamaya devam ettiği görülmektedir. Fakat yine de EŞA hükümlerine göre yetkilendirilen tahkim mahkemelerinin vermiş olduğu kararların ABAD'ın olumsuz tutumundan etkilenmesi ve böylece AB üye devletlerinin direnci ile karşılaşma olasılığı yok değildir. Bu ihtimalde EŞA

²⁸² *Kruck v İspanya* kararı, para. 102.

²⁸³ ICSID Sözleşmesi m. 25: “Merkezin yargılama yetkisi, âkit devletler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunulmuş diğer âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”

²⁸⁴ *Kruck v İspanya* kararı, para. 306.

korumasından yararlanmak isteyen yatırımcıların AB dışında icra takibi yapmak zorunda kalmaları da muhtemel senaryolardandır²⁸⁵.

Sonuç olarak AB içi tahkiminin geleceği ve bu tür tahkim yargılamalarında verilen kararların AB içinde ve dışında uygulanabilirliği konusundaki belirsizlikler göz önüne alındığında, yatırımcıların yatırım uyumsuzluklarında tahkim prosedürünü AB dışında gerçekleştirmeye çalışabileceği veya yatırımlarını AB'nin bir parçası olmayan EŞA taraf devletlerinde kurulmuş araçlarla yeniden yapılandırmak isteyebileceği ihtimaller de göz önüne alınmalıdır²⁸⁶.

II. İKLİM POLİTİKASI DEĞİŞİKLİĞİ

A. Paris Antlaşması

Çağımızın en büyük problemlerinden olan insan kaynaklı iklim değişikliği tehditlerinin üstesinden gelmek için global anlamda birçok tedbir alınmaktadır. Bu tedbirler arasında uluslararası mekanizmaların genel yaklaşımı; sera gazı emisyonlarının azaltılması gibi hafifletme uygulamaları belirlemek, mevcut sistemlerin yeniden yapılandırılması ve hassasiyetlerin sağlamaştırılması yoluyla beklenen potansiyel risklere uyum sağlanmasına zemin oluşturmak, alternatif enerji kaynaklarına erişim sağlamak, ülkeler arası iş birliği ve bilgi ve deneyim alışverişini güçlendirmek, diplomasiyi teşvik etmek ve kamuoyunu bilinçlendirmek,

²⁸⁵ Center for International Environmental Law: The Future of Arbitration under the Energy Charter Treaty: A legal briefing on the implications of the Komstroy decision for pending and future intra-EU investment disputes, Aralık 2021, s. 3.

²⁸⁶ Schröder, S./Klinkmüller, S.: "The CJEU Finds Investor-State Arbitration Clause In The Energy Charter Treaty Inapplicable To Intra-EU Disputes", Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2021, s. 4.

sürdürülebilir uygulamaları desteklemek ve yeşil enerji sektörüne yatırım yapmak şeklinde ortaya konulmaktadır²⁸⁷.

Yukarıda belirtilen tedbirlerden pratik olarak uygulananların çoğunluğunu, düzenleyici kanunlar, uluslararası sözleşmeler, standardizasyon, çevresel izinler, vergiler, dengeleme mekanizmaları ve finansman planları oluşturmaktadır. Paris Antlaşması da, söz konusu tedbirler arasındaki uluslararası sözleşmeler olarak ortaya çıkmakta ve iklim değişikliğiyle mücadelede ortak eylemlere ulaşma ve gelecekteki zorluklara tek vücut olarak uyum sağlama çabasını içermektedir²⁸⁸. Antlaşmanın altındaki temel siyasi amaç da bu çabayla paralel olarak, tüm üye devletleri ve uluslararası toplumun diğer unsurlarını iklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik tek bir çatı altında birleştirmekti²⁸⁹.

İklim değişikliğine ilişkin Paris Antlaşması devletler arasında bağlayıcı olan küresel iklim anlaşmasıdır²⁹⁰. Antlaşma, uluslara iklim değişikliği tehdidi konusunda bilinç kazandırmayı ve buna karşı tepkiyi güçlendirmeyi amaçlamaktadır²⁹¹. Paris Antlaşması, 30 Kasım - 13 Aralık 2015 tarihleri arasında Paris'te düzenlenen Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Taraflar Konferansı'nın²⁹² yirmi birinci oturumunda 12 Aralık 2015 tarihinde kabul edilmiştir. Antlaşmanın 20.

²⁸⁷ Mussina, A.: "The Legal Analysis of the Role of Paris Agreement in Development of State Responsibility and Sustainable Practices in International Climate Change Law Analytical Review", Kimep University, Almaty, 2020.

²⁸⁸ Ostrom, E.: "An Analysis of the Paris Agreement", Uppsala Universitet, s. 8. <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1187950/FULLTEXT01.pdf> (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

²⁸⁹ Mussina, s. 19.

²⁹⁰ Rajamani, L./Werksman, J.: "The legal character and operational relevance of the Paris Agreement's temperature goal", Philosophical Transactions of the Royal Society, 2 Nisan 2018.

²⁹¹ UNFCCC. 2016 Decision 1/CP.21, "Adoption of the Paris Agreement", FCCC/CP/2015/10 Add.1, para. 20.

²⁹² Paris İklim Konferansı, resmi olarak Almanya'nın Bonn kentinde bulunan ve iklimden sorumlu Birleşmiş Milletler organı olan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin (UNFCCC) 21. Taraflar Konferansı olarak bilinmektedir. İlgili Sözleşmenin uygulanmasını ilerletmek ve iklim değişikliğiyle mücadeleye yönelik kararlar almak üzere her yıl Taraflar Konferansı toplanmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop> (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

maddesi uyarınca, 22 Nisan 2016 - 21 Nisan 2017 tarihleri arasında New York'taki Birleşmiş Milletler Genel Merkezinde, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine taraf olan devletlerin ve bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının imzasına açık hale getirilmiş ve nihayetinde ilgili Sözleşme taraf devletler bakımından 22 Nisan 2016'da imzalanmış, ardından 5 Ekim 2016'da AB tarafından onaylanmıştır. Şu an itibariyle uluslararası düzeyde iş birliğine olanak tanıyan Paris Antlaşması, 198 ülke tarafından imzalanmış, 195 ülke tarafından onaylanmıştır²⁹³.

Paris Antlaşmasının 2. maddesinde de belirtildiği üzere²⁹⁴, Antlaşma ile, sürdürülebilir kalkınma ve yoksulluğun ortadan kaldırılması çabaları bağlamında hareket ederek, küresel ortalama sıcaklıktaki artışı sanayileşme öncesindeki seviyeye göre 2°C'nin oldukça altında tutmak ve sıcaklık artışını sanayileşme öncesi dönemdeki seviyelerin 1,5°C üzeri ile sınırlandırmak hedeflenmektedir.

İlgili Antlaşmaya taraf olanların ise bu maddede belirtilen amaca ulaşmak adına iddialı çabalar üstleneceği 3. maddede belirtilmiştir. Ayrıca Antlaşmaya taraf olan gelişmiş ülkeler ile Antlaşmaya taraf olan gelişmekte olan ülkeler şeklinde bir ayırım yapılmış ve gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan taraf ülkelere de destek sağlayacağına

²⁹³ 12 Aralık 2015 tarihinde yayınlanan Paris Antlaşması'na ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDGS/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-7-d.en.pdf> (Erişim Tarihi: 31.07.2024).

²⁹⁴ Paris Antlaşması m.2: "Hedefi dahil olmak üzere Sözleşme'nin uygulanmasını geliştirmek amacıyla bu Antlaşma, sürdürülebilir kalkınma ve yoksulluğun ortadan kaldırılması çabaları bağlamında iklim değişikliği tehdidine yönelik küresel müdahaleyi aşağıda belirtilenler aracılığıyla güçlendirmeyi amaçlamaktadır:

(a) İklim değişikliği risk ve etkilerini önemli ölçüde azaltacağı bilinciyle, küresel ortalama sıcaklıktaki artışı sanayileşme öncesindeki seviyeye göre 2°C'nin oldukça altında tutmak ve sıcaklık artışını sanayileşme öncesi dönemdeki seviyelerin 1,5°C üzeri ile sınırlandırmak için çaba göstermek;

(b) Gıda üretimini tehdit etmeyecek şekilde, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine uyum sağlayabilme kabiliyetini artırmak, iklim değişikliğine direnci geliştirmek ve düşük emisyonlu kalkınmayı teşvik etmek;

(c) Finans akışlarını, düşük sera gazı emisyonları ve iklim değişikliğine dirençli kalkınmaya yönelik eylemlerle tutarlı hale getirmek.

Bu Antlaşma, farklı ulusal koşullar ışığında, hakkaniyet, ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi ve tarafların görece kabiliyetlerini yansıtacak şekilde uygulanacaktır."

ilişkin hükümlere yer verilmiştir²⁹⁵. Bu yükümlülükler nihayetinde taraf ülkeler için ekonomik, sosyal ve hukuki alanlarda Antlaşmaya uyum sağlamak adına düzenlemelerde bulunmak kaçınılmaz hale gelmiştir²⁹⁶.

AB'nin 11 Nisan 2016 tarihli UNFCC kapsamında kabul edilen Paris Antlaşması'nın AB adına imzalanmasına ilişkin tebliği²⁹⁷ sonucunda alınan 18 Eylül 2015 tarihli kararında²⁹⁸, Birliğin ve üye devletlerin Paris Antlaşması kapsamında ortak hareket etme niyetinde oldukları doğrulanmış ve Norveç ile İzlanda'nın bu ortak eyleme katılma niyetinin de memnuniyetle karşılandığı belirtilmiştir.

Böylece Antlaşma, uluslararası iş birliğine önem vererek düşük karbon emisyonu gelişimini desteklemiş ve global bir etki yaratmıştır. Hatta bu etkiyle beraber, sırasıyla dünyanın en büyük ve üçüncü büyük gaz salımı yapan ülkeleri olan Çin ve Hindistan gibi gelişmekte olan ülkeler, Paris Antlaşması'ndan önce iklim değişikliğine ilişkin kabul edilen uygulamalardan muaf tutulmayacak bir pozisyona taşınmıştır²⁹⁹.

Sonuç olarak Antlaşma kapsamında AB ülkeleri; küresel ortalama sıcaklık artışını sanayi öncesi seviyelere kıyasla 2°C'nin oldukça altında tutmaya yönelik uzun vadeli hedefi karşılayacak, artışı 1,5°C ile sınırlandırmak için ekstra çaba sarf edecek, bu hedeflere ulaşmak için ulusal eylem planları hazırlayacak ve uygulayacak, taahhütleri konusunda kaydettikleri ilerlemeyi birbirlerine ve

²⁹⁵ Paris Antlaşması m.4/5: “Gelişmekte olan taraf ülkelerin, destekler sayesinde eylemleri için daha iddialı hedefler belirleyebilecek olması göz önünde bulundurularak, 9, 10 ve 11. Maddeler uyarınca bu Maddenin uygulanması için gelişmekte olan taraf ülkelere destek sağlanır.”

²⁹⁶ Daha fazla bilgi için bkz. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement> (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

²⁹⁷ İlgili tebliğ için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016D0590> (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

²⁹⁸ İlgili Avrupa Konseyi kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016D1841#document1> (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

²⁹⁹ Klee, s. 18.

kamuoyuna raporlayacak, 2023'ten itibaren, bilimsel kanıtlara ve elde edilen sonuçlara dayanarak daha ileri hedefler belirlemek için uluslararası ortaklarla her 5 yılda bir dünya çapında bir stok sayımı yürütecek, iklim değişikliğinin halihazırda kaçınılmaz olan etkileriyle başa çıkmak için önlemler alacak, gelişmekte olan ülkelere iklim değişikliğine uyum sağlamalarına yardımcı olmak için pratik ve mali destek sağlayacaktır³⁰⁰.

Devletler, Paris Antlaşması ile uyumlu olarak iklim dostu politikaların hayata geçirilmesi sonucunda aldıkları kararlar ve bu kararlar ışığında gerçekleştirilen düzenlemelerin yatırımcıların kârlılığını etkilediği bir senaryoda, EŞA uyarınca, özel bir tahkim mahkemesi önünde görülecek bir yatırım uyuşmazlığı ile karşı karşıya kalmakta idi³⁰¹. Paris Antlaşması'nın hedefleri ile paralel olan bu politikaları barındıran devletlere karşı artan sayıdaki uyuşmazlıklar, devletleri, politikaları yerine EŞA'dan vazgeçmeye itmiştir.

Tüm bu Antlaşmada yer alan hedeflerin gerçekleştirilmesi için düzenlemeler yapılması gerektiğinden ve bu düzenlemelerin EŞA'nın yatırımcıya ilişkin içermiş olduğu koruma sebebiyle anlaşmazlığa yol açacağından mütevellit, Avrupa Komisyonu, ağırlıklı olarak fosil yakıt yatırımlarına ilişkin açılan ve süregelen davalarla birlikte, Antlaşmanın artık AB'nin Paris Antlaşması ve daha sonra ayrıca bahsedilecek olan Avrupa Yeşil Mutabakatı³⁰² kapsamındaki iklim hedefleriyle

³⁰⁰ Daha fazla bilgi için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:20110301_2 (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

³⁰¹ Redazione: "EU countries, green light to withdrawal from Energy Charter Treaty", EU News, 7 Mart 2024, <https://www.eunews.it/en/2024/03/07/eu-countries-green-light-to-withdrawal-from-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 01.04.2024).

³⁰² Bkz. aşa. s. 109.

uyumlu olmadığını düşündüğünden, 7 Temmuz 2023 tarihinde Birlik ve üye devletler tarafından koordineli bir çekilme önermiştir³⁰³.

2023 yazından bu yana ise, EŞA ile ilgili AB görüşmeleri çıkmaz içerisinde idi. AB Komisyonu başlangıçta AB'nin ve tüm üye devletlerin koordineli bir şekilde Antlaşmadan çekilmesini önerse de daha sonrasında bazı üye devletlerin modernizasyon ve Antlaşmaya taraf olmaya devam etme konularındaki ısrarı yeni bir uzlaşma önerisi ihtiyacını doğurmuştur.

Komisyon'un mevcut uzlaşma önerisine göre, AB, EŞA'dan ayrılırken, diğer AB üyesi olmayan âkit tarafların da modernizasyonu desteklemesi koşuluyla, modernizasyonu kabul edecektir³⁰⁴. Ancak bu önerinin, AB üyesi devletlerin otomatik olarak EŞA'nın bir parçası olarak kalabileceklerini göstermediği, ilgili ülkelerin hala AB'den yetki almalarının gerektiği belirtilmiştir. Bu iznin alınmadığı bir durumda, AB üye devletinin Antlaşmadan çekilmesi gerekecektir.

B. Avrupa Yeşil Mutabakatı

20 Haziran 2019 tarihinde AB Konseyi, 2019-2024 yıllarını kapsayan, AB gündemi üzerinde Avrupa Konseyi'nin çalışmalarına yön verecek ve diğer AB kurumlarının çalışma programlarına rehberlik edecek öncelikli alanları belirleyen bir stratejik ajanda yayınlamıştır³⁰⁵.

³⁰³ Dulian, M.: "EU Withdrawal From the Energy Charter Treaty", European Parliamentary Research Service, Aralık 2023, s. 5.

³⁰⁴ 1 Mart 2024 tarihli AB Komisyonu'nun Enerji Şartı Konferansında Avrupa Birliği adına alınacak pozisyona ilişkin Konsey Kararı için bkz. [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2024\)104&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2024)104&lang=en) (Erişim Tarihi: 02.04.2024).

³⁰⁵ AB Konseyi'nin yayınladığı 2019-2024 dönemini kapsayan Stratejik Ajanda hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Stratejik gündem dört ana önceliğe odaklanılmıştır. Bunlar; vatandaşların ve özgürlüklerin korunması, güçlü ve canlı bir ekonomik temel geliştirilmesi, zararsız bir iklim içeren, yeşil, adil ve sosyal bir Avrupa inşa edilmesi ve Avrupa'nın çıkarlarının ve değerlerinin küresel sahnede desteklenmesidir³⁰⁶.

Aynı yıl 12 Aralık tarihinde, AB liderleri toplanarak diğer konuların yanı sıra iklim değişikliği, AB'nin uzun vadeli bütçesi ve dış ilişkileri ele almıştır. Bu görüşmede AB liderleri, Paris Antlaşması doğrultusunda AB'nin 2050 yılına kadar zararsız bir iklim hedefini onaylamış ve iklim nötrlüğüne geçişin ekonomik büyüme, piyasalar, istihdam ve teknolojik gelişme için önemli fırsatlar getireceğinin altını çizmişlerdir.

Tam bu tarihlerde Komisyon tarafından düzenlenmeye başlanan Avrupa Yeşil Mutabakatı da 12-13 Aralık tarihli görüşmenin gündemine girmiş ve AB Konseyi, Avrupa Yeşil Mutabakatına ilişkin Komisyon bildirimini gündeme almış, Konsey'den çalışmaları ileriye götürmesini istemiştir³⁰⁷.

19 Aralık 2019 tarihinde gerçekleştirilen Çevre Konseyi'nde yeni yasama döneminde AB çevre ve iklim politikasına ilişkin görüş alışverişinde bulunulmuş ve toplantıda, Avrupa Yeşil Mutabakatı da dâhil olmak üzere yeni yasama döneminde ihtiyaç duyulan taahhütler ve eylemler konusunda üye devletlerin görüşleri vurgulanmıştır³⁰⁸.

³⁰⁶ AB Konseyi'nin 20-21 Haziran 2019 tarihli oturuma ilişkin bilgi notu için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2019/06/20-21/> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

³⁰⁷ AB Konseyi: "Climate Change: What the EU is Doing", <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/climate-change/> (Erişim Tarihi : 22.02.2024).

³⁰⁸ AB Konseyi'nin 19 Aralık 2019 tarihinde gerçekleştirdiği Çevre Konseyi hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/env/2019/12/19/> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Sonraki birçok görüşmede ise Komisyon, Yeşil Mutabakat tebliğini kamuya açık oturumlarda, AB üye devletlerinin enerji, tarım, çevre, şehircilik ve iklim değişikliği bakanlarına sunmuştur³⁰⁹. Ocak 2020’de yapılan bir parlamento tartışmasının ardından Avrupa Parlamentosu Mutabakatı destekleme kararı almıştır³¹⁰.

Avrupa Yeşil Mutabakatı’nın giriş bölümünde Komisyon, “iklim ve çevreyle ilgili zorlukların bu neslin tanımlayıcı görevi olduğunu” belirterek küresel ısınma, biyolojik çeşitliliğin kaybı ve ormanların ve okyanusların yok edilmesi tehlikelerine dikkat çekerek, Yeşil Mutabakatı “AB’yi modern, kaynak açısından verimli ve rekabetçi bir ekonomiye sahip, adil ve müreffeh bir topluma dönüştürmek” için bir fırsat olarak tanımlamıştır³¹¹.

Komisyon, Mutabakat aracılığıyla, AB’nin doğal sermayesini korumayı, muhafaza etmeyi ve geliştirmeyi ve vatandaşların sağlığını ve refahını çevreyle ilgili risklerden ve etkilerden korumayı planladığını belirterek doğal koruma ve çevresel zenginliğin yeniden kazanılması, daha çevre dostu bir ekonomiye geçişin adil ve kapsayıcı olması ve halkın katılımı ve güveni ile desteklenmesi gerektiği fikrini vurgulamıştır³¹².

Komisyon tarafından sunulan Tebliğ, Avrupa Yeşil Mutabakatı’na ulaşmak için gereken temel politika ve önlemlerin başlangıç yol haritası olarak değerlendirilebilir.

³⁰⁹ AB Komisyonu tarafından gerçekleştirilen 5 Mart 2020 tarihli oturum için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/env/2020/03/05/>, 8 Haziran 2020 tarihli oturum için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/agrifish/2020/06/08/>, 15 Haziran 2020 tarihli oturum için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/tte/2020/06/15/>, 23 Haziran 2020 tarihli oturum için bkz. <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/env/2020/06/23/> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

³¹⁰ Fetting, C.: “The European Green Deal”, ESDN Report, Aralık 2020, ESDN Office, Vienna.

³¹¹ AB Komisyonu’nun 11 Aralık 2019 tarihinde yayınladığı Avrupa Yeşil Mutabakatı’nı içeren Tebliğ, s. 2. İlgili Tebliğ için bkz. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 29.01.2024).

³¹² Klee, T. J.: “The European Green Deal: An Analysis of how the European Commission promises to Manage Climate Change”, University of Barcelona, Master Degree Thesis of Citizenship and Human Rights: Ethics and Politics, 2019/2020, s. 22.

Mutabakat kapsamındaki bu politika ve önlemler, enerjiden ulaşma, sanayiden tarıma, finansman mekanizmalarından toplumsal hayata kadar pek çok alanda yeni hedef ve uygulamalar içermektedir. Söz konusu hedef ve uygulamaların eylem alanları iklim yasası, biyoçeşitlilik, sürdürülebilir tarım, temiz enerji, sürdürülebilir endüstri, kirliliğin azaltılması, doğayı koruma, yeşil projeleri finanse etme, binaları enerji tüketimi bakımından verimli hale dönüştürme, herkes için adil geçişin sağlanması ve küresel çapta yeşil değişime öncülük etmek olarak sıralanmıştır³¹³.

AB, Mutabakat ile karbon emisyonunu 2030 yılına kadar %50, 2050 yılına kadar da sıfıra indirme projelerini bu uygulamalar neticesinde gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır³¹⁴.

Başlangıçta Mutabakat kendi başına bağlayıcı bir düzenleme olmasa da, farklı politika sektörlerindeki istek ve hedeflerin ana hatlarını çizen genel bir politika stratejisi idi³¹⁵. Buna rağmen AB, Mutabakat ile birlikte İklim Yasası³¹⁶ ve Sınırdaki Karbon Düzenlemesi³¹⁷ başta olmak üzere birçok hukuki tedbiri hayata geçirmiştir. Bu önlemlerin yanı sıra şirketlerin yeşil enerjiye geçiş yapması, fosil ve karbon bazlı

³¹³ Küçük, G./Dural, B.: “Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Yeşil Ekonomiye Geçiş: Enerji Senaryoları Üzerinden Bir Değerlendirme”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2022, C. 22, S. 1, s. 143.

³¹⁴ Gönen Z./Uzun F.: “Paris Climate Agreement, Its Impact on Sectors and Expected Changes in Practice”, Gönen Law Office, Ankara 2021.

³¹⁵ Fetting, s. 5.

³¹⁶ 30 Haziran 2021 tarihinde Avrupa’nın iklim-nötr düzene geçişine ilişkin siyasi taahhüdün hukuki olarak bağlayıcı bir yükümlülüğe evrilmesi düşüncesiyle, Avrupa İklim Yasası kabul edilmiştir. İlgili yasanın kabul edilmesine ilişkin Parlamento kararı için bkz. Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999.

³¹⁷ Sınırdaki Karbon Düzenlemesi, Avrupa Yeşil Mutabakatı’nın bir parçası olarak yasalaştırılmıştır. AB’ye ithal edilen çimento, çelik ve bazı elektrik gibi karbon yoğunluğu içeren ürünlere uygulanmak üzere düzenlenmiştir. İlgili düzenleme için bkz. Regulation (EU) 2023/956 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 establishing a carbon border adjustment mechanism.

enerji ve yakıttan uzaklaşması için eş zamanlı olarak çeşitli geçiş fonları oluşturulmuştur³¹⁸.

Yönetmelikler ve normların revize edilmesi sonucu ortaya çıkan yeni düzenlemeler ile Mutabakat bağlayıcı hale getirilmiş³¹⁹, böylece Avrupa Yeşil Mutabakatı, Paris Antlaşması'ndan içerdiği yaptırımlar noktasında ayrılmıştır. Çünkü Antlaşma, devletlerin gaz emisyonunun azaltılmasına katkıda bulunmaması durumunda bir yaptırım sistemi içermemekte iken Mutabakat, 2050 yılına kadar Avrupa'da iklim nötrlüğüne ulaşma vaadini gerçekleştirmek için, 4 Mart 2020'de önerilen ve 30 Haziran 2021 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen bir "Avrupa İklim Yasası"³²⁰ içermektedir³²¹.

Ayrıca Komisyon, karbon kaçağı riskini azaltmak amacıyla seçilen sektörler için bir karbon sınırı ayarlama mekanizması önermiş ve iklim değişikliğine uyum konusunda yine Paris Antlaşması'na kıyasla yeni ve daha iddialı bir AB stratejisi düzenlemiştir.

Tüm bu gelişmeler ışığında Avrupa Parlamentosu, EŞA'nın modernizasyonunun sonucuna ilişkin Kasım 2022 kararında, mevcut anlaşmayı, özellikle iklim açısından

³¹⁸ Ataseven, Y.: "Evaluation of the Possible Effects of the European Green Deal Process on Agricultural Policies in Türkiye", Journal of Agricultural Sciences, Ankara 2023, S. 29(1), s. 15.

³¹⁹ Avrupa'nın iklim-nötr düzene geçişine yönelik siyasi taahhüdün hukuki açıdan bağlayıcı bir yükümlülüğe dönüştürülmesi amacıyla, 30 Haziran 2021 tarihinde Avrupa İklim Yasası kabul edilmiştir. Yasa kapsamında ayrıca, Avrupa Yeşil Mutabakatı'nda da yer alan AB'nin 2030 yılına yönelik öngördüğü sera gazı emisyonlarında 1990'a kıyasla %40 azaltım sağlanması hedefi de "1990'a kıyasla en az %55 azaltım" olarak güncellenerek bağlayıcı hale getirilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Başkanlığı 27. Fasıl: Çevre ve İklim Değişikliği, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=92> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

³²⁰ İklim nötrlüğü sağlamaya yönelik çerçeveyi belirleyen 30 Haziran 2021 tarihli 2021/1119 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü ile kabul edilen Avrupa İklim Yasası için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32021R1119> (Erişim Tarihi: 02.02.2024). İlgili Yasa, tüm AB politikalarının iklim nötrlüğüne ulaşmak adına emisyonları azaltmak, yeşil teknolojilere yatırım yapmak, AB ülkeleri için net sıfır sera gazı emisyonuna ulaşmak gibi hedeflere katkıda bulunmasını ve ekonominin ve toplumun tüm sektörlerinin üzerlerine düşen rolü oynamasını sağlamayı amaçlamaktadır.

³²¹ Klee, s. 18.

nötr olma hedefi bakımından, artık AB'nin çıkarlarına hizmet etmeyen, geçerliliğini yitirmiş bir araç olarak değerlendirmiş ve modernize edilmiş bir EŞA önerisinin; Paris Antlaşması, AB İklim Yasası veya Avrupa Yeşil Mutabakatı ile uyumlu olmadığının altını çizmiştir. Böylece Parlamento'nun, Komisyon ve üye devletlere, EŞA'dan koordineli bir çıkış için hazırlıklara başlama çağrısında bulunması ve onay verilmesi istendiğinde AB'nin EŞA'dan çıkışını destekleyeceğini belirtmesi AB'nin söz konusu Antlaşmadan ayrılma kararında büyük etki yaratmıştır³²².

³²² Dulian, s. 5.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI'NI TADİL EDEN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. MODERNİZASYON KARARI ÖNCESİ ÇALIŞMALAR

İlk olarak 1994 yılında imzalanan ve 1998 yılında yürürlüğe giren EŞA için 2009 yılından bu yana ilgili taraflar, Antlaşmanın güncelliğini yitirmiş ve mevcut düzenlemeleri yansıtmayan bazı hükümlerini modernize etmek veya değiştirmek için yoğun bir çaba sarf etmiştir³²³.

Modernizasyona duyulan ihtiyacın en önemli sebeplerinin başında iklim değişikliği ve yenilenebilir enerjiye yatırım ihtiyacı gelmektedir. Buna ek olarak, Antlaşmanın imzalanmasından önce bile, enerjinin bir ham madde olarak parçalara ayrılması veya segmentasyonu konusunda, üreten ve tüketen ülkeler arasında algı ve ihtiyaç farklılıkları her zaman mevcut olmuş ve bu nedenle değişimi gerekli kılmıştır³²⁴.

Tüm bu sebeplere rağmen söz konusu görüş ayrılıkları, modernizasyon ihtiyacından önce, Antlaşmanın yirmi yıllık ömrü boyunca devam etmiştir. Ancak farklı görüşler arasındaki bu dengesizlik ilk kez soğuk savaşın bitiminden hemen sonra, bir taraftan Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü'nün (OPEC) ve diğer yandan Batılı sanayi zengini ülkeler tarafından yaratılan Uluslararası Enerji Ajansı'nın (IEA) oluşmasıyla gözlemlenmiştir³²⁵. 1991'de AEŞ'in ilanı ve sonrasında EŞA'nın

³²³ Belyi, s. 363.

³²⁴ Theofanopoulos, T.: "Modernisation of the Energy Charter Treaty: Evolution and Challenges", Piraeus, University of Piraeus, 2022, s. 4.

³²⁵ Hermann, C./Terhechte, J. P.: European Yearbook of International Economic Law, s. 272.

1994'te yürürlüğe girmesi, enerji politikasının hala katı bir ulusal yeterlilik olarak kaldığı bir dönemde, üreten ve tüketen ülkeler arasındaki uçurumu Avrupa Komisyonu'nun bir İç Enerji Piyasası oluşturmaya yönelik sürekli çabaları ile olabildiğince kapatmayı amaçlamıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yeni milenyumun gelişile birlikte birçok faktörden dolayı Antlaşmanın uygulanması ile ilgili sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu faktörlerin her biri bağımsız olarak, Antlaşmanın pek çok hükmünde acilen değişiklik yapılmasının ihtiyacını hızlandıran bir katalizör görevi görmüştür. Bu faktörlerden en dikkat çekenler arasında Rusya'nın 2009 yılında geçici olarak EŞA'nın uygulanmasını durdurması ve Transit Protokolü müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanması yer almıştır³²⁶.

Rusya'nın Antlaşmadan ve genel olarak Enerji Şartı sürecinden çekilmesinden önce bile, Antlaşmayı imzalayanlar, Enerji Şartı Konferansı için *“uluslararası enerji piyasalarındaki yeni gelişmeler ve zorluklara yanıt verecek ve enerji seçmen kitlesindeki daha geniş değişikliklere yanıt verecek”* niteliği haiz olacak şekilde geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir³²⁷. Bu nedenle Aralık 2009'da Enerji Şartı'nın modernizasyon süreci başlatılmıştır.

Nihayetinde ilk olarak Antlaşmanın modernizasyonu Aralık 2009'da bir düşünceden çok eyleme geçmeye başlamıştır. Antlaşmanın 36/1. maddesinin a bendi uyarınca³²⁸ Enerji Şartı Konferansında hazır bulunan ve oy veren üyelerin tamamının

³²⁶ Theofanopoulos, s. 5.

³²⁷ Tropper, J.: “Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near”, Kluwer Arbitration Blog, Kasım 2022 <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

³²⁸ EŞA m. 36/1: *“Aşağıda belirtilen hususlarla ilgili olarak, Şart Konferansınca kararlaştırılacak Konferans toplantısında hazır bulunan ve oylamaya katılan Antlaşma taraflarının oybirliği ile karar almaları gerekmektedir.*

oyları, modernizasyon kararının alınabilmesi için gerekli şartlar arasında sayılmıştır. Buna ek olarak, karar alındıktan sonra, karara konu olan değişiklikler yalnızca onay veren taraflar arasındaki ilişkileri etkileyecektir³²⁹. Bu şartlar ilk olarak 1998 yılında sağlanmıştır. “Ticaret Değişikliği”³³⁰ 1998’de sonuçlandırılrsa da ancak 2010’da yürürlüğe girebilmiştir. Söz konusu değişikliğin asıl amacının EŞA’nın ticaret rejimini DTÖ kuralları ve uygulamalarıyla güncellemek olması nedeniyle ilgili değişiklik de temel sorunu gidermekte tek başına yeterli olamamıştır. Bu nedenle Antlaşmanın tamamını kapsayan bir modernizasyon sürecine girilmesinde karar kılınmıştır.

II. MODERNİZASYON KARARI SONUCUNDA TADİL EDİLEN HÜKÜMLER

2017 yılında başlayıp 22 Haziran 2022’de biten yeni bir müzakere sürecinin sonucunda Antlaşmanın tamamen yenilenmesi adına Enerji Şartı Konferansında

(a) Madde 34, 35 ve Ek T’de yapılacak değişiklikler hariç olmak üzere, bu Anlaşmada değişiklikleri kabul etmek...”

³²⁹ EŞA m. 42: “(1) Herhangi bir Antlaşma tarafı bu Antlaşmaya ilişkin değişiklik teklifinde bulunabilir.

(2) Değişiklik teklifinin metni, teklifin Şart Konferansı’nın kabulüne sunulmasından en az üç ay önce Sekreteryaya tarafından Antlaşma taraflarının bilgisine sunulacaktır.

(3) Sekreteryaya, yazılı metni, Şart Konferansı tarafından kabul edilen Antlaşma değişikliklerini, ratifikasyon, kabul veya onama aşaması için tüm Antlaşma taraflarına sunacak olan Depozitör’e gönderecektir.

(4) Antlaşmaya ilişkin değişikliklerin ratifikasyon, kabul veya onama belgeleri Depozitör tarafından muhafaza edilecektir. Değişiklikler, Antlaşma taraflarının en az dörtte üçünün değişiklikleri onayladıklarını Depozitör’e bildirdikleri tarihten sonraki doksanıncı günde, değişiklikleri onaylayan Antlaşma tarafları için yürürlüğe girecektir. Değişiklikler, diğer herhangi bir Antlaşma tarafı içinse, ilgili Antlaşma tarafının değişikliklere ilişkin ratifikasyon, kabul veya onama belgesini sunmasından sonraki doksanıncı günde yürürlüğe girecektir.”

³³⁰ Ticaret Değişikliği, Enerji Şartı sürecinin en yüksek yönetim ve karar alma organı olan Enerji Şartı Konferansı tarafından EŞA’ya bir ek olarak kabul edilmiştir. Söz konusu bu ek, 35 âkit taraf tarafından onaylandıktan sonra 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Ticaret Değişikliği başlıklı ek ile, EŞA’nın hükümlerinde yapılan değişiklikler için bkz. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Trade_Amendment_Explanation-ns-EN.pdf (Erişim Tarihi: 16.12.2023).

özetlendiği ve AB Komisyonunun tebliğinde³³¹ sunulduğu şekliyle EŞA'nın modernleştirilmesine ilişkin değişiklikler kabul edilmiştir. Genel olarak bu değişiklikler aşağıdaki şekilde ifade edilebilir.

- Antlaşma kapsamında yer alan enerji malzemeleri ve ürünleri listesinin³³², düşük karbonlu hidrojen, biyokütle, biyogaz, susuz amonyak ve sentetik yakıtların eklenmesiyle genişletilmesi,

- arzu eden sözleşme taraflarının, ulaşmayı amaçladıkları iklim ve arz güvenliği hedefleri temelinde, topraklarındaki fosil yakıtlara yönelik yeni yatırımların korunmasını hariç tutmayı mümkün kılan yeni bir esneklik mekanizmasının getirilmesi³³³,

- meşru kamu politikası hedefleri temelinde yatırım ve yatırımcılara ilişkin yasal tedbirlerin uygulanması yoluyla imzacı devletlerin “düzenleme hakkının” onaylanması³³⁴,

- açıkça kabul edilemez veya anlamsız iddialarla ilgili zaman çizelgelerini ve maliyetleri azaltacak yeni hükümlerin kabul edilmesi,

- EŞA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerinin AB içi uyuşmazlıklarda geçerli olmadığını teyit eden yeni bir maddenin getirilmesi³³⁵,

³³¹ European Parliament resolution of 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, 2022/2934 (RSP).

³³² Listenin, EŞA modernizasyon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra her beş yılda bir gözden geçirileceği belirtilmiştir.

³³³ Özellikle AB ve Birleşik Krallık bu mekanizmayı, AB içi yatırımlara yönelik olduğu gerekçesiyle, tercih etmişlerdir.

³³⁴ Bu hedefler arasında özellikle çevrenin korunması, iklim değişikliğine uyum ve iklim değişikliğinin azaltılması ve sağlığın korunması yer almaktadır.

³³⁵ Bu madde özellikle EŞA'nın 7. maddesi (transit), 26. maddesi (yatırımcı ile bir sözleşme tarafı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü), 27. maddesi (sözleşme tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü) ve 29. maddesi (ticaretle ilgili konularda geçici hükümler) gibi aynı bölgesel ekonomik entegrasyon örgütünün üyesi olan taraflar için geçerli olmayan hükümleri hedeflenmektedir.

- Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (UNFCCC), Paris Antlaşması ve Uluslararası Çalışma Örgütü Temel Sözleşmeleri de dâhil olmak üzere uluslararası anlaşmaların ve standartların yeniden onaylanması yoluyla, EŞA kapsamına giren şirketlere uygulanabilecek sosyal ve çevresel sorumluluk konusunda daha sıkı hükümlerin kabul edilmesi,

şeklinde özetlenebilir.

Bu kararlar doğrultusunda, söz konusu müzakereler içerisinde, âkit taraflarca üzerinde değişiklik yapılması talep edilen EŞA maddelerine yer verilmiştir. Bu maddeler arasında, aşağıda da detaylı olarak açıklanacağı üzere, Şart tanımı, yatırım ve yatırımcı tanımı, yatırım öncesi dönemin (*pre-investment*) koruma kapsamına alınması, devletlere düzenleme hakkının (*right to regulate*) tanınması, en çok gözetilen ulus kaydı (*most favoured nation*) ve sürekli güvenlik ve koruma (*most constant protection and security*) ilkelerinin yeniden tanımlanması, zararların tazmini hükmünün yeniden düzenlenmesi, zararların hesaplanması, dava masraflarının üçüncü taraflarca finanse edilmesi, enerji altyapısına erişim hakkı, bölgesel ekonomik birliklerin sözleşme tarafı olarak yasal statüleri düzenlenmiştir. Ayrıca ek olarak yer verilecek söz konusu bu maddeler haricinde, yürürlükten kaldırılması gereken hükümler de politika seçeneklerinde belirtilmiştir³³⁶.

İlk olarak 1. maddenin 1. fıkrasında yer alan “Şart” tanımı ile ilgili olarak, 20 Mayıs 2015 tarihinde Lahey’de imzalanan Uluslararası Enerji Şartına atıf yapılmasına karar verilmiştir³³⁷.

³³⁶ Enerji Şartı Sekreteryası, Politika Seçenekleri, s. 1-57.

³³⁷ Değişiklik sonrasında EŞA m.1/1: “*Şart (Charter)*”, 17 Aralık 1991 tarihinde Lahey’de imzalanan Avrupa Enerji Şartı’na ilişkin Lahey Konferansı’nın Sonuç Bildirgesinde kabul edilen Avrupa Enerji Şartını ifade etmektedir; Söz konusu Sonuç Bildirgesinin ve 20 Mayıs 2015 tarihinde Lahey’de imzalanan Uluslararası Enerji Şartına ilişkin Lahey II Konferansı Sonuç Belgesinde kabul

“Enerji Sektöründe Ekonomik Faaliyetin Tanımı” başlığı ise, enerji sistemlerini karbondan arındırmak amacıyla karbondioksitin yakalanmasını, kullanılmasını ve depolanmasını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu başlık altında gözden geçirilen hükümler artık, âkit tarafların temiz enerji hedefleri çerçevesinde, farklı enerji kaynaklarına yapılan yatırımlarının EŞA kapsamında nasıl korunacağını öngörmektedir³³⁸.

Halihazırdaki hükümlerin değiştirilmesinin yanında tamamen yeni düzenlemeler de getirilmiş ve bu noktada Enerji Malzemeleri ve Ürünleri başlığında sayılanlara ek olarak hidrojen, susuz amonyak, biyokütle, biyogaz ve sentetik yakıtlar yatırım koruma hükümlerine dâhil edilmiş ve Antlaşmanın koruma kapsamına girmiştir³³⁹.

Ayrıca yeni bir madde ile sözleşme taraflarına, kendi bireysel enerji güvenliği ve iklim hedeflerini göz önünde bulundurarak, kendi bölgelerindeki fosil yakıtlara yönelik yatırım korumasını hariç tutma olanağı verilmiştir³⁴⁰. Örneğin, AB ve Birleşik Krallık, fosil yakıtla ilgili yatırımları; ilgili hükümlerin yürürlüğe girmesinden itibaren 10 yıl sonrası için mevcut yatırımlar ve 15 Ağustos 2023’ten sonra yapılan yeni yatırımlar da dâhil olmak üzere, sınırlı istisnalar dışında, EŞA kapsamındaki yatırım korumasından ayırmayı tercih etmiştir. Öngörülen istisnalar,

edilen Uluslararası Enerji Şartı; Sonuç Belgesinin imzası Şartın imzası olarak kabul edilir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

³³⁸ Değişiklik sonrasında EŞA m.1/5: “*“Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite (Economic Activity in the Energy Sector)”*, Ek Nl’da yer alanlar dışındaki Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin arama, çıkarma, rafinaj, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama, veya satışına ya da enerji sistemini karbondan arındırmak amacıyla karbondioksitin yakalanması, kullanılması ve depolanmasına ya da çok katlı konut alanlarına ısı dağıtımına ilişkin ekonomik aktiviteleri ifade etmektedir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

³³⁹ Ticaretle İlgili Hükümlerde Değişiklik Yapılmasına Yönelik Ek 1’de yer verildiği üzere “Diğer Enerji Kaynakları” başlığı altına hidrojen, susuz amonyak, metanol, formik asit, biyokütle, biyogaz ve sentetik yakıtlar dahil edilmiştir.

³⁴⁰ Yatırımın Teşviki ve Korunması üçüncü bölüm içerisinde yer alacak şekilde: “*Bu Bölüm, Enerji Malzemeleri ve Ürünleri ile ilgili olarak başka bir âkit tarafın yatırımcısı tarafından kendi Alanında yapılan bir yatırım veya Ek Nl’de ikinci âkit tarafın hariç tuttuğu faaliyetler açısından Ek NPT’de listelenen bir âkit taraf için geçerli değildir.*” hükmü eklenmiştir.

yukarıda adı geçen âkit tarafların yatırımcılarına karşılıklı olarak uygulamayı tercih etmedikleri sürece, prensip olarak diğer âkit tarafların topraklarındaki yatırım korumasını etkilemeyecektir³⁴¹.

Yukarıda açıklanan maddelere bağlı olarak modernize edilmiş EŞA'nın yürürlüğe girmesinden beş yıl sonra ve daha sonra beş yıllık aralıklarla veya Şart Konferansı tarafından belirlenen daha önceki bir tarihte, EŞA kapsamındaki Enerji Malzemeleri ve Ürünleri listesinin ve Esneklik Mekanizmasının gözden geçirileceğine ilişkin ek bir fıkra da Antlaşmada yerini almıştır³⁴². Bu gelişmenin, âkit taraflara teknolojik olduğu kadar siyasi gelişmelere de tepki verme olanağı sağlayacağı, Sekreterlik tarafından ifade edilmiştir³⁴³.

Değişiklik sonucunda nitelikli bir "yatırım" ve "yatırımcı"nın daraltılmış tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre bir "yatırım"ın sermaye taahhüdü, kazanç veya kâr beklentisi, belirli bir süre için yapılması veya risk üstlenilmesi gibi bir dizi özelliği taşıması gerekmektedir³⁴⁴. Antlaşmanın yeni versiyonu adli ve idari kararlar ile hakem kararlarını kapsamadığı gibi, yalnızca mal ve hizmet satışına ilişkin ticari işlemlerden kaynaklanan para ve kredi alacaklarının kapsamını da sınırlamaktadır.

"Yatırımcı" ise, yatırıma ev sahipliği yapan âkit tarafın uyruğuna (ya da daimî ikametgâhına) sahip olamaz ve ev sahibi devlette önemli bir ticari faaliyet

³⁴¹ Enerji Şartı Sekreterliği'nin 22 Haziran 2022 tarihinde yayınlamış olduğu Enerji Şartı Konferansı Kararı, s.3.

³⁴² Değişiklik sonucunda EŞA m. 34/8: "Bu paragrafı getiren değişikliğin yürürlüğe girmesinden beş yıl sonra ve daha sonra beş yıllık aralıklarla veya Şart Konferansı tarafından belirlenebilecek bir tarihte Şart Konferansı, EM14 ve NI Eklerinin içeriğini periyodik olarak gözden geçirecektir. Bu inceleme sırasında Eklerden herhangi birini veya her ikisini birden değiştirmeye karar verebilir." şeklinde kaleme alınmıştır.

³⁴³ Enerji Şartı Sekreterliği'nin 22 Haziran 2022 tarihinde yayınlamış olduğu Enerji Şartı Konferansı Kararı, s.3.

³⁴⁴ Değişiklik sonucunda EŞA m. 1/6: " "Yatırım", bir âkit tarafın yatırımcısının doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrol ettiği, diğer bir âkit tarafın ("ev sahibi âkit taraf") Alanında, bu âkit tarafın yürürlükteki yasalarına uygun olarak yapılan veya edinilen sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kazanç veya kar beklentisi, belirli bir süre veya risk üstlenilmesi gibi yatırım niteliği taşıyan her türlü varlık anlamına gelir." şeklinde kaleme alınmıştır.

yürüttüğünü kanıtlamak zorundadır. Yeni tanım, yatırım yapıldığı sırada ev sahibi âkit tarafın uyruğunu taşıyan veya daimî ikamet sahibi olan kişileri kapsamamaktadır. Artık, Antlaşmada yer alan gösterge niteliğindeki listedeki koşulları ³⁴⁵ göstererek önemli ticari faaliyetler gerekliliğinin karşılanması gerekmektedir.

Ayrıca hukuki belirliliği artırmak için, adil ve hakkaniyete uygun muameleyi öngören yeni bir madde eklenmiş ve bu madde içerisinde koruma standardının ihlalini teşkil eden tedbir serilerine ilişkin bir liste hazırlanmıştır³⁴⁶.

Antlaşmanın 13. maddesine dolaylı kamulaştırmanın tanımı eklenmiş ve doğrudan kamulaştırma tanımına ilaveler yapılmıştır. Buna göre; doğrudan kamulaştırma, bir yatırımın kamulaştırılması veya resmi tapu devri veya doğrudan el koyma yoluyla ortaya çıkmaktadır. Dolaylı kamulaştırma ise, bir âkit tarafın bir önleminin, yatırımcıyı yatırımının değerinden veya yatırımının temel niteliklerinden önemli ölçüde mahrum bırakacak şekilde, resmi tapu devri veya doğrudan el koyma olmaksızın doğrudan kamulaştırmaya eşdeğer bir etkiye sahip olması ile meydana gelmektedir.

³⁴⁵ Antlaşmanın modernize edilmiş versiyonu içerisinde ev sahibi âkit tarafın bölgesinde fiziksel mevcudiyet, personel istihdamı, ciro yaratma veya vergi ödemeleri gibi koşulların sağlanmasının gerektiği EŞA m. 1/7’de belirtilmiştir.

³⁴⁶ Değişiklik sonucunda EŞA m. 10/2: “Bir âkit taraf, paragraf (1)’de belirtilen adil ve hakkaniyete uygun muameleyi uygulama yükümlülüğünü, aşağıdakileri teşkil eden bir tedbir veya bir dizi tedbir yoluyla ihlal eder:

- (i) bariz mantıksızlık gibi keyfilik;
- (ii) cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi haksız gerekçelere dayalı hedeflenen ayrımcılık;
- (iii) adli ve idari işlemlerde şeffaflığın esaslı ihlali de dahil olmak üzere, yasal sürecin esaslı ihlali;
- (iv) cezai, hukuki veya idari yargılama işlemlerinde adaletin reddi;
- (v) taciz, baskı veya zorlama gibi kötü muamele ile karşılaşması; veya
- (vi) yatırımcının meşru beklentilerinin, bunların yatırımı için merkezi olduğu ve yatırımcının yatırımı yapma veya sürdürmeye karar verirken makul ölçüde dayandığı âkit tarafın açık ve spesifik bir beyanından veya taahhüdünden kaynaklandığı durumlarda hayal kırıklığına uğraması.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Bir âkit tarafın bir önleminin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmadığını belirleyebilmek için, üçüncü fıkra uyarınca tedbirin veya tedbir dizisinin ekonomik etkisi ve tedbirin veya tedbir dizisinin niteliği, amacı ve bağlamı incelenmelidir.

Dördüncü fıkra uyarınca bir tedbirin veya bir dizi tedbirin etkisinin, amacına göre açıkça aşırı olacak kadar şiddetli olduğu ender durumlar hariç, bir âkit tarafın sağlık, güvenlik ve çevre (iklim değişikliğinin hafifletilmesi ve uyum sağlanması dâhil) kamu politikaları gibi meşru politika hedeflerini korumak için tasarladığı ve uyguladığı, ayrımcı olmayan tedbirler dolaylı kamulaştırma teşkil etmemektedir.

Modifikasyon ile âkit tarafların kendi topraklarında düzenleme yapma haklarını yinelemek ve güçlendirmek için Antlaşmanın giriş kısmına bazı ifadeler eklenmesinin yanında yasal kesinlik sağlamak amacıyla, âkit taraflarının meşru kamu politikası amaçları doğrultusunda yatırımlar ve yatırımcılar karşısında düzenleme yapma hakkını yeniden teyit etmek amacıyla Antlaşmanın III. Bölümünde düzenleme hakkına ilişkin yeni ve bağımsız bir madde kabul edilmiştir³⁴⁷.

Uluslararası kamu hukuku kapsamında, devletlerin kendi toprakları üzerindeki normatif yetkilerini serbestçe kullanmaları temel bir ayrıcalıktır. Uluslararası yatırım anlaşmaları akdettiklerinde yabancı yatırımcılara sağlamayı kabul ettikleri korumaya ilişkin olarak yaptıkları gibi devletler, bu yetkinin sınırlandırılmasına rıza gösterebilirler. Fakat bu korumanın normatif yetkilerinin kullanılmasını aşırı derecede engellediği yönündeki eleştirilere bir tepki olarak Antlaşmaya, ilgili devlet tedbirlerinin ilke olarak yasaklandığı şeklinde değerlendirilemeyeceğini belirterek, bu yetkinin belirli kamu menfaatleri yararına kullanılmasını korumayı amaçlayan

³⁴⁷ Değişiklik sonucunda eklenen maddeye göre âkit taraflar, iklim değişikliğinin azaltılması ve uyum dahil olmak üzere çevrenin korunması, kamu sağlığının, güvenliğin veya genel ahlakın korunması gibi meşru politika hedeflerine ulaşmak için kendi topraklarında düzenleme yapma hakkını yeniden teyit ederler.

hükümler dâhil edilmiştir³⁴⁸. Söz konusu düzenleme hakkına ilişkin güncelleştirilmiş bir maddenin EŞA'ya eklenmesi de tam olarak bu hususun açıklığa kavuşturulması ihtiyacından doğmuştur.

Sonuç olarak Antlaşmaya modern standartlar ve AB pozisyonları doğrultusunda, iklim değişikliği ile mücadele de dâhil olmak üzere, âkit tarafların meşru politika hedeflerine ulaşmak için tedbir alma veya düzenleme hakkını yeniden teyit eden yatırımın korumasına ilişkin yeni hükümler eklenmiştir.

Anlaşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerde yapılan değişikliklerin başında ise esasa ilişkin düzenlemeler gelmektedir. Tahkim yargılamasının etkinliğini sağlamak ve dava maliyetlerini azaltmak amacıyla, yetki veya esas açısından hukuki dayanaktan açıkça yoksun olan ve asılsız iddiaların yargılamanın başında hızlıca reddedilmesi için mekanizmalar oluşturulmuş ve âkit tarafları dayanağı olmayan taleplerden koruyan, masraflar için teminat öngören ve yargılamalara yüksek düzeyde şeffaflık getiren yeni hükümler dâhil edilmiştir³⁴⁹.

Antlaşmanın 26. maddesinin 6. fıkrasında yer alan hükme göre tarafların seçimi sonucunda kurulan bir tahkim mahkemesi, uyuşmazlık konularını bu Antlaşmaya ve uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkelerine uygun olarak karara bağlayacaktır. Bu hüküm nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara açıklık getirmek amacıyla bir dipnot eklenmiştir. Söz konusu dipnota göre bir âkit tarafın iç hukuku uygulanacak hukukun bir parçası olmayacaktır. Bir mahkemenin, bir âkit tarafın iç hukukunun bir hükmünün anlamını tespit etmesi gerektiğinde, bu hükmün o âkit

³⁴⁸ Raddi, Y.: Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration, Cambridge University Press, United Kingdom, 2020, s. 194.

³⁴⁹ Maddenin tamamı için AB Komisyonu'nun 27 Haziran 2022 tarihli Enerji Şartı Antlaşmasının modernizasyonuna ilişkin bildirisi, s. 72, https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

tarafın mahkemeleri veya makamları tarafından yasalara uygun olarak yapılan bir yorumun mevcut olması halinde söz konusu yorum esas alınır. Böyle bir yorumun olmadığı durumlarda ise, mahkeme tarafından bir âkit tarafın iç hukukuna, o tarafın yasal prosedürüne uygun olarak verilen herhangi bir anlam, o âkit tarafın mahkemeleri veya makamları üzerinde bağlayıcı olmayacaktır. Sonuç olarak bir tahkim mahkemesinin, bir âkit tarafın iç hukuku uyarınca, bu Antlaşmanın III. Bölümündeki yükümlülüklerin ihlali teşkil ettiği iddia edilen bir tedbirin hukuka uygunluğunu belirleme yetkisine sahip olmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur³⁵⁰.

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü düzenleyen 26. maddeye ek bir fıkra getirilerek kamulaştırma durumunda hakem kararının içerdiği maddi tazminat miktarı yatırımcının uğradığı zararlarla sınırlandırılmıştır. Ayrıca tahkim mahkemesinin, cezai tazminata hükmedemeyeceği belirtilmiştir. Ayrı bir fıkra ile, yargılama masrafları ve diğer makul masrafların anlaşmazlığın kaybeden tarafınca karşılanacağı düzenlenmiştir³⁵¹.

³⁵⁰ Dipnotun tamamı için AB Komisyonu'nun 27 Haziran 2022 tarihli Enerji Şartı Antlaşmasının modernizasyonuna ilişkin bildirisi, s. 70, https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

³⁵¹ Değişiklik sonucunda EŞA m. 26/9-10-11: “Bir tahkim mahkemesi aşağıdakilere karar verebilir: (a) parasal zararlar ve uygulanabilir faizler; ve (b) mülkün iadesi; bu durumda hüküm, davalının madde 13(1) uyarınca belirlenen parasal tazminatı ve iade yerine uygulanabilir faizi ödeyebileceğini öngörecektir.

Parasal zararlar, Bölüm III'te belirtilen hükümlerin ihlali sonucunda yatırımcının uğradığı zarardan daha fazla olmayacak ve ilgili âkit tarafın önceden sağladığı zarar veya tazminattan düşülecektir. Mahkeme cezai tazminata hükmedemeyecektir.

Mahkeme, davanın koşulları altında böyle bir paylaşımın makul olmadığına karar vermediği sürece, yargılama masraflarının ve diğer makul masrafların anlaşmazlığın başarısız tarafı tarafından karşılanmasına karar verecektir. Taleplerin yalnızca bazı kısımlarının başarılı olması halinde, maliyetler, taleplerin başarılı kısımlarının sayısına veya kapsamına göre orantılı olarak ayarlanacaktır.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Enerji Şartı Sekreterliği tarafından açıklandığı üzere önerilen tüm değişiklikler³⁵² arasından en çok dikkat çeken UNFCCC, Paris Antlaşması ve ILO temel sözleşmeleri gibi çok taraflı çevre ve iş hukukuna ilişkin anlaşmalar kapsamında âkit tarafların ilgili hak ve yükümlülüklerini yeniden teyit eden hükümlerin Antlaşmaya dâhil edilmesi olmuştur. Âkit taraflar, bu uyumlaştırma sürecini başlatarak iklim değişikliğiyle etkili bir şekilde mücadele etmenin acil gerekliliğini kabul edip sürdürülebilir kalkınma ve sorumlu iş uygulamaları hedeflerine katkıda bulunacak şekilde enerji sektöründe uluslararası ticareti ve yatırımı teşvik etme konusundaki kararlılıklarını ifade etmişler ve nihayetinde Antlaşmaya sürdürülebilir kalkınma, iklim değişikliği ve temiz enerjiye geçiş konularında yeni hükümler getirilmiştir³⁵³.

Âkit taraflar, bu düzenlemelerle, temiz enerjiye geçiş, enerji ticareti ve yatırımında düşük karbonlu teknolojilerin teşvik edilmesi ve uygun olduğu durumlarda iklim değişikliği ile ilgili politikaların uygulanmasında iş birliği yapılmasını kabul etmişlerdir³⁵⁴.

Söz konusu değişiklik ile yeniden düzenlenen 19. madde uyarınca sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin yeni hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak âkit taraflar arasındaki anlaşmazlıklar için özel bir anlaşmazlık çözümü mekanizması

³⁵² Prensip olarak Antlaşma’da yer alan ana değişiklikleri açıklayan Kamu Bildirimi için bkz. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

³⁵³ Enerji Şartı Sekreterliği’nin 22 Haziran 2022 tarihinde yayınlamış olduğu Enerji Şartı Konferansı Kararı, s.6.

³⁵⁴ Bu iş birliğine örnek olarak, değişiklik sonrasında EŞA m. 19/4: “Âkit taraflar, kendi çevre ve çalışma yasalarını, âkit taraflar arasındaki enerji ticaretine veya yatırımına gizli bir kısıtlama oluşturacak veya diğer âkit taraflara karşı haksız veya keyfi bir ayrımcılık oluşturacak şekilde uygulamayacaktır.” şeklinde kaleme alınmıştır.

uygulanacaktır³⁵⁵. Bu tür bir anlaşmazlık çözümü mekanizması, konunun bir uzlaştırıcıya havale edilmesi seçeneğini de içermektedir.

Son olarak AB gibi Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü'nün (*Regional Economic Integration Organization*, "REIO"³⁵⁶) parçası olan bir sözleşme tarafı olan ülkeden gelen bir yatırımcının, aynı REIO'nun başka bir sözleşme tarafı üyesine karşı yatırım uyuşmazlıklarında tahkim davası açamayacağını belirten bir hüküm getirilmiş; "AB içi tahkim" olarak adlandırılan uygulamanın yasaklanması sağlanmıştır. Bu hükmeye göre 7. madde (transit), 26. madde (yatırım anlaşmazlıklarının çözümü), 27. madde (âkit taraflar arasındaki anlaşmazlıklar), 29. madde (DTÖ üyesi olmayanlarla ticaret) REIO üyeleri arasında uygulanmayacaktır³⁵⁷. Böylece AB içi yatırım tahkiminin EŞA kapsamında yapılmasının mümkün olmayacağı, modernize edilmiş metinde açıkça teyit edilmiştir.

³⁵⁵ Değişiklik sonrasında eklenen "Sözleşme Tarafları Arasında Sürdürülebilir Kalkınma Hükümlerine İlişkin Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı EŞA m. 28: "(1) 19. Madde, 10. Madde ve 20(4) Maddesinin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin herhangi bir konuda Âkit Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, âkit taraflar bu uyuşmazlığı diplomatik kanallardan dostane bir şekilde çözmek için çaba gösterirler.

(2) Söz konusu uyuşmazlık altı ay içinde (1). fıkra uyarınca çözümlenmemişse, uyuşmazlığa taraf olan âkit taraflardan herhangi biri, bu tür uyuşmazlıkların diğer uygun uluslararası platformlarda ele alınmasına yönelik düzenlemelere başvurmak için çaba gösterir. Anlaşmazlığın diplomatik kanallar dışında ele alınmasına yönelik düzenlemeler on iki ay içinde başlatılmamışsa, anlaşmazlığa taraf olan âkit taraflardan biri konuyu özetleyen bir bildirimle Genel Sekretere iletebilir.

(3) Böyle bir bildirimin alınmasından itibaren 30 gün içinde Genel Sekreter, uyuşmazlığa taraf olan âkit taraflara danışarak bir uzlaştırıcı tayin eder. Böyle bir uzlaştırıcı, uyuşmazlığa konu olan hususlarda esaslı bir uzmanlığa sahip olmalı ve uyuşmazlığa taraf olan âkit taraflardan birinin vatandaşı veya vatandaşı olmamalı ya da bunlardan birinde sürekli ikamet etmemelidir. Konferans, uzlaştırmanın yürütülmesi ve uzlaştırıcıların ücretlendirilmesine ilişkin standart hükümleri kabul eder..." şeklinde kaleme alınmıştır.

³⁵⁶ EŞA m. 1/3'de yapılan tanıma göre bölgesel ekonomik entegrasyon örgütleri, ülkelerin ticaret ve diğer konularda diğer üye devletlere eşit ve adil bir şekilde davranmayı kabul ederek ekonomik kalkınmalarını iyileştirmeye çalıştıkları kurumlardır. Ekonomik entegrasyon kuruluşları, çevre politikaları da dahil olmak üzere çeşitli alanlarda ortak standartlar ve uygulamalar oluşturabilir. Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9612e.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

³⁵⁷ Değişiklik sonrasında EŞA m. 23/3: "Daha kesin bir ifadeyle belirtmek gerekirse, aynı Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütüne üye olan âkit taraflar arasında karşılıklı ilişkilerinde 7, 26, 27, 29. Maddeler uygulanmayacaktır." şeklinde kaleme alınmıştır.

Kısacası, revize edilmiş EŞA metninin, düzenleme hakkına ilişkin olarak herhangi bir ticaret veya yatırım anlaşmasındaki en güçlü dili içerdiği ve Paris Antlaşması hedeflerinin karşılanması ihtiyacına yanıt vermeye çalıştığı kabul edilmektedir³⁵⁸. Bu durum, fosil yakıtların Antlaşmanın kapsamından ve korumasından kademeli olarak çıkarılması ve AB içi yatırım tahkimi taleplerinin yasaklanması ile birleşse de eksik kalan hususlar bulunmaktadır.

Tüm bu değiştirilen ve yenilenen hükümler ışığında, EŞA sözleşme taraflarının Nisan 2023'te modernize edilmiş EŞA'nın resmi olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda oylama yapılmıştır. Modernize edilmiş Antlaşmanın âkit taraflarının tamamının onayının alınmasının ardından kabul edileceği belirlense de³⁵⁹ bu onay alınamamıştır. Antlaşmanın yeni versiyonunun yürürlüğe girmesi ise, ayrıca âkit tarafların en az dörtte üçü tarafından Prensipten Anlaşması'nın kabul edilmesi veya uygun bulunması şartına bağlıdır³⁶⁰. Enerji Şartı Konferansı'nın Nisan 2023 sonunda

³⁵⁸ Lavranos, N./Lath, A./Varma, R.: "The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States", SchiedsVZ, 1/2023, s. 38-46.

³⁵⁹ EŞA m. 36: "Aşağıda belirtilen hususlarla ilgili olarak, Şart Konferansınca kararlaştırılacak Konferans toplantısında hazır bulunan ve oylamaya katılan Antlaşma taraflarının oybirliği ile karar almaları gerekmektedir.

- (a) Madde 34, 35 ve Ek T'de yapılacak değişiklikler hariç olmak üzere, bu Antlaşmada değişiklikleri kabul etmek;
- (b) 16 Haziran 1995 itibarıyla Şarta taraf olmayan devletlerin veya Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütlerinin, Madde 41 uyarınca, bu Antlaşmaya katılımlarını onaylamak;
- (c) Birleşme anlaşmalarına ilişkin metinlerin müzakeresini uygun görmek ve söz konusu metinleri onaylamak veya kabul etmek;
- (d) Ek EM, NI, G ve B eklerinde yapılan değişiklikleri onaylamak; ve
- (e) Antlaşmanın eklerinde yapılan teknik değişiklikleri onaylamak; ve
- (f) Ek D, paragraf (7) uyarınca, Genel Sekreterce panellerde konuşmacı olarak gösterilen adayları onaylamak.

Antlaşma tarafları, Bu Antlaşma gereği, kararlarını gerektirecek herhangi bir konuda, görüşbirliği ile anlaşmaya varmak için her tür çabayı gösterecektir. Eğer görüşbirliği ile anlaşma sağlanamazsa, paragraf (2) ile (5) arasında yer alan hükümler uygulanacaktır."

³⁶⁰ EŞA m. 42/4: "Antlaşma'ya ilişkin değişikliklerin ratifikasyon, kabul veya onama belgeleri Depozitör tarafından muhafaza edilecektir. Değişiklikler, Antlaşma taraflarının en az dörtte üçünün değişiklikleri onayladıklarını Depozitör'e bildirdikleri tarihten sonraki doksandırı günde, değişiklikleri onaylayan Antlaşma tarafları için yürürlüğe girecektir. Değişiklikler, diğer herhangi bir Antlaşma tarafı içinse, kabul veya onama belgesini sunmasından sonraki doksandırı günde yürürlüğe girecektir."

yapılacak *ad hoc* toplantısında gerçekleştirilmesi planlanan EŞA modernizasyon sürecinin sonucuna ilişkin oylama, yeterli sayıya ulaşamaması nedeniyle süresiz olarak ertelenmiştir³⁶¹. Şu ana kadar ise yeniden yapılacak oylama için yeni bir tarih ilan edilmemiştir. Fakat Enerji Şartı Konferansı'nın Antlaşma metni için önerilen değişiklikleri 2024 yılı içerisinde, duruma göre bir toplantıda veya yazılı bir usulle, kabul edilmek üzere yeniden ele alınması beklenmektedir³⁶².

III. TADİLİN YATIRIMLAR ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ

Modernizasyon sonucunda Antlaşma, fosil yakıtlara yönelik mevcut yatırımları korumaya devam etmektedir. Ancak güncellenen metin, eski versiyondan farklı olarak, sözleşmecî tarafların kendi bölgelerinde fosil yakıtlara yönelik yatırım korumasını hariç tutmasına olanak tanıyacak bir 'esneklik mekanizması' içermektedir. Bu mekanizmayı yalnızca AB ve Birleşik Krallık, Ek XI'deki istisnalar yoluyla tercih etmiştir³⁶³.

Söz konusu esneklik mekanizmasının tercih edilmesiyle birlikte, AB ve Birleşik Krallık açısından, modernizasyonun EŞA âkit taraflarının ¾'ü tarafından onaylanmasının ardından, 15 Ağustos 2023 tarihinden itibaren kömür, yağ, gaz, fosil yakıtlar, hidrojen ve sentetik yakıtlara yönelik yapılan yeni yatırımlar EŞA korumasından yararlanmayacağı doğrultusunda idi.

Söz konusu yakıtlara yönelik olarak yapılmış olan mevcut yatırımlar için ise AB, en geç 31 Aralık 2040 tarihine kadar, Birleşik Krallık ise modernizasyonun

³⁶¹ Eichberger, F.: "ECT Modernisation Perspectives: No Winners: The Long End of the ECT Modernisation Process", Kluwer Arbitration Blog, 8 Mayıs 2023.

³⁶² AB Komisyonu'nun 1 Mart 2024 tarihli Konsey Kararı, s. 10.

³⁶³ Verbeek, B.: "The Modernization of the Energy Charter Treaty: Fulfilled or Broken Promises?", Business and Human Rights Journal, 2023, s. 97-102.

onaylanmasının ardından 10 yıl daha korunmaya devam edeceğini belirtmiştir. Korunmasına bir süre daha devam edilecek enerji santralleri, altyapı ve boru hatlarına yönelik gazla ilgili bazı yatırımlar için istisnalara da yer verilmiştir³⁶⁴.

Bu istisnalar uyarınca, sadece gaz santralleri, petrol santralleri ve hidrojen için kullanılabilecek gaz boru hatlarına yönelik 15 Ağustos 2023'ten önce yapılan mevcut yatırımlara yönelik bir bitiş tarihi belirtilmemiş, böylece bu fosil yakıtların koruma altında kalmaya devam edeceğine karar verilmiştir³⁶⁵.

İlgili santrallere yönelik yeni yatırımlar ise, 15 Ağustos 2023 tarihinden sonra gerçekleştirilenler, Antlaşmanın yeni versiyonunun kabulünden sonra 10 yıl daha koruma altında kalacaktır. Bununla birlikte, bu durumda bir istisna getirilmiş, söz konusu korumanın yalnızca gaz santralleri için 31 Aralık 2030 tarihinde son bulacağı belirtilmiştir³⁶⁶.

³⁶⁴ Modernize edilen Enerji Şartı Antlaşmasının EK NI Bölüm B başlığı altında eklenen madde uyarınca, aşağıda sıralanan Enerji Malzemeleri ve Ürünleri ile faaliyetler, yalnızca EŞA'nın III. Bölümünde yer alan hükümlerle ilişkili olarak Enerji Sektöründe Ekonomik Faaliyet tanımının dışında tutulmuştur. Buna göre;

EŞA EK NI Bölüm B/1(b): "Petrol gazları, Hidrojen de dahil olmak üzere düşük karbonlu gazlar ve diğer gaz halindeki hidrokarbonların güvenli ve sürdürülebilir yenilenebilir ve yenilenebilir enerji gazlarını taşıyabilmesi koşuluyla, bu ekte onaylanan 22 Kasım 2022 tarihli değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan boru hatları aracılığıyla taşınması, iletilmesi, dağıtımı, 22 Kasım 2022'de onaylanan bu ekin B Bölümünde yer alan değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten [on] yıl sonra ancak 31 Aralık 2040'tan daha geç olmamak kaydıyla, "Enerji Sektöründe Ekonomik Faaliyet" tanımının dışında tutulacaktır."

³⁶⁵ EŞA EK NI Bölüm C/1: "Enerji Malzemeleri ve Ürünleri ile ilgili olarak Avrupa Birliği'nde ve bu Antlaşmaya âkit taraf olan üye devletlerde 15 Ağustos 2023 tarihinden önce yapılan Yatırımların yanı sıra bu Ek'in B Bölümünün 1(a) paragrafında listelenen faaliyetlerle ilgili olarak: 22 Kasım 2022'de onaylanan bu ekin C Bölümündeki değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten on yıl sonra, ancak 31 Aralık 2040'tan daha geç olmamak kaydıyla, "Enerji Sektöründe Ekonomik Faaliyet" tanımının dışında tutulacaktır."

³⁶⁶ Prensipte Anlaşması'nın onaylanması halinde farklı ekonomik faaliyetler ve farklı âkit taraflar için etkilerine yönelik tablo için bkz: Saheb, Y.: "Modernisation of the Energy Charter Treaty: Understanding what is at stake and what's next", OpenEXP, s. 5.

Bu noktada belirtmek gerekir ki EŞA tarafları arasında yalnızca Japonya, İsviçre ve Türkiye; AB'den ise Birleşik Krallık yatırımcılara karşı esneklik mekanizmasını karşılıklı olarak uygulamayı tercih etmiştir³⁶⁷.

Modernize edilmiş EŞA aynı zamanda yatırım korumasını çevre kirliliğini önlemek için havadaki karbondioksiti yakalama, kullanım ve depolama, hidrojen, susuz amonyak, biyokütle, biyogaz ve sentetik yakıtlar gibi yeni enerji faaliyetlerine ve yakıtlara kadar genişletmiştir.

Yatırımın korumasına ilişkin bazı temel standartları da açıklığa kavuşturmayı amaçlayan modernizasyon sonucunda 'adil ve hakkaniyete uygun muamele'ye ilişkin gözden geçirilmiş standart, artık bir yatırımcının meşru beklentilerinin gerçekleşmemesi de dâhil olmak üzere bu standardın ihlalinin teşkil edecek belirli tedbirleri sıralayan bir liste sunmaktadır³⁶⁸.

'Dolaylı kamulaştırma'ya ilişkin yenilenen standart; kamu sağlığı, güvenlik ve çevre gibi meşru politika hedeflerini korumak için benimsenen ayrımcı olmayan tedbirlerin dolaylı kamulaştırma teşkil etmeyeceğini öngörmektedir³⁶⁹. Tüm bunlara ek olarak getirilen yeni bir hüküm uyarınca da, sözleşmeciler tarafların bu tür meşru politika hedeflerine ulaşmak için düzenleme yapma hakları yeniden teyit edilmiştir³⁷⁰.

³⁶⁷ Antlaşmanın "Başka Bir Âkit Tarafın Yatırımcısı Tarafından Kendi Bölgelerinde Yapılan Yatırımla İlgili Olarak Kısım III'ü Uygulamayan Âkit Tarafların Listesi" başlıklı EK IA-NI ve "Başka Bir Âkit Tarafın Yatırımcısı Tarafından Kendi Bölgelerinde Enerji Materyalleri ile İlgili Olarak Yapılan Bir Yatırımla İlgili Bir Anlaşmazlığın Uluslararası Tahkime Sunulmasına İzin Vermeyen Âkit Tarafların Listesi" başlıklı EK NPT.

³⁶⁸ EŞA m. 10/2 ile adil ve hakkaniyete uygun muameleyi uygulama yükümlülüğünü ihlal eden tedbirler sıralanmıştır.

³⁶⁹ EŞA m. 13/2-3-4 ile dolaylı kamulaştırma daha detaylı açıklanmıştır.

³⁷⁰ EŞA'ya getirilen yeni madde uyarınca; "Âkit taraflar, iklim değişikliğinin azaltılması ve uyum dahil olmak üzere çevrenin korunması, kamu sağlığının, güvenliğin veya genel ahlakın korunması gibi meşru politika hedeflerine ulaşmak için kendi topraklarında düzenleme yapma hakkını yeniden teyit ederler."

Modernizasyon içerisinde yatırımları ilgilendiren bir diğer önemli husus ise, tartışmalı yatırım uyuşmazlığı çözüm mekanizmasının büyük ölçüde değişmeden kalması, hakemlerim tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin sıkıntılar, hakem kararlarında tutarsızlık veya iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli kılınmaması gibi yaygın olarak kabul edilen sorunları ele alınmadan bırakmasıdır³⁷¹.

Modernizasyon sonucunda Antlaşmaya eklenen yeni bir hüküm ile, yatırımlara yönelik uyuşmazlıklarda AB içi yatırım tahkimi ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu hükmün arkasında, ABAD'ın, bir AB üye devleti ile başka bir AB üye devletinin yatırımcısı arasındaki yatırım anlaşmazlıklarında EŞA'nın uygulanmasının AB hukukuna uygun olmadığı tespit edilen dönüm noktası niteliğindeki *Achmea* kararının etkisi görülmektedir³⁷².

Yukarıda da bahsedildiği üzere, ABAD, *Achmea* kararı ile EŞA ve benzeri yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözümü sisteminin AB hukuku ile uyumlu olmadığını belirtmişti. Bu nedenle söz konusu 'düzenleme hakkı'nın getirilmesi ile tüm sözleşme tarafları, tahkim yargılaması başlamadan önce, EŞA Bölüm III'te tesis edilen yatırımların korunmasına veya EŞA m. 26'da yer alan uyuşmazlık çözümü mekanizmasının belirli yatırımcılara uygulanmasına kendi yatırımları açısından istisna koyabilecektir³⁷³.

Tüm bu değişikliklerin de ortaya koyduğu üzere, daha dar bir yatırımcı ve yatırım grubuna, eski versiyonuna göre daha sınırlı yatırım koruması sağlayan

³⁷¹ Verbeek, s. 101.

³⁷² EŞA m. 24/3: "Daha kesin olarak belirtmek gerekirse, aynı Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütüne üye olan âkit taraflar arasında karşılıklı ilişkilerinde 7, 26, 27, 29. Maddeler uygulanmayacaktır."

³⁷³ Roiger-Simek, K.: "The Modernization of the Energy Charter Treaty: Dead in the Water?", *Austrian Review of International and European Law*, 2021, S. 26, s. 121-146.

modernize edilmiş EŞA yatırımlara yönelik önemli ve farklı etkiler yaratmaktadır. Bu etkileri sıralamak gerekirse;

- Artık sözleşmeciler tarafların, “iklim değişikliğinin hafifletilmesi ve uyum sağlanması” da dâhil olmak üzere, “meşru kamu politikası amaçları doğrultusunda” düzenleme yapma hakları bulunmaktadır. Modernizasyon sonucunda taraflara tanınan söz konusu hak neticesinde, çevre politikası hedefleriyle benimsenen ve ayrımcı olmayan tedbirlere karşı ileri sürülen iddialar, “nadir durumlar” dışında artık tahkime elverişli olmayacaktır.

- Modernize edilmiş EŞA’nın yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükmü uyarınca tahkimin bir AB üye devletinde yer alıp almadığına bakılmaksızın, AB içi anlaşmazlıklara açıkça uygulanmayacaktır.

- Modernizasyon ile getirilen “esneklik mekanizması” kapsamında, âkit taraflar kendi bireysel politika hedeflerine göre kendi bölgelerindeki fosil yakıtlara yönelik yatırımın korumasını aşamalı olarak kaldırabileceklerdir³⁷⁴.

IV. TADİLİN TÜRKİYE’NİN TARAFI OLDUĞU YATIRIMLAR ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ

Enerji Şartı Sekreteryası’nın 6 Ekim 2019 tarihinde yayınladığı 17 Eylül 2019 tarihli Enerji Şartı Konferansı’na ilişkin kararda ülkelerin Antlaşmanın modernizasyonuna dair genel yorumlarına da yer verilmiştir³⁷⁵. Türkiye’nin yorumlarına bakıldığında Türkiye, EŞA’nın uygulanmasına ilişkin geçmiş

³⁷⁴ Sullivan & Cromwell LLP: “Update on Modernization of the Energy Charter Treaty: Vote on Modernized Energy Charter Treaty Postponed Indefinitely as European Commission Formally Recommends Withdrawal of the EU — Key Considerations for Energy Sector Investors”, 19 Temmuz 2023, s. 4-5.

³⁷⁵ Enerji Şartı Sekreteryası’nın yayınladığı 6 Ekim 2019 tarihli karar, s. 2-4.

deneyimlerine ve hem enerji sektöründeki hem de yatırım antlaşmaları hukukundaki güncel gelişmelere dayanarak mevcut EŞA hükümlerinden bazılarının gözden geçirilmesinin zamanının geldiği görüşündedir.

Yukarıda da değinildiği üzere, günümüzde ülkeler ve REIO'lar, hakem heyetleri tarafından verilen geniş yorumların önüne geçmek ve ev sahibi âkit taraflara daha fazla politika alanı sağlamak için hakem heyetlerinin son kararlarının bir sonucu olarak bölgesel ve iki taraflı yatırım anlaşmalarını değiştirmek için reform süreçlerine girmişlerdir. Ayrıca, UNCITRAL, OECD ve ICSID gibi uluslararası kuruluşlar, mevcut sistemin güvenilirliğine ve anlaşmaların dengesiz yapısına ilişkin yaygın şikâyetlerin artmasının ardından yatırım uyuşmazlığı çözümü sisteminin tamamının reforme edilmesine yönelik çalışmalar ve tartışmaları başlatmıştır. Bu bağlamda, Türkiye'nin de tüm bu gelişmeleri yakından takip ettiği ve 80'li ve 90'lı yıllarda imzaladığı İYA'ları, yatırımcıların ve devletin hak ve yükümlülüklerini dengeleyecek şekilde İYA şablonunun revizyonu kapsamında yeniden müzakere etmek gibi gerekli tüm önlemleri aldığı belirtilmiştir.

Buradaki görüşlerinden de anlaşıldığı üzere Türkiye, modernizasyon sürecini desteklemektedir.

Antlaşmanın modernize edilmiş versiyonunun kabul edilmesi halinde, Türkiye'nin ev sahibi ülke olduğu veya kaynak devlet olduğu bir senaryoda, yukarıda bahsedilen tanımlama farklılıkları hariç olmak üzere, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sisteminde büyük bir değişiklik olmayacaktır. Çünkü modernizasyonun uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin getirmiş olduğu değişiklik, AB içi yatırımlar için tahkimi hariç tutan REIO maddesi ile yalnızca AB içi tahkimi

kapsamaktadır. Türkiye'nin ev sahibi devlet veya kaynak devlet olduğu yatırım uyuşmazlıkları bakımından, böyle bir durum söz konusu değildir.

Ayrıca, modernizasyon gerçekleşse bile yeni EŞA içerisinde, eski tip yatırım uyuşmazlıklarının çözümü halen devam etmektedir. Modernizasyon öncesindeki prosedür, Türkiye'nin ev sahibi devlet olduğu veya kaynak devlet olduğu yatırım uyuşmazlıkları için uygulanmaya devam edecektir.

Antlaşmanın yeni versiyonu, geniş bir yatırım tanımı ve geniş maddi koruma hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, bu durum devletleri iklim eylemleri için olağanüstü mali yükümlülöklere maruz bırakmaktadır. Bu durumda, modernize edilmiş EŞA bağlamında, Türkiye'nin tarafı olacağı muhtemel yatırım uyuşmazlıklarında karşılaşacağı mali yük artabilecektir. Daha detaylı bir anlaşma dilinin kullanılması ya da yeni istisnaların ve düzenleme hakkı hükümlerinin yeni EŞA'ya dâhil edilmesinin, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sisteminin söz konusu mali riskini azaltmak bakımından yeterli olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır³⁷⁶.

Yeni Antlaşmada, tüm âkit taraflar için kömür, petrol ve gaz hammaddelerine yönelik olarak, AB ve Birleşik Krallık için ise tüm yeni yatırımlara yönelik olarak koruma kaldırılmış ve yine AB'deki gaz projeleri için önemli istisnalar getirilmiştir³⁷⁷. Bununla beraber, çoğu âkit tarafın yetki alanındaki mevcut fosil yakıt yatırımlarının en az on yıl daha (potansiyel olarak 2040'a kadar) korunması devam edecektir. Bu da AB üyesi olmayan âkit tarafların bu türden mevcut yatırımlar

³⁷⁶ ClientEarth: Arguments in favour of Energy Charter Treaty withdrawal, International Institute for Sustainable Development, Veblen Institute for Economic Reforms, 30 Eylül 2022, s. 2.

³⁷⁷ Modernize edilmiş EŞA EK Nİ: [EM I/EM] Ekinde 27.01-27.15, 2804.10 ve 44.01-44.02 Alt Başlıkları Altında Yer Alan Enerji Maddeleri ve Ürünleri ile Bunlardan Üretilen Elektrik Enerjisinin Yanı Sıra Sentetik Yakıtlar ve "Enerji Sektöründe Ekonomik Faaliyet" Tanımlarının Dışında Tutulan Faaliyetler (Madde 1/5 Uyarınca) içerisinde B Bölümünde söz konusu istisnalara yer verilmiştir.

hakkında iklim politikası tedbirleri almaları halinde, modernize edilmiş Antlaşmanın yürürlüğe girmesinden 10 yıl sonra veya en geç 2040 yılına kadar dava riski altında olmaya devam edecekleri anlamına gelmektedir³⁷⁸. Dolayısıyla modernize edilmiş EŞA bağlamında, Türkiye, Avrupa Yeşil Mutabakatı veya Paris Antlaşması hedeflerine ve AB'nin uluslararası emisyon azaltma taahhütlerine uyum sağlamaya çalışsa bile, EŞA'nın bu uyum hareketlerine yatırım koruma hükümleri kapsamında müdahale etme potansiyeli hala bulunmaktadır.

Yeni EŞA ayrıca biyokütle, biyoyakıtlar ve sentetik yakıtlar dâhil olmak üzere tartışmalı enerji kaynaklarına yapılan yatırımları da koruma kapsamına almaktadır³⁷⁹. Bu durum, âkit taraf olan Türkiye için yine EŞA kapsamındaki dava risklerini arttırmakta ve dolayısıyla gelecekteki enerji politikası için gereken esnekliği ortadan kaldırmaktadır.

³⁷⁸ Modernize edilmiş EŞA EK NI: [EM I/EM] Ekinde 27.01-27.15, 2804.10 ve 44.01-44.02 Alt Başlıkları Altında Yer Alan Enerji Maddeleri ve Ürünleri ile Bunlardan Üretilen Elektrik Enerjisinin Yanı Sıra Sentetik Yakıtlar ve “Enerji Sektöründe Ekonomik Faaliyet” Tanımlarının Dışında Tutulan Faaliyetler (Madde 1/5 Uyarınca) içerisinde C Bölümünde söz konusu kısıtlamalar düzenlenmiştir.

³⁷⁹ Modernize edilmiş EŞA EK EM I: Enerji Malzemeleri Ürünleri (Madde 1/4 Uyarınca) içerisinde “diğer enerjiler” başlığı altında söz konusu enerji kaynaklarına yer verilmiştir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAŞANAN GELİŞMELERİN YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE DEVLETLER ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ

Avrupa Komisyonu'nun Antlaşmanın modernizasyonu sürecine karşı tutumu başta olumlu iken; Almanya, İspanya, Hollanda ve Fransa'nın modernize edilmiş EŞA'yı onaylama önerisine karşı çekimser kalmasının da etkisiyle Komisyon, üye devletler arasında gerekli çoğunluğun sağlanamadığını belirterek söz konusu önerisini geri çekmiş ve tutumunu değiştirmiştir. Ardından modernizasyon sürecine karşı bu olumsuz tutum daha da belirginleşmiş ve Komisyon tarafından, AB'nin modernize edilmemiş EŞA'dan koordineli bir şekilde çekilmesi seçeneği üye devletlere yöneltilmiştir.

Bu öneriye rağmen Komisyon, 1 Mart 2024 tarihinde yayınladığı Konsey Kararı ile üye devletlerin 2024 yılı içerisinde EŞA'nın modernizasyonuna ilişkin karar alma önerisini yeniden gündeme getireceği tahmin edilen Enerji Şartı Konferansı'nda, EŞA'da önerilen değişikliklerin kabul edilmesini engellemeyecek bir tutum sergilemelerini önermiştir³⁸⁰.

Burada dikkat çekmek gerekir ki, EŞA m. 36 gereğince, modernizasyon kararı için gereken oybirliği yalnızca Enerji Şartı Konferansı'nda hazır bulunan ve oy kullanan taraflar için aranmakta ve EŞA'nın modernize edilmiş versiyonunun

³⁸⁰ AB Komisyonu'nun 1 Mart 2024 tarihli Konsey Kararı, s. 5.

yürürlüğe girmesi kuralı olan dörtte üç çoğunlukla onayını gerektiren kural ise sadece EŞA'da kalan taraflar için geçerli olmaktadır.

Antlaşmadan ayrılma kararı alan üye devletlerin de, söz konusu kararlarının Depozitör'e ulaşmasından 1 yıl sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle, Antlaşmaya taraf olarak kabul edilip bir sonraki Enerji Şartı Konferansı'nda yer alma ihtimali göz önüne alındığında, Komisyon'un bu kararı modernizasyon süreci için rahatlatıcı bir etki yaratmıştır. Böylece devletlerin, Antlaşmadan ayrılma kararı alsalar da, Antlaşmada değişiklik yaratacak modernizasyon kararı için gerekli olan oybirliğini sağlama konusunda iş birlikçi yaklaşacakları tahmin edilmektedir.

Yine de bu durumda iki senaryonun değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk senaryo, Komisyon'un önerdiği tutumun Parlamento ve üye devletler tarafından kabul edilmesi ve Antlaşmanın modernizasyonu için gereken oybirliğinin sağlanmasıdır. İkinci senaryo ise, bu tutumun hiçbir şekilde kabul edilmemesi ve AB üye devletlerinin ve Euratom'un oylamaya katılmaması sonucunda modernizasyon için oylama yeter sayısının sağlanamaması ve böylece modernizasyon paketinin kabul edilmemesi olacaktır.

Bu nedenle aşağıdaki başlıklar içerisinde söz konusu gelişmelerin devam eden ve yeni ortaya çıkan uyuşmazlıklar üzerindeki etkisi incelenirken her iki senaryo da değerlendirilecektir.

A. Devam Eden Uyuşmazlıkların Çözümü

Birçok çekilme talebine rağmen EŞA şu anda mevcut şartlarıyla birlikte yürürlükte olduğundan son gelişmelerin doğrudan etkileri, yatırımcılar ve diğer ihtilafli taraflar açısından oldukça sınırlıdır. Çekilme niyetinde olduğunu belirten

üye devletlerle ilgili olarak bile, bu tür bir çekilme, çekilme bildiriminden yalnızca 12 ay sonra geçerli olacak ve yatırımcılar, mevcut yatırımlarına ilişkin olarak Antlaşmanın gün batımı hükmü nedeniyle 20 yıllık bir süre boyunca tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır³⁸¹.

Uygulamaya geçilemese bile Avrupa Komisyonu'nun Antlaşmanın modernizasyonuna ilişkin hazırlamış olduğu reform teklifi, fosil yakıtlara yapılacak gelecekteki yatırımların EŞA kapsamında korumasını önemli ölçüde azaltabilecek olsa da, mevcut yatırımların korunmasını etkilememektedir. AB'nin önerisi, modernize edilmiş EŞA'nın yürürlüğe girmesinden önce fosil yakıtlara yapılan yatırımların, EŞA'nın yürürlüğe girmesinden veya değişikliklerin geçici olarak uygulanmasından sonra 10 yıl daha korunmasına olanak tanıyacak şekilde tasarlanmıştı.

Bununla beraber, bu modernizasyon sürecinin olumlu sonuçlanamaması nedeniyle, söz konusu teklif şimdiye kadar uygulanamamış ve şu anki tabloya bakıldığında, daha önce meydana gelmiş olan yatırım uyumsuzluklarına, modernize edilmiş EŞA yürürlüğe girene kadar, Antlaşmanın eski versiyonunun uygulanmaya devam edeceği kesinleşmiştir.

Böylece AB'nin çekilme kararı ile, prensip olarak, EŞA'nın 47/3 maddesindeki 20 yıllık sona erme hükmü uygulanmaya devam edecektir. Bu durumda da muhtemelen fosil yakıt endüstrilerinin tarafı olduğu çok sayıda ek anlaşmazlık Antlaşmanın uyumsuzluk çözümü olarak öne sürdüğü tahkim yargılamasında çözülecektir³⁸².

³⁸¹ Van Bael & Bellis: "Modernisation of the ECT: Championed by the EU, Derailed by Member States", 13 Aralık 2022.

³⁸² Eckes/Ankersmit, s. 52.

AB üye devletleri arasındaki yatırım uyuşmazlıkları ise doktrinde ve hakem kararlarında ayrıma neden olmuş, böylece diğer yatırım uyuşmazlıklarından farklı değerlendirilmiştir. 2 Eylül 2021 tarihli *Komstroy* kararında belirtildiği üzere EŞA m. 26'da yer alan yatırım uyuşmazlıklarına yönelik tahkim şartı AB içi yatırım anlaşmazlıkları için geçerli değildir³⁸³.

Kararın kendisi AB üyesi olmayan iki tarafı (Moldova ve Ukraynalı şirket *Komstroy LLC*) ilgilendiren bir davadan doğmuş olsa da, ABAD, AB hukukunun bir parçası olan EŞA'yı yorumlama yetkisini doğrulamış ve bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“Uluslararası bir anlaşmanın bir hükmünün hem AB hukukunun kapsamına giren hem de bu hukukun kapsamına girmeyen durumlarda uygulanabildiği hallerde, gelecekteki yorum farklılıklarını önlemek amacıyla bu durumun Avrupa Birliği'nin çıkarına olduğu açıktır. Bu hüküm, hangi koşullar altında uygulanırsa uygulansın aynı şekilde yorumlanmalıdır.”*³⁸⁴

Avrupa Komisyonu'nun bu konudaki tutumuna bakıldığında, AB içi uyuşmazlıkların AB hukukuna dâhil olduğu, AB yargı sistemi dışındaki bir makam tarafından incelenmemesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır³⁸⁵.

Komisyon, AB'nin Antlaşmadan çekilmesinin sonuçlarını değerlendirirken EŞA'da yer alan gün batımı maddesini de göz önünde bulundurduğunu fakat bu hükmün AB içi ilişkilerde geçerli olmayacağını, zira AB içinde EŞA'nın hiçbir

³⁸³ Woods, L./ Freelove, S.: “Intra-EU Disputes Under the ECT. What Next?”, Vinson&Elkins LLP, 8 Eylül 2021.

³⁸⁴ *Komstroy* kararı, para. 29.

³⁸⁵ AB Komisyonu'nun sınır ötesi AB yatırımlarının korunmasına ilişkin yayınladığı soru ve cevap rehberi için bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/MEMO_18_4529, (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

zaman uygulanmadığını ve uygulanmayacağını belirten tutumunu ortaya koymuştur³⁸⁶.

Yukarıda incelenen *Achmea* kararında da bu tutum benimsenmiş, 6 Mart 2018 tarihli kararında ABAD, Komisyon'un, üye devletler arasında imzalanan bir anlaşmada yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunun AB hukuku ile uyumlu olmadığı yönündeki görüşünü doğrulamıştır. İlgili kararda, Antlaşmada yer alan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü mekanizmasının, AB içi bağlamda uygulandığında, bu tür uyuşmazlıkların çözümü için AB Anlaşmalarında öngörülen çözüm yolları sistemini baltaladığı belirtilmiştir³⁸⁷.

Achmea kararı aynı zamanda AB üye devletleri arasındaki EŞA'nın uygulanmasıyla da ilgilidir. Komisyon'un görüşüne göre, Antlaşma AB yatırımcıları ile AB üye devletleri arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir temel olarak kullanılamaz³⁸⁸.

Tüm bu nedenlerle, AB hukukunun özerkliğine ve üye devletler arasındaki karşılıklı güven ilkesine yönelik bir tehdit oluşturduğu kabul edilen EŞA'nın hukuki kesinliğin sağlanması için hukuken feshedilmesi gerektiği Komisyon tarafından bildirilmiştir.

Sonuç olarak, dönüm noktası niteliğindeki bu kararlar ışığında, EŞA kapsamındaki AB içi anlaşmazlıkların artık yatırım tahkiminde takip edilmemesi gerektiği öne sürülse de, uluslararası kamu hukukuna dayanılarak açılan davalarda, Avrupa Komisyonu'nun AB içi uyuşmazlıklarla ilgili olarak yargı yetkisine ilişkin

³⁸⁶ Lawn, N./Martin, I.: "The End Is Near: The European Commission's Proposed Coordinated Withdrawal from the ECT", Kluwer Arbitration Blog, 24 Temmuz 2023.

³⁸⁷ *Achmea* kararı, para. 39.

³⁸⁸ AB Komisyonu'nun sınır ötesi AB yatırımlarının korunmasına ilişkin 19 Temmuz 2019 tarihinde yayınladığı rehber için bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_4529 (Erişim Tarihi: 24.04.2024).

görüşüne rağmen, AB üye devletlerinin hâlâ uluslararası hukuk kapsamındaki daha geniş yükümlülüklerine bağlı kaldıkları yönünde yerleşik bir eğilim bulunmaktadır³⁸⁹.

Bu eğilimi azaltmak için Komisyon, AB ve üye devletleri tarafından Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3(a) maddesi uyarınca Antlaşmanın yorumlanması veya hükümlerinin uygulanmasına ilişkin taraflar arasında müteakip bir anlaşmanın kabul edilmesini önermektedir. Bu madde kapsamında bir anlaşmanın yorumlanmasına ilişkin müteakip bir anlaşma, o anlaşmanın tüm taraflarınca kabul edilmelidir. Bu nedenle, yalnızca AB üye devletlerinin değil, EŞA'nın tüm âkit taraflarının onayı aranmaktadır.

Her halükârda, Komisyon tarafından önerilen bu çözüm bile İngiltere, Türkiye, İsviçre veya Japonya gibi AB dışındaki âkit taraflardan yatırımcıların AB ve üye devletlerine karşı gün batımı maddesinin kapsadığı 20 yıllık süre içerisinde dava açmalarını engellemeyecektir. Bu durumdan kaçınmak için Komisyon tarafından AB dışı âkit taraflarla başka bir anlaşma yapılması önerisi sunulmuş olsa da, AB üyesi olmayan hiçbir âkit tarafın böyle bir çözüme açık olduğu da belirtilmemiştir³⁹⁰.

Tüm bu bilgiler ışığında kanaatimizce hem doktrinde hem Antlaşma ile yetkilendirilen tahkim mahkemeleri bakımından iki görüş ortaya çıkmaktadır. İlki Avrupa Komisyonu'nun da belirttiği ve savunduğu üzere, AB'deki enerji

³⁸⁹ Woods/Freelove, s.1.

³⁹⁰ AB Komisyonu'nun halka açıklanmamış/yayınlanmamış anlaşması, AB ve Euratom'ın EŞA'nın modernizasyonuna ilişkin pozisyonlarının bulunmaması ve 22 Kasım 2022 tarihli Enerji Şartı Konferansı'nın sonuçları ışığında, AB, Euratom ve üye devletlerin EŞA üyelikleri ile ilgili olarak kullanabilecekleri olası seçenekler konusunda üye devletlerle yapılacak bir tartışmaya rehberlik etmek adına yayınlanmıştır. İlgili anlaşma için bkz. https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2023/02/Non-paper_ECT_nextsteps.pdf (Erişim Tarihi: 03.04.2024).

yatırımlarının çoğunun AB içi yatırımlardan oluştuğu ve hiçbir zaman EŞA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerinin kapsamına girmedikleri; ikincisi ise, mahkemelerin, AB içi yatırım uyuşmazlıkları üzerinde EŞA kapsamında yargı yetkilerinin bulunduğu ve ilgili Antlaşmanın uygulanabileceği yönündedir.

Bu görüşler ışığında ikiye bölünen kararlardan ilki Haziran 2022'de verilen *Green Power v İspanya* kararıdır³⁹¹. Söz konusu kararda, Stokholm Ticaret Odası Kuralları uyarınca oluşturulan ve tahkim yeri Stockholm olarak belirlenen bir hakem heyeti, tahkim şartının AB hukuku ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle AB içi bir uyuşmazlıkta yargı yetkisini reddeden ilk hakem heyeti olmuştur. AB içi kararları iptal etmeye ve uygulamayı reddetmeye devam eden diğer AB yerel mahkemeleri de bu görüşü sürdürmüştür³⁹².

Tam tersi görüşü benimseyen tahkim mahkemeleri de bulunmaktadır. Örneğin *Vattenfall v Almanya* davasında mahkeme, ICSID Sözleşmesi m. 42/1 gibi EŞA m. 26'nın yalnızca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukla ilgili olduğuna ve söz konusu hükümdeki hiçbir ifadenin AB içi uyuşmazlıkları hükmün kapsamı dışında bırakmadığına karar vermiştir. Mahkeme, AB hukukunun yargı yetkisini belirlemek amacıyla uygulanabilir olduğunu varsaysa bile, ABAD'ın *Achmea* kararındaki gerekçesi, AB'nin yanı sıra tüm üye devletlerin taraf olduğu, EŞA gibi bir anlaşma kapsamında AB içi tahkime uygulanabilir olduğunu düşünmediğini de belirtmekteydi³⁹³. Aynı görüşü savunan diğer mahkemeler gibi *Vattenfall* davasında

³⁹¹ *Green Power K/S and Obton A/S v İspanya*, SCC Case No. V 2016/135.

³⁹² 14 Temmuz 2022'de Lüksemburg Yargıtay'ı, *Achmea* ve benzerleri uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına hükmederek *Micula v Romanya* davasındaki tenfiz talebini reddetmiştir. 1 Eylül 2022 tarihinde ise, Köln Yüksek Bölge Mahkemesi, Alman davacılar tarafından başlatılan bir çift ICSID tahkiminin Alman ve AB hukuku uyarınca kabul edilemez olduğunu ilan etmiştir. Bu kararlar, AB ve AB üye devletlerinin AB içi tahkimi sınırlandırmaya yönelik daha geniş çaplı çabalarının arka planında ortaya çıkmaktadır.

³⁹³ *Vattenfall AB and others v Almanya*, ICSID Case No. ARB/12/12.

da EŞA m. 26 ile ABİHA m. 267 ve 344 arasında herhangi bir çatışma olduğunu reddetmekte, ancak böyle bir çatışma olsaydı bile AB hukukunun EŞA'ya üstün gelmeyeceği kabul edilmiştir.

Özetle ABAD'm, AB içi yatırım uyumsuzluklarını ayırıştırıcı tutumuna rağmen yerel mahkemelerin farklı görüşleri benimsediği ve bu hususta AB içi yatırım uyumsuzluklarına ilişkin açıklık getirmesinden dolayı modernize edilmiş EŞA yürürlüğe girmedikçe, yeknesaklık sağlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

B. Yeni Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü

Avrupa Parlamentosu'nun 23 Kasım 2022 tarihinde yayınladığı Ortak Karar Önergesi'nde belirtildiği üzere³⁹⁴, EŞA'nın başlangıçtaki amacı enerji yatırımlarının korunması ve ticaret ve transit alanlarında Doğu-Batı politikaları iş birliği için zemin hazırlamak iken Antlaşmanın yatırımın korunmasına ilişkin hükümleri 1990'lardan bu yana güncellenmemiştir. Böylece, EŞA AB'nin yatırım politikasına ilişkin reform yaklaşımıyla belirlenen yeni standartlara kıyasla güncelliğini yitirmiştir. Öte yandan iklim değişikliğinin azaltılması ve fosil yakıt yatırımlarının aşamalı olarak durdurulması aciliyeti 2018 yılına kadar entegre edilmeye çalışılmamıştır³⁹⁵.

2018 yılındaki çalışmalar 2022 yılına kadar devam etmiş ve 24 Haziran 2022 tarihinde prensip olarak anlaşmaya varılmışken; Antlaşmada yapılan değişiklikler arasında EŞA'nın yatırım koruma standartlarında değişiklikler ve ülkelerin çevre

³⁹⁴ 23 Kasım 2022 tarihli Avrupa Parlamentosu'nun Ortak Karar Önergesi için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2022-0498_EN.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

³⁹⁵ Avrupa Parlamentosu Ortak Karar Önergesi, s. 5.

koruma veya iklim değışikliğı gibi nedenlerle düzenleyici eylemde bulunma talepleri kırılma yaratmıştır³⁹⁶.

Yukarıda da bahsedildiğı üzere, söz konusu kırılmalara ek olarak, nihai anlaşmanın taslak metni yayınlansa da yasal metnin resmi olarak yayınlanmaması sonucunda istenilen şeffaflık düzeyinin karşılanmadığından AB, EŞA'dan ayrılma kararını açıklamıştır.

AB Antlaşmadan çekilse de EŞA'ya taraf olan üye devletlerin oy hakkı devam etmektedir³⁹⁷. Buna rağmen modernizasyonun kabulü için gereken nitelikli çoğunluk Kasım 2022'de gerçekleştirilen Enerji Şartı Konferansında sağlanamamıştır. Bazı AB üye devletlerinin AB'den bağımsız olarak Antlaşmadan çekilme niyetlerini açıklamalarıyla birlikte, Avrupa içindeki gerekli destek olmadan modernizasyonun kabul edilmesi de pek olası görünmemektedir³⁹⁸.

Buna rağmen yine de AB Komisyonu'nun Parlamento'ya sunduğı son önerge uyarınca, Kasım ayında yapılması planlanan EŞA Konferansında, Antlaşmanın modernize edilmesini destekleyen üye devletlere, istedikleri takdirde Antlaşmanın tarafı olarak kalmaya devam etme hakkı tanınacaktır³⁹⁹. Ancak bu seçenek, AB üye devletlerine otomatik olarak EŞA'nın bir parçası olarak kalma izni vermek yerine, AB'den izin alınması şartını içermektedir. Ayrıca bu seçeneğın gerçekleşebilmesi için öncelikle Komisyon'un sunduğı önergenin Parlamento'dan geçmesi gerekmektedir.

³⁹⁶ Avrupa Parlamentosu Ortak Karar Önergesi, s. 6.

³⁹⁷ Avrupa Parlamentosu Ortak Karar Önergesi, s. 8.

³⁹⁸ Georgiou, N. A.: "A Modernised ECT Reflecting EU Values and Objectives: A Multilateral Framework Promoting Energy Investment in a Sustainable Way?", UCL Press, Europe and the World, 26 Temmuz 2023, s. 15.

³⁹⁹ 1 Mart 2024 tarihinde yayınlanan Enerji Şartı Konferansında Avrupa Birliğı adına alınacak pozisyona ilişkin Konsey Kararına yönelik Önerge için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024PC0104&qid=1712567807208> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

Başlangıçta Komisyon tüm üye devletlerin otomatik olarak Antlaşmadan ayrılmasını desteklese de, güncellenen önerge ile üye devletlerin isterlerse Antlaşmada kalmalarına izin verileceği belirtilmiştir.

Bu durumda birinci senaryodaki gibi, EŞA modernize edilirse, Komisyon, isteyen üye devletlerin revize edilmiş EŞA’da kalmaları için bir çözüm üzerinde çalışacağını ifade etse de henüz bu seçeneğin ayrıntıları belirlenmemiştir⁴⁰⁰.

Fakat ikinci senaryo gerçekleşirse, çekilme bildiriminin yürürlüğe girmesi için tanınan bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra, EŞA âkit taraflarının AB’deki yeni yatırımları Antlaşma kapsamında korunmayacaktır⁴⁰¹.

Esasen tüm bu gelişmelerin başında AB, üye devletlerde yer alan fosil yakıt yatırımcılarının fosil yakıtları aşamalı olarak ortadan kaldırmaya yönelik politikalar izlemesini destekleyerek âkit taraflara söz konusu yatırımcılara karşı dava açmalarının derhal yasaklanması gerektiğini belirtmiş, ayrıca yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin sistemin kaldırılması ve üye devletlerinin ilgili sistemi içeren yatırım koruma anlaşmalarını imzalamaması veya onaylamaması yönündeki görüşlerini aktarmıştır⁴⁰².

Ortak Karar Önergesi’nin en kırılgan kısmı ise, yeni ortaya çıkan uyuşmazlıkların nerede çözüleceğine işaret etmesidir. Parlamento’ya göre Avrupa Birliği Komisyonu’nun Mart 2018’de Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi (*Multilateral Investment Court*, ‘MIC’) kurmak üzere görevlendirilmesi ile birlikte kuruluş için çalışmaları başlatılan MIC, taraf ülkelerin EŞA da dâhil olmak üzere devam eden ve

⁴⁰⁰ Gyapong, O.: “Commission presents parliament with Energy Charter Treaty exit plan”, Euractiv, 21 Mart 2024, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/commission-presents-parliament-with-energy-charter-treaty-exit-plan/> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

⁴⁰¹ AB Komisyonu’nun yayınlanmamış anlaşması, s. 7.

⁴⁰² Avrupa Parlamentosu Ortak Karar Önergesi, s. 9.

yeni ortaya çıkacak olan tüm ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarından doğan yatırım uyuşmazlıklarının görüleceği bir sistemdir⁴⁰³.

Parlamento'ya göre EŞA'ya taraf üye devletlerinin uluslararası yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde yetkili organ haline gelebilecek MIC'in kurulması halinde, devam eden ve yeni ortaya çıkan tüm ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına söz konusu yeni sistem uygulanacaktır⁴⁰⁴.

MIC'in EŞA'da yer alan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sisteminden farkı ise demokratik ilkelere ve denetime tâbi bir sistem olmasıdır. UNCITRAL'ın yayınladığı raporlara göre yeni sistem, kamuya açık duruşmalarda, yatırımcıların katılımı olmaksızın devletler tarafından atanmış, bağımsız, profesyonel hakimler tarafından davaların şeffaf bir şekilde ele alınmasını sağlayacaktır. Raporda ayrıca yeni sistemin ilk derece mahkemesinin yanında bir temyiz mekanizması içermesi, özel bir Sekreteryaya sahip olması ve yargı kararlarının tutarlılığını sağlanması talep edilmektedir⁴⁰⁵.

AB üye devletleri tarafından akdedilen 1400'den fazla anlaşma da dâhil olmak üzere mevcut 3200'den fazla yatırım anlaşmasının çoğu AB'nin son yatırım müzakerelerinde geliştirdiği yenilikleri ve iyileştirmeleri içermemektedir. Bu nedenle AB için MIC, AB ticaret ve yatırım anlaşmalarında yer alan iki taraflı yatırım mahkemesi sistemlerinin yerini alacak bir sistem olarak tasarlanmıştır⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Avrupa Parlamentosu Ortak Karar Önergesi, s. 9.

⁴⁰⁴ Avrupa Parlamentosu Ortak Karar Önergesi, s. 12.

⁴⁰⁵ European Parliament: Multilateral and Plurilateral Trade Agreements Within and Outside the WTO Framework, Legislative Train, 20 Şubat 2024, s. 3.

⁴⁰⁶ European Commission: Multilateral Investment Court Project, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

Mart 2021’de UNCITRAL Sekreterya’sının yayınladığı bir çalışma takviminde⁴⁰⁷ çok taraflı daimî bir yatırım mahkemesinin kurulmasının 2023 ve 2024 yıllarında gerçekleşeceğine yer verilse de UNCITRAL’in bu konuya ilişkin son yorumlarına bakıldığında, MIC gibi çok taraflı yatırım mahkemesi iin bir protokol içeren çok taraflı bir ereve sözleşmenin 2026 yılında tamamlanacağı öne sürölmüřtür⁴⁰⁸.

Söz konusu yatırım mahkemesi kabul edilene ve faaliyete geçene kadar tekrar değinilmelidir ki modernize edilmiş metnin halihazırda kabul edilmemesinden dolayı yürürlükte olan mevcut çekilme veya gün batımı kuralı kapsamında, mevcut yatırımlar, modernize edilmiş taslak metindeki 10 yıllık sürenin aksine, bir âkit devletin çekilmesinden sonra 20 yıl boyunca yasal korumadan yararlanacaktır⁴⁰⁹. Örneğin, *Rockhopper davasında*⁴¹⁰, İtalyan hükümetinin politika değişikliğine dayanarak açık deniz petrol sahasında sondaj yapılmasını yasaklanması’nın ardından, İtalya’nın Antlaşmadan çekilmesine rağmen, ilgili devlete EşA kurallarına atıfta bulunularak dava açılmış ve dava İngiliz-İtalyan petrol ve gaz şirketi *Rockhopper*’a 190 milyon Euro ödenmesi yönündeki tazminat kararıyla sonuçlanmıştır.

İlgili karar sonrasında EşA, kârlarını etkileyen iklim koruma önlemlerini öne sürerek ölkelere dava açma konusunda verdiği tartışmalı yetkiler nedeniyle geniş

⁴⁰⁷ UNCITRAL Sekreterya’sının 4-5 Mayıs 2021 tarihinde yayınladığı yatırımcı devlet uyuşmazlık çözümü reformunun uygulanmasına yönelik çalışma planı için bkz. <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/v21/016/72/pdf/v2101672.pdf?token=pCOZyMUeXVnb4wfVBp&fe=true#page=3> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

⁴⁰⁸ Sanderson, C.: “Zero Legitimacy”: Investment Court Under Fire ar ICCA, Global Arbitration Review, 26 Eylül 2022, <https://globalarbitrationreview.com/article/zero-legitimacy-investment-court-under-fire-icca> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

⁴⁰⁹ Stebbing, H./Furse, I.: “Sunset on the ECT’s modernisation?”, Norton Rose Fulbright, Ocak 2023, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-in/knowledge/publications/4314b262/sunset-on-the-ects-modernisation> (Erişim Tarihi: 18.03.2024).

⁴¹⁰ *Rockhopper Italia S.P.A., Rockhopper Mediterraenean LTD, and Rockhopper Exploration PLC v İtalya*, ICSID Case No. ARB/17/14.

çapta eleştirilmektedir⁴¹¹. Fakat kararın asıl dikkat çeken noktası davalı olarak yer alan İtalyan Hükümeti'nin 1 Ocak 2016 itibariyle Antlaşmadan çekilmiş olmasının, Antlaşmanın hükümlerinden, en azından bir süreliğine, muaf tutulacağı anlamına gelmeyeceğinin ifade edilmesidir. EŞA'nın 47. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Antlaşmanın hükümleri, bir âkit tarafın Antlaşmadan çekildiği tarihten itibaren 20 yıl süreyle, diğer âkit tarafların yatırımcıları tarafından o âkit tarafın bölgesinde veya o âkit tarafın yatırımcıları tarafından diğer âkit tarafların bölgesinde yapılan yatırımlara uygulanmaya devam edecektir. Böylece *Rockhopper* davasında da, EŞA'nın, İtalya için 1 Ocak 2036 tarihine kadar uygulanmaya devam edileceği belirtilmiştir⁴¹².

Sonuç olarak, ancak çekilmenin yürürlüğe girmesinden 20 yıl sonra her halükârda mevcut yatırımların, 1 yıl sonrasında ise yeni yatırımların EŞA altında korunmasına son verilecektir. Fakat şu an için, MIC'in oluşumuna ilişkin çalışmalara devam edildiği bu süreçte, Antlaşmanın modernizasyon süreci de askıya alındığından eski versiyonuyla uygulanmaya devam edecek olan EŞA uyarınca, AB'nin Antlaşmadan ayrılma kararını içeren bildirinin Sekreterliğe sunulmasından bir yıl sonra başlayacak olan önümüzdeki 20 yıl içerisinde, mevcut yatırımlar EŞA'nın koruması altında olmaya devam ederken, yeni yatırımlar kararın Sekreterliğe sunulmasından bir yıl geçtikten sonra EŞA hükümlerine tâbi olmayacaktır.

⁴¹¹ O'Connor, J./Maarfield, C./Underhill, D.: "Outrage as Italy ordered to pay out millions to oil investor over Energy Charter Treaty", Climate Action Network.

⁴¹² *Rockhopper v İtalya* kararı, para. 140.

II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLET YATIRIMCILARI İLE ÜÇÜNCÜ DEVLETLER ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ

A. Genel Olarak

Modernizasyon süreci devam ederken AB üye devletlerinin Antlaşmadan teker teker ayrılmaları sonucunda ikinci senaryodan devam ettiğimizde, Antlaşmanın eski versiyonu ile yürürlükte kalmaya devam ettiği durumda, EŞA'nın gün batımı hükmü uygulanmaya devam edecek ve bu hüküm, Antlaşmadan çıkmaya karar verseler de, herhangi bir âkit taraf yatırımcısı ile olası bir yatırım uyuşmazlığı tarafı olabilecek AB üye devletleri için 20 yıl boyunca geçerli olacaktır. Esasen, AB üye devletlerinin Antlaşmadan ayrılma kararları sadece AB ve bu kararı alan üye devletler arasında etkili olmakta, sözleşmede kalmaya devam eden tarafların hak ve yükümlülüklerini etkilememektedir⁴¹³.

Bu nedenle öncelikle, Antlaşmaya göre bir âkit taraf ile üçüncü bir taraf arasındaki farka değinmek gerekecektir. Âkit taraf, EŞA'yı imzalamış ve onaylamış bir devlettir. EŞA'nın amaçları doğrultusunda, üçüncü bir devlet Antlaşmanın 26. maddesinin kapsamı dışında kalan bir devlettir: çünkü üçüncü taraf ne bir âkit taraf ne de bir âkit taraf devleti mensubu yatırımcıdır.

Bu hususta EŞA kapsamında bir tahkim yargılaması başlatılabilesinin istisnası ancak, EŞA'yı imzalamamış bir devletin kanunlarına göre kurulmuş bir şirketin, bir âkit tarafın yatırımcısı tarafından kontrol edilmesi durumudur.

⁴¹³ Tokas, M.: "The Graduate: The EU and its Member States' Exit from the Energy Charter Treaty", Harvard International Law Journal, 15 Mart 2024.

Bu noktada “üçüncü taraf” kavramını AB’nin ele aldığı şekilde yalnızca AB üyeliği kıstasına göre değil, EŞA tarafı olup olmaması kıstasına göre ele almak gerekecektir. Üçüncü tarafların EŞA hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı ayrı bir başlık altında aşağıda ele alınacaktır. Bu bölümde ise AB’nin üçüncü taraf devletlerle EŞA’dan ayrı bir yatırım anlaşması düzenleyip düzenleyemeyeceğine yönelik ve bu anlaşmalarda EŞA içerisindeki gibi yatırımın korunmasına dair hükümlerin yer alıp alamayacağı hususundaki görüşlerine yer verilmiştir.

Söz konusu görüşleri dikkate alan ABAD, *Achmea* kararının AB içindeki tahkim prosedürü üzerindeki çarpıcı etkisinden sonra AB hukuk düzeninin özerkliğine ilişkin soruları yanıtlamak adına yayınlanan 1/17 sayılı Görüş’ü⁴¹⁴ ile, bu etkiyi, AB’nin üçüncü ülkelerle yatırım anlaşmaları yapmasını etkileyecek bir boyuta taşımıştır⁴¹⁵.

Söz konusu Görüş’te Mahkemeden, üçüncü bir taraf olan Kanada ile AB arasında imzalanan Kapsamlı Ekonomi ve Ticaret Anlaşması (CETA)⁴¹⁶ ile AB Antlaşmaları arasındaki uyumluluğa karar vermesi talep edilmiştir.

ABAD’ın *Achmea* davasında, AB içi ikili yatırım anlaşmalarının yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümlerinin AB hukukunun özerkliği ilkesiyle uyumsuz olduğu yönündeki kararı, Mahkemenin AB üyesi olmayan ülkelerle yapılan yatırım anlaşmaları kapsamında sağlanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü

⁴¹⁴ Opinion 1/17 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2019:341, 30 April 2019 (1/17 Sayılı Mahkeme Görüşü).

⁴¹⁵ Gatti, M.: “Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?”, European Papers, 2019, C. 4, S. 1, s. 109-121.

⁴¹⁶ Gayri resmi ismi Kanada-Avrupa Ticaret Anlaşması’dır. Kanada ve AB ülkeleri arasında bir serbest ticaret anlaşması olarak 30 Ekim 2016 tarihinde Brüksel’de imzalanmış, 21 Eylül 2017 tarihinde ise geçici uygulamasına başlanmıştır. İlgili Anlaşma hakkında detaylı bilgi için bkz. https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en, (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

mekanizmalarına karşı benzer bir argüman çizgisini takip edip etmeyeceği konusunda yaygın spekülasyonlara yol açmıştır⁴¹⁷.

Söz konusu spekülasyonlar sonucu Mahkemeye götürülen iddialar, *Achmea* kararındaki kıstaslar göz önüne alınırsa, öncelikle, bu karara göre iki üye devlet arasındaki bir anlaşmayla (Slovakya ve Hollanda arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması) oluşturulan bir mahkeme AB yargı sisteminin bir parçası sayılmadığından, AB ile üçüncü bir devlet arasındaki bir anlaşmayla (CETA) oluşturulan bir mahkemenin de bu sistemin bir parçası olmasının mümkün görülmemesine dayanıyordu⁴¹⁸.

Yukarıda açıklandığı üzere *Achmea* kararında belirlenen en önemli koşulun, hakem mahkemesinin “AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili” uyuşmazlıkları çözmemesi gerektiğine ilişkin olduğu öne sürülmüştür⁴¹⁹.

Bu hususta CETA maddeleri incelendiğinde Mahkeme’nin, “...*bir Tarafın iç hukuku kapsamında, bu Anlaşmanın ihlalini teşkil ettiği iddia edilen bir tedbirin hukuka uygunluğunu belirleme yetkisine sahip olmayacağı...*” hususunun düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca Mahkeme tarafından iç hukuka ilişkin herhangi bir anlam verilse de, CETA’nın ilgili maddelerine göre, bu anlam, o tarafın mahkemeleri veya makamları üzerinde bağlayıcı olmayacaktır⁴²⁰.

⁴¹⁷ Kassoti/Odermatt, s. 12.

⁴¹⁸ Gatti, s. 115.

⁴¹⁹ ABAD’ın 1/17 sayılı Görüş’ü, para. 126-127.

⁴²⁰ CETA m. 8.31/2: “*Mahkeme, bir tarafın iç hukuku kapsamında, bu Anlaşmanın ihlalini teşkil ettiği iddia edilen bir tedbirin hukuka uygunluğunu belirleme yetkisine sahip olmayacaktır. Daha fazla kesinlik sağlamak amacıyla, bir tedbirin bu Anlaşma ile tutarlılığını belirlerken Mahkeme, uygun olduğu takdirde, bir tarafın iç hukukunu gerçek olarak değerlendirebilir. Bunu yaparken, Mahkeme, o tarafın mahkemeleri veya makamları tarafından iç hukuka verilen geçerli yorumu takip edecek ve Mahkeme tarafından iç hukuka verilen herhangi bir anlam, o tarafın mahkemeleri veya makamları üzerinde bağlayıcı olmayacaktır.*”

Achmea davasında sorun, Mahkemenin AB hukuku hakkındaki “bağlayıcı” yorumları kabul edip edemeyeceği değil, Mahkeme önündeki anlaşmazlıkların AB hukukunun “yorumlanması” ile ilgili olup olmadığıdır. Bir mahkemenin bireyleri etkileyen bir anlaşmazlığı AB hukukunu yorumlayarak karara bağlaması, AB hukukunun özerkliğine bir müdahaleyi tetikleyebilmektedir. Bunun nedeni ise muhtemelen böyle bir yorumun üye devletlerin davranışları ve dolayısıyla Mahkeme ve onun yorum tekeli üzerinde gerçek bir baskı oluşturabilmesidir⁴²¹.

1/17 sayılı Görüş açısından bakıldığında, ilgili soru “CETA Mahkemesi AB hukukunu yorumladığı kararı AB için bağlayıcı kılabilir mi?” değil, “CETA Mahkemesi AB hukukunu yorumlayabilir mi?” sorusudur. Yukarıda bahsedilen m. 8.31’e göre, CETA uyarınca, Mahkeme, bir tedbirin CETA ile tutarlılığını belirlerken, ihtilaflı tarafın iç hukukunu yalnızca “*gerçeğe uygun olarak*” değerlendirebilir. Madde 8.31 ile CETA, her ne kadar yerel mahkemeler için bağlayıcı olmasa da Mahkemenin iç hukuka bir “*anlam*” verebileceğini kabul ederek, CETA Mahkemesinin, Anlaşmanın olası ihlallerine karar verirken AB yasalarını yorumlayabileceği olasılığını zımnen kabul etmektedir⁴²².

Tüm bu bilgiler ışığında ABAD, 1/17 sayılı Görüş’ünde, AB ile AB’ye üye devletler ve diğer taraf olarak AB üyesi olmayan bir ülke arasında imzalanan bir uluslararası ticaret anlaşması ile oluşturulan CETA içerisinde kamu yararına getirilen yasal güvencelerin, AB hukuk düzeninin özerkliğini ve AB kurumsal çerçevesini yeterince koruduğu ve Anlaşmanın kapsamındaki yatırım

⁴²¹ Lenk, H.: “An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada”, European Papers, 2016, C. 1, S. 2, s. 665-677.

⁴²² Gatti, s. 117.

uymazlıklarının çözümü prosedürünün AB hukukuyla uyumlu olduğu sonucuna varmıştır⁴²³.

Böylece, Mahkeme, CETA'nın yatırım mahkemesi sisteminin AB yargı sisteminin dışında bulunmasının, kendi başına özerklik ilkesini olumsuz yönde etkilediği anlamına gelmediğini kaydetmiştir⁴²⁴. Mahkeme ayrıca, *Achmea*'daki muhakeme çizgisinde önemli bir rol oynayan karşılıklı güven ilkesinin AB ile üçüncü devletler arasındaki anlaşmalar için geçerli olmadığına altını çizerek CETA ile AB içi anlaşmalar arasında ayırım yapmıştır⁴²⁵.

1/17 sayılı Görüş içerisinde yatırım tahkimine odaklanıldığında, AB ile üçüncü bir ülke arasında imzalanan CETA'nın, özerklik ilkesinin dar bir şekilde yapılandırılmasına ve uluslararası hukuk ile AB hukuku arasında simbiyotik bir ilişkiye olanak tanınmasına yol açtığının kabul edildiği görülmektedir⁴²⁶. İddialarda atıf yapılan *Achmea* kararında ise, aksine, anlaşma yalnızca AB üye devletleri arasındaki ilişkilerde uygulanmakta idi. İlgili anlaşmaların farklı niteliği ve dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkilerin düzeyi, ABAD'ın özerklik uygulamasındaki farklı yorumuna açıklık getirmektedir⁴²⁷.

Sonuç olarak, Mahkemenin iki farklı yorumu değerlendirildiğinde, özerklik hukuk sistemleri ve kurallarıyla dış dünyaya, dışarıdan etkileşime varan bir yol olarak yorumlanırsa Mahkemenin kendisi de şoför olacaktır. Özerklik ilkesi 1/17 sayılı Görüş'te görüldüğü üzere uluslararası hukuk düzeniyle etkileşime olanak

⁴²³ Kassoti, E./Odermatt, J.: "The Principle of Autonomy and International Investment Arbitration: Reflections on Opinion 1/17", *Questions of International Law, Zoom-out*, 2020, S. 73, s. 5-20.

⁴²⁴ ABAD'ın 1/17 Sayılı Görüşü, para. 115.

⁴²⁵ ABAD'ın 1/17 Sayılı Görüşü, para. 127-128.

⁴²⁶ Kassoti/Odermatt, s. 6.

⁴²⁷ Koutrakos, P.: "The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration", *Nordic Journal of International Law*, S. 88, s. 41-64.

verecek şekilde kabul edilebileceği gibi *Achmea* kararında incelendiği üzere böyle bir etkileşime kapatılabilecektir. Fakat bu karar yalnızca hangi yola gidileceğine karar veren şoför koltuğundaki ABAD’a ait olacaktır.

B. Türkiye Açısından

Uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamındaki tahkim mekanizmaları AB hukukuna uygunluğu açısından değerlendirildiğinde, genellikle iki farklı bağlam ortaya çıkmaktadır: AB içi ve AB dışı tahkim. AB içi tahkim, yukarıda açıklandığı üzere, bir AB üye devletinden bir yatırımcının başka bir üye devlete karşı açtığı tahkimi ifade etmektedir. AB dışı tahkim ise, hem AB üyesi olmayan üçüncü ülkelerin vatandaşları ile AB üye devletleri arasındaki tahkimi hem bir AB üye devletinden yatırımcıların AB üyesi olmayan bir devlete karşı tercih etmiş olduğu uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkimi içermektedir⁴²⁸.

EŞA temelinde, AB üyesi olmayan devletlerin Antlaşmaya taraf olduğu görüldüğünden, her iki tahkim türünün de gerçekleşebileceği aşikârdır. Bununla birlikte, AB içi tahkimin AB hukuku ile bağdaşmadığı birkaç ABAD kararında⁴²⁹ kesin olarak tespit edilmiş olsa da, AB dışı tahkimin EŞA temelinde uyumluluğunun değerlendirilmesi açısından ABAD, bu konuyu net bir şekilde açık bırakarak, ‘EŞA’nın, üye devletlerin üçüncü Devlet yatırımcılarıyla olan ilişkilerinde sağladığı tahkim mekanizmalarına uymalarını talep edebileceğini’ belirtmiştir⁴³⁰.

⁴²⁸ Eckes, C./Ankersmit, L.: The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law, University of Amsterdam, 21 Nisan 2022, s. 15.

⁴²⁹ ABAD, 2018’de *Achmea* ve 2021’de *Komstroy* kararı ile (Case C-741/19, *Republic of Moldova v Komstroy LLC*, ECLI:EU:C:2021:655) AB içi tahkimin AB hukukuyla uyumsuz olduğuna açıkça karar vermiştir.

⁴³⁰ *Komstroy* kararı, para. 62.

Herhangi bir AB üyesi devlet mensubu olan yatırımcı ile mevcut durumda AB üyesi olmayan Türkiye arasında çıkan yatırım uyuşmazlığı, AB dışı tahkime vucüt verecek ve ayrıca EŞA'nın hem eski versiyonuna hem modernize edilmiş versiyonuna göre Antlaşmanın kapsamı altında sayılacaktır.

AB'nin EŞA'dan ayrılma kararına rağmen, toplu bir çıkışın gerçekleşmemesi nedeniyle AB üyesi devletlerinin çoğunun halihazırda âkit taraf olmaları sonucunda, bu devletler ile Türkiye arasında yaşanan herhangi bir yatırım uyuşmazlığında, EŞA m. 26 ile yatırımcıya, ev sahibi ülkenin EŞA'nın yatırımın teşviki ve korunmasına ilişkin hükümlerinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, ev sahibi ülkeye karşı dava açma hakkı sağlanmaktadır.

EŞA'nın 26/3. maddesi uyarınca, her taraf devlet, bir uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülmesine koşulsuz rıza verir. Bununla beraber, bu koşulsuz rızanın istisnası olarak EŞA'nın Ek ID'sinde⁴³¹ listelenen devletler, yatırımcının uyuşmazlığı daha önce başka bir anlaşmazlık çözümüne sunması durumunda koşulsuz onay vermezler.

Türkiye, Ek ID'de listelenen ülkelerden biri olduğundan, iddialarını daha önce Türk mahkemeleri, tahkim mahkemeleri veya önceden kararlaştırılan herhangi bir uyuşmazlık çözüm yoluna sunmuş olan yatırımcılar, uyuşmazlığı uluslararası tahkime götüremezler.

Bu istisna dışında Türkiye'nin ev sahibi olduğu ve AB üyesi devlet mensubu bir yatırımcı ile arasındaki yatırım uyuşmazlığı, modernizasyon sonucundaki EŞA

⁴³¹ EK ID: "Bir Yatırımcının Aynı Uyuşmazlığı Daha Sonraki Bir Aşamada Madde 26 Kapsamında Uluslararası Tahkime Yeniden Sunmasına İzin Vermeyen Âkit Tarafların Listesi" olarak başlıklandırılmıştır. Liste içerisindeki diğer Taraf Devletleri görmek için bkz. <https://www.energychartertreaty.org/provisions/annexes/annex-id-list-of-contracting-parties-not-allowing-an-investor-to-resubmit-the-same-dispute-to-international-arbitration-at-a-later-stage-under-article-26/> (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

sonrasında da yatırım uyuşmazlıklarının çözümü prosedürüne dâhil olmaya devam edecektir. Fakat halihazırda, Antlaşmanın yeniden düzenlenmesi sonrasında EŞA korumasından kaynaklanan ve Türkiye'nin tarafı olduğu bir uyuşmazlık ön karar mekanizması çerçevesinde ABAD veya yatırım uyuşmazlığı olarak ICSID Mahkemeleri önüne getirilmemiştir.

Modernizasyon öncesinde gerçekleşen, Türkiye'nin davalı olarak yer aldığı ve AB üyesi devletlerine mensup yatırımcılar tarafından EŞA kapsamında Türkiye'ye karşı açılan birkaç ICSID davası bulunmaktadır. Söz konusu davalara bir sonraki başlık altında detaylı bir şekilde yer verileceği için burada yalnızca dava konuları ve nihai karar açıklanmıştır.

1. *Libananco Holding Co. Limited v Türkiye*⁴³²

Tazminat tutarı 10 milyar ABD doları olan bu ICSID davasında, Kıbrıslı Rum şirket *Libananco*, EŞA kapsamında uyuşmazlığı ICSID önüne götürmüştür. Söz konusu davaya konu olan olayda *Çukurova Elektrik A.Ş (ÇEAŞ)* ve *Kepez Elektrik Türk A.Ş.*'nin (*Kepez*) hisselerine el konulmuştu. Davacı *Libananco*'nun, *ÇEAŞ*'in ve *Kepez*'in çoğunluk hisselerinin kendisine ait olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla yatırım uyuşmazlığının konusu, davacının hisselerine sahip olduğu iki kamu hizmeti şirketine el konulması ve elektrik üretim ve dağıtımına ilişkin imtiyaz sözleşmelerinin iptal edilmesidir⁴³³.

⁴³² *Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye*, ICSID Case No. ARB/06/8, 2 Eylül 2011.

⁴³³ Aydın, G./Eryiğit, B.: "Investor vs. State Disputes under ECT & Turkey's Tracks-record", Kolcuoğlu Demirhan, Şubat 2014, <https://seelegal.org/wp-content/uploads/2017/08/Investor-vs.-State-Disputes-under-ECT-and-Turkeys-Track-record.pdf> (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

Libananco'ya göre Türkiye bu şirketlerin hisselerine siyasi nedenlerle, Türkiye'ye göre hukuki nedenlerle el konulmuştur. Bu yargılamada Türkiye, *Libananco*'nun yatırımcı statüsünü reddetmiştir. Ağustos 2011'de ICSID Hakem Heyeti, *Libananco*'nun ÇEAŞ ve Kepez'deki hisselerine sahip olduğunu kanıtlayamaması nedeniyle anlaşmazlık üzerinde EŞA uyarınca yetkili olmadığına karar vermiştir⁴³⁴.

2. Cementownia “Nowa Huta” S.A. v Türkiye⁴³⁵

ICSID'de görülen 4,6 milyar ABD Doları tutarındaki davada Polonyalı *Cementownia* şirketi, belirli imtiyaz sözleşmelerinin tek taraflı olarak feshedildiği iddiası ve ardından davacının yatırım yaptığı iki hidroelektrik santralinin varlıklarına tazminat ödenmeksizin el konulduğu ve kamulaştırıldığı iddiasından kaynaklanan taleplerle tahkime başvurmuştur. Türkiye, *Libananco* davasında olduğu gibi *Cementownia*'nın davasını ve yatırımcı niteliğini reddetmiş, *Cementownia* ise hisseleri uyuşmazlığın çıkmasından önce satın aldığını iddia etmiştir. Eylül 2009 tarihli kararında ICSID Hakem Heyeti, *Cementownia*'nın EŞA uyarınca bir yatırıma sahip olduğunu veya bir yatırımı kontrol ettiğini kanıtlayamadığı ve *Cementownia*'nın talebinin hileli ve kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davanın reddini talep etmiştir⁴³⁶. Sonuç olarak *Cementownia* kararı ile *Cementownia*'nın Türkiye'nin

⁴³⁴ Davaya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/12_Libananco_Holdings/ISD-SC-012a.pdf (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

⁴³⁵ *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v Türkiye*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, 17 Eylül 2009.

⁴³⁶ *Cementownia* kararı, para. 159.

avukat masraflarını, mahkeme giderlerini ve tahkim masraflarını ödemesine hükmedilmiştir⁴³⁷.

3. *Europe Cement Investment and Trade S.A. v Türkiye*⁴³⁸

Talep tutarı 3.8 milyar ABD Doları olan bu ICSID davası *Cementownia* davasına çok benzemektedir⁴³⁹. Uyuşmazlığın konusu, davacının hisselerine sahip olduğu iki kamu hizmeti şirketine el konulması ve elektrik üretim ve dağıtım imtiyaz sözleşmelerinin iptal edilmesinden kaynaklanan taleplerdir⁴⁴⁰. Türkiye, *Europe Cement*'in yatırımcı statüsünü reddederek mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmiş ve *Europe Cement* hisseler üzerindeki sahipliğini kanıtlayamamıştır.

İlgili kararda ICSID Hakem Heyeti, EŞA'nın 26/1 maddesi uyarınca, bir yatırımcı tarafından, aleyhine talepte bulunulan devletin "bölgesinde" yapılan bir "yatırım" ile ilgili olarak talepte bulunulabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, ICSID'in yargı yetkisine sahip olabilmesi için davacının, EŞA hükümlerinin ihlal edildiği iddia edilen tarihte, yani 12 Haziran 2003 tarihinden önce Türkiye'de ilgili şirketlerin hisse senetlerini devraldığını göstermesi gerekmektedir⁴⁴¹.

Davacı tarafından sunulan mülkiyeti destekleyen kanıtlar, 30 Mayıs 2003 tarihli hisse devir sözleşmelerinin kopyaları ve *Europe Cement*'in Türk şirketleri ÇEAŞ ve Kepez'de hissedar olduğunu gösterdiğini iddia eden 10 Ocak 2005 tarihli hamiline yazılı hisse senetlerinin kopyalarıydı. Bu belgelerin gerçekliğine davalı

⁴³⁷ *Cementownia* kararı, para. 179.

⁴³⁸ *Europe Cement Investment & Trade S.A. v Türkiye*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, 13 Ağustos 2009.

⁴³⁹ *Europe Cement* kararı, para. 108.

⁴⁴⁰ *Europe Cement* kararı, para. 25.

⁴⁴¹ *Europe Cement* kararı, para. 140.

tarafından itiraz edilmiş ve Mahkeme, davacıdan bu belgelerin asıllarını ve bunların gerçekliğini kanıtlamak ve davacının ilgili tarihte ÇEAŞ ve Kepez’de hisse sahibi olup olmadığını kanıtlamakla ilgisi olabilecek diğer belgeleri sunmasını istemiştir. Ancak, davacı, ICSID Hakem Heyeti tarafından talep edilen mülkiyeti kanıtlayıcı belgeleri sunmamıştır⁴⁴².

Böylece davacının EŞA m. 26/1 uyarınca gerekli olan yargı yetkisi temelini oluşturan yatırımın varlığını kanıtlayamadığı kabul edilmiş ve Ağustos 2009 tarihli kararında ICSID Hakem Heyeti yetkisizlik nedeniyle davayı reddetmiştir⁴⁴³.

4. Alapli Elektrik B.V. v Türkiye⁴⁴⁴

ICSID Hakem Heyeti önünde görülen ve 100 milyon ABD Dolarını aşan bu davada, Hollanda uyrukluğundaki Alapli şirketi Türkiye’ye karşı bir elektrik üretim imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan taleplerini EŞA ve Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması kapsamında ileri sürmüştür. Uyuşmazlığın konusu, Türkiye’de bir enerji santralının geliştirilmesi, finansmanı, inşası, mülkiyeti, işletmesi ile devrine ilişkin imtiyazdan ve Türkiye’deki altyapı projelerine ilişkin bir dizi mevzuat değişikliğinden kaynaklanmaktadır.

Hakem Heyeti, öncelikle, uyuşmazlığa neden olan yatırımın *bona fide* (iyi niyetli) bir yatırım olmamasından ve bir uyuşmazlığa yol açmasının yüksek bir olasılık olarak bilinmesinden ötürü, ICSID/İYA/EŞA mekanizmaları tarafından

⁴⁴² Europe Cement kararı, para. 141.

⁴⁴³ Europe Cement kararı, s. 33.

⁴⁴⁴ Alapli Elektrik B.V. v Türkiye, ICSID Case No. ARB/08/13, 16 Temmuz 2012.

sağlanan uluslararası korumadan yararlanamayacağını, dolayısıyla ICSID'in bu yatırım üzerinde yargı yetkisinin olmadığını belirtmiştir⁴⁴⁵.

Hakem Heyetinin, Temmuz 2012'de verdiği karar uyarınca, davacının uyuşmazlığa yol açan projeye, yargı yetkisi engelleri aşılmış olsaydı dahi, maddi koruma sağlayacak olan iki yatırım anlaşması EŞA veya Hollanda-Türkiye İYA'sı kapsamında yatırımcı statüsü yaratmaya yetecek bir katkıda bulunmadığı tespit edilmiştir⁴⁴⁶.

Davacının herhangi bir katkıda bulunduğu kanıtlanamadığı gibi herhangi bir risk aldığı da tespit edilemediğinden⁴⁴⁷, kendisinin uyuşmazlıkla ilgili yatırımın hiçbir yönünde anlamlı bir rol oynamadığı sonucuna varılmıştır⁴⁴⁸.

Tüm bu davalar ve bilgiler ışığında bir kez daha vurgulanmalıdır ki, Türkiye gelişmekte olan bir ülke ve enerji zengini doğu ülkeleri ile enerji talep eden batı ülkeleri arasında doğal bir köprü olduğundan, bu bölgede çok daha fazla enerji yatırımı gerçekleştirilecek ve böylece Türkiye'nin tarafı olduğu enerji yatırım uyuşmazlıklarıyla karşılaşma ihtimali artacaktır. Taraflar her bir enerji projesi için çoğunlukla ikili yatırım anlaşmaları, hükümetler arası anlaşmalar ve ev sahibi hükümet anlaşmaları gibi anlaşmalar imzalarsa da, bu anlaşmalarda öngörülmeyen hususlar EŞA'nın Türk mevzuatının bir parçası olmaya devam etmesi nedeniyle EŞA tarafından yönetilecektir⁴⁴⁹.

Nihai olarak EŞA modernizasyonunun gerçekleştirilemediği senaryo olan ikinci seçenek hayata geçtiği takdirde EŞA m. 47/3'te yer alan gün batımı hükmü

⁴⁴⁵ *Alapli Elektrik B.V. v Türkiye* kararı, para. 417.

⁴⁴⁶ *Alapli Elektrik B.V. v Türkiye* kararı, para. 337.

⁴⁴⁷ *Alapli Elektrik B.V. v Türkiye* kararı, para. 347.

⁴⁴⁸ *Alapli Elektrik B.V. v Türkiye* kararı, para. 387.

⁴⁴⁹ Aydın/Eryiğit, s. 5.

uyarınca mevcut yatırımlar, AB'nin çekilme kararının yürürlüğe girdiği andan itibaren, (bu tarih kararın verilmesinin ardından depozitere ulaştırıldığı ânın tam bir yıl sonrasdır), 20 yıllık bir süre boyunca modernize edilmemiş EŞA'nın tüm hükümleri kapsamında korunmaya devam edecektir. Bu durum hem eski âkit tarafların topraklarında yapılan yabancı yatırımları hem de eski âkit taraf yatırımcılarının Antlaşmadan çekilmeyen âkit tarafların topraklarında yaptıkları yatırımları kapsamaktadır⁴⁵⁰.

Sonuç olarak, AB üye devletlerinden bir yatırımcının, Türkiye'de gerçekleştirdiği bir yatırımı ile ilgili çıkabilecek uyuşmazlıklar, AB'nin EŞA'dan ayrılma kararına rağmen, Türkiye'nin Antlaşmanın tarafı olmaya devam etmesi sebebiyle, EŞA korumasına tâbi olacaktır.

Hatta her iki senaryoda da, modernizasyon kabul edilsin ya da edilmesin, Türkiye Antlaşmaya taraf olmaya devam ettiği sürece, istisnalar olmakla beraber, AB üye devleti yatırımcıları Türkiye'de gerçekleştirdikleri mevcut veya gerçekleştirecekleri yeni yatırımlarını EŞA hükümleri altında korumaya alabilecektir. Bu noktada, modernize edilmiş Antlaşma metninde belirtilen istisnalar dikkate alınmalıdır. Örneğin, düşük karbonlu sentetik yakıtlara yönelik yeni yatırımlar koruma altındayken fosil yakıtlara yönelik yeni yatırımlar korumadan çıkarılmıştır⁴⁵¹.

Dolayısıyla ancak AB üye devleti yatırımcıları tarafından Türkiye'de yapılan bir yatırımın modernize edilmiş Antlaşma metninde yer verilen enerji hammaddelelerinden hangisine yönelik yapıldığı veya hangi ekonomik aktiviteyi

⁴⁵⁰ AB Komisyonu'nun yayınlanmayan anlaşması, s. 7.

⁴⁵¹ Prensip Anlaşması, Bölüm B, s. 141.

kapsadığı belirlendikten sonra, o yatırımın korunup korunmayacağına yanıt bulunacağı söylenebilir.

III. ÜÇÜNCÜ DEVLET YATIRIMCILARININ AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ DEVLETLERLE ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ

Antlaşmanın 1. maddesinin 7. fıkrasında yapılan tanıma göre yatırımcı: yatırımın yapıldığı veya edinildiği tarihte ev sahibi âkit tarafın uyruğuna sahip olmaması veya daimî mukimi olmaması kaydıyla, bir âkit tarafın uyruğuna sahip olan veya yürürlükteki mevzuatına uygun olarak o âkit tarafın daimî mukimi olan gerçek kişi; bir âkit tarafın yürürlükteki mevzuatına uygun olarak kurulmuş ve o âkit tarafın bölgesinde önemli ticari faaliyetlerde bulunan bir şirket veya diğer kuruluş anlamına gelir. Bu fıkra göre esaslı ticari faaliyetlerin varlığı, işletmenin bu âkit tarafın bölgesinde fiziksel olarak bulunup bulunmadığı; bu âkit tarafın bölgesinde personel istihdam edip etmediği; bu âkit tarafın bölgesinde ciro elde edip etmediği veya bu âkit tarafın bölgesinde vergi ödeyip ödemediği gibi ilgili koşulların duruma göre genel olarak incelenmesiyle tespit edilmelidir.

Görülmektedir ki tanım, bir âkit tarafın yatırımcıları ile üçüncü bir devletin yatırımcıları arasında ayrım yapmaktadır.

Üçüncü devletler olarak nitelendirilen devletlere mensup yatırımcıların, sözleşmenin herhangi bir tarafı olmamaları nedeniyle EŞA m. 26'dan yararlanmaları mümkün görülmemektedir. Zira 26. maddenin ilk fıkrasında uyuşmazlığın tarafları olarak âkit taraflar ele alınmıştır.

EŞA'nın uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bir âkit taraf ile başka bir âkit tarafın yatırımcıları arasındaki uyuşmazlıklara ayrılmış olduğu göz önüne alındığında, Antlaşma içerisinde aşağıdaki senaryolar açıkça Antlaşmanın kapsamından hariç tutulmuştur⁴⁵²:

- âkit taraf olmayan üçüncü bir devlete karşı ortaya çıkan bir uyuşmazlık;
- üçüncü bir devletin vatandaşı olan bir yatırımcıyı içeren bir uyuşmazlık; ve
- aleyhine talepte bulunulan aynı âkit tarafın vatandaşı olan bir yatırımcıyı içeren bir uyuşmazlık⁴⁵³.

Fakat yine de üçüncü ülke vatandaşları tarafından bir taraf devlette kurulan ve kurulduğu ülkede herhangi bir gerçek ticari faaliyeti bulunmayan “paravan” veya “posta kutusu” şirketlerin veya üçüncü ülke vatandaşı yatırımcıların, âkit tarafların bölgesinde gerçekleştirilen yatırımların içerisinde dolaylı yoldan yer almaları sonucunda söz konusu âkit taraf devletine karşı EŞA'ya dayanarak taleplerde bulunma riski bulunmaktadır. Zira hem Antlaşmanın içerisinde yer alan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sisteminden yararlanmak hem yatırımın korunmasına ilişkin hükümlerinden faydalanmak üçüncü taraf devletlerinin lehine olacaktır.

Paravan şirket (*shell company*) veya posta kutusu şirketi (*mailbox company*) yalnızca tüzel kişi olarak bulunan ve hiçbir malvarlığı veya faaliyeti olmayan

⁴⁵² Montero, F. J./Ruiz, L.: The Concepts of Investor and Investment Under The ECT and The Legal Stangind to Bring Arbitrations Under The ECT, Revista del Club Espanol del Arbitraje, 2015, S. 23, s. 82.

⁴⁵³ Bir yatırımcının bir âkit tarafın vatandaşı olduğunu teyit etmek için, yatırımcının söz konusu âkit tarafın kanunlarına göre kurulmuş olduğunu teyit etmek gerekecektir.

şirketlerden oluşmaktadır⁴⁵⁴. Bir tüzel kişilik olarak yatırımcının söz konusu şirket yapısına girdiği tespit edildiğinde menfaatlerin reddi hükmü tam bu noktada devreye girmekte ve genellikle, vatandaşlığına başvurulmuş devletle hiçbir ekonomik bağlantısı olmayan “posta kutusu” veya “paravan” şirketler aracılığıyla hak iddia eden üçüncü devletleri ve vatandaşlarını Antlaşma korumalarının dışında tutmaktadır⁴⁵⁵. Ev sahibi devlet menfaatlerin reddi maddesine başvurduğunda, şirket Antlaşmada bulunan yatırımcı tanımının gerekliliklerini yerine getirirse bile anlaşmanın korumasından yararlanamayacaktır.

A. Menfaatlerin Reddi

Yatırımcı tanımı Antlaşmanın şu anki versiyonunda ve modernize edilmiş versiyonda açıkça yapılmış olsa da bazı durumlarda üçüncü tarafların dolaylı olarak EŞA koruması altındaki yatırımların tarafı olduğu ve böylece Antlaşma hükümlerinden faydalanmaya çalıştığı görülmektedir. Bu durumu engellemek adına en çok başvurulmuş hüküm 17. maddedir. EŞA m. 17, âkit taraflara, paravan şirketler aracılığıyla veya yaptırımlara ilişkin tedbirler üzerinden yatırım talepleri getirerek EŞA’yı kötüye kullanmak isteyen âkit taraf olmayan üçüncü ülkelerden gelen yatırımcılara karşı EŞA yatırım koruma hükümlerinin uygulanmasını reddetme imkanı vermektedir⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Demirkol, B.: Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 2012, s. 312.

⁴⁵⁵ *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSSEMG Investors LLC and David Fischer v. Mısır*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1 Şubat 2016, para. 125.

⁴⁵⁶ AB Komisyonu’nun 27 Mart 2024 tarihinde yayınladığı Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (Euratom) ile Rusya Federasyonu veya Belarus Cumhuriyeti vatandaşları veya uyrukları tarafından sahip olunan veya kontrol edilen herhangi bir tüzel kişilik ve Rusya Federasyonu veya Belarus

Menfaatlerin reddine ilişkin hükümler, anlaşmanın korumayı amaçlamadığı belirli yatırımcı kategorilerini anlaşmanın korumalarından mahrum bırakmak için düzenlenmiştir⁴⁵⁷.

Antlaşmanın eski versiyonuna bakıldığında 17. maddenin, III. Bölüm'ün bazı durumlar için uygulanmasını kısıtladığı görülmektedir. Bu madde ile her âkit tarafın, III. Bölüm'de yer alan hükümlerin, aşağıda belirtilen kuruluş veya yatırımlara uygulanmasını reddetme hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Söz konusu madde uyarınca aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı halinde yatırımlar, III. Bölüm'de yer alan korumadan muaf tutulabilecektir:

“(1) Üçüncü bir ülkenin vatandaşlarının veya tâbiyetindekilerin sahip olduğu veya kontrol ettiği ve organize olduğu Antlaşma tarafının alanında önemli ölçüde iş hacmine sahip olmayan bir hukuki kuruluş;

(2) Gerçekleştirilen yatırımın, reddeden Antlaşma tarafınca, aşağıda belirtilen şartlarda, üçüncü bir ülkenin yatırımcıları tarafından yapılmış olduğunun tescil edilmesi:

(a) reddeden Antlaşma tarafının bir diplomatik ilişki tesis etmediği üçüncü bir ülke tarafından yapılmış olması;

(b) (i) reddeden Antlaşma tarafının yatırımcıları ile iş yapılmasını yasakladığı bir üçüncü ülke tarafından yapılmış olması;

Cumhuriyeti'nden bir yatırımcının yatırımı olan Enerji Şartı Antlaşması kapsamındaki herhangi bir yatırım arasında Enerji Şartı Antlaşması'nın uygulanmasının kısmen askıya alınmasına ilişkin Konsey Kararı, s. 2.

⁴⁵⁷ Gastrell, L./Le Cannu, P.J.: “Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, ICSID Review, 2015, C. 30, S. 1.

(ii) bu bölümde yer alan menfaatlerin söz konusu üçüncü ülkenin yatırımcılarına veya yatırımlarına sağlanmasının, reddeden Antlaşma tarafının benimsemiş olduğu veya yürürlükteki önlemlerini ihlal etmesi durumu,”

Yukarıdaki hüküm, m. 1/7’deki “yatırımcı” tanımı ile birlikte okunduğunda, bir âkit tarafın yatırımcıları için iki sınıf olduğu *Amto v Ukrayna*⁴⁵⁸ kararında ele alınmıştır. Bu karara göre birinci sınıf, EŞA kapsamında yatırım korumasından yararlanmaya hakkı olan yatırımcıları kapsar. Bu sınıf, ikinci sınıfa giren vatandaşlar hariç olmak üzere, diğer bir âkit tarafın vatandaşlarını içermektedir.

İkinci sınıf, EŞA kapsamında yatırım korumasından vazgeçilebilir bir hakka sahip olan yatırımcıları kapsar; çünkü ev sahibi devlet yatırımcıyı bu haktan mahrum bırakma gücüne sahiptir. Bu ikinci sınıfta, kuruluşu itibariyle uyrukluk şartını yerine getiren ancak ev sahibi devlet için potansiyel olarak kabul edilemez bir şekilde üçüncü bir devletin vatandaşları tarafından sahip olunan veya kontrol edilen tüzel kişiler yer almaktadır.

Bu tür yabancı sahiplik veya kontrol, ev sahibi devletin normal diplomatik veya ekonomik ilişkilerini sürdürmediği bir devleti içerdiğinde veya kuruluş devletinde önemli bir ticari faaliyete eşlik etmediğinde potansiyel olarak kabul edilemez kategorisine girmektedir. EŞA’nın amacı ‘tamamlayıcılık ve karşılıklı faydaya dayalı olarak enerji alanında uzun vadeli iş birliğini teşvik etmek için’ yasal bir çerçeve oluşturmak olduğundan, yabancı sermayeli kuruluşların 17. madde

⁴⁵⁸ *Limited Liability Company Amto v Ukrayna*, SCC Case No. 080/2005.

kapsamında EŞA yatırım korumasının potansiyel olarak dışında bırakılması kolayca anlaşılabilir⁴⁵⁹.

“Menfaatlerin reddi” maddesi ile, özellikle yatırımcı tüzel kişiliğin yatırımın yapıldığı devletle asgari düzeyde bağlantısı olduğu durumlarda, Antlaşma tarafından sağlanan korumanın kötüye kullanılmasını önlemek gibi temel bir işlev yerine getirilmektedir.

Menfaatlerin reddi hükmünün yürürlüğe girmesi için ise en az iki kümülatif koşul aranmaktadır: Tüzel kişiliğin üçüncü bir devletin vatandaşları tarafından sahiplenilmesi veya kontrol edilmesi ve tüzel kişiliğin kuruluş yerinde önemli bir ticari faaliyetinin olmaması⁴⁶⁰.

Yukarıda bahsedilen iki maddi koşulun kümülatif olarak uygulanması uygulamada tartışmalı değildir. Madde 17/1 incelendiğinde Antlaşma’nın yalnızca “... üçüncü bir devletin vatandaşları veya uyrukları bu tüzel kişiliğe sahipse veya bu tüzel kişiliği kontrol ediyorsa ve bu tüzel kişiliğin örgütlendiği âkit tarafın bölgesinde önemli bir ticari faaliyeti yoksa...” âkit taraflara, III. Kısımın avantajlarını tanımama hakkını bahsettiği görülmektedir.

Yukos davalarında da bu koşullara değinilmiş ve Mahkeme, madde 17/1’in lafzından, “menfaatlerin reddi” hükmünün belirli bir tüzel kişilikle ilgili olarak uygulanabilmesi için iki ek kümülatif maddi koşulun yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk olarak, söz konusu tüzel kişilik üçüncü bir devletin vatandaşları veya

⁴⁵⁹ *Amto v Ukrayna* kararı, para. 61.

⁴⁶⁰ Mistelis, L./Baltag, C.: ‘Denial of Benefits’ Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper No. 293/2018, s. 31.

uyrukları tarafından sahip olunmalı veya kontrol edilmelidir; ikinci olarak, tüzel kişiliğin organize olduğu yerde önemli bir ticari faaliyeti olmamalıdır⁴⁶¹.

EŞA m. 1/7’de yer alan yatırımcı tanımında yalnızca yatırımcının milliyeti üzerinde durulduğu, ekonomik bir yatırımcı tanımının yapılmadığı görülmektedir. Ekonomik ölçeklerde bakılması durumunda ise somut bir olayda yatırımcının kim olduğunu teşhis edebilmek için yatırımı kimin yönettiği, kurguladığı ve bu yatırımdan kimin faydalandığı gibi gerçekliklerin incelenmesi gerekecektir⁴⁶². Paravan bir şirketin herhangi bir faaliyeti olmayacağından, bir yatırımı yönetmek ya da kurgulamak gibi bir vasfı yoktur.

Tüm bu şartlara rağmen paravan şirketlerin yatırımcı olarak değerlendirilmemesi onların yatırım tahkimine başvurmasını engellememektedir. Sonuçta bir âkit taraf devletinin uyruğuna sahip biri tarafından veya bir âkit taraf bölgesinde o tarafın mevzuatına uygun olarak kurulan bir şirket tarafından gerçekleştirilen yatırımlar, Antlaşma kapsamında korumaya alınmıştır. Bu yatırımı gerçekleştiren kişiler de korumadan yararlanacak hak sahipleridirler⁴⁶³.

EŞA m. 26 uyarınca yatırım tahkiminde yetki, yatırımcı sıfatına göre belirlendiğinden, paravan şirketin kontrolünü elinde tutan gerçek veya tüzel kişinin Antlaşmanın tarafı olmaması durumu kanıtlanamadıkça, görünürdeki yatırımcı Antlaşmadaki tanıma uyuyor ise, yatırım uyuşmazlığı çözüm sistemi paravan şirket kullanılarak açılan davalarda uygulanacaktır.

⁴⁶¹ *Yukos v Rusya* ara kararı, para. 460.

⁴⁶² Demirkol, s. 343.

⁴⁶³ İlhan, E. D.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2022, S. 158, s. 438.

B. Modernizasyon ile Sunulan Çözüm

Söz konusu durumlarda paravan şirketlerin EŞA korumasından yararlanma riskini minimuma indirmek adına modernize edilmiş EŞA içerisinde “yatırım” ve “yatırımcı” kavramlarının yeni ve daha kapsamlı tanımlarına yer verilmiş ve böylece posta kutusu şirketlerinin değil, sadece önemli ekonomik çıkarları olan yatırımcıların yatırımın korunmasından yararlanması sağlanmaya çalışılmıştır⁴⁶⁴.

Özellikle “yatırım” tanımını içeren 1. maddenin 6. fıkrasına “...*sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kazanç veya kâr beklentisi, belirli bir süre veya risk üstlenilmesi gibi bir yatırım niteliği taşıyan her türlü varlık...*” ibaresinin eklenmesi; “yatırımcı” tanımını içeren 1. maddenin 7. fıkrasına ise “...*Esaslı ticari faaliyetlerin varlığı, işletmenin aşağıdaki hususları içerip içermediğini de kapsayacak şekilde, ilgili koşulların vaka bazında genel olarak incelenmesi suretiyle tespit edilmelidir:*

- (a) *Âkit taraf bölgesinde fiziksel bir varlığın bulunması,*
- (b) *Âkit taraf bölgesinde personel istihdam edinilmesi,*
- (c) *Âkit taraf bölgesinde ciro yaratılması,*
- (d) *Âkit taraf bölgesinde vergi ödenmesi...*”

ibaresinin eklenmesi ile Antlaşmanın kapsamına giren yatırımlar detaylandırılmıştır.

⁴⁶⁴ AB Komisyonu’nun 24 Haziran 2022 tarihinde yayınladığı “Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty” başlıklı makalesi için bkz. https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en (Erişim Tarihi: 23.04.2024).

Antlaşma ile taraflara bahşedilen haklar ve yükümlölüklerin belirlenmesine sebebiyet vermesinden dolayı söz konusu kavramların tanımlanması önem arz etmektedir⁴⁶⁵.

IV. TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan ve yukarıda da değinilen yatırım uyuşmazlıkları davalarına bakıldığında 2024 yılı itibariyle 12 adet tahkim davasının 6'sında EŞA hükümlerine dayanılarak ICSID'e başvurulduğu ve özellikle Antlaşmanın 1/7 ile 17. maddelerine değinildiği görölmektedir⁴⁶⁶.

Bu davalardan, daha önce de kısaca bahsedildiği üzere, *Libananco v Türkiye* davası Türk vatandaşı olmayan, diğer bir âkit taraf Devleti vatandaşı olan gerçek kişi aracılığı ile açılmıştır⁴⁶⁷. *Libananco*'nun iddia ettiği şekilde hisse satın almasına ilişkin bu hisseleri kimden ve ne şekilde aldığını açıklamaması nedeniyle tahkim sürecinde davacının yatırımcı statüsünde olup olmadığı üzerinde durulmuş, Türkiye yargılama yetkisine ilişkin karar verilmeden önce *Libananco*'nun bu davayı açma yetkisi olup olmadığının incelenmesini talep etmiştir⁴⁶⁸.

Hakem Heyetine göre, *Libananco*'nun bir Kıbrıs şirketi olarak kurulup kurulmadığı ve davacının tahkim talebinde bulunduğu tarihte *Libananco* üzerindeki mülkiyet veya kontrol haklarının kimde olduğu konusunda ve bu süreçte Türkiye ile Kıbrıs arasındaki diplomatik ilişkilerin durumu konusunda bir ihtilaf

⁴⁶⁵ Antepoğlu, D.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, 118.

⁴⁶⁶ İlgili yatırım tahkimi davaları için bkz. <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

⁴⁶⁷ İlhan, s. 51.

⁴⁶⁸ ICSID Tahkimi ve Türkiye, S. 23, Haziran 2020, <https://www.ongurpartners.com/icsid-tahkimi-ve-turkiye.html> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

bulunmamaktaydı. Taraflar arasında *Libananco*'nun Kıbrıs'taki ticari faaliyetlerinin niteliği konusunda da ciddi bir ihtilaf yoktu. Taraflar arasındaki tartışmanın büyük bir bölümünü meşgul eden konu, “üçüncü devlet”e ne anlam yüklenmesi gerektiği ve bu terimin EŞA'nın hem 17. maddesinde hem de 7. maddesinde⁴⁶⁹ aynı anlama gelip gelmediğidir⁴⁷⁰.

“Üçüncü devlet” terimi Antlaşmanın birçok maddesinde, örneğin 1/7(b), 7/10(a)(i), 9/1, 10/3, 10/7, 12/1 maddelerinde ve 17. maddede yer almaktadır. Hakem Heyetinin açıklamalarına göre Antlaşmaya yönelik müzakerelerin son aşamasına girerken, tüm bu hükümlerde (m. 7 hariç olmak üzere) tek tip kullanım olarak “âkit taraf olmayan devlet” ifadesi yer alırken bu ifade daha sonra, son aşamalarda, “üçüncü devlet” terimiyle değiştirilmiştir. Ancak yine Hakem Heyetine göre bu

⁴⁶⁹ “Geçiş (Transit)” başlığını taşıyan EŞA m. 7/1’de “Âkit taraflardan her biri, transit serbestisi ilkesine uygun olarak ve söz konusu Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin menşei, varış yeri veya mülkiyeti konusunda ayırım yapmaksızın veya bu tür ayırımlara dayalı olarak fiyatlandırma konusunda ayırmacılık yapmaksızın ve makul olmayan gecikmeler, kısıtlamalar veya ücretler uygulamaksızın Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin Transitini kolaylaştırmak için gerekli önlemleri alacaktır. Bu Maddenin amacı doğrultusunda, “Transit” şu anlama gelir;

(i) diğer devlet veya **üçüncü devlet bir âkit taraf olduğu** sürece, başka bir devletin Bölgesinde ortaya çıkan ve üçüncü bir devletin bölgesine gidecek olan Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin depolanarak veya depolanmadan bir âkit tarafın bölgesi üzerinden taşınması; veya

(ii) ilgili iki âkit taraf aksini kararlaştırmadıkça ve bu kararlarını Ek N’ye ortak bir girişle kaydetmedikçe, diğer bir âkit tarafın bölgesi menşeli ve diğer âkit tarafın bölgesine yönelik Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin depolanarak veya depolanmadan bir âkit tarafın bölgesi üzerinden taşınması. Silme işlemi bu bildirimden dört hafta sonra yürürlüğe girer.” ve m. 7/12’de “Bu Madde, âkit tarafların enerji sistemlerini, bir âkit tarafın bölgesindeki bir miktar Enerji Maddesinin ve Ürününün başka bir devletin bölgesindeki aynı Enerji Maddesinin ve Ürününün eşdeğer bir miktaryla fiziksel veya sanal değişimi olarak anlaşılan ve diğer devletin veya **üçüncü devletin âkit taraf olması koşuluyla** üçüncü bir devletin bölgesine yönelik olan uluslararası takas işlemlerine dayalı olarak da düzenlemelerini engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır.” üçüncü devletlere yer verilmiş fakat, m. 17’de yer alan “üçüncü taraf” teriminden farklı bir anlamda kullanılmıştır. İşbu maddelerdeki üçüncü devletler yine bir âkit taraf devletidir, “üçüncü” sıfatını almasının sebebi transit sürecinde üç ayrı devletin (Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin gönderileceği devlet, Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin depolanacağı veya depolanmadan âkit taraf bölgesi olan ülke toprakları üzerinden taşınacağı devlet, Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin ulaştığı devlet) yer almasıdır.

⁴⁷⁰ *Libananco v Türkiye* kararı, para. 551. Mahkeme bu konuda, Uluslararası Enerji Ajansı’nın baş hukuk müşaviri olarak, müzakereleri sırasında EŞA’nın taslağının tüm yönleriyle yakından ilişkili olan Craig Bamberger’in ifadesinden yararlanmıştır. Bamberger çapraz sorguya çağrılmadığı gibi, yazılı ifadesine de itiraz edilmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, bu ifadeyi müzakereler sırasında yaşananların doğru bir anlatımı olarak kabul etmekte ve EŞA’nın ilgili hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında gerektiğinde bu ifadeden yararlanılabileceğini düşünmektedir.

durum, Hukuk Alt Grubunun tavsiyesi üzerine Sekretarya tarafından gerçekleştirilen teknik bir yazım işleminden ibaretti ve herhangi bir anlam değişikliği yaratma amacı taşııyordu. Ayrıca EŞA'nın 7. maddesinin 17. maddeden ayrı olarak ve farklı bir Konferans komitesinin himayesi altında müzakere edildiğı, konferansın telaşlı son günlerinde, metinlerin genel bir uyumunu sağlamak veya özellikle 7. maddedeki kullanımı diğer hükümlerdeki kullanımla karşılaştırmak veya uzlaştırmak veya bunun tersini yapmak için özel bir süreç başlatılmadığı da hakem heyeti tarafından belirtilmiştir⁴⁷¹.

Hakem Heyeti, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ortaya koyduğu yorum ilkelerinin uygulanmasında, yorum için başlangıç noktasının anlaşma terimlerine verilecek olağan anlam olduğunu (kendi bağlamlarında ve anlaşmanın amacı ve hedefi ışığında), ancak " tarafların böyle bir niyetinin olduğu tespit edilirse" bir terime özel bir anlam verileceğini belirtmiştir⁴⁷². "Üçüncü devlet" teriminin 17. maddede veya yukarıda sıralanan diğer maddelerde -7. madde hariç- kullanılmasıyla ilgili olarak böyle bir niyetin olduğunu gösteren herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Buna göre, yorumlama süreci terimin olağan anlamıyla başlamaktadır. Bu noktada Hakem Heyeti, 'üçüncü devlet' teriminin antlaşma hukukunda iyi bilinen olağan bir anlamı olduğu konusunda tatmin olmuştur. Viyana Sözleşmesi'nin ("Antlaşmalar ve Üçüncü Devletler" başlıklı) 4. Bölümünden de anlaşılacağı üzere, bu ifade basitçe "söz konusu antlaşmaya taraf olmayan devlet" anlamına gelmektedir⁴⁷³.

⁴⁷¹ *Libananco v Türkiye* kararı, para. 552.

⁴⁷² Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31/4: "Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir."

⁴⁷³ *Libananco v Türkiye*, para. 553.

Üçüncü taraf terimine yönelik tartışmanın açıklığa kavuşturulmasının ardından değinilmesi gereken husus, kanaatimizce 2 Eylül 2011 tarihinde verilen *Libananco*'nun sahip olduğunu iddia ettiği hisselerle yönelik yalnızca şirket sekreteri beyanını Hakem Heyetine sunması nedeniyle hisselerin uzmanlarca incelenmesinin ardından *Libananco*'nun iddialarının yerinde görülmediği ve davanın Türkiye'nin lehine sonuçlandığı kararın aksine, söz konusu şirket hisselerinin devrolunduğuna ilişkin bir karar verilmiş olsaydı, *Libananco*'nun EŞA kapsamında korunacak bir yabancı yatırım sayılıp sayılmayacağına yöneliktir.

Bu durumda, âkit taraf yatırımcısı olarak görünen davacının şirket yapısının incelenmesi, bu şirketin hangi amaçla kurulduğunun ve bu amaçlar içerisinde yalnızca yabancı yatırımcı statüsünü elde etme gayesinin yer alıp almadığının; böyle bir gaye bulunmuyor ise gerçek bir ticari faaliyetin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespit edilmesi gerekecektir⁴⁷⁴.

EŞA açısından, âkit taraf devleti menşeli bir yatırımcının şirket yöneticisi olduğu veya âkit taraf mevzuatına uygun olarak kurulmuş bir şirket, yatırımcı statüsünü Antlaşmanın 1/7 hükmünde yer alan tanıma elverişli olarak karşılıyor olsa bile, bu şirketin yalnızca EŞA'da yer alan yatırım koruma hükümlerinden faydalanmak ve yatırım uyuşmazlıklarının çözüm sistemine başvurmak amacıyla kurulduğuna yönelik bir şüphe oluştuğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği de dikkate alınmalıdır⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Sarıbaş, M. S.: "Tahkimde Yetki Açısından Özel Durum – Paravan Şirketler", 22 Nisan 2020, <https://www.saribasakbaba.av.tr/tr/tahkimde-yetki-acisindan-ozel-durum-paravan-sirketler/> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

⁴⁷⁵ Erkan, M.: Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, 9. Baskı, s. 251-252.

Yine yukarıda bahsedilen *Alapli Elektrik B.V. v Türkiye* davasında davacı *Alapli Elektrik*'in pay sahibinin Türk vatandaşı olması nedeniyle ve elektrik üretimi imtiyaz sözleşmelerine dayanarak ilgili imtiyaz hakkını elinde tutan holdingin bağlı şirketi olması nedeniyle, davacının EŞA anlamında bir “yatırımcı” olarak nitelendirilemeyeceğine hükmedilmiştir⁴⁷⁶.

Hakem Heyetine göre, yatırım anlaşmaları uyarınca yargı yetkisi oluşturmak gibi bir yatırımcının statüsünü belirlemek için, tüzel kişiler bakımından, âkit taraf devletin yasalarına göre oluşturulan basit bir kuruluştan daha fazlası gereklidir. Türk yatırımlarına fiili bir katkı olmaksızın, Hollanda kuruluşu ICSID'in yargı yetkisine tâbi bir yatırımcı olarak korunma hakkı yaratmaz⁴⁷⁷.

Gerçek kişiler bakımından ise, bir kişinin yatırımcı olabilmesi için aktif bir katkı anlamında gerçekten bir yatırım yapması gereklidir. Diğer âkit taraf devletin vatandaşı olma statüsü tek başına yeterli değildir. Bu noktada davacının, Türkiye'ye anlamlı bir katkı anlamında, Türkiye'de fiilen herhangi bir yatırım yaptığını gösteremediği; katkıda bulunulduğunu iddia ettiği ölçüde ise bu katkıların Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye vatandaşları veya şirketlerinden geldiği belirtilmiştir⁴⁷⁸.

İlgili kararda, ayrıca, daha önceki doktrin ve hakem kararlarına da atıf yapılmıştır. Özellikle, “yabancı yatırım” kavramının unsurlarına yönelik *Salini v Fas*⁴⁷⁹ davasına değinilmiş; bu davadaki yargı yetkisinin reddedilmesi kararının,

⁴⁷⁶ *Alapli Elektrik v Türkiye* kararı, para. 349.

⁴⁷⁷ *Alapli Elektrik v Türkiye* kararı, para. 356.

⁴⁷⁸ *Alapli Elektrik v Türkiye* kararı, para. 350.

⁴⁷⁹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Fas*, ICSID Case No. ARB/00/4, 4 Şubat 2004, https://jsumundi.com/en/document/decision/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001#decision_804 (Erişim Tarihi: 26.04.2024).

EŞA’da kullanıldığı şekliyle “yatırım” ve “yatırımcı” kavramlarını içermesinden dolayı, diğer uluslararası mahkemelerin önceki kararları bağlayıcı olmasa da benzer olaylara uygulandığında tutarlı bir yorum mekanizması geliştirmek ve böylece hem ev sahibi devletlerin hem de yabancı yatırımcıların meşru beklentilerini desteklemek adına, önemi olduğu belirtilmiştir⁴⁸⁰. Hatta bu kararda yabancı yatırım için aranan unsurlar, bazı hakem heyetleri tarafından “Salini Kriterleri” olarak nitelendirilmiştir⁴⁸¹.

Salini v Fas kararında, yatırımın “ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlaması, sözleşmenin belirli bir süre boyunca ifa edilmesi ve işlemin kazançlarına olduğu kadar risklerine de katılım sağlanması ve böylece yatırımcının esaslı bir taahhüt altına girmesi” unsurlarını da içermesi gerektiği düzenlenmiştir⁴⁸².

“Yatırımcı” kavramına ışık tutan bir diğer dava olarak *Toto v. Lübnan*⁴⁸³ davasına da atıfta bulunulmuştur⁴⁸⁴. Hakem Heyeti, davaya konu olan yatırıma ilişkin inşaat projesinin gerekli şartları karşıladığını tespit ederken, “doğası gereği ekonomik olan temel yatırım kavramının, bir girişimcinin kendi mali imkanlarını kullanarak ve kendi mali riskini alarak, belirli bir süre içinde kâr elde etmek amacıyla başlattığı ve yürüttüğü ekonomik bir faaliyet” anlamına geldiğini belirtmiştir⁴⁸⁵. Hakem Heyeti, daha sonra bu davada yatırım için geçerli olan

⁴⁸⁰ *Alapli Elektrik v Türkiye* kararı, para. 381-382.

⁴⁸¹ İlhan, s. 439.

⁴⁸² *Alapli Elektrik v Türkiye* kararı, para. 383; Yılmaz, s. 41-50.

⁴⁸³ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v Lübnan*, ICSID Case No. ARB/07/12, Yargı Yetkisine İlişkin Karar, 11 Eylül 2009, https://jsumundi.com/en/document/decision/en-toto-costruzioni-generalis-p-a-v-republic-of-lebanon-decision-on-jurisdiction-friday-11th-september-2009#decision_471 (Erişim Tarihi: 26.04.2024).

⁴⁸⁴ *Alapli Elektrik v Türkiye* kararı, para. 384.

⁴⁸⁵ *Toto v Lübnan* kararı, para. 84.

kriterleri “yatırımcının katkısı, kârlılık riski, esaslı bir süreklilik hali ve Devletin ekonomik kalkınmasına önemli bir katkı” olarak sıralamıştır⁴⁸⁶.

Hem EŞA hem de doktrin ve diğer uluslararası tahkim mahkemelerinin kararlarında yer alan kriterler ışığında, yukarıda örnek olarak verilen ve esasında davacı olarak gösterilen şirketlerin ilgili yatırımların hiçbir aşamasında anlamlı bir rol oynamadığı gerekçesiyle mevcut uyuşmazlıklar üzerinde EŞA hükümlerinde belirlenen yargı yetkisinin olmadığı sonucuna varılması neticesinde, âkit taraf devleti arkasına saklanıp Antlaşma hükümlerinden yararlanmaya çalışan üçüncü taraf devletleri, umdukları faydayı elde edememişlerdir.

Tüm bu kararların yanında Türk hukukunda ise kanunlar ve İYA’lar incelendiğinde, *Salini* kararına atıfta bulunarak, tek seferlik spekülâtif türdeki yatırımları anlaşmalarının kapsamı dışında tutmak için sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kazanç veya kâr beklentisi, risk üstlenilmesi, ekonomiye katkı veya belirli bir süre gibi yatırımın özelliklerini içeren ve kapsamlı olmayan, açıklayıcı “yatırım” tanımları barınmaktadır⁴⁸⁷. Türk Hukukunun yaklaşımına göre, bir “yatırım”da, amacı kâr elde etmek olan yatırımcı, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının yatırım yaptığı ev sahibi devlet ve yatırımcının tâbi olduğu kaynak

⁴⁸⁶ *Toto v Lübnan* kararı, para. 86.

⁴⁸⁷ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYYK) içerisinde, yabancı yatırımlara ilişkin tanım yer almaktadır. Burada ikili bir ayrıma gidildiği; yurt dışından getirilen veya yurt içinden sağlanan değerler şeklinde düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu Kanunun 2. maddesine göre yurt dışından getirilen yatırımlar: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından alım ve satımı yapılan Konvertibl para şeklinde nakit sermaye, Devlet tahvilleri hariç olmak üzere şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizat, sınai ve fikrî mülkiyet haklarından oluşmaktadır. Yurt içinde sağlanan ve yatırım olarak kabul edilen değerler ise: yeniden yatırımda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklardır. Fakat bu Kanun metninde yapılan tanım tahdidi değildir. OECD ve IMF gibi uluslararası kurumların yapmış olduğu yatırım tanımları ile uyum sağlanması için düzenlenmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Erten, R.: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S. 425, Ankara 2005.

devlet⁴⁸⁸ olmak üzere üç temel unsurun yanında sermaye taahhüdü, kâr beklentisi, risk üstlenilmesi, ev sahibi ekonomiye katkı, belirli bir süre, yatırımın yapıldığı tarihte ev sahibi devletin kanun ve düzenlemelerine uygun olması gibi belirli özellikleri barındırmalıdır⁴⁸⁹.

Bu listeye uygun olarak, yatırımcılar tarafından EŞA ve İYA’lar kapsamında açılan davalarla karşı karşıya kalan Türkiye, anlamsız talepleri önlemek amacıyla paravan şirketlerin yanı sıra üçüncü ülke yatırımcılarını ve kendi yatırımcılarını “yatırımcı” teriminin kapsamı dışında bırakmak için uluslararası yatırım anlaşmalarına kapsamlı ve ayrıntılı bir “menfaatlerin reddi maddesi” ekleme politikası benimsemiştir. Bu noktada Türkiye, bir yatırımın gerçek sahibinin kim olduğunu tanımlamak için “sahip olma veya kontrol etme” kriterlerini aramaktadır. Böylece, EŞA’nın 17. maddesi, bir âkit taraf olan Türkiye’nin yatırımcılarının EŞA’dan yararlanmasını ve ek olarak Türkiye’ye karşı dava açmasını engelleyecek şekilde yeniden ifade edilebilir.

Yukarıda da değinildiği üzere Türkiye, birçok yatırım tahkimine ilişkin davaya konu olmuştur. Bu davaların taraflarından bazıları, yukarıda değinildiği üzere, EŞA’da aranan yatırımcı veya yatırım kavramlarını karşılayamamaktadır. Genel olarak görülen senaryo içerisinde, ev sahibi devlet olan Türkiye’nin yetkililerinin gördüğü şirket ile Antlaşma kapsamında korunan ve yatırımcı olduğu iddia edilen şirketi birbirinden ayıran ara holding şirketi katmanını yer almaktadır. Bu

⁴⁸⁸ Tiryakioğlu, B.: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, s. 32-41.

⁴⁸⁹ Kesikli, Ö.: “Energy Charter Treaty and Turkey’s Approach”, Kesikli Law Firm, <https://kesikli.com/news-insight/2022-04-13-energy-charter-treaty-and-turkey-turkey-s-standing-for-the-evaluation-of-the-investment-environment-under-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 27.04.2024).

durumlarda korunan yatırımcının kendisi de aslında bir ara holding şirketi olabilmekte ve nihai ana şirket üçüncü ülke vatandaşları tarafından kontrol edilebilmektedir⁴⁹⁰.

Dolayısıyla, yatırımcı ve yatırımın kesin tanımının gerçekten önemli olduğu yer, yatırımcının Antlaşma kapsamında devlete karşı bir talepte bulunmaya çalıştığı aşamadır. Burada yatırımcı tanımı, kimin tahkimde hak talebinde bulunabileceğini belirler ve bu sadece davalı devlet için değil, aynı zamanda davacı/yatırımcı için de kritik bir konudur.

Bu noktada Türkiye, EŞA'nın 17. maddesinin âkit taraflara bahsettiği menfaatlerin reddi hakkına başvurarak, paravan şirketler aracılığıyla yatırım talepleri getirerek EŞA hükümlerini kötüye kullanmak isteyen âkit taraf olmayan üçüncü ülkelerden gelen yatırımcılara karşı EŞA'nın yatırım koruma hükümlerinin faydalarını reddetme imkanını değerlendirebilecektir.

Üçüncü taraf devletleri vatandaşları veya uyrukları tarafından sahip olunan veya kontrol edilen ve âkit tarafın bölgesinde önemli bir ticari faaliyeti olmayan herhangi bir tüzel kişiliğin ve aynı şekilde, 17/2(b) maddesi koşullarında söz konusu üçüncü taraf devletinden bir yatırımcının EŞA kapsamındaki herhangi bir yatırımının EŞA Bölüm III'ün avantajlarından mahrum bırakılması, Türkiye dâhil diğer ev sahibi devletler bakımından avantajlı bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

⁴⁹⁰ Legum, B.: "Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?", Symposium Co-Organised by ICSID, EOCED and UNCTAD, Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Paris, 12 Aralık 2005, s. 5.

SONUÇ

Enerji yatırımlarının korunması, uluslararası yatırım hukukunda ağırlıklı olarak Enerji Şartı Antlaşmasında düzenlenmiştir. Tezde, enerji yatırımından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde EŞA hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasının kapsamlı ve sistematik bir analizi yapılmış ve yatırım uyuşmazlıklarının çözüm sisteminin, yatırımcılara özel hukuk kişisi sıfatıyla uyuşmazlıkların çözümünün kapılarının açılmasında öncü bir rol oynadığı ortaya konulmuştur.

Söz konusu sistem enerji yatırımlarının korunmasını sağlamak için uygun bir mekanizma oluştursa da zamanla eleştirilere maruz kalmış ve güncellenme ihtiyacı doğmuştur. Bu kapsamda yatırımın korunması rejiminde modernizasyon önerileri incelendiğinde özellikle uyuşmazlıkların tarafları açısından bir değişikliğe gidilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

Tüm bu eleştiriler ışığında düzenlenen Antlaşmanın tadil edilmiş versiyonunda öncelikle yatırımların çok daha geniş bir şekilde tanımlandığı ve her türlü varlığın yatırım olarak adlandırıldığı tespit edilmiştir. Davacıların ‘yatırımcı’ niteliğini haiz olup olmadığına yönelik tartışmalara çözüm bulmak adına, Antlaşmaya, davacının kişi bakımından yetki şartlarını karşıladığını, dolayısıyla ‘yatırımcı’ olduğunu, ‘yatırımlara’ sahip olduğunu kanıtlamak zorunda olacağına yönelik yeni bir hüküm eklenmiştir.

Antlaşmaya yöneltilen eleştiriler arasında net bir dayanağı olmadan davacının mensup olduğu devletin EŞA tarafı olmasından dolayı yatırım uyuşmazlığı çözüm sistemine başvurması hususuna yönelik olarak ise davacının, ev sahibi devletin ihlalini ve sorumluluğunun gerekliliğini kanıtlaması gerektiği yönünde hüküm getirilmiştir. Bu değişiklik sonrasında artık, en azından bir koruma standardının ihlal

edildiğini kanıtlamadan tahkim davasını kazanmak mümkün olmayacaktır. Ayrıca davacı, söz konusu ihlalin davacının yatırımlarının zarar görmesine neden olduğunu kanıtlamak zorunda olacaktır.

Üçüncü bir tarafın yatırımcı veya ev sahibi devlet statüsü olmamasına rağmen yatırım uyuşmazlığına dâhil olması eleştirisine karşı ise davacının ancak, kendi devletinde yerleşik bir şirket adına, şirketin çoğunluğunun başka bir âkit taraf devleti tarafından kontrol edilmesi veya çoğunluğa sahip olunması halinde, dava açabileceğine ilişkin hüküm eklenmiştir. Böylece üçüncü tarafların yatırım uyuşmazlığına müdahalesi sınırlandırılmıştır.

AB hukuku ile EŞA hükümlerinin uyumsuzluğuna ilişkin tartışma ise modernizasyon sonrasında çözülememiştir. Bu soruna ilişkin çeşitli kararlar arasında özellikle *Achmea* ve *Komstroy* kararları önem taşımaktadır. İlgili kararlarda EŞA'nın kendisinin AB hukukunun bir parçası olduğu ve hakem heyetinin AB hukukunu yorumlaması ve hatta uygulaması gerektiği belirtilmiştir. Kararların en önemli noktası ise, EŞA'nın 26/2-c maddesinin *“bir üye devlet ile başka bir üye devletin yatırımcısı arasında, ikincisinin ilk üye devlette yaptığı bir yatırım ile ilgili uyuşmazlıklara uygulanamayacağı şeklinde yorumlanması gerektiği”*nin vurgulanmış olmasıdır. Bu doğrultuda, ABAD, AB içi uyuşmazlıkların AB mevzuatına uygun olmadığına ve tahkime gidilemeyeceğine hükmetmiştir. EŞA'nın modernizasyonu kararı sonrasında benzer bir hükme yer verildiği görülse de, bu durum AB'nin Antlaşmadan çekilme kararını durdurmaya yeterli olmamıştır.

AB'nin enerji politikalarındaki değişim ve AB'nin EŞA'ya yönelik tutumu, uluslararası yatırımcılar arasında belirsizlik yaratabilecek ve yatırımcıların enerji projelerine olan güvenini etkileyebilecek düzeydedir. Bu nedenle AB'nin EŞA'dan

ayrılma kararı, gelecekte AB üyesi devletlerde enerji yatırımlarının korunması ve yatırım uyumsuzluklarının çözümü konusunda nasıl bir yol izleyeceği konusunda da belirleyici olacaktır.

Bu bağlamda, AB'nin enerji politikalarındaki değişimlerin uluslararası enerji yatırımları ve böylece EŞA'nın mevcut durumu üzerinde potansiyel etkileri bulunmaktadır. İlk olarak yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirlenen ihtimallerden ilki olan birinci senaryodaki gibi, EŞA modernize edilirse, AB Komisyonu'nun, çekilme kararına rağmen özellikle Antlaşmada kalmak isteyen üye devletlerin revize edilmiş EŞA'da kalmaları durumunda yeni hükümler hem halihazırdaki yatırımlar hem de gelecekte gerçekleştirilecek yatırımlar üzerinde etkili olacaktır. Buna rağmen, EŞA'da kalmak istemeyen taraf devletlerin, modernize edilmiş yeni EŞA hükümlerine göre mevcut yatırımlar için en geç 31 Aralık 2040 tarihine kadar, modernizasyonun kabulünün ardından gerçekleştirilen yeni yatırımlar için ise 10 yıl süreyle EŞA korumasına tâbi olacakları düzenlenmiştir.

İkinci senaryo gerçekleşirse, modernizasyon kararı sonucunda düzenlenen yeni Antlaşma metni onaylanmaz ve yürürlüğe giremezse, herhangi bir taraf devletin çekilme bildiriminin yürürlüğe girmesi için tanınan bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra, EŞA âkit taraflarının AB'deki yeni yatırımları Antlaşma kapsamında korunmayacaktır. Mevcut yatırımlar ise, Antlaşma metninin eski versiyonunda yer alan gün batımı hükmü gereğince çekilmenin kesinleşmesinden itibaren 20 yıl süreyle korunmaya devam edecektir.

Tüm bu bilgiler ışığında, enerji uyumsuzluklarının tahkim davalarının önemli bir bölümünü oluşturmaya devam edeceği ve hatta küresel altyapı ve enerji değişikliklerinin bir sonucu olarak yakın gelecekte enerji uyumsuzluklarının sayısının

artacağı faktörleri göz önüne alındığında, EŞA modernizasyon sürecinin hâlâ olumlu ya da olumsuz bir şekilde sonuçlanmaması nedeniyle mevcut belirsizliğe karşı genel bir çözüm olarak yatırım tahkimi yargılamasında, mevcut yatırım uyumsuzluğu çözümü sisteminin iyileştirilmesi veya yeni bir sistem oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sistem, ICSID bünyesinde bir temyiz mekanizmasının kurulması veya MIC gibi bir çok taraflı yatırım mahkemesinin kurulması ile mümkün olacaktır. Yine de bu değişikliğin, mevcut EŞA ile değil, yeni bir uluslararası anlaşma akdedilerek gerçekleştirilmesi gerektiği kanısındayız.



KAYNAKÇA

Aalto, P.: “The New International Energy Charter: Instrumental or incremental progress in governance?”, *Energy Research & Social Science*, 2016, S. 11, s. 92–96.

Antepoğlu, D.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, 118.

Aseeva, A.: EU-Russia Energy Relations: The Role of International Law from Energy Investment and Transit Perspective, Universite De Geneve, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 70.

Ataseven, Y.: “Evaluation of the Possible Effects of the European Green Deal Process on Agricultural Policies in Türkiye”, *Journal of Agricultural Sciences*, Ankara 2023, S. 29(1), s. 15.

Aydın, G./Eryiğit, B.: “Investor vs. State Disputes under ECT & Turkey’s Tracks-record”, Kolcuoğlu Demirhan, Şubat 2014, <https://seelegal.org/wp-content/uploads/2017/08/Investor-vs.-State-Disputes-under-ECT-and-Turkeys-Track-record.pdf> (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

Baklavacı, P./Akıntürk, E.: “Enerji Şartı Antlaşması”, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, İzmir 2006, C. 7, S. 2.

Bamberger, C./Linehan, J./Waelde, T.: “The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase”, *Energy Law in Europe*, Oxford 2000, s. 2.

Bedoya, F./Santabaya, I.: The Court of Justice Rules Against Intra-EU Arbitration Under the Energy Charter, Eylül 2021, s.4-5.

Belyi, A. V.: Transitional Gas Markets and Euro-Russian Energy Relations, International Political Economy Series, Palgrave Macmillan, 2015, s. 129.

Belyi, A./Nappert, S./Pogoretsky, V.: “Modernizing the Energy Charter Process? The Energy Charter Conference Road Map and the Russian Draft Convention on Energy Security”. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011.

Belyi, A.: “The Energy Charter Process in the Face of Uncertainties”, Journal of World Energy Law and Business, 2021, S. 14, s. 363-375.

Birengel, T.: “AB Üye Ülkeleri Arasında Yatırım Tahkimine Yeni Bir Engel: Komstroy Kararı”, Erdem&Erdem, Eylül 2021.

Bogoviz, A. V./ Lobova, S. V./ Ragulina, Y. V./ Alekseev, A. N.: “Russia’s Energy Security Donctirne: Addressing Emerging Challenges and Oppurtunities”, International Journal of Energy Economics and Policy, 2018, S. 8(5), s. 3.

Bollino, C. A.: GSE’s Role in the Italian Renewable Electricity System, International Association for Energy Economics, 2009, s. 26.

Bonafé, E./Mete, G.: “Escalated interactions between EU energy law and the Energy Charter Treaty”, Journal of World Energy Law and Business, 2016, S. 9, s. 174-188.

Brabandere, E.: “Case Comment, Mathias Kruck and Others v. Spain: Challenges to Arbitrators”, Foreign Investment Law Journal, 31 Ağustos 2020, 2020/008-IEL, s. 12.

Caner, B. K.: Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2021, s. 262.

Center for International Environmental Law: The Future of Arbitration under the Energy Charter Treaty: A legal briefing on the implications of the Komstroy decision for pending and future intra-EU investment disputes, Aralık 2021, s. 3.

Chalker, J.: “Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly”, International Environmental Agreements, 25 Ekim 2006, s. 438.

Charalampidou, N.: “Range of Disputes under the Energy Charter Treaty”, OGEL 5, 2018.

ClientEarth: Arguments in favour of Energy Charter Treaty withdrawal, International Institute for Sustainable Development, Veblen Institute for Economic Reforms, 30 Eylül 2022, s. 2.

Coop, G.: “The Energy Charter Treaty: More Than A MIT”, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, New York 2006, s. 3-21.

Çal, S.: “Reciprocity and Provisional Application Under the Energy Charter Treaty: Legal Aspects”, <https://www.idare.gen.tr/cal-reciprocity.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2023).

Çeliktaş, İ.: Uluslararası Andlaşmaların Hukuksal Geçerliliğinin ve Etkilerinin 1969 Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2014, s. 103-126.

Çorlu, H. Ç.: “Russia-The European Union Relation and the Energy Charter Treaty”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 1, S. 2, s. 45-73.

Cremona M.: “Disconnection Clauses in EU Law and Practice”, Mixed Agreements Revisited-The EU and its Member States in the World, Hart Publishing, 2010, s. 160-186.

De Jong, S.: “The International Energy Charter: A New Impetus for Global Energy Governance?”, Research Handbook on EU Energy Law and Policy, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2017, s. 179-191.

Demir, E.: “Enerji Şartı Anlaşması”, Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi, S. 8

Demirkol, B.: Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 2012, s. 312.

Dimitrov, I.: “Legitimate Expectations in the Absence of Specific Commitments According to the Findings in *Blusun v Italy*: Is there Inconsistency Among the Tribunal in the Solar Energy Cases?”, Kluwer Arbitration Blog, 18 Ağustos 2018.

Dost, S.: “Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2019, C. 14, S. 173-174, s. 35-74.

Dursun, S.: Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Araştırma Dizisi No: 36, Ankara, 2011, s. 162.

Eckes, C./Ankersmit, L.: The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law, University of Amsterdam, 21 Nisan 2022, s. 15.

Eichberger, F.: “ECT Modernisation Perspectives: No Winners: The Long End of the ECT Modernisation Process”, Kluwer Arbitration Blog, 8 Mayıs 2023.

Ener, M. A.: “ABAD’ın Achmea Kararı ve Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Açısından Yansımaları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2022, C. 26, S. 1, s. 165-208.

Erkan, M.: Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, 9. Baskı, s. 251-252.

Erten, R.: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S. 425, Ankara 2005.

European Parliament: Multilateral and Plurilateral Trade Agreements Within and Outside the WTO Framework, Legislative Train, 20 Şubat 2024, s. 3.

Fetting, C.: “The European Green Deal”, ESDN Report, Aralık 2020, ESDN Office, Vienna. Dulian, M.: “EU Withdrawal From the Energy Charter Treaty”, European Parliamentary Research Service, Aralık 2023, s. 5.

Flues, F./Eberhardt, P./Olivet C.: “Busting the myths around the Energy Charter Treaty, A guide for concerned citizens, activists, journalist and policymakers”, Berlin, Brüksel, Amsterdam, (ed. Paula Dobbyn) Aralık 2020, s. 36.

Fouchard, C./Thieffry, V.: “CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the Enf of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment)”, Kluwer Arbitration Blog, 7 Eylül 2021.

Gaillard, E.: “Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty”, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, New York 2006, s. 54-73.

Gastrell, L./Le Cannu, P.J.: “Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, ICSID Review, 2015, C. 30, S. 1.

Gatti, M.: “Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?”, European Papers, 2019, C. 4, S. 1, s. 109-121.

Gazzini, T.: “Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Provisional Application of the ECT in the Yukos Case”, ICSID Review, 2015, S. 30, s. 293-302.

Georgiou, N. A.: “A Modernised ECT Reflecting EU Values and Objectives: A Multilateral Framework Promoting Energy Investment in a Sustainable Way?”, UCL Press, Europe and the World, 26 Temmuz 2023, s. 15.

Gönen Z./Uzun F.: “Paris Climate Agreement, Its Impact on Sectors and Expected Changes in Practice”, Gönen Law Office, Ankara 2021.

Güneş, C.: Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara, Eylül 2023, s. 336.

Gyapong, O.: “Commission presents parliament with Energy Charter Treaty exit plan”, Euractiv, 21 Mart 2024.

Hermann, C./Terhechte, J. P.: European Yearbook of International Economic Law, s. 272.

Herranz-Surrallés, A.: “The Energy Charter Treaty: Old and New Dilemmas in Global Energy Governance”, Handbook of Energy Governance in Europe, Springer International Publishing, 2020.

İlhan, E. D.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2022, S. 158, s. 438.

Kassoti, E./Odermatt, J.: “The Principle of Autonomy and International Investment Arbitration: Reflections on Opinion 1/17”, Questions of International Law, Zoom-out, 2020, S. 73, s. 5-20.

Kesikli, Ö.: “Energy Charter Treaty and Turkey’s Approach”, Kesikli Law Firm, <https://kesikli.com/news-insight/2022-04-13-energy-charter-treaty-and-turkey-turkey-s-standing-for-the-evaluation-of-the-investment-environment-under-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 27.04.2024).

Kılavuz, A. K.: “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2009, C. 13, S. 1-2, s. 180.

Kılıçarslan, E. I.: “Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim”, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tarsus-Mersin, Ekim 2012.

Klee, T. J.: “The European Green Deal: An Analysis of how the European Commission promises to Manage Climate Change”, University of Barcelona, Master Degree Thesis of Citizenship and Human Rights: Ethics and Politics, 2019/2020, s. 22.

Koutrakos, P.: “The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration”, *Nordic Journal of International Law*, S. 88, s. 41-64.

Köşgeroğlu Şit, Banu: Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, 2012 (Enerji Yatırım Sözleşmeleri), s. 1.

Küçük, G./Dural, B.: “Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Yeşil Ekonomiye Geçiş: Enerji Senaryoları Üzerinden Bir Değerlendirme”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2022, C. 22, S. 1, s. 143.

Lavranos, N./Lath, A./Varma, R.: “The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States”, SchiedsVZ, 1/2023, s. 38-46.

Lawn, N./Martin, I.: “The End Is Near: The European Commission’s Proposed Coordinated Withdrawal from the ECT”, Kluwer Arbitration Blog, 24 Temmuz 2023.

Le Bars, B.: “Recent Developments in International Energy Dispute Arbitration”, Journal of International Arbitration, 2015, C. 5, s. 543-550.

Legum, B.: “Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?”, Symposium Co-Organised by ICSID, EOCED and UNCTAD, Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Paris, 12 Aralık 2005, s. 5.

Lenk, H.: “An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada”, European Papers, 2016, C. 1, S. 2, s. 665-677.

Lin, X.: “Investors’ Legitimate Expectation Claims Against Italy Dismissed Due to the Absence of Specific Commitments”, Investment Treaty News, 27 Haziran 2019.

Lui, H.: “*Komstroy* and its impact on intra-EU arbitration under the ECT”, Thomson Reuters Arbitration Blog, 1 Mart 2022.

Miles, K.: The Origins of International Investment Law, Empire, Environment and the Safeguarding of Capital, Cambridge University Press 2013, s. 71-77.

Montero, F. J./Ruiz, L.: The Concepts of Investor and Investment Under The ECT and The Legal Standing to Bring Arbitrations Under The ECT, Revista del Club Espanol del Arbitraje, 2015, S. 23, s. 82.

Montero, F./Ruiz, L.: The Concepts of Investor and Investment Under the ECT and the Legal Standing to Bring Arbitrations Under the ECT, Revista del Club Espanol del Arbitraje, 2015, S. 23, s. 80.

Morgandi, T./Bartels, L.: “Exiting the Energy Charter Treaty Under the Law of Treaties”, King’s Law Journal, 2023, s. 2.

Mussina, A.: “The Legal Analysis of the Role of Paris Agreement in Development of State Responsibility and Sustainable Practices in International Climate Change Law Analytical Review”, Kimep University, Almaty, 2020.

O’Connor, J./Maarfield, C./Underhill, D.: “Outrage as Italy ordered to pay out millions to oil investor over Energy Charter Treaty”, Climate Action Network, <https://caneurope.org/outrage-as-italy-ordered-to-pay-out-millions-to-oil-investor-over-energy-charter-treaty-claim/> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

Parola, L./Petronio, F./Cozzi, F.: “Italy’s Withdrawal From the Energy Charter Treaty: Which Consequences for Foreign Investors?”, Paul Hasting, 28 Nisan 2015.

Querini, S. P.: The Mixed Participation of the EU and its Member States to the Energy Charter Treaty and Italy’s Withdrawal Therefrom: Consequences on the Promotion and Protection of Foreign Energy Investments, Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione Dipartimento di Scienze Politiche, Dottorato in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale, 2018-2019, s. 146.

Raddi, Y.: Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration, Cambridge University Press, United Kingdom, 2020, s. 194.

Rajamani, L./Werksman, J.: “The legal character and operational relevance of the Paris Agreement’s temperature goal”, *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2 Nisan 2018.

Redazione: “EU countries, green light to withdrawal from Energy Charter Treaty”, *EU News*, 7 Mart 2024.

Roiger-Simek, K.: “The Modernization of the Energy Charter Treaty: Dead in the Water?”, *Austrian Review of International and European Law*, 2021, S. 26, s. 121-146.

Rusnak, U.: “Modernization of the Energy Charter”, *Russia in Global Affairs*, Aralık 2013.

Sakwa, R.: “*‘New Cold War’ or Twenty Years’ Crisis? Russia and International Politics*”, Oxford University Press, 2008, C. 84, S. 2, s. 241-267.

Sanderson, C.: “Zero Legitimacy”: Investment Court Under Fire ar ICCA, *Global Arbitration Review*, 26 Eylül 2022,

<https://globalarbitrationreview.com/article/zero-legitimacy-investment-court-under-fire-icca> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

Sarıbaş, M. S.: “Tahkimde Yetki Açışından Özel Durum – Paravan şirketler”, 22 Nisan 2020, <https://www.saribasakbaba.av.tr/tr/tahkimde-yetki-acisindan-ozel-durum-paravan-sirketler/> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

Schröder, S./Klinkmüller, S.: “The CJEU Finds Investor-State Arbitration Clause In The Energy Charter Treaty Inapplicable To Intra-EU Disputes”, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2021, s. 4.

şeker, E. Ö.: “Avrupa Birliği Üyeliği Öncesindeki Uluslararası Anlaşmalar: Üye Devletler ve Aday Devletlere Yönelik Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2015, S. 64(4), s. 1189-1242.

Stebbing, H./Furse, I.: “Sunset on the ECT’s modernisation?”, Norton Rose Fulbright, Ocak 2023, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-in/knowledge/publications/4314b262/sunset-on-the-ects-modernisation> (Erişim Tarihi: 18.03.2024).

Sullivan & Cromwell LLP: “Update on Modernization of the Energy Charter Treaty: Vote on Modernized Energy Charter Treaty Postponed Indefinitely as European Commission Formally Recommends Withdrawal of the EU — Key Considerations for Energy Sector Investors”, 19 Temmuz 2023, s. 4-5.

Talus, K.: EU Energy Law and Policy, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 243.

Talus, K.: EU Energy Law and Policy: A Critical Account. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Theofanopoulos, T.: “Modernisation of the Energy Charter Treaty: Evolution and Challenges”, Piraeus, University of Piraeus, 2022, s. 4.

Tiryakioğlu, B.: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, s. 32-41.

Tokas, M.: “The Graduate: The EU and its Member States’ Exit from the Energy Charter Treaty”, Harvard International Law Journal, 15 Mart 2024.

Tropper, J.: “From Achmea to Komstroy, The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty”, International Law & International Legal Thought, 22 Eylül 2021.

Tropper, J.: “Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near”, Kluwer Arbitration Blog, Kasım 2022.

Trouyet, I./Namdar, A. L.: “Exodus From The Energy Charter Treaty – What is Left of Europe’s Protections for Investors?”, The National Law Review, 17 Ocak 2024, C. 14, S. 17.

Van Bael & Bellis: “Modernisation of the ECT: Championed by the EU, Derailed by Member States”, 13 Aralık 2022.

Verbeek, B.: “The Modernization of the Energy Charter Treaty: Fulfilled or Broken Promises?”, Business and Human Rights Journal, 2023, s. 97-102.

Verburg, C.: “Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement”, Journal of World Investment & Trade, 2019, S. 20, s. 425-454.

Vertakova, J./Shirokova, L./Bedakova, M.: “Integration as the Tendency of Development of Business in Russia”, International Conference on Applied

Economics (ICOAE), Elsevier B. V., Procedia Economics and Finance, 2014, S. 14, s. 644-649.

Wahnschaffe, C. J./Rensmann, E.: “Light Out for the Energy Charter Treaty? The ECJ’s Next Blow to Intra-EU Treaty Arbitration, The American Review of International Arbitration, 15 Şubat 2022.

Walde, T. W.: “Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration, Controversial Issues”, Journal of World Investment and Trade, Haziran 2004, C. 5, S. 3, s. 373-412.

Walde, T. W.: Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues, Transnational Dispute Management, 2004, s.4.

Woods, L./ Freelove, S.: “Intra-EU Disputes Under the ECT. What Next?”, Vinson&Elkins LLP, 8 Eylül 2021.

Yafimava, K.: The EU Third Package for Gas and the Gas Target Model: major contentious issues inside and outside the EU, The Oxford Institute for Energy Studies, NG 75, Nisan 2013.

Yafimava, K.: The Transit Dimension of EU Energy Security, Oxford, Oxford University Press/Oxford Institute for Energy Studies, 2011, s. 304.

Yılmaz, A. Ç.: Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, 1. Baskı, s. 109.

Yorkan, A.: Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye’ye Etkileri, Bilgi Strateji, C. 1, S. 1, Güz 2009, s. 25. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/43530>. (Erişim Tarihi: 20.11.2023).

İNTERNET KAYNAKLARI

“Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty”, Enerji Şartı Antlaşması Sekreterliği Belgesi Eki Doc CC 750 Rev, 24 Haziran 2022; AB Konseyi Çalışma Belgesi, Enerji Şartı Antlaşmasının Modernizasyonuna İlişkin Prensiptir Anlaşması, Doc WK 9218/2022 INIT, 27 Haziran 2022, ilgili Prensiptir Anlaşması, https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf E.T (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

“Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü”nün düzenlendiği REIO maddesi, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/ImagesMedia/ECT/Evolution_of_the_Article/Article_1_3_.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

1 Eylül 2022 tarihinde, Köln Yüksek Bölge Mahkemesi’nin, Alman davacılar tarafından başlatılan bir çift ICSID tahkiminin Alman ve AB hukuku uyarınca kabul edilemez olduğunu ilan ettiği karar, <https://www.italaw.com/cases/9156> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

1 Mart 2024 tarihinde yayınlanan Enerji Şartı Konferansında Avrupa Birliği adına alınacak pozisyona ilişkin Konsey Kararına yönelik Önerge, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024PC0104&qid=1712567807208> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

1 Mart 2024 tarihli Avrupa Komisyonu’nun Enerji Şartı Konferansında Avrupa Birliği adına alınacak pozisyona ilişkin Konsey Kararı, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2024\)104&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2024)104&lang=en) (Erişim Tarihi: 02.04.2024).

14 Temmuz 2022’de Lüksemburg Yargıtay’ının, *Achmea* ve benzerleri uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına hükmederek *Micula v Romanya* davasındaki tenfiz talebi reddi kararı, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170526.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

2 Temmuz 2019 tarihli Enerji Şartı Anlaşmasının Modernizasyonuna İlişkin Direktiflerin Müzakere Edilmesi başlıklı Avrupa Komisyonu kararı, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

23 Kasım 2022 tarihli Avrupa Parlamentosu’nun Ortak Karar Önergesi, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2022-0498_EN.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

27 Mayıs 1988 tarihli 3460 sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’a ilişkin 2 Haziran 1988 tarihli 19830 sayılı Resmi Gazete, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

28-29 Kasım 2017 Tarihinde Gerçekleştirilen Enerji Şartı Konferansı’nın Raporları, <http://dev.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCD-EC201723.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

30 Kasım 2009 tarihli *Yukos v Rusya* ara kararı, <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-yukos-universal-limited-isle-of->

[man-v-the-russian-federation-interim-award-on-jurisdiction-and-admissibility-monday-30th-november-2009](#) (Erişim Tarihi: 01.04.2024).

4519 sayılı Kanun, RG., 06.02.2000, S. 23956; 2000/786 sayılı Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihâî Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanması Hakkındaki Karar, RG., 12.07.2000, S. 24107, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4519.pdf> (Erişim Tarihi: 20.11.2023).

5	Mart	2020	tarıhli	oturum	raporu,
			https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/env/2020/03/05/ ,	8	Haziran 2020
tarıhli	oturum			raporu,	
			https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/agrifish/2020/06/08/ ,	15	Haziran
2020	tarıhli	oturum		raporu,	
			https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/tte/2020/06/15/ ,	23	Haziran 2020
tarıhli	oturum			raporu,	
			https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/env/2020/06/23/	(Erişim Tarihi:	
22.02.2024).					

AB Konseyi'nin yayınladığı 2019-2024 dönemini kapsayan Stratejik Ajanda, <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

AB ve Euratom'ın EŞA'nın modernizasyonuna ilişkin pozisyonlarının bulunmaması ve 22 Kasım 2022 tarihli Enerji Şartı Konferansı'nın sonuçları ışığında, AB, Euratom ve üye devletlerin EŞA üyelikleri ile ilgili olarak kullanabilecekleri olası seçenekler konusunda üye devletlerle yapılacak bir tartışmaya rehberlik etmek adına yayınlanan Avrupa Komisyonu'nun halka

açıklanmamış/yayınlanmamış anlaşması, https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2023/02/Non-paper_ECT_nextsteps.pdf (Erişim Tarihi: 03.04.2024).

ABAD Achmea kararı, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Achmea davasındaki ön karar başvurusu, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2016.296.01.0019.01.ENG (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Alapli Elektrik B.V. v Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, 16 Temmuz 2012, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/22_Alapli_Elektrik/Excerpts_of_Award_Alapli.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin 3 Mart 2016 tarihli kararı, <https://jusmundi.com/en/document/decision/de-achmea-b-v-formerly-eureko-b-v-v-the-slovak-republic-i-decision-of-the-federal-court-of-justice-thursday-3rd-march-2016> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSSEMG Investors LLC and David Fischer v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1 Şubat 2016, <https://jusmundi.com/en/document/decision/enampal-american-israel-corp-egi-fund-08-10-investors-llc-egi-series-investments-llc-bss-emginvestors-llc-and-david-fischer-v-arab-republic-of-egypt-decision-on-jurisdiction-monday-1stfebruary-2016> (Erişim Tarihi: 23.04.2024).

Amsterdam Temyiz Mahkemesi'nin Rusya'nın aleyhine 50 milyar dolarlık hakem kararına karşı yaptığı temyiz başvurusuna ilişkin 22 Şubar 2024 tarihli kararı, https://jusmundi.com/en/document/decision/nl-yukos-universal-limited-isle-of-man-v-the-russian-federation-uitspraak-van-het-gerechtshof-amsterdam-tuesday-20th-february-2024#decision_60130 (Erişim Tarihi: 10.05.2024).

Antlaşmayı Onaylayan ve İmzalayan Ülkelerin Listesi, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/signatories-contracting-parties/> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

Antlaşmayı Yalnızca İmzalayan Ülkelerin Listesi, <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

Avrupa Birliği İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yukos davasına ilişkin özet raporu, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22yukos%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-169161%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22yukos%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-169161%22]}) (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 11 Aralık 2019 tarihinde yayınladığı Avrupa Yeşil Mutabakatı'nı içeren Tebliğ, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 29.01.2024).

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (Erişim Tarihi: 08.01.2024).

Avrupa Birliği'nin 11 Nisan 2016 tarihli Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında kabul edilen Paris Antlaşması'nın Avrupa Birliği adına imzalanmasına ilişkin tebliği, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016D0590> (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

Avrupa Enerji Şartı: Enerji Şartı Antlaşması Süreci, <https://www.energycharter.org/process/european-energy-charter-1991/> (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

Avrupa İklim Yasası, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32021R1119> (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

Avrupa İklim Yasası'nın kabul edilmesine ilişkin Parlamento kararı, Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32021R1119> (Erişim Tarihi: 29.02.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 20 Eylül 2011 tarihli *Yukos v Rusya* Kararı, https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_14902-04 (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 24 Haziran 2022 tarihinde yayınladığı “Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty” başlıklı makalesi, https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en (Erişim Tarihi: 23.04.2024).

Avrupa Birliği Komisyonu’nun 27 Haziran 2022 tarihli Enerji Şartı Antlaşmasının modernizasyonuna ilişkin bildirisi,
https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

Avrupa Birliği Komisyonu’nun sınır ötesi AB yatırımlarının korunmasına ilişkin yayınladığı soru ve cevap rehberi,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/MEMO_18_4529, (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

Avrupa Birliği Komisyonu’nun Teklifi,
https://energy.ec.europa.eu/publications/coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty_en (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

Avrupa Konseyi: “Climate Change: What the EU is Doing”,
<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/climate-change/> (Erişim Tarihi : 22.02.2024).

Avrupa Konseyi’nin 19 Aralık 2019 tarihinde gerçekleştirdiği Çevre Konseyi hakkında bilgi notu,
<https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/env/2019/12/19/> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Avrupa Konseyi’nin 20-21 Haziran 2019 tarihli oturuma ilişkin bilgi notu, <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2019/06/20-21/> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Avustralya’nın EŞA m. 45/3(a) uyarınca 28 Eylül 2021’de Enerji Şartı Anlaşması ve Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Yönlere İlişkin Enerji Şartı Protokolü’ne Âkit Taraf olmama beyanı,

[https://www.info.dfat.gov.au/Info/Treaties/treaties.nsf/AllDocIDs/B5C43BB22EE8D60ACA256C8B0010A881#:~:text=Australia%20deposited%20its%20declaration%20not,45\(3\)\(a\)](https://www.info.dfat.gov.au/Info/Treaties/treaties.nsf/AllDocIDs/B5C43BB22EE8D60ACA256C8B0010A881#:~:text=Australia%20deposited%20its%20declaration%20not,45(3)(a)) (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Birleşik Krallık Meclisi'nin Enerji Güvenliğı ve Net Sıfır departmanı tarafından yayınlanan 22 Şubat 2024 tarihli ve UIN HCWS279 numaralı açıklama, <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2024-02-22/hcws279> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

Birleşik Krallık'ın EŞA'dan ayrılma kararı, https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-4/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=8813fa35745ca8241bb230da9d9294a4 (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

Birleşmiş Milletler İklim Değışikliğı Çerçeve Sözleşmesi'nin Taraflar Konferansı'na Yönelik Bilgi Notu, <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop> (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

Case C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea B.V.*, Opinion of Advocate General Wathelet, 19 September 2017, Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşleri, <https://jusmundi.com/en/document/pdf/other/en-achmea-b-v-formerly-eureko-b-v-v-the-slovak-republic-i-opinion-of-advocate-general-of-the-european-court-of-justice-tuesday-19th-september-2017> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

Cementownia "Nowa Huta" S.A. v Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, 17 Eylül 2009, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/ISDSC-015a.pdf (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

EC: “Communication From the Comission to the European Parliament and the Council – Protection of intra-EU investment”, Brussels, 19.07.2018, COM(2018) 547 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en> (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

EK ID: “Bir Yatırımcının Aynı Uyuşmazlığı Daha Sonraki Bir Aşamada Madde 26 Kapsamında Uluslararası Tahkime Yeniden Sunmasına İzin Vermeyen Âkit Tarafların Listesi”, <https://www.energychartertreaty.org/provisions/annexes/annex-id-list-of-contracting-parties-not-allowing-an-investor-to-resubmit-the-same-dispute-to-international-arbitration-at-a-later-stage-under-article-26/> (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

End Fossil Protection, ‘Open Letter from Climate Leaders and Scientists to Signatories of the Energy Charter Treaty (ECT)’, 2020, <https://endfossilprotection.org/> (Erişim Tarihi: 17.11.2023).

Enerji Güvenliği İletişim Grubu’na Yönelik Bilgi Notu, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201414.pdf> (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

Enerji şartı Antlaşması’ndan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Yönelik İstatistikler, <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

Enerji şartı Sekreterliği’nin 22 Haziran 2022 tarihinde yayınlamış olduğu Enerji şartı Konferansı Kararı, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

Enerji Şartı Sekreteryası'nın 6 Ekim 2019 tarihli Politika Seçenekleri Belgesi'ni **içeren** **Kararı,**
<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2024).

Enerji Şartı Sekreteryası'nın“Transit Protocol: Negotiations Suspended“
başlıklı **Bilgi** **Notu,**
https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Newsletter/20040202-ECS_Charter_News_2004_17.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

Enerji Şartı'nın “Transit Protocol“ **başlıklı** **Bilgi** **Notu,**
<https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/transit-protocol/> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

Enerji Şartı'nın Modernizasyona İlişkin **Bilgi** **Notu,**
<https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/> (Erişim Tarihi: 24.11.2023).

Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Protokol,
https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_PEEREA.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

Europe Cement Investment & Trade S.A. v Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, **13** **Ağustos** **2009,**
https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/ISDSC-016a.pdf (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

European Commission: Multilateral Investment Court Project,
https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

European Council, Council Resolution of 17 September 1974 concerning a new energy policy strategy for the Community, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31975Y0709%2801%29> (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

European Parliament: Fact Sheets on the European Union, Internal Energy Market başlıklı Bilgi Notu, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/45/internal-energy-market> (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

Friends of the Earth Europe and Climate Action Network, ‘Civil Society Organisations ’Statement Against the Energy Charter Treaty, 2021, <https://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2021/07/CSO-Statement-.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2023).

ICSID Tahkimi ve Türkiye, Haziran 2020, <https://www.ongurpartners.com/icsid-tahkimi-ve-turkiye.html> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

Infracapital F1 S.A.R.L. and Infrapatical Solar B.V. v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/18, 2 Mayıs 2023, <https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171392.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2024).

İtalya’nın EŞA’ya İlişkin Uyguladığı Kararların Kronolojik Sırası, <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/> (Erişim Tarihi: 04.01.2024).

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006. Commission of the European Communities v Ireland., Case C-459/03,

ECLI:EU:C:2006:345, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62003CJ0459> (Erişim Tarihi: 23.12.2023).

Judgment of the Higher Regional Court of Frankfurt, Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 18 Aralık 2014 tarihli karar, <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-achmea-b-v-v-the-slovak-republic-ii-award-on-jurisdiction-and-admissibility-tuesday-20th-may-2014> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

Kanada-Avrupa Ticaret Anlaşması, https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en, (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

Limited Liability Company Amto v Ukraine, SCC Case No. 080/2005, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/10_Amto/Fi_n_Aw_Amto_v_Ukraine.pdf (Erişim Tarihi: 22.04.2024).

Lüksemburg'un EşA'dan ayrılma kararı, <https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>, (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

Mathias Kruck and Others v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/23, 14 Eylül 2022, “Yargı Yetkisi, Sorumluluk ve Meblağa İlişkin İlkelere Yönelik Karar”, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170773.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2024).

MENA Chambers: Series of Notes on the Energy Charter Treaty, Note 12, 5 Mayıs 2015, https://menachambersbh.com/wp-content/uploads/2015/12/MCET_ECT_Note-12_05052015.pdf (Erişim Tarihi: 05.01.2024).

Modernizasyon Kararı Sonrasında EŞA'nın Hükümlerinde Yapılan Değişiklikleri İçeren Antlaşma Metni,

https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Trade_Amendment_Explanations-EN.pdf (Erişim Tarihi: 16.12.2023).

Modernizasyon Kararının Müzakare Yönergeleri,
<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/07/15/council-adopts-negotiation-directives-for-modernisation-of-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

Modernizasyon Müzakere Süreçlerine İlişkin Bilgi Notu,
<https://www.energycharter.org/modernisation-of-the-treaty/> (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

Nisan 2022'de yayınlanan İklim Değişikliği: İklim Değişikliğini Azaltma başlıklı rapor,
https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_FullReport.pdf (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

Oil, Gas & Energy Law: “Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italy – ICSID Case No. ARB/14/3 – Award – 27 December 2016”,
<https://www.ogel.org/legal-and-regulatory-detail.asp?key=21915> (Erişim Tarihi: 05.01.2024).

Opinion 1/17 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2019:341, 30 April 2019 (1/17 Sayılı Mahkeme Görüşü),
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&doclang=EN>,
(Erişim Tarihi: 13.02.2024).

Opinion 2/13 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, EU:C:2014:2454, 18 December 2014,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN>

(Erişim Tarihi: 23.12.2023).

Paris Antlaşması Bilgi Notu,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

Paris Antlaşması,

https://unfccc.int/sites/default/files/resource/parisagreement_publication.pdf (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

PCA Case No. 2008-13, Achmea B.V. v The Slovak Republic, Final Award. 7 Aralık 2012 tarihli nihai karar,

<https://pcacases.com/web/sendAttach/785> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

PCA Case No. 2008-13, Euroko B.V. v The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 26 Ekim 2010 tarihli ara karar,

<https://www.italaw.com/cases/documents/418> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Portekiz Cumhuriyeti'nin EşA'dan ayrılma kararı,

<https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty->

[2/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=9d3c978d607d633a4be5220227bd6bc5](https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-2/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=9d3c978d607d633a4be5220227bd6bc5) (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

Prensip olarak Antlaşmada yer alan ana değişiklikleri açıklayan Kamu Bildirimi,

<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

Rusya Federasyonu Enerji Bakanlığı'nın Uluslararası Enerji Güvenliği Sözleşmesi ile ilgili içeriği, <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/9b66ab8b-4e4f-d632-3968-dbe7bc007a7e> (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, 4 Şubat 2004, https://jsumundi.com/en/document/decision/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001#decision_804 (Erişim Tarihi: 26.04.2024).

Sınırdaki Karbon Düzenlemesi, Regulation (EU) 2023/956 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 establishing a carbon border adjustment mechanism, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R0956&qid=1709231263650> (Erişim Tarihi: 29.02.2024).

Slovenya'nın EŞA'dan ayrılma kararı, https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-1/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=abcda61b6382609c6671e7e7a4045edd, (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

Söz konusu tebliğ sonucunda alınan 18 Eylül 2015 tarihli Avrupa Konseyi kararı, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016D1841#document1> (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

Taraf Ülkelerin EŞA'dan ayrılma kararları,
<https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/> (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

Taslak halindeki Transit Protokolü,
https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CC_251_ENG.pdf
(Erişim Tarihi: 15.12.2023).

Toto Construzioni Generali S.p.A. v Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Yargı Yetkisine İlişkin Karar, 11 Eylül 2009,
https://jusmundi.com/en/document/decision/en-toto-costruzioni-generalis-p-a-v-republic-of-lebanon-decision-on-jurisdiction-friday-11th-september-2009#decision_471 (Erişim Tarihi: 26.04.2024).

Türkiye Aleyhine Açılan Yatırım Tahkimi Davaları Listesi,
<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Başkanlığı 27. Fasıl: Çevre ve İklim Değişikliği, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=92> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Uluslararası Enerji Şartı,
<https://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/>
(Erişim Tarihi: 10.11.2023).

UNCITRAL Sekreterya'sının 4-5 Mayıs 2021 tarihinde yayınladığı yatırımcı devlet uyuşmazlık çözümü reformunun uygulanmasına yönelik çalışma planı,
<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/v21/016/72/pdf/v2101672.pdf?token=pCOZyMUeXVnb4wfVBp&fe=true#page=3> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

Üye Devletlerin Davalı Olarak Yer Aldığı Tahkim Yargılamalarının İstatiksel Sonuçları, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).