



ANKARA

HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**ULUSLARARASI YATIRIM ANDLAŞMALARININ
YORUMLANMASI**

Selcen Nur KIŞLA

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

**DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
HUKUK BİLİM DALI**

MART 2022



ULUSLARARASI YATIRIM ANDLAŞMALARININ YORUMLANMASI

Selcen Nur KIŞLA

**DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
HUKUK BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

MART 2022

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Selcen Nur Kışla

04.03.2022

ULUSLARARASI YATIRIM ANDLAŞMALARININ YORUMLANMASI

(Doktora Tezi)

Selcen Nur KIŞLA

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Mart 2022

ÖZET

Günümüzde sayısı 3.000’i aşmış olan uluslararası yatırım andlaşmaları, uluslararası kamu hukukuna tabi olmakla birlikte, diğer uluslararası andlaşma türlerinden daha özgün bir yapıya sahiptir. Yatırım andlaşmaları, yatırımcılara çok geniş maddi haklar tanımaktadır. Ayrıca uyusmazlıkların, yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında yatırım tahkimi usulü ile çözülmesine imkan sağlamaktadır. Bu andlaşmalarda, kavramlar ve maddeler çok genel ve belirsizdir. Bu da yorumu zorlaştırır ve yatırım tahkimi mahkemelerine geniş takdir yetkisi verir. Yatırım andlaşmalarının yorumuna dair zorluklar, diğer uluslararası andlaşma türleriyle kıyaslanamayacak kadar çoktur. Ayrıca, yatırım tahkiminde yatırım andlaşmalarının yorumlanmasına ilişkin önemli sorunlar vardır. Bu sorunlar ise esasen, uluslararası hukuktaki yorum kurallarının (Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. ve 32. maddeleri) tamamıyla uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Dahası, genel yorum kuralı olan 31. maddenin unsurlarının uygulanmasında izlenen yöntem farklılıkları, önemli yorum sorunlarına yol açmaktadır. Tüm bu nedenlerin birleşmesi, yatırım hukukunu “istikrarsız kararlar”, “bölünmüşlük”, ve “çözumsuzlük” kavramlarıyla özdeşleştirmektedir. Ayrıca, yatırım tahkiminin meşruiyetini sorgulanır hale getirmektedir.

Bilim Kodu : 51201

Anahtar Kelimeler : uluslararası yatırım hukuku, uluslararası yatırım andlaşmaları, uluslararası andlaşmaların yorumlanması, 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, uluslararası yatırım andlaşmalarının yorumlanması, uluslararası yatırım tahkimi, yatırım, yatırım koruma standartları

Sayfa Adedi : 327

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

THE INTERPRETATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES

(Ph. D. Thesis)

Selcen Nur KIŞLA

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

March 2022

ABSTRACT

International investment treaties, the number of which has exceeded 3.000 today, have a more unique structure than other types of international treaties, although they are governed by public international law. Investment treaties provide broad substantial rights to investors. It also enables disputes to be resolved between the investor and the host state through investment arbitration. In these treaties, the terms and articles are very general and vague. This makes interpretation difficult and gives investment arbitration courts wide discretion. The difficulties in the interpretation of investment treaties are incomparable with other types of international treaties. In addition, there are significant problems with the interpretation of investment treaties in investment arbitration. These problems are mainly due to the fact that the interpretation rules in international law (Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) are not fully implemented. Moreover, the differences in the method followed in the application of the elements of Article 31, which is the general interpretation rule, cause significant interpretation problems. The combination of all these reasons identifies investment law with the concepts of “inconsistent decisions”, “fragmentation” and “insolvency”. It also makes the legitimacy of investment arbitration questionable.

Science Code : 51201

Key Words : international investment law, international investment treaties, interpretation of international treaties, 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation of international investment treaties, international investment arbitration, investment, standards of investment protection

Page Number : 327

Supervisor : Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

TEŞEKKÜR

Doktora öğrenim sürecimin başında kendisiyle tanışma şansına eriştiğim saygıdeğer hocam ve tez danışmanım *Prof. Dr. Sertaç Hami Başeren'e*, bana bu kıymetli tez konusunu tavsiye ettiği ve tez çalışmam sırasında değerli vakitlerini ayırarak her zaman yol gösterdiği için en içten teşekkürlerimi sunarım. Onun da ötesinde, manevi desteklerini her zaman yanımda bulduğum sayın hocamdan bu mesleğe dair çok şey öğrendiğimi ve aynı zamanda kendisinin öğrencisi olmaktan çok büyük mutluluk duyduğumu ayrıca belirtmek isterim.

Tez çalışmasının yürütülmesi sürecinde desteklerini esirgemeyen ve değerli katkılarda bulunan sayın hocam *Prof. Dr. İlyas Doğan'a* da ayrıca teşekkür ederim. Yine, tez izleme komitesi üyesi olarak tez çalışmamla yakından ilgilenen sayın hocam *Doç. Dr. Cavid Abdullahzade'ye*; kendisinin de yer aldığı tez savunma sınavımda, kıymetli değerlendirmeleri ile katkılarda bulunan sayın hocalarım *Prof. Dr. Yücel Acer'e*, *Prof. Dr. Mehmet Emin Çağırın'a* ve *Prof. Dr. Canan Ateş Ekşi'ye* teşekkürlerimi sunarım.

Tez çalışmam sırasında benden yardımlarını esirgemeyen değerli meslektaşlarım: *Dr. Seher Çakan'a*, *Dr. Ruveyda Gülmisal Akkale Çelebi'ye*, *Zeliha Kılıçparlar'a*, *Bekir Fatih Bilgi'ye* ve *Abdullah Pekel'e* çok teşekkür ederim.

Son olarak; tüm hayatım boyunca şefkatle üstüme kanatlarını geren, desteklerini her zaman yanımda bulduğum sevgili aileme ve isimlerini burada tek tek sayamadığım, ancak bu süre zarfında kendilerinden yardım gördüğüm herkese en samimi teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xii
1. GİRİŞ	1
2. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU	15
2.1. Uluslararası Yatırım Hukukunun Uluslararası Hukuktaki Yeri	15
2.1.1. Uluslararası Hukukun Bölünmüşlüğü Tartışmaları Işığında Uluslararası Yatırım Hukuku	15
2.1.2. Uluslararası Yatırım Hukukunun Temel Özellikleri	24
2.1.3. Uluslararası Yatırım Andlaşmaları Tahkimi, Önemi ve Niteliği.....	31
2.2. Uluslararası Yatırım Hukukunun Kaynakları.....	41
2.2.1. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Ortaya Çıkmasından Önce Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Hukuk Kurallarının Gelişimi Hakkında Genel Bilgi	43
2.2.2. Uluslararası Yatırım Hukukunda İç Hukukun Yeri.....	46
2.2.3. Uluslararası Andlaşmalar.....	50
2.2.3.1. Genel olarak	50
2.2.3.2. İki taraflı uluslararası yatırım andlaşmaları	54
2.2.3.3. Çok taraflı uluslararası yatırım andlaşması yapılmasına ilişkin girişimler.....	59
2.2.3.4. Uluslararası yatırım andlaşmalarının yapısına genel bakış.....	63
2.2.4. Uluslararası Teamül Hukuku Kuralları.....	70
2.2.5. Hukukun Genel İlkeleri	73
2.2.6. Yardımcı Kaynaklar.....	74

2.2.6.1. Uluslararası yatırım tahkimi kararları	75
2.2.6.2. Doktrinin uluslararası yatırım hukukuna etkisi.....	82
3. ULUSLARARASI HUKUKTA ANDLAŞMALARIN YORUMLANMASI	85
3.1. Uluslararası Hukukta Yorum.....	85
3.1.1. Genel Bakış.....	85
3.1.2. Andlaşmaların Yorumlanması ve Uygulanması Arasındaki İlişki	88
3.1.3. Yorum Faaliyetinin Niteliği, İşlevi ve Kaynakları	91
3.1.3.1. Yorum faaliyetinin niteliği (sanat-bilim tartışması).....	91
3.1.3.2. Yorum kurallarının işlevi (kural-ilke tartışması)	92
3.1.3.3. Andlaşmaların yorumlanmasına konu olan iradenin niteliği (sübjektif/objektif irade).....	92
3.1.4. Andlaşmaları Yorumlama Yetkisi	94
3.1.5. Yorum Yöntemleri.....	98
3.1.5.1. Lafzi yorum/literal yorum (ordinary meaning of terms/textual interpretation)	100
3.1.5.2. Sistematik yorum (systematic interpretation)	102
3.1.5.3. Amaçsal yorum (teleological/functional interpretation)	103
3.1.5.4. Tarihsel yorum (historical/subjective interpretation).....	105
3.1.5.5. Yorum yöntemleri arasındaki ilişki ve hiyerarşi tartışması	106
3.1.5.6. Diğer yorum yöntemleri.....	107
3.2. 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (VAHS) Göre Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanması	112
3.2.1. Genel Bakış.....	112
3.2.2. Genel Yorum Kuralı (m. 31)	116
3.2.2.1. Olağan anlam (<i>ordinary meaning</i>).....	120
3.2.2.2. Bağlam (<i>context</i>) ve yorumda zaman unsuru.....	122
3.2.2.2.1. Bağlam.....	122

3.2.2.2.2. Yorumda zaman unsuru.....	130
3.2.2.3. Konu ve amaç (<i>object and purpose</i>)	134
3.2.2.4. İyi niyet (<i>good faith</i>)	138
3.2.3. Tamamlayıcı Yorum Araçları (m. 32)	141
4. ULUSLARARASI YATIRIM ANDLAŞMALARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE YORUMLANMASI	147
4.1. Genel Bakış	147
4.2. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Olağan ve Özel Anlamının Yorumlanması	150
4.3. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Konu ve Amacının Yorumlanması ..	154
4.3.1. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Konu ve Amacına Genel Bakış .	154
4.3.2. Konu ve Amaç Unsurunun Uluslararası Yatırım Tahkimi Kararlarında Yorumlanması.....	160
4.4. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Bağlamının Yorumlanması ve Dinamik Yorumu/Tadili	169
4.4.1. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Bağlamının Yorumlanması.....	169
4.4.2. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Dinamik Yorumlanması ve Tadili	174
4.5. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarında Yatırım Kavramının Yorumlanması	178
4.5.1. Genel Bakış.....	178
4.5.2. ICSID Tahkiminde Yatırım Kavramının Yorumlanması	182
4.6. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarında Genel Muamele Standartlarının Yorumlanması	188
4.6.1. Ulusal Muamele İlkesinin Yorumlanması	189
4.6.1.1. Genel bakış.....	189
4.6.1.2. Ulusal muamele ilkesinin uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi.....	192
4.6.1.3. Ulusal muamele ilkesinin uluslararası yatırım tahkiminde yorumlanması	195

4.6.1.3.1. Muamelenin varlığı	196
4.6.1.3.2. Benzer durumlar (<i>the comparator</i>).....	197
4.6.1.3.3. Daha az lehe muamelede bulunmama	202
4.6.1.3.4. Ayrımcı-kasti niyetin ulusal muamele ilkesinin yorumlanmasındaki yeri	203
4.6.1.3.5. Makul hükümet politikalarının yeri.....	205
4.6.2. En Çok Gözetilen Ulus Kaydının (<i>MFN Kaydı</i>) Yorumlanması.....	206
4.6.2.1. MFN kaydının kapsamı, niteliği ve uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi.....	206
4.6.2.2. MFN kaydının uygulanması.....	210
4.6.2.3. MFN kaydı ile ilgili temel yorum zorlukları.....	213
4.6.2.4. MFN kaydının uyumsuzluk çözüm hükümlerine uygulanması sorunu	216
4.6.3. Adil ve Hakkaniyetli Muamele (<i>FET</i>) İlkesinin Yorumlanması	225
4.6.3.1. Genel bakış.....	225
4.6.3.2. FET İlkesinin niteliği ve kapsamı	227
4.6.3.3. FET ilkesinin tanımının ve kapsamına dahil olan unsurların yorumlanması	235
4.6.3.3.1. Tanımın yorumlanması.....	235
4.6.3.3.2. Kapsamı belirlemeye yönelik unsurların yorumlanması.....	237
4.6.4. Tam Koruma ve Güvenlik (<i>FPS</i>) İlkesinin Yorumlanması	255
4.6.4.1. FPS ilkesinin uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi ve niteliğinin yorumlanması.....	256
4.6.4.2. FPS ilkesinin koruma kapsamının yorumlanması.....	262
4.6.4.2.1. FPS ilkesinin koruduğu çıkarların yorumlanması	262
4.6.4.2.2. Koruma kimin fiillerine karşı sağlanmalıdır?.....	269
4.6.4.3. FPS ilkesinde sorumluluğun kapsamının yorumlanması	272
5. SONUÇ	279
KAYNAKLAR	291

ÖZGEÇMİŞ	327
----------------	-----



KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
BIT	İki taraflı yatırım andlaşması
Bkz.	Bakınız
DTD Andlaşması	Dostluk, ticaret ve denizcilik andlaşması
Ed.	Editör
Eds.	Editörler
FET	Adil ve hakkaniyetli muamele
FPS	Tam koruma ve güvenlik
FTC	Serbest Ticaret Komisyonu
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Andlaşması
ICSID	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi
m.	Madde
MFN Kaydı	En çok gözetilen ulus kaydı
NAFTA	Kuzey Amerika Serbest Ticaret Andlaşması
OECD	Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü
Örn.	Örneğin
para.	Paragraf
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UAM	Uluslararası asgari muamele
UDAD	Uluslararası Daimi Adalet Divanı
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
UN Doc.	Birleşmiş Milletler Dokümanları
UNCITRAL	BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UNCTAD	BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı
VAHS	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

1. GİRİŞ

Uluslararası yatırım hukuku, ekonomi hukukunun ana parçalarından olarak görülmekte ve elverişli bir yatırım ikliminin sağlanması günümüzde ekonomik gelişmenin köşe taşı olarak kabul edilmektedir.¹ Bu itibarla uluslararası yatırım hukuku uluslararası hukukta bir alt dal haline gelmiş ve önemli bir yer işgal eder olmuştur. Öyle ki uluslararası hukukun genişlemesi/bölünmesi/parçalanması gibi adlarla çeşitli teorilerin öne sürüldüğü uluslararası hukukun bütünlüğünü konu alan tartışmalarda, bağımsız (*self-contained*) rejim olup olmadıkları hususunda değerlendirmelere mevzu olan ve genel uluslararası hukuk² ile bağları sorgulanan/incelenen uluslararası ceza hukuku, insan hakları hukuku, çevre hukuku gibi ihtisas (özel) alanlarının içinde uluslararası yatırım hukuku da zikredilmektedir. Ancak uluslararası yatırım hukuku, uluslararası hukukun bir ihtisas alanı olmasının ötesinde diğer uluslararası hukuk dallarından hatta uluslararası ekonomi hukukunun diğer alanlarından bile daha farklı ve özgün bir yapıya sahiptir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun³ 2006 tarihli “*Uluslararası Hukukun Bölünmesi*”ne ilişkin raporunda ticaret hukuku, insan hakları hukuku, çevre hukuku, deniz hukuku ve Avrupa hukuku alanları yalnızca özel alan olarak anılırken yatırım hukuku yabancı ve son derece uzmanlaşmış bilgi alanı olarak ifade edilmiştir.⁴ Bu özgün yapının esasını teşkil eden/kuran ise başta, sayısı günümüzde 3.000’e yaklaşan⁵ “*iki taraflı yatırım andlaşmalarının*” (*bilateral investment treaties*/BIT⁶) geldiği uluslararası yatırım andlaşmalarıdır⁷. Uluslararası hukukta bu kadar çok sayıda iki taraflı andlaşmadan teşekkül eden başka bir alan yoktur.⁸

¹ Bkz. Herdegen, M. (2013). *Principles Of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 6, 9.

² Simma, B., Pulkowski, D. (2006). “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”. *The European Journal of International Law*, 17(3), 483-529, 484.

³ Uluslararası Hukuk Komisyonu, bundan sonra “UHK” olarak kısaltılacaktır.

⁴ Bkz. UNGA. (13 April 2006). *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification And Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskenniemi)*, UN Document A/CN.4/L.682, para.8.

⁵ Yürürlükte olan ve henüz yürürlüğe girmemiş toplam andlaşma sayısı itibarıyla.

⁶ Çalışmamızda, İngilizce’de çok yaygın olarak kullanılması sebebiyle iki taraflı yatırım andlaşmalarının karşılığı olan “*bilateral investment treaties*” kavramının kısaltılmış hali olan “BIT” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

⁷ Çalışma boyunca kullanılan “*andlaşma (treaty)*” kelimesi; 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin kapsamını açıklayan madde 1’de geçen ve yine madde 2/1(a)’da tanımlanan “*treaty*” kavramına tekabül etmekte ve ilgili fıkarda belirtildiği üzere devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş, uluslararası hukuka tabi anlaşmaya karşılık gelmektedir. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için bkz. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, 1155 UNTS

Uluslararası hukuka tabi olmakla birlikte, “klasik konulu” uluslararası andlaşmalara kıyasla uluslararası yatırım andlaşmalarının ayırt edici başlıca vasfı; en temelde, yatırımcıların ve yatırımların korunması ile teşvikini esas alarak özel kişilere maddi haklar sağlaması ve getirdiği uluslararası yatırım tahkimi usulü ile yatırımcılara ev sahibi devlete karşı doğrudan dava açma hakkı tanınmasıdır. İlâveten, tahkim usulünün özel hukuk kuralları ile bağlantılı yapısıyla yatırım hukukunda kaynak olarak iç hukukun oynadığı önemli rol; yatırım hukukunun uluslararası kamu hukuku-uluslararası özel hukuk disiplini ayrımında nerede durduğu noktasında tartışmalara yol açmaktadır. Konu hakkında, özel hukuk karakterli ya da melez/hibrit bir yapıya sahip olduğuna yönelik görüşler oldukça fazladır. Fakat, ilgili görüşün hilafına uluslararası kamu hukukuna ait olduğu, birtakım özelliklerin kendisini bu kapsamdan çıkarmadığı görüşleri de yaygındır. Çünkü alan, her ne kadar yatırım tahkimindeki usul kuralları bağlamında özel hukuktan yararlansa da nihai olarak bakıldığında, uluslararası yatırım andlaşmaları devletler arasında yapılan andlaşmalardır. Bu andlaşmaları akdetmek ya da yatırımcılara verilecek hakların kapsamını tayin etmek tamamen taraf devletlerin tasarrufundadır. Yine, yatırım tahkimine konu olan uyuşmazlıklar da esasen devletlerin egemen eylemlerinden kaynaklanan fiiller olup uluslararası hukuka aykırılığa dair sorumluluk kuralları uygulanmaktadır. Yatırım andlaşmalarının yorumlanmasında tahkim mercileri tarafından başvuru kuralları ise asıl konumuz olan ve aynı zamanda uluslararası teamül hukuku oldukları kabul edilen 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ndeki yorum kurallarıdır.

Uluslararası yatırım hukukundaki pek çok mesele aslında, yatırım andlaşmalarının özgün niteliklere sahip olmasından doğar. Sorunların en temelinde yatan sebep; sayısı 3.000’e yaklaşan BIT’lerin, birbirinin nerede ise aynı görünen ancak belirsiz, geniş ve az sayıda (yaklaşık bir düzine) hükümden oluşmasıdır.

331, No. 18232. Andlaşma kavramı, genel olarak bir irade uyuşması bildirmesinin yanında, özel olarak onay gerektiren bir anlaşma türüdür. İlgili bilgi için bkz. Pazarıcı, H. (2013). *Uluslararası Hukuk*. Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 47.

⁸ İki taraflı andlaşmaların birincil kaynak olduğu diğer başlıca alanlar hava taşımacılığı ve suçluların iadesi andlaşmalarıdır. Bazen iki taraflı andlaşmalar hukuk kuralı oluşturma işlevi görebilir. Ancak bu yol çok etkili değildir. Zira sayısı binleri bulan iki taraflı andlaşmaların incelenmesi zordur. İlgili andlaşmalar sıklıkla benzer olmakla birlikte, çeşitlilik sergilemeleri de muhtemeldir. Dolayısıyla birlik ve eşit muamele yaratmazlar. Bkz. Schreuer, C. (2000). *Sources of International Law: Scope and Application*, Emirates Lecture Series 28, Emirates Center for Strategic Studies and Research, (https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/59_sources.pdf Erişim Tarihi 7.11.2020), 5, 6.

Sayılan özellikler, yatırım hukukunun genç/gelişmekte ve kuralları oturmamış bir alan olmasının da etkisiyle tabii olarak, yorum faaliyetini zorlaştırır ve kaynak olarak tahkim kararlarının başta gelmesine yol açarak tahkim mercilerine yorum noktasında geniş takdir yetkisi verir. Doktrinde en çok dikkat çekilen konu ise bu kadar çok sayıda, neredeyse birbirinin aynı olan ve model anlaşmalar üzerinden kurulan/müzakere edilen ve az sayıda maddeden müteşekkil anlaşmaların; fiili ve hukuki pek çok benzerliğin olduğu davalar dahil olmak üzere, “aynı yorum kuralları ışığında” nasıl zıt yorumlara konu olduğu⁹ merkezinde toplanmaktadır. Yatırım tahkiminin meşruiyetinin sorgulanmasına da en çok bu mesele neden olmaktadır. En yaygın ve basit bir misalle, binlerce anlaşmada “benzer şekilde” düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydı, mantıksal olarak farklı yoruma çok açık olmasa bile, aynı olgu ve anlaşmaya dayalı bazı uyumsuzluklar dahil, birbirine tamamen zıt pek çok karara konu olmuştur. Uluslararası yatırım anlaşmalarının sayıca çokluğuna, günümüz itibariyle sayısı 1.000’i çoktan geçmiş yatırım tahkimi kararlarının varlığının eklenmesi ve ilgili kararların sıkça “ihtilafli ve istikrarsız” diye tabir edilmesi, alanı bölünmüşlük kavramıyla tamamen özdeşleştirmiştir.

Çalışmamızın amacı da uluslararası yatırım tahkimi kararlarına dair sorunların aslında “en başlıca ve temel nedenini” oluşturan ve fakat doktrinde kendine yeterli yeri edinememiş olan, uluslararası yatırım anlaşmalarının yatırım tahkiminde yorumlanması sırasında yapılan hataların veya eksikliklerin kararlardan yola çıkılarak tespiti ve bunlara uluslararası anlaşmaların yorumlanması merkezli genel ve kapsamlı bir çözüm bulmaktır. Çünkü en kısa ifadeyle belirtmek gerekirse; yatırım anlaşmalarına ve dolayısıyla yatırım hukukuna dair tüm sorunlar, aslında nihai olarak yorum konusuyla alakalıdır ve çözümü de yine, uluslararası hukuktaki yorum kurallarının (VAHS 31. ve 32. maddelerin) tümüyle ve doğru surette uygulanmasına karşılık gelir.

Her şeyden önce, yatırım anlaşmalarında yorum zorluklarına sebep olan hususlar genel olarak şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle BIT’lerde yer alan kavramlar ve muamele/koruma standartları, çok genel ve belirsiz olarak düzenlenmektedir. Hatta bunun da ötesine geçecek şekilde yalnızca isim olarak

⁹ Bu tür karar örnekleri için bkz. Weiler, T. (2013). *Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 21. Ayrıca bkz. Yen, T. H. (2014). *The Interpretation of Investment Treaties*, Brill Nijhoff, 10.

anılmaktadır.¹⁰ Bu da kapsamlarının ve sınırlarının ne olduğunu tayin etmeyi zorlaştırır. Diğer önemli bir konu, doktrinde genellikle andlaşmaların birbirine benzer olduğu tespiti ile yetinilerek çoğunlukla dikkat edilmeyen ve fakat yorum zorluklarının önemli bir parçasını oluşturan; kavram ve özellikle de koruma standartlarının ayrıntılarda çok ince farklılıklar taşıması hususudur. Yatırım tahkimi kararlarında da ilgili lafzi farklılıklara maalesef yeterince dikkat edilmemektedir. Doktrinde bu hususun göz ardı edilmesinde ise aslında yatırım hukukunun, andlaşmaların yorumlanması merkezinde yeterince ele alınmamasının büyük payı vardır. Çünkü çalışmalarda çoğunlukla, kararlardaki yoruma dair hususların aktarılmasıyla ve genellikle yatırımcı lehine ya da aleyhine yorumların eleştirilmesiyle yetinilmektedir.

Dolayısıyla şunu söylemek gerekir ki; yatırım andlaşmalarının benzerliği algısı, aslında daha çok ilk izlenimden¹¹ ve yatırım andlaşmalarının sınırlı sayıda kavram ve koruma standardından oluşmasından kaynaklanır. Yani, hükümler ve kavramlar kabaca aynı görünse dahi özellikle de maddi koruma standartları noktasında ayrıntılarda çok ince farklar taşır. En ufak bir noktalama işaretinin bile yorum noktasında, tarafların hak ve yükümlülüklerini önemli ölçüde etkileyebildiği ise yadsınamaz bir gerçektir. Özellikle de standartların tanım ve kapsamı, beraber düzenlenmeleri ya da düzenlenmeseler bile yine aralarındaki sınırın nasıl belirleneceği, bazılarının yer verilmediği hallerde yorum unsuru (bağlam unsuru) olarak nasıl kullanılacağı; asgari muamele, uluslararası hukukun gerekleri gibi nitelermelerin varlığı ya da yokluğu hallerinde bunların nasıl yorumlanacağı, standartların ve kavramların teamüli karakterlerinin olup olmadığı, varsa yorumda bağlam unsuruna etkisi gibi pek çok derin ve incelikli mesele vardır.

Yine, göreceli muamele standartlarının mukayese gerektiren yapısı ile adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin tüm standartları kapsar şekilde yorumlanabilmesi ve hatta standartlar arasında net ayrımlar yapmanın davalarda her zaman mümkün

¹⁰ Örn. bkz. Meksika-İspanya 2006 Tarihli BIT (*Agreement On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments Between The United Mexican States And The Kingdom Of Spain, 10 October 2006*) , m. 4. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının İngilizce ve orijinal dillerindeki metinlerine ulaşmak için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¹¹ Ayrıca bkz. AES Corporation v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (13 July 2005), para. 25. Yatırım tahkimi kararlarına ulaşmak için bkz. <https://www.italaw.com/>.

olmaması zorluklara zorluk katmaktadır. Aslında devletlerin istediği koruma standartlarına yer vermeleri, vermemeleri ya da beraber yer vermeleri koruma standartlarının aynı olmadığını gösterir.¹² Ancak, bunların aralarındaki sınırların yatırım tahkiminde net çizilememesi; yatırımcıya sadece bazılarının tanındığı, bazılarının ise tanınmadığı durumlarda hak ve yükümlülüklerin eksik veya fazla belirlenmesine neden olur. Sonuç olarak bu tür sebeplerin bir araya gelmesi en basit düzeyde bile tanım vermeyi zorlaştırmakta, tabii olarak tanım ve kapsamların yorumlanmasında tahkim mercilerine geniş takdir yetkisi vermektedir. Yoruma yönelik yaklaşımları, süreçleri ve ihtilaf noktalarının tespitini dahi imkansıza yaklaştırmaktadır. Dolayısıyla andlaşmaların söz konusu yapısı, uyuşmazlıkların çözülmek üzere sunulduğu yatırım tahkimi mahkemeleri tarafından verilen uyumlu olmayan ve ihtilafli çok sayıda kararın ortaya çıktığı iddialarının ve tahkim kararlarının, kaynaklar bağlamında önemli bir ağırlığa sahip olmasının başlıca sebebini oluşturur. Tüm sayılan sorunların genellik ve belirsizliğe eklenmesi, yorum kurallarının kusursuz uygulanması varsayımı halinde dahi yatırım andlaşmalarının yorumlanması işinin hiç de kolay olmadığını gösterir.

Kısacası, yorum konusunun kendi içinde saklı olan zorlukları bir yana; yatırım andlaşmaları, klasik konulu bir andlaşmanın yorumlanması meselesi ile kıyaslanmayacak kadar özellik arz eder. Fakat diğer andlaşmalarda rastlanmayan tüm zorluklara rağmen, gerek doktrin gerekse devletler nezdinde tahkim kararlarına yönelik yapılan ağır eleştirilerde çok büyük haklılık payı vardır. Çünkü kararlara bakıldığında, yapısal zorlukları dahi unutturacak boyuta ulaşmış, yorum kurallarının uygulanmasına dair hemen göze çarpan çok esaslı hatalar¹³ vardır. Önemli bir kısmı da yorum faaliyeti hakkında hiçbir bilgi vermez.

BIT'lerin yapısı ve tahkim mercilerinin sahip olduğu geniş takdir yetkisine, tahkim kararlarının eski tahkim kararlarına sıkça başvurulması; ilaveten kararlarda doktrine yapılan önemli miktarda atıflar sebebiyle içtihat ve doktrinin, yatırım hukukunda yardımcı kaynak olma seviyesini aştığı tartışılmaktadır. Özellikle, *“Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının*

¹² Benzer görüş için bkz. Radi, Y. (2020). *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 70.

¹³ Tahkim kararlarında yorum kurallarının esaslı şekilde yanlış uygulandığı ve ihmal edildiğine dair benzer görüş için bkz. Yen, a.g.e., 2014, 98, 257.

*Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID Konvansiyonu)*¹⁴” ve yatırım andlaşmaları; uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kuralların kullanılmasına dair talebin, yoğun bir şekilde artmasına neden olmuştur. Daha önceki hiçbir zamanda, bu kadar benzer veya aynı hüküm, bu kadar farklı tahkim mahkemesi tarafından yorumlanmamıştır. Ortaya çıkan binlerce kararsa yorum faaliyetinin sorgulanmasına ve pek çok eleştiriye yol açmıştır. Dolayısıyla oluşan içtihatlar, uluslararası hukukun diğer alanları ile kıyaslandığında benzeri olmayan bir nitelik arz eder.¹⁵ Konu hakkında sıkça kullanılan bir tabirin açıkça yansıttığı üzere, “yatırım hukuku oldukça yargısallaşmış bir karaktere sahiptir”.¹⁶ Normalde ise yorum kurallarına göre yargı kararları, sadece bağlamın bir parçası veya tamamlayıcı yorum aracı olarak kullanılabilecek bir değere sahip olmalıdır.

Çalışma boyunca incelenecek olan yatırım andlaşmalarının yapısının tetiklediği tüm yorum sorunları ve yorum faaliyetinin icra edilmesindeki eksik ve hatalar, esasında sadece yatırım andlaşmalarının değil tüm uluslararası andlaşmalar için geçerli olabilecek bir hakikatı ortaya çıkardığı gibi önemli bir farkındalık da sağlayacaktır. Çünkü, yorumun hak ve yükümlülüklerin kapsamını değiştirme bağlamında önemli etkisi, sayısının çokluğunun da etkisiyle tahkim kararları sayesinde daha açık bir şekilde gözler önüne serilmektedir. Dolayısıyla yorum kurallarının tümüyle ve doğru surette uygulanması zaruretinin bu derece ortaya çıktığı başka bir uluslararası andlaşma türü yoktur.

Tahkim kararlarındaki yorum sorunlarına geçmeden önce, yatırım hukuku alanındaki tüm temel sorunların kaynağının da aslında yorum konusu etrafında döndüğünü belirtmek gerekir. Çünkü yorum merkezli olduğu belirtilmese bile, yatırım hukukundaki sorunların ve gerek doktrin gerekse devletler cephesindeki eleştirilerin hepsinin düğüm ve çözüm noktası nihayetinde yatırım andlaşmalarının yorumu sorunları ve VAHS 31. ve 32. maddelerdeki yorum kurallarının tümüyle ve

¹⁴ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18.03.1965). Sözleşmenin Türkçe çevirisine ulaşmak için bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf Erişim Tarihi: 15.02.2021)

¹⁵ Bkz. Weeramantry, R. (2017). *Treaty Interpretation, the ICSID Convention and Investment Treaties*. Baltag, C. (Ed.). *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues: Unsettled Issues*, The Netherlands: Kluwer Law International B.V., 481-498, 481.

¹⁶ İlgili ifade için örn. bkz. D’ Aspremont, J. (2012). *International Customary Investment Law: Story of a Paradox* in: *International Investment Law*. Brabandere, E., Gazzini, T. (Eds.). *International Investment Law : The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 5–47, 9.

doğru surette uygulanması zorunluluğuna dayanır. O nedenle yatırım hukukunun her anlamda belkemiğini oluşturan husus, gelişmekte olan yapısının ve kaynaklarının hususiyetinin getirdiği bir zorunlulukla “yorum konusudur”.

En basit bir örnekle, sıkça dillendirilen; taraf devletlerin düzenleme haklarının sınırları, uluslararası hukukun genişlemesi sorunu dahil yatırım hukukunun diğer alanlar ile uyumu, teknolojinin gelişmesi ve yatırım kavramının genişlemesi ile zamanın getirdiği yeni şartlara uyumun sağlanması ve bunların yatırımcıyla devletlerin haklarını nasıl etkileyeceği ya da en çok gündeme gelen ev sahibi devlet ile yatırımcıların çıkarlarının nasıl dengeleneceği veya bir tarafın önceliğinden bahsedilip bahsedilemeyeceği hususları da aslında, yorum kuralları ve unsurlarına taalluk eder. Tüm bunlar, temel meselelerinin de aslında andlaşmaların yorumlanması etrafında yoğunlaştığını, yatırım andlaşmalarının yapısal özelliklerinin ise yoruma ilişkin sorunları daha çok tetiklediğini gösterir. Nihayetinde, yatırım hukukunun dile getirilen yaygın sorunlarının da yatırım andlaşmalarının yorumu sorunlarının da çözümü; yine, yorum kurallarının eksiksiz ve doğru şekilde uygulanması kapısına çıkar. Bu manada, “yatırım hukuku, yorum sorunları ve yorum konusundan ibarettir” demek yanlış olmaz.

Yatırım tahkiminde eleştirilerin merkezi olan ihtilaflı kararlara ya da kararlarda yorum yöntemlerinin çelişkili olarak kullanılması hakkında pek çok örnek vermek mümkündür. Ancak en önemli husus, aslında yorum faaliyetinin tümüyle icra edilmemesi ya da en iyi ihtimalle, ediliyorsa bile bunun kararlara yansımıyor olmasıdır. Her şeyden önce, zaruri olarak bu derece yorumlarla şekillenen bir alanda ekseriyetle yorum faaliyetine ilişkin bilgiye yer verilmemesi çok büyük eksiklikler. Çünkü, eski kararlarda daha çok rastlandığı üzere, ekseriyetle kararlarda yorum sürecinin nasıl işletildiği hakkında bir bilgiye rastlanmaz. Rastlansa bile 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (VAHS)¹⁷ yorum kurallarından yalnızca, “*genel kural*” olan 31. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlarından (*olağan anlam, konu ve amaç, bağlam, iyi niyet*) bazılarına temas edilmekte, tek başlarına veya diğerlerine kıyasen ağırlık ya da öncelik verilmek suretiyle kullanılmakta, hatta ilgili fıkra metni aynen aktarılıp geçilmektedir.¹⁸ Bu bağlamda en göze çarpan unsur

¹⁷ 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bundan sonra “VAHS” olarak kısaltılacaktır.

¹⁸ Yorum kurallarının hepsine değinen kararlar az olduğu gibi bunlar da genellikle VAHS’ın ilgili hükümlerinin ayrıntılı bir incelemesinden ziyade tekrarı niteliğindedir. Genel yorum kuralının

ise “konu ve amaç unsuru” olmaktadır. Unsurun daha çok amaçsal/teleolojik yaklaşımla ve bunun aşırı formlarıyla tek ve bağımsız bir yöntem olarak ya da ağırlık verilmek suretiyle uygulanması, ilave olarak yatırım andlaşmalarının amacının salt yatırımların ve yatırımcıların korunması bağlamında “eksik” belirlenmesi ve hükümlerin bu minvalde yorumlanması; hatta somut uyuşmazlığın kaynağı olan yatırım andlaşması değerlendirilmeden, soyut ve genel bir “yatırımcının korunması” konu ve amacı tayin edilerek hareket edilmesi en başta gelen yorum sorunlarından. Yine genel kuralın unsurlarından “bağlam”ı oluşturan bileşenlerin bütünüyle dikkate alınmaması da çok önemli diğer bir husustur. Özellikle de bağlam unsurunun tümüyle kullanılmaması konu ve amacın “doğru” belirlenmesi noktasında önemli sorunlara yol açmaktadır. Bunun dışında salt lafzi yoruma dayanan ya da sübjektif iradeyi esas alan kararlara da sıkça rastlanmaktadır.

Tahkim kararlarının birbirine atıf yapmak suretiyle hataları tekrar ettiklerine yönelik eleştiriler de haklılık payı taşıyan ve aslında tüm bu yorum sorunlarının kemikleşmesi neticesi doğuran, konunun diğer veçhesini teşkil eder. Çünkü tahkim kararlarının birbirine yaptığı atıflar, bazen salt hatalı yorumların yinelenmesi bazen de somut andlaşmaya tüm yorum kuralları uygulanmadan ya da somut uyuşmazlığın şartları yeteri kadar gözetilmeden veya tamamen soyut bir yaklaşımla önceki kararlardaki görüşlerin aynen benimsenmesi suretiyle yorum hatalarının büyümesine yol açmaktadır. Böyle kararlar aslında, başta davacı ve davalılar tarafından eleştirilse dahi sonraki aşamada bir şekilde onlar tarafından da dikkate alınabilmektedir. Dolayısıyla, tahkim kararlarının “*inter partes*” bağlayıcılığı bir noktadan sonra salt doktrinsel düzeyde, yani sözde kalabilmektedir.

Tahkim mercilerinin belki de yorum faaliyetinin zorluklarından bir anlamda kolayca kaçma eğilimleri, yorum unsurlarını/kurallarını eksik ve hatalı uygulamaları ya da bazılarını normalden fazla ağırlık vermeleri; UHK tarafından belirtilen, doktrinde de çoğunlukla kabul edilen VAHS’ın 31. maddesindeki genel yorum kuralının “tek ve sıkı sıkıya bütünleşmiş bir kural”¹⁹ olduğu görüşünün aslında yeteri

unsurlarının adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin yorumlanması bağlamında ayrıntılı olarak incelendiği bir karar örneği için bkz. Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability (14 January 2010).

¹⁹ İlgili görüş için bkz. The International Law Commission. (2007). Watts, A. (Ed.). *The International Law Commission 1949-1998: Volume II: The Treaties Part II*, New York: Oxford University Press, 685; Yearbook of The International Law Commission. (1966). *Documents of the second part of the*

kadar yerleşmediğini kanıtlar. Diğer bir tabirle, uluslararası hukukta hüküm sürmüş olan farklı yorum teorilerinin hepsi ilgili maddede toplanmış olmasına rağmen, tahkim kararlarında hala eski anlayışların yansımalarının devam ettirilerek, teorilerden belli biri lehine tercihte bulunulduğunu gösterir. Dolayısıyla, ortada yorum kurallarının uygulanmasına ilişkin çok esaslı hata ve sorunların var olduğu hakkında derin bir kanaat oluşturur.²⁰ Konu hakkında en çok karşılaşılan ve eleştirilen yaklaşımlar: Lafzi yoruma ağırlık verilerek ev sahibi devlet lehine yorum yapılması veya amaçsal yoruma ağırlık verilerek, sıklıkla yatırımcının korunması bağlamında belirlenen konu ve amaç doğrultusunda andlaşmanın yorumlanmasıdır. Tek bir kelime, bağlaç hatta noktalama işaretinin dahi yorumu önemli ölçüde değiştirebildiği hakikati karşısında; bu tür hataların hak ve yükümlülükleri ne derece etkileyebileceği, hatta tam zıddı neticelere vardırabileceğini düşünmek ise zor değildir.

Yatırım tahkimi kararlarında yorum kurallarının eksik ve/veya hatalı uygulanması ve ihtilaflı kararlara dair hüküm süren sorunlar, o kadar sıradan bir hal almıştır ki; BIT'lerin düzenlenişindeki hususiyetlerin yorum sorunlarını tetiklemesi meselesinden öncelenmesi gereken ve halihazırda da bu konunun önüne geçmiş bir düzeye ulaşmıştır. Bu tür tahkim kararlarına karşı devletlerin tepkileri de yukarıda dile getirdiğimiz kanaati aslında pekiştirmektedir. Şöyle ki; Latin Amerika'daki ve hatta sermaye ihraç eden Amerika Birleşik Devletleri gibi devletler dahi andlaşmaların çoğunun, açıkça hangi şartlarda yatırımcının haklarının kısıtlanabileceğine ve maddi koruma standartlarının istisnalarına yer vermediği ile yatırımcı lehine yapılan aşırı yorumlarla kamu yararına ilişkin alanlarda düzenleme haklarının ellerinden alındığını sıklıkla dile getirmişlerdir.²¹ Bir kısım devletler ise durumu daha öteye taşıyarak, yatırım andlaşmalarının bazılarını sona erdirme yoluna

seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, vol II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I), 219-220.

²⁰ Mesela, uluslararası yatırım andlaşmalarının yorumlanması hakkında ayrıntılı bir çalışma yapan Yen'e göre tahkim kararlarında yorum araçlarının kullanılması ile ilgili sorunlar şunlardır: İlk olarak, uluslararası hukuktaki temel yorum araçlarının bazısının ya da hepsinin dikkate alınmaması/ihtimal edilmesi; ikinci olarak, tamamlayıcı yorum araçları olarak nitelediği yargı kararları ve doktrine kararların büyük çoğunluğunda fazlaca ağırlık verilmesidir. Son olarak da yatırım andlaşmalarının yatırımcı lehine yorumları gerekçelendirmek için fazla liberal yorumlanmasıdır. Bkz. Yen, *a.g.e.*, 2014, 36.

²¹ Bkz. Kingsbury, B., Schill, S. W. (2010). *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality*. Schill, S. W. (Ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 75-104, 75-77.

gitmişler veya iç hukuklarında, tahkim kaydı içeren andlaşmaların imzalanması yasağı getirmişlerdir.²² Benzer bir yaklaşımla, devletlerin andlaşmaları tadil ederek veya yeni model andlaşmalar yaparak hükümleri daha ayrıntılı hale getirme çabalarına girmeleri; tahkim kayıtlarını kaldırmaları veya daraltmaları; bazı muamele standartlarının kapsamını daraltmaları veya andlaşmalardan tamamen çıkarmaları gibi girişimler bahsedilen sorunlara çözüm bulma arayışlarının tezahürleridir. Hatta bazı andlaşmalarda, düzenlenmeyen muamele standartlarının yorum unsuru olarak kullanılamayacağı hakkında özel hükümler²³ bile getirilmiştir.

Dolayısıyla devletlerin ortaya koyduğu tepkilerinden, andlaşmaları akdederkenki irade ve niyetlerinin, yatırımcılara tahkim kararlarında yorumlandığı kadar hak vermek istemedikleri olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, tahkim mercilerinin yorum faaliyeti adı altında yaptıkları fiillerle aslında, andlaşmayı yapan devletlerin iradesini aştıkları ve ancak andlaşmanın tadili neticesinde elde edilebilecek şekilde devletlere yükümlülükler yükledikleri sonucu çıkarılabilmektedir. Ancak andlaşmanın tadili, andlaşmayı yapan devletlerin yetkisinde olan bir hukuki işlemdir. Bu itibarla tahkim mercilerinden beklenen vazife, yorum faaliyetinin hakiki anlamı doğrultusunda andlaşma terimlerinin gerçek manasını ortaya çıkarmaktır. Yoksa taraf devletlere yeni hukuki yükümlülükler yüklemek değildir. UHK'nin isabetli tanımıyla andlaşma, tarafların ortak iradesinin (*will*) somutlaşmış halidir. Yorum ise tarafların niyetini tespit etmek üzere yürütülen araştırma faaliyetidir.²⁴ O zaman, tarafların ortak iradesini aşan ya da yansıtmayan faaliyetler, yorum faaliyetinin niteliğiyle bağdaşmaz. Andlaşmaların tadili-yorumu arasında her zaman net sınırlar çizebilmek mümkün değilse de anlaşılan odur ki; sınırın ihlal edilmesi, devletleri yatırım andlaşmalarına karşı mesafe koymaya itmektedir. *Saluka* tahkim kararına yansıdığı gibi, yatırımcının korunması tek amaç değildir. Yatırımcıyı aşırı derecede koruyan yorum, BIT'lerin yatırımların karşılıklı

²² Örn. Ekvator, 2008 tarihli yeni Anayasasında, devletler ve özel kişiler arasında ticari meselelerle ilgili uluslararası tahkim kaydı öngören andlaşmaların akdedilmesini yasaklamış ve Finlandiya ile arasındaki BIT'i sonlandırmasını ilgili sebebe dayandırmıştır. Bkz. Koltunova, A., Reagan, E., Trunk-Fedorova, M. (29 September 2018). *Termination of Bilateral Investment Treaties: Alternatives For Least Developed Countries, Master of Laws in International Economic Law and Policy*. (<https://www.bilaterals.org/?lang=en>, Erişim Tarihi 03.03.2021).

²³ Örn. bkz. Brezilya-Surinam 2018 tarihli BIT (Brazil - Suriname BIT, 2018), m. 4/3.

²⁴ International Law Commission. (6 May–7 June and 8 July–9 August 2013). *Sixty-fifth session, Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, UN Doc. A/68/10, 9-48, 23.

teşviki ve korunması ile ev sahibi devletin ekonomik gelişiminin sağlanmasına dair iki cepheli asıl konu ve amacını olumsuz etkileyebilmekte ve hatta tam zıddı bir neticeye neden olabilmektedir. Bu da dengeli yorumun önemini ortaya koymaktadır.²⁵

Tüm bu gerçekler ve sorunlar ışığında, birinci bölümde uluslararası hukukta yatırım hukukunun yeri; öncelikle, uluslararası hukukun bölünmüşlüğü tartışmaları ışığında nerede durduğu, sonrasında ise kendine has yapısı ve kaynakları bağlamında ele alınmıştır. Bütün sayılan başlıklar, sorunların dolayısıyla çözümlerin tespiti için yorum sorunlarını ziyadeleştiren uluslararası yatırım andlaşmalarının ve uyuşmazlıklarının çözümü mekanizmasının kendine has yapısını, özellikle yardımcı kaynakların yatırım hukukundaki alışılmışın dışındaki etkisiyle ağırlığını anlamaya ve özel yorum kurallarından bahsedilip bahsedilemeyeceği konularıyla alakalıdır.

İkinci bölümde ise uluslararası andlaşmaların yorumlanması, uluslararası hukukta yorum ve VAHS'a göre uluslararası andlaşmaların yorumlanması olmak üzere iki temel başlık üzerine bina edilmiştir. Çünkü, her ne kadar VAHS'ın 31. ve 32. maddeleri olarak şekle bürünmüş olan andlaşmaların yorumlanması hakkındaki kuralların aynı zamanda teamül hukuku olduklarına dair mutakabat olsa da VAHS'ın 31. maddesinin bir araya topladığı yorum yöntemlerinin/okullarının hepsinin müştereken uygulanması algısı hala yatırım tahkiminde yeterince yerleşmediği, muhakeme süreçlerinde ve kararlarda²⁶ etkilerini sürdürdüğü için ilk kısımda yorum teorilerine ayrıca yer ayrılmıştır.

Belirtilmesi gereken diğer önemli husus ise VAHS 31. ve 32. maddeleri hakkındaki uzlaşının da aslında çoğu zaman şekle münhasır olduğudur. Çünkü, tüm uluslararası andlaşmaları kapsayıcı hükümler getiren VAHS'ın andlaşmaların yorumlanması hususundaki düzenlemelerinin her bir basamağı ve unsuru da başlı başına birer yorum sorunudur. Zira, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında, yorum kuralları arasındaki ilişkiler (31. ve 32. maddeler) ile genel kuraldaki (31. madde) yorum unsurlarının nasıl, hangi sıra ve ağırlıkta/değerde uygulanacağı hakkında çok önemli görüş farklılıkları vardır. Öyle ki unsurların neye karşılık

²⁵ Bkz. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006), para. 300.

²⁶ Örn. bkz. EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL (formerly EnCana Corporation v. Government of the Republic of Ecuador) (3 February 2006), para. 113.

geldiği ve kapsamaları hakkında dahi önemli farklara rastlanabilmektedir.²⁷ Hatta uluslararası hukukta, andlaşmaların yorumlanması konusu hakkındaki kadar çok kuramsal tartışmanın yapıldığı az sayıda alan olduğu söylenmektedir.²⁸

O nedenle, genel olarak andlaşmaların yorumlanması konusu da kendi içinde çok büyük zorluklar barındırır. Aslında yatırım tahkiminde eski yorum okullarının etkisinin devam etmesi, bunun sonucu olarak genel yorum kuralının unsurlarının kullanılmasındaki/yorumlanmasındaki farklılıklar, halihazırda genel olarak andlaşmaların yorumlanması konusunda da söylenebilecek bir olgudur. Çalışmada ise doktrinin bu kapsamdaki görüş farklılıklarının gerekli olduğu miktarda aktarılmasıyla yetinilmiştir. VAHS'ın 31. ve 32. maddeleri yorumlanırken de özellikle doktrindeki önemli farklılıklardan arındırılmış bir surette, hem yorum faaliyetinin tabii sürecini ve hem de buna paralel bir anlayışı benimseyen UHK'nin görüşlerini yansıtan paralel bir yol izlenmiştir.

Üçüncü bölümde ise; özellikle de tümüyle uygulanmayarak, farklı ağırlıkta ya da hiyerarşiye tabi tutularak uygulandığı için pek çok ihtilaflı kararın da ortaya çıkmasına yol açan “*VAHS'ın 31. maddesinin unsurlarının yatırım andlaşmalarında yorumlanması*” ile en önemli ve ihtilaflı konulardan olan “*yatırım kavramı*”yla yatırımlara ilişkin tüm muamelelerle ilgili olan “*genel muamele standartları*”nın yorumlanması üzerine, yatırım tahkimi kararları esas alınarak bina edilmiştir. Bu kapsamda incelenen standartlar: “*Ulusal muamele ilkesi*”, “*en çok gözetilen ulus (MFN) kaydı*”, “*adil ve hakkaniyetli muamele (FET) ilkesi*” ile “*tam koruma ve güvenlik (FPS) ilkesi*”dir. Standartların incelenmesi esnasında; andlaşmalardaki düzenleniş farklılıkları, bu farkların yoruma etkisi, kapsamlarının yorumlanması, yorumlanırken yorum unsurlarının/kurallarının uygulanmasındaki hata ve eksiklikler, geniş ve dar yorum merkezli yorumların etkisi, her bir standardın kendi yapısından kaynaklı yorum sorunları ve ihtilafları ile standartlar arasındaki ilişkiler ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

²⁷ Örneğin doktrinde olağan anlam, bazen sırf lafzi yoruma karşılık gelecek şekilde kullanılırken bazen genel yorum kuralının tümüne karşılık gelecek şekilde kullanılabilir. Yoruma dair diğer kavramlar hakkında da önemli anlayış farklarına rastlanmaktadır. Bu kapsamda örneğin, etkililik ilkesinin kapsamının genişletilerek, geniş yorum ve teleolojik yorumla eş tutulduğu ve karıştırıldığı UHK kararına dahi yansımıştır. İlgili rapor için bkz. International Law Commission. (1958). *Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur*, Yearbook of The International Law Commission 1958, Vol II, UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3, 60.

²⁸ Bkz. Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition, Manchester University Press, 114.

Yatırım andlaşmalarındaki genel yorum sorunlarının yanı sıra, genel muamele standartlarının yorumlanmasında öne çıkan bir husus; her bir standardın düzenlenişindeki farklılıkların, istikrarlı kararların oluşmasının önünde engel teşkil etmesidir. Bir diğeri de muamelelerin arasındaki sınırların, yatırım tahkiminde net çizilememesidir. Hatta kararların bir kısmında bazı standartlar, diğlerinin bir parçası olarak görülebilmektedir. Halbuki bu muamelelerin andlaşmalara dahil edilme sebepleri temelde farklı farklıdır. Örneğin, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin dahil edilme sebebi, yatırımcıya ve yatırımlarına adil ve hakkaniyetli muamelede bulunulması iken; ulusal muamele ilkesi yabancı yatırımcıya, yerli yatırımcıya kıyasla, en çok gözetilen ulus kaydı ise yabancı yatırımcıya diğ yabancı yatırımcıya göre daha az lehe muamelede bulunulmamasını sağlamaktır. Esasen, her yatırım andlaşması da standartların hepsine birden yer vermemektedir.

Ayrıca; muamelelerin uluslararası asgari muamele/uluslararası hukuka uygun olma vb. kayıtlarla beraber düzenlenmesi veya yalın olarak düzenlenmesi hallerinin sorunlara eklenmesi ile adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin kapsamlı içeriğinin diğ muamelelerle alakası ya da karıştırılması; daha da ötesinde standardın, her durumda başvurulabilecek ve yatırımcının korunmasına hizmet edecek yedek bir hüküm olarak görülmesi, standartların ayrılmasını ve ilişkilerini belirsizleştirmektedir. Tahkim mahkemelerinin çoğu zaman bu inceliklere dikkat etmemeleri ve ilgili standartların andlaşmalardaki çeşitliliği, gerek yorum süreçlerini gerekse her bir standardın içeriği ve sınırlarını netlikten uzaklaştırmakta, hatalı yorumlara yol açmaktadır. Bazen tahkim mercileri aynı olguya dayanarak aynı anda birden fazla standardın ihlaline dahi hükmedebilmektedir. O da hem etkili yorum ilkesini sorgulatmakta hem de teamül hukuku ile alakasının boyutlarını belirsizleştirmektedir.

Belki de tüm bu sorunların temel kaynağını, özellikle de taraf devletlerin andlaşmaya yansıyan iradesine saygı dahil olmak üzere, “andlaşmaların yorumlanması” kavramının yüklediği vazifenin kapsamına ve sınırlarına tahkim mercilerince yeterince riayet edilmemesi şeklinde özetlemek yerinde olacaktır. Çünkü uluslararası andlaşma türlerinin hepsinin yorumlanmasını kuşatabilecek bir düzenleme olarak tasarlanmış olan VAHS’ın yorum hükümleri olan 31. ve 32. maddelerin “tümüyle ve doğru” olarak uygulanması; sayısı 3.000’i aşan tüm

uluslararası yatırım andlaşmalarındaki mevcut ve muhtemel yorum sorunlarının veya ihtilaflarının hepsine çare olabilecek en kapsamlı ve başlıca çözüm anahtarıdır. Sadece bu yolla, her bir somut yatırım andlaşmasında taraf devletlerin öngördükleri hak ve yükümlölüklerin gerçek kapsamı en iyi şekilde aydınlatılabilir. Aksi bir yöntemle; yani salt yatırımcının korunması gibi soyut birtakım mülahazalarla konu ve amaçtan yola çıkılması ya da bağlamın tümüyle gözetilmemesi gibi yorum faaliyetini tam anlamıyla karşılamayan her türlü muhakeme vasıtasıyla varılacak neticeler, somut andlaşmanın yorumlanması faaliyeti olmadığı gibi nihai olarak taraf devletlerin iradesini ikame etmek etkisini doğurabilecektir.

Özetle; yatırım tahkiminde, yatırım andlaşmalarının benzeri olmayan yapısının getirdiğı yorum zorlukları ve geniş takdir yetkisinin sebep olduğu ve fakat bu nedenleri dahi unutturacak boyuta ulaşmış temel yorum sorunlarının hepsinin en esaslı çözümü yine kendi içinde saklıdır. Yani, yatırım andlaşmalarının konu ve amacının sırf yatırımcının korunması olmadığı, diğer cephesinin ev sahibi devletin ekonomik gelişimini sağlamak olduğu merkezinde; taraf devletlerin somut andlaşmadaki iradesinin sınırlarına saygıyla genel yorum kuralının tüm unsurlarının eşit değerde, tek ve sıkı sıkıya bütünleşmiş olduğu algısıyla yorum sürecinin tümüyle ve doğru yürütölmesidir.

Bu manada; sayısı 3.000'i aşan ve ince farklılıklar taşıyan her bir yatırım andlaşmasının hangi standartlara yer verdiği, bunların lafzi farklılıkları, andlaşmadaki konu ve amaçların denge veya ağırlık farkı, yan konu ve amaçlarının tespiti ile bunların hak ve yükümlölüklere etkisi ve her bir andlaşmanın takip eden uygulama gibi bağlamsal çeşitliliğı gibi tüm yorum sorunlarına dair getirilebilecek kapsamlı tek çözüm ancak bu yolla sağlanabilir. Yorum kurallarının tümüyle ve doğru uygulanması; aynı zamanda, her bir yatırım andlaşmasının bağımsız yorumlanması ve her davanın kendine has şartlarının gözetilmesi gerekliliğini de halihazırda içinde barındırır.

2. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU

2.1. Uluslararası Yatırım Hukukunun Uluslararası Hukuktaki Yeri

2.1.1. Uluslararası Hukukun Bölünmüşlüğü Tartışmaları Işığında Uluslararası Yatırım Hukuku

Uluslararası hukukun bölünmesi/parçalanması (*fragmentation*), ihtisaslaşması (*specialisation*), çeşitlenmesi (*diversification*) ya da genişlemesine (*expansion*) ilişkin tanının konulması 1989 yılı sonrasında uluslararası hukukta yeni ihtisaslaşmış alt dalların gelişmesi, devletler dışında yeni aktörlerin ortaya çıkması, bireyin uluslararası hukukta geldiği konum²⁹, uluslararası hukukun bölgeselleşmesi, kabul edilmiş kaynakların dışında yeni uluslararası hukuk norm türlerinin ortaya çıkması ile düzenlemelerin artması ve özel düzenlemelerin ortaya çıkmasıyla olmuştur.³⁰ Bu durumu, soğuk savaş sonrası yeni dünya düzeni ile birlikte önemli sayıda çok taraflı sözleşmenin yapılması, yeni uluslararası örgüt ve daimi organların kurulması, uluslararası yargı organlarının ve mekanizmalarının çeşitlenmesi ve artması da tetiklemiştir.³¹ Ancak en temelde hiç şüphesiz ki uluslararası hukukun merkezi sistemden yoksun oluşu ve uygulayıcıların da kural koyan devletler oluşu sebep olarak zikredilmelidir. Konunun çalışmamız açısından önemi ise; bölünmüşlük kavramının neredeyse uluslararası yatırım hukukuyla özdeşleşmiş olması ve eğer hakiki manada bir bölünmüşlükten bahsedilebilirse o zaman uluslararası yatırım andlaşmalarının yorumlanmasında özel yorum kurallarının uygulanması gerekliliğidir.

Bölünmüşlük kavramı; uluslararası hukukta yeni çıkan insan hakları, ceza hukuku ve ekonomi hukuku gibi alanların yalnızca devletler arasındaki ilişkilerle

²⁹ Uluslararası hukukta bireyin konumu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çakan, S. (2021). *Uluslararası Hukukta Bireyin Onarım Hakkı*, Ankara: Astana Yayınları, 5-25.

³⁰ Hafner, G. (2004). "Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", *MICH. J. INT'L L.*, 25, 849-863; Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 3, 4. Uluslararası hukukta bölünmenin yeni bir olgu olmadığına ilişkin görüşler için örn. bkz. Matz-Lück, N. (2012). *Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy*. Young, M. A. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge: Cambridge University Press, 201-234, 205; Pauwelyn, J. (2004). "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as Universe of Inter-connected Islands", *Michigan Journal of International Law*, 25(4), 903-916, 903. Pauwelyn'e göre, nispeten yeni olan; farklı uluslararası hukuk alanlarının zorunlu olarak örtüştüğünün ve modern sorunların çözümünün ilgili etkileşimin dikkatlice incelenmesinden geçtiğinin fark edilmesidir. Bkz. Pauwelyn, a.g.m., 2004, 904.

³¹ Peters, A. (2017). "The Refinement of International law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization", *International Journal of Constitutional Law*, 15(3), 671-704.

ilgili olan geleneksel hukuk anlayışına uymamasından kaynaklanır. Geleneksel alanlara benzemeyen bir şekilde birincil olarak devletlerin çıkarlarının dengelenmesiyle değil; bireylerin, grupların ve şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile ilgilenir ve sınırların ötesine geçer.³² Bölünme farklı açılardan sınıflandırılabilir. Örneğin; fonksiyonel-bölgesel; kurumsal (farklı andlaşmalar, uluslararası örgütler, organlar, mahkemeler)-düşünsel (farklı amaçlar ve değerler) gibi.³³ Yatırım hukuku bağlamında ise kavram, öncelikle uluslararası hukukun bölünmüşlüğüyle; ikinci olarak da yatırım hukukunun kendi içinde bölünmüşlüğü iddialarıyla alakalıdır. Özetle; kavramın pek çok konu hakkında kullanıldığı görülmektedir. Ancak uluslararası hukukun bölünmesi konusu ilk olarak ve temelde ihtisas alanları açısından ve uluslararası hukukta bağımsız (*self-contained*) rejimlerin varlığından söz edilip edilemeyeceği, sonrasında ise uluslararası yatırım hukukunun bu manadaki yeri bağlamında incelenmelidir. Zira, yatırım hukukunun uluslararası hukuk kapsamında nerede durduğunun tespit edilmesi hangi yorum kurallarının uygulanacağını, özel yorum kurallarından bahsedilip bahsedilemeyeceğinin yanı sıra genel uluslararası hukuk olarak anılan alanın³⁴ ve yatırım hukukunun düzenlediği alanlarla kesişen çevre, sağlık, insan hakları hukuku gibi ihtisas alanları arasındaki ilişkilerin nasıl olacağını ortaya konması için de zaruridir. Bu konunun izahından sonra ise uluslararası yatırım hukukunun kendi içindeki bölünmüşlüğü tartışmalarının değerlendirilmesi yatırım hukukunun özelliklerinin tespitinde yerinde olacaktır. Uluslararası hukukun bölünmesi kavramı aslında konunun girişinde bahsedildiği gibi genişleme, ihtisaslaşma, çeşitlenme gibi adlarla anılan ve kendisine pek çok farklı içerik atfedilen son derece tartışmalı bir konudur. Ancak, uluslararası hukukun bütünlüğünün sorgulanmasına sebep olan ilgili konunun değerlendirilmesi aynı zamanda kavram sorununa da çözüm olacaktır.

Bölünmüşlük tartışmalarına eklenen en temel sorunlardan biri *self-contained* (*bağımsız*) rejim sorunudur.³⁵ *Self-contained* rejim, uluslararası hukukun genel sisteminin dışında olan yalnızca kendi kurucu ilkelerini arz eden ve uluslararası

³² Schreuer, *a.g.e.*, 2000, 5, 6.

³³ Peters, *a.g.m.*, 2017, 675.

³⁴ Genel uluslararası hukuk kavramının varlığına ve kavram hakkında kesinlik olmadığına ilişkin eleştiri için bkz. Matz-Lück, *a.g.e.*, 2012, 205, 206.

³⁵ Crawford, J. (2014). *Chance, Order, Change*, Leiden: Brill | Nijhoff, 285.

hukukun diğer alanlarına kapalı rejimdir.³⁶ Varlığını ve dış meşruluğunu uluslararası hukuka borçlu olabildiği halde uluslararası hukukla hiçbir etkileşimi kalmamış durumdadır.³⁷ Rejimin ihtiyacı olan şeyleri kendi bünyelerinde, genel uluslararası hukuku ikame edecek şekilde sağlayabilirler. Böylelikle, kurallarının uygulanmasını garanti eden yöntemlere sahip oldukları farz edilir.³⁸ Bu anlamda bakıldığında diğer uluslararası hukuktan bağımsız olarak var olan belirli bir normatif rejime yol açan ihtisaslaşmayı ima etmesi itibarı ile biraz farklıdır.³⁹

Self-contained rejim kavramı ilk olarak Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD)⁴⁰ tarafından *SS Wimbledon* kararında kullanılmıştır.⁴¹ Dava, Versay Andlaşmasının Alman su yolları ile ilgili hükümlerinin Kiel kanalına da uygulanıp uygulanmayacağı hususundadır. Kararda kavram, iki birincil kural arasındaki yorum sorununun çözümü için kullanılmıştır.⁴² Uluslararası Adalet Divanı (UAD)⁴³ tarafından ise ilk olarak *Tahran Rehineler kararında* diplomasi hukuku hakkında ikincil kurallar için kullanılmış ve bundan sonra, doktrinde rağbet görmeye başlamıştır. Karara göre, *Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi*, uluslararası sorumluluğa dair teamül hukukuna göre *self-contained* rejimdir. Sözleşmenin ihlali halinde genel uluslararası hukuka ilişkin kurallara dayanılarak hukuki çözüm aranamaz. Zira, diplomasi hukuku bu anlamda kendi müdafaa araçlarına sahiptir (*persona non grata gibi*).⁴⁴ Kavram hakkında doktrinde bir birlik sağlanamamıştır. Çeşitli seviyelerdeki özerklikler kavramla özdeşleştirilmektedir.⁴⁵ Divan tarafından kullanılan ifadenin doğru olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁶ Bu itibarla

³⁶ Stahn, C., Herik, L. J. (2012). *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Brill | Nijhoff, 4; Dupuy, P. M. (2007). "A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the 'Fragmentation' of International Law", *European Journal of Legal Studies*, 1(1), 25-41, 26.

³⁷ Crawford, *a.g.e.*, 2014, 285.

³⁸ Dupuy, *a.g.m.*, 2007, 26.

³⁹ Matz-Lück, *a.g.e.*, 2012, 206, 207.

⁴⁰ Uluslararası Daimi Adalet Divanı, bundan sonra "*UDAD*" olarak kısaltılacaktır.

⁴¹ Simma, B., Pulkowski, D. (2010). *Leges Speciales and Self-Contained Regimes*. Crawford, J., Pellet, A., Olleson, S., Parlett, K. (Eds.). *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 139-164, 142.

⁴² Bkz. S.S. "Wimbledon", PCIJ, Series A No 1, Judgment of 17 August 1923, 23, 24. Uluslararası Daimi Adalet Divanı kararlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.icj-cij.org/en/pcij>).

⁴³ Uluslararası Adalet Divanı, bundan sonra "*UAD*" olarak kısaltılacaktır.

⁴⁴ Bkz. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, 37-40.

⁴⁵ Simma, Pulkowski, *a.g.e.*, 2010, 142-143.

⁴⁶ Örn. bkz. Bernhardt, R. (1988). *Encyclopedia of Public International Law 10: States. Responsibility of States. International Law and Municipal Law*, Elsevier Science Pub. Co., 371; Noortmann, M. (2005). *Enforcing International Law: From Self-help to Self-contained Regimes*, Ashgate, 140.

aslında *self-contained* rejim kavramı da kaynaklık ettiği bölünmüşlük kavramı gibi sabit bir tanıma sahip değildir. Farklı yazarlar tarafından farklı tanımların atfedildiği bir kavramdır.

UHK, devletin sorumluluğu ile ilgili tasarı maddelerine ilişkin genel şerhin uluslararası hukukun özel kuralları ile sorumluluğun düzenlenmesi halini öngören *lex specialis* başlıklı 55. maddesinin⁴⁷ izahında *self-contained* rejimi, devletin sorumluluğuna ilişkin genel uluslararası hukuktan tamamen ayrılma amacı güden kuvvetli bir *lex specialis* olarak tanımlamaktadır. Ancak, 55. madde yalnızca genel rejimi belli noktalarda modifiye eden zayıf ‘özel’likten (*lex specialis*) en güçlü olan *self-contained* rejime kadar bütün özel kural türlerini kapsamaktadır.⁴⁸ UHK’nin ifadesinden anlaşıldığı üzere *self-contained* rejim kavramı sıklıkla *lex specialis* ilkesi çerçevesinde ele alınan bir kavramdır.

2006 tarihli Bölünmeye İlişkin Çalışma Grubunun Çalışmasına ilişkin sonuçlarda özel rejim, *self-contained* rejimle eş anlamlı olarak kullanılarak *lex specialis* olarak ele alınmıştır. Buna göre belli bir konu ile ilgili bir grup kural ve ilkeler, özel (*self-contained*) rejim oluşturabilir ve *lex specialis* olarak uygulanabilir. Bu türden özel rejimler ilgili kuralları yönetmek için sıklıkla kendi kurumlarına sahiptir.⁴⁹ İlgili özel rejimler üçe ayrılarak ele alınmıştır. Konu ile ilgili olan üçüncü ayrımda ise şu şekilde tanım yapılmıştır⁵⁰: Belirli bir soruna dair alanı düzenleyen tüm kurallar ve ilkeler “özel bir rejimi” ifade etmek için bir araya getirilir. "Deniz hukuku", "insancıl hukuk", "insan hakları hukuku", "çevre hukuku" ve "ticaret

⁴⁷ Maddenin İngilizce aslı şu şekildedir: *Article 55: Lex specialis These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.*

⁴⁸ Yearbook of the International Law Commission. (2001). *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*, vol. II, Part Two, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 140, para. 5. Uluslararası Hukuk Komisyonu Yıllıklarına ulaşmak için bkz. (<https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/>). Ayrıca bkz. Simma, Pulkowski, *a.g.e.*, 2010, 141-142.

⁴⁹ UNGA. (2006). *Report of the International Law Commission Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006)* General Assembly Official Records Sixty-first session Supplement No. 10 (A/61/10), 411, para. 251(11).

hukuku" gibi ifadeler bu tür bazı rejimleri ifade etmektedir. Yorumlayıcı amaçlar için, bu tür rejimler sıklıkla kendi bütünlükleri içinde dikkate alınabilir.⁵¹

Çalışma grubu raporu, rejimin özel'liğinin etkisini "konu ve amaç" bakımından izah etmiştir. Buna göre; özel bir rejimin manası sıklıkla normların tek ve birleşik bir konu ve amaç dahilinde açıklanmasının önünde engeldir. Dolayısıyla, onların yorumları ve uygulanmaları, mümkün olduğu ölçüde, o konu ve amacı yansıtmalıdır.⁵² Özel rejimlerin genel uluslararası hukukla ilişkisi bağlamında aynı şartlarda *lex specialis* genel uluslararası hukuktan önce gelebilmektedir. Ancak özel rejimler genel hukuka göre daha dar olduğu için özel rejimler tarafından düzenlenmeyen konularda boşluk doldurmada genel hukuk uygulanacaktır.⁵³ Bölünmüşlüğe ilişkin sorunun pek çok sebebi vardır. Fakat, etkenlerden biri de uluslararası ihtisas alanlarının büyük oranda birbirlerinden bağımsız olarak gelişmesi ve sıklıkla benzer olmayan devlet gruplarınca teşvik edilmesidir.⁵⁴ Aynı imzacı devlet grupları içinde dahi tarafların odakları farklılaşabilir. Mesela, büyük olasılıkla ortak bir uyum zemini bulmanın zorlaşacağı şekilde bir taraf çevre, diğeri sosyal haklar, bir başka taraf ise ekonomik çıkarların korunması üzerinde yoğunlaşabilir.⁵⁵

İlgili rejimler arasındaki çatışmaların yol açtığı karışıklıklar ve belirsizliklerin çözümü için UHK, konuyu ele aldığı Martti Koskenniemi tarafından sunulan taslak çalışmada bir dizi araç geliştirilmiştir.⁵⁶ Halbuki ilgili madde uzun süre doktrinde ve yargı uygulamalarında ihmal edilmişti. Konunun UHK tarafından ele alınmasıyla ve yargısal organların kararlarıyla birlikte bilim adamlarının ve uygulayıcıların dikkatini celbetmiştir. Çalışma, bölünme konusunda uyumun sağlanması için bir araç olarak andlaşmaların yorumlanmasına daha fazla dikkat çekmiştir. VAHS madde 31/3(c) sistemli bütünleşme (*systemic integration*) için araç olarak tartışılmıştır.⁵⁷ VAHS'in

⁵¹ UNGA, 2006, 411, para. 251(12). Ayrıca bkz. Cassimatis, A. (2007). *Human Rights Related Trade Measures Under International Law: The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations Under General International Law*, Brill | Nijhoff, 15.

⁵² UNGA, 2006, 411, para. 251(13).

⁵³ UNGA, 2006, 411, para. 251 (14, 15).

⁵⁴ Young, M. A. (2015). Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty. Chinkin, C., Baetens, F. (Eds.). *Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge: Cambridge University Press, 71-89, 71.

⁵⁵ Lorz, R. A. (2013). Fragmentation, Consolidation And The Future Relationship Between International Investment Law And General International Law. Baetens, F. (Ed.). *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 482-493, 484.

⁵⁶ Young, a.g.e., 2015, 71.

⁵⁷ Matz-Lück, a.g.e., 2012, 201, 202.

31/3(c) maddesi, konuları ne olursa olsun andlaşmaların uluslararası hukuk sisteminin ürettiği ve uygulamalarının bu gerçeğe dayandığı sistemli bütünleşmenin amacını anlatır.⁵⁸ İlgili etkileşimi yansıtan uluslararası yargı kararları mevcuttur. Örneğin, *Gasoline* kararında konu gündeme gelmiştir. Kararda, GATT'ın uluslararası kamu hukukundan soyutlanmış olarak okunamayacağı belirtilmiştir.⁵⁹

UHK, bölünme yerine genişleme tabirini kullanmıştır. Bu tercih, daha uygun görünmektedir. UHK'nin bölünmeye ilişkin çalışması normatif çatışmalara ilişkindir. Çatışma esasen insan hakları, çevre, ticaret gibi uluslararası hukukun ihtisas/özel alanlarına ilişkin birbiri ile bütünleşmiş kuralların ortaya çıkmasından doğmaktadır. Kurallar arasındaki çatışma sıklıkla, genel uluslararası hukukun ilkelerinden özerk olduğu iddia edilen belirli hak ve yükümlülükleri belirleyen birincil kurallar ile kuralların yapılmasına, değiştirilmesine, sorumluluğa ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin belirli ikincil kuralların birleşiminden meydana gelmektedir.⁶⁰ Bu çatışmaları analitik olarak üçe ayırmak mümkündür. İlki genel hukuk ile genel hukukun alışılmış olmayan özel yorumu; ikincisi genel hukuk ile buna istisna teşkil ettiği iddia edilen özel kural ve son olarak iki özel kural arasındaki çatışmadır.⁶¹ İlk çatışma, karmaşıklaşmış kurumsal çevredeki hukuki yorumun farklılaşmasının etkisi neticesindedir. Sorunun kaynağı uluslararası hukukta üst bir yargı organının olmamasıdır. O nedenle, uyuşmazlığın çözümü taraflarca yeni oluşturulacak bir hukukla mümkündür.⁶² Genel hukuka getirilen istisnalar karmaşık konularla baş edebilmek için kullanılan standart düzenleyici bir teknik olmakla birlikte, bazen kurumsallaştırılarak müstakil/bağımsız (*self-contained*) rejim olarak görülmektedir.⁶³ İki özel kural veya rejim arasındaki çatışma ise esasen aynı uyuşmazlığın nitelendirilme farklılığı sebebiyle ve buna bağlı olarak farklı kurallara tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin ticari ve çevresel hükümler içeren bir andlaşmaya dayalı bir uyuşmazlık olan *Beef Hormones* kararında Dünya Ticaret Örgütü, ticari ve çevresel ilkeleri birbirinden tamamen bağımsız olarak değerlendirip

⁵⁸ UNGA, 2006, 411, para. 251 (17).

⁵⁹ Bkz. Appellate Body report on "United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline" (WT/DS2/AB/R), (20 May 1996), 17.

⁶⁰ International Law Commission. (7 May 2004). *Study on the function and scope of the lex specialis rule and the question of "self-contained regimes"* : preliminary report / by Martti Koskenniemi, Chairman of the Study Group, UN Doc. A/CN.4/LC(LVI)/SG/FIL/CRD.1, para. 5.

⁶¹ International Law Commission, 7 May 2004, para. 6.

⁶² International Law Commission, 7 May 2004, para. 7-11.

⁶³ International Law Commission, 2004, 2.

çevreye ilişkin prensiplerle bağlı olmadığını ifade etmiştir.⁶⁴ Uluslararası hukukun bölünmüşlüğü tartışmalarının merkezinde farklı uluslararası hukuk disiplinlerine ait normların çatışması ve birbiri ile aynı seviyede yer alan farklı uluslararası hukuk alanlarına ait uyumsuzluklar hakkında çözüm mercileri arasındaki ihtilaflar yer almaktadır. Bazen, normların çatışması sonucu bir normun uygulanması diğer uluslararası hukuk disiplinindeki kurala aykırılık teşkil edebilir.⁶⁵

Teorik olarak her andlaşma birbirinden bağımsız var olsa da mesela uluslararası sorumluluk, andlaşmalar hukuku veya temel tanımlarla ilgili olarak birbiri ile etkileşim içindedirler. Dolayısıyla günümüz itibari ile gerçek anlamda bağımsız normatif kurumların karakteristiğini taşıyan; uluslararası andlaşmalar ve teamül hukukundan her yönüyle tamamen ayrı olan diğer uluslararası hukuktan bağımsız bir rejim yoktur. Konusu ne kadar spesifik olursa olsun, andlaşmalarda uluslararası andlaşmaların yapılmasıyla ilgili geleneksel kurallar takip edilir ve mevcut uluslararası kamu hukukuna atıf yapmaya izin verir.⁶⁶ UAD kararlarında ilgili anlayışa işaret eden pek çok değerlendirme bulunmaktadır. Divan, uluslararası belge ve sözleşmelerin genel uluslararası hukuk ışığında yorumlanması gerektiğini çeşitli kararlarda vurgulamıştır.⁶⁷ Bosna-Hersek/Sırbistan-Karadağ kararında, bir ihlalin sonucuna karar vermek için yalnızca sözleşmenin kendisine değil aynı zamanda genel uluslararası hukuktaki andlaşmaların yorumu ve devletlerin sorumluluğuna ilişkin kurallarına başvuracağını belirtmiştir.⁶⁸ Söz konusu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*AİHM*), Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi gibi ihtisas mahkemelerinin kararlarında da benimsenmiştir.⁶⁹

Diallo kararında hakim Greenwood, uluslararası hukukun tek ve birleşik bir sistem olduğunu ve uluslararası mahkemelerin de aynı sonuca varmak zorunda

⁶⁴ International Law Commission, 2004, 3.

⁶⁵ Komori, T . (2012). Integrating the Fragmented International Public Order: A Theoretical Perspective, Evolving Principles of International Law. Rieter, E., Waele, H. (Eds.). *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*, Martinus Nijhoff Publishers, 105-136, 105.

⁶⁶ Matz-Lück, a.g.e., 2012, 206, 207.

⁶⁷ Örn. bkz. Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 432, 460, para. 68. Uluslararası Adalet Divanı Kararlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.icj-cij.org/en/cases>).

⁶⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, 105, para. 149.

⁶⁹ Andenas, M., Bjorge, E., (2015). Introduction: from fragmentation to convergence in international law. Andenas, M., Bjorge, E. (Eds.). *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1-34, 5.

olmasalar dahi diğer mahkemelerin kararlarından yararlanabileceklerini ve yararlanmaları gerektiğini deklare etmiştir.⁷⁰ Geleneksel yorum yöntemlerinden sapma gösteren uygulamalara konu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin yorumlanmasında dahi örneğin *Bankovic* kararında, söz konusu Sözleşmenin insan haklarına dair özel karakterinin dikkate alınması zorunluluğuna rağmen; Divan'ın yargılama esnasında sorunları incelerken, her türlü ilgili uluslararası hukuk kuralını dikkate almaya mecbur olduğu ve sonuç olarak, devletin sorumluluğuna uluslararası hukukta hüküm süren kurallara uygun olarak karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. AİHS'in mümkün olduğunca, parçasını oluşturduğu uluslararası hukukun diğer prensipleri ile uyumlu olarak yorumlanması gerekliliği⁷¹ itiraf edilmiştir.

Bu manada, rejimlerin özerkliği uluslararası hukukun genel ve kurucu ilkelerinden bağımsızlık olarak algılanmamalıdır. Burada söz konusu olan yalnızca, kuralların özelleştirilmesi olan *lex specialis* kuralına başvurarak uluslararası hukukun çok geniş çaptaki kurallarını azaltmaktır.⁷² Genel uluslararası hukuk disiplinin tamamen dışında görülen tanımın hilafına; bir kısım yazarlar *self-contained* rejimi, uluslararası hukuk disiplini ile bağlantılı olarak ele almaktadırlar. Buna göre *self-contained* rejim, tamamıyla bağımsız alt hukuk disiplinleri anlamına gelecek şekilde yanlış anlaşılmaktadır. Sosyal sistemler, çevrelerinden izole edilmiş şekilde var olamazlar. Alt hukuk disiplinleri de uluslararası hukukun geri kalanından soyutlanmış olarak tasavvur edilemez. En azından “yorum düzeyinde” olmak üzere her zaman az çok etkileşim söz konusu olacaktır.⁷³ Yeni uluslararası hukuk kuralları üretilirken var olan uluslararası hukuk külliyatı, özellikle de andlaşmalar ve uluslararası sorumluluk hukuku önemli bir köprüdür. Aksi, taraf devletlerce kararlaştırılmadığı sürece ilgili genel uluslararası hukuk, her yeni andlaşmaya uygulanacaktır.⁷⁴

⁷⁰ Bkz. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 324, 394, para. 8. Ayrıca bkz. Webb, P. (2013). *International Judicial Integration and Fragmentation* (Vol. First edition), Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 4, 5 .

⁷¹ Bkz. Banković and Others v. Belgium and Others, European Court of Human Rights, Application no. 52207/99, Grand Chamber Decision as to the Admissibility, 12 December 2001, para. 57.

⁷² Stahn, Herik, *a.g.e.*, 2012, 2.

⁷³ Simma, Pulkowski, *a.g.e.*, 2010, 143.

⁷⁴ Pauwelyn, *a.g.m.*, 2004, 906.

Bölünme konusu doktrinde ekseriyetle uluslararası hukukun bütünlüğüne bir tehdit olarak görülmekle birlikte, aksine görüşlere de sahne olabilmektedir. Örneğin Pauwelyn'e göre bölünme kötü bir şey olmadığı gibi ortadan hemen kaybolacak bir şey de değildir. İhtisaslaşmış kurumlar tarafından üretilen ve uygulanan hukuk muhtemelen daha iyi bir hukuka yol açacak; aradaki rekabet yeni hukuk belgelerinin gelişmesini sağlayacak ve farklı çıkarlar gözeten devletler açısından çeşitliliğe imkan verecektir. Önemli olan ihtisaslaşmış alanlara dair hukuk oluşturulurken genel uluslararası hukukun ve diğer ihtisas alanlarının dikkate alınması gerekliliğidir. Bu yol tercih edilse idi, uluslararası hukukun bölünmesi ve birliği yan yana gidebilir ve kuralların çatışması büyük oranda önlenebilirdi.⁷⁵

Tüm bu gerçekler ışığında, uluslararası hukukun bölünmüşlüğünden değil sadece ihtisaslaşmış alanların varlığından bahsedilebileceği açıktır. Hakim Greenwood tarafından *Diallo* kararında deklare edildiği gibi; uluslararası hukuk, her birinin fonksiyonu diğerlerinden tecrit edilmiş, bölünmüş özelleşmiş ve *self-contained* hukuk birimleri serisi değildir. Tek ve birleşik bir hukuk sistemidir.⁷⁶ Dolayısıyla uluslararası yatırım hukuku da uluslararası hukuk disiplinin bir parçası olup onun dışında değildir. En kısa bir izahla belirtmek gerekirse, uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynağı devletler arasında akdedilen uluslararası hukuka tabi andlaşmalardır. Andlaşmaların yorumlanmasında uluslararası hukuktaki yorum kuralları uygulandığı gibi taraf devletlerin yatırım andlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de devletlerin uluslararası sorumluluğu kurallarına başvurulmaktadır.⁷⁷ Mesela, tazminatın ve zararın hesaplanmasında en önemli ilkeler, BIT hükümleri ve uluslararası sorumluluk hukuku kurallarıdır. UHK'nin 2001 tarihli *Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemler Sebebiyle Devletlerin Sorumluluğu Hakkındaki Taslak*⁷⁸ metni, teamül hukuku olarak devletler arasındaki

⁷⁵ Pauwelyn, a.g.m, 2004, 904.

⁷⁶ Ahmadou Sadio Diallo, Declaration of Judge Greenwood, 394, para. 8. Ayrıca bkz. Bjorge, E. (2015). The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?. Andenas, M., Bjorge, E. (Eds.). *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 498-535, 533.

⁷⁷ İstisnai olarak bazı yatırım tahkimi kararlarında, devletlerin uluslararası sorumluluğu kurallarına başvurulmamaktadır. Örn. bkz. Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (18 September 2009), para. 420-430; Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility (15 January 2008), para. 161-179.

⁷⁸ International Law Commission. (2001). *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

ilişkilerle ilgili olduğu için yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanamayacağı tartışılabilirse de yatırım andlaşmaları tahkimi ve davanın tarafları tarafından düzenli olarak atıf yapılan kurallardır.⁷⁹ Nitekim, yatırım tahkimine konu olan uyuşmazlığın davacısı yatırımcı olsa dahi bir uluslararası andlaşmanın ihlali iddiasına dayanılmaktadır.

Yatırım hukuku mevzu bahis olduğunda bölünmüşlük kavramının adının daha çok geçmesinin sebebi ise alanın, klasik uluslararası hukuk alanlarına nazaran birtakım özel hususiyetler barındırmasıdır. Müteakip başlıkta ayrıntılı olarak inceleneceği üzere yatırım andlaşmaları, herhangi bir uluslararası andlaşmanın özelliklerini taşımakla birlikte, en temel farklılığı; bir birey olarak diğer taraf devletin yatırımcılarına birtakım önemli maddi haklar ve özellikle de getirdiği tahkim usulü ile doğrudan dava açma hakkı olmak üzere usuli haklar vermesidir. Dolayısıyla hem kamusal hem bireysel çıkarların söz konusu olduğu bir alandır. Hatta, andlaşmalar hukukunun bilinen kurallarından olan ve gerçek yorum olarak isimlendirilen, andlaşmalarının yorumlanması hususunda en başta taraf devletlerin yetkili olmaları konusunun; dava esnasında yapılması halinde, yatırımcının çıkarlarını etkilediği gerekçesi ile zaman zaman eleştirildiği bir alandır da.⁸⁰ Uluslararası yatırım hukukunun ve tahkiminin özelliklerinin bir kısmı aynı zamanda, yatırım hukukunun “kendi içinde” bölünmüş bir yapı arz ettiği hakkındaki yaygın iddia ve kanaatlerin de başlıca sebebidir.

2.1.2.Uluslararası Yatırım Hukukunun Temel Özellikleri

Yabancı yatırımlar, ekonomik gelişme ve küresel refah için hayatidir. Hem gelişmekte olan devletlere yerel endüstrilerini ve alt yapılarını geliştirme imkanı verir hem de yatırımcılar, finansal getiri elde ederek geleceğin pazarlarında yer edinirler. Özellikle de yatırımcılar için çalkantılı küresel ekonomik koşullarda, ilk elde yatırım yapmaya karar vermelerinde yatırım andlaşmaları giderek artan bir şekilde önem kazanmaktadır.⁸¹ Uluslararası yatırım hukuku ve tahkimi son

⁷⁹ Marboe, I. (2018). Compensation and Damages in Investment Treaty Arbitration. Yannaca-Small, K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 679-697, 679.

⁸⁰ Bkz. Walde, T. W. (2009). Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., Wittich, S. (Eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 724-780, 765, 766.

⁸¹ Franck, S. D. (2005). “The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham L. Rev.*, 73, 1521-1625, 1524, 1525.

zamanlarda dikkate değer ölçüde gelişme katetmiştir. Uluslararası kamu hukukunun en hızlı büyüyen alanlarından biri haline gelmiş ve aynı zamanda yatırım tahkimi, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının en meşhuru haline gelmiştir.⁸²

Kendine has özellikleri sebebiyle yatırım andlaşmaları rejiminin yapısı, anlaşılması zor ve tartışmalı olarak nitelendirilmektedir.⁸³ Bazı yazarlarca yatırım hukuku, uluslararası kamu hukuku bazılarınca özel hukuk kapsamında görülürken; bazılarınca ise melez (*hybrid*)/sui generis bir yapı olarak nitelenmektedir.⁸⁴ Yatırım hukukunun, uluslararası hukuk düzeninin oluşturduğu hiçbir şeye benzemediği, sui generis/hibrit bir yapıya sahip olduğuna yönelik görüşlerin doktrinde yaygın olarak yer bulduğu ifade edilmektedir.⁸⁵ Aslında, yatırım hukukunun kendine has pek çok hususiyete sahip olması, uluslararası kamu hukukunun bir alt dalı olmasına rağmen niteliğini sorgulanır hale getirmiştir. Özellikle de uyuşmazlıkların çözümü yöntemi olan yatırım tahkiminin buna katkısı son derece fazladır. Bu manada yeri, uluslararası ekonomi hukukunun da sınırlarını aşmıştır.

Yatırım hukuku her ne kadar uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olarak ya da buradan neşet eden bir alan olarak değerlendirilse de; bir özel kişi olan yatırımcıyla ev sahibi devlet arasında uzun süren bir ilişki tesis etmesi sebebiyle ulusal ve uluslararası ticaret faaliyetlerinden farklıdır. Yatırım kavramı da ticaretin, malla paranın bir defalık değişimini içermesi sebebiyle ticaret kavramından farklılaşır. Çoğunlukla yatırımcı, yatırımın başlangıcında bir proje çerçevesinde maddi kaynakları aktarırken, bu miktarı telafi etmek ve ilerleyen süreçte uygun bir ücret elde etmek ister. Yatırım süresi bazen 30 yıl ya da daha fazla bir süre için kurulur.⁸⁶ O nedenle de ekonomi hukuku alanlarından ayrılır. Karın dönüşünün uzun vadede sağlanması yatırımcıyı, yalnızca beklenmedik normal ticari risklerle değil

⁸² Diel-Gligor, K. (2017). *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill | Nijhoff, 1.

⁸³ Bkz. Roberts, A. (January 2013). "Clash Of Paradigms: Actors And Analogies Shaping The Investment Treaty System", *The American Journal of International Law*, 107(1), 45- 94, 45.

⁸⁴ Pauwelyn, J. (2014). Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press, 11-43, 11, 12; Douglas, Z. (2003). "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Yearbook of International Law*, 74(1), 151-289, 152- 153.

⁸⁵ Bkz. Paparinskis, M. (2014). Analogies and Other Regimes of International Law. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, Oxford: Oxford University Press, 73-109, 73.

⁸⁶ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 3, 4; Schefer, K. N. (2016). *International Investment Law: Text, Cases and Materials*. Second Edition, Edward Elgar Publishing, 3.

yatırıma karar verme sırasında öngörülemeyen ev sahibi devletin olası fiillerine de maruz bırakabilir.⁸⁷ Bu nedenle, uluslararası ticaret hukuku dünya çapında mal ve hizmet alışverişini serbestleştirmeye yönelirken; yatırım hukuku, diğer taraf devletin ülkesinde haklar vererek, her iki tarafın yatırımcılarını korumak ve onlara daha fazla öngörülebilirlik kazandırmaya yönelir.⁸⁸ Elbette buna, yatırım andlaşmalarının diğer bir amacını teşkil eden ev sahibi devletin ekonomik gelişiminin sağlanması da eklenmelidir.

Yatırım hukukunda özellikle iki genel konu tekrar tekrar gündeme getirilmektedir. Bunlardan ilki, devletlerin niçin yatırımcılar lehine önemli ölçüde egemenliklerini sınırlandırdıkları ve yatırımcı-devlet tahkimi yoluyla kendilerine doğrudan dava açılmasına izin verdikleridir. Diğer ise özel yatırımcıların, devlete karşı hak iddia ettikleri ve ticari tarzdaki hakemlerin uluslararası hukukun yanı sıra iç hukuku da uygulayabildiği ve pek çok açıdan merkezileşmenin olmadığı sayısı 3.000'e yaklaşan BIT'lerin mevcut olduğu bir sistemde, uluslararası yatırım hukukunun yapısının en iyi şekilde nasıl sınıflandırılacağı konusudur.⁸⁹

Uluslararası yatırım hukukunun başlıca kaynağı uluslararası yatırım andlaşmalarıdır. Bunları akdeden devletlerin niteliklerinin incelenmesi, aslında yukarıdaki ilk soruya önemli ölçüde cevap vermektedir. Uluslararası yatırım andlaşmaları esasında herhangi bir uluslararası andlaşma gibi tarafları devletler olan uluslararası hukuka tabi andlaşmalardır. Fakat, menşei itibari ile gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında imzalanmaktadır.⁹⁰ Zira, uluslararası yatırımlar pek çok devletin gelişmesinde önemli bir rol oynar. Özellikle, gerekli doğal kaynaklar ve insan kaynaklarına sahip olan ancak sanayileşmiş devletlerin çoğunun sahip olduğu sermaye ve teknolojik bilgi birikiminden mahrum olan gelişmekte olan devletler bakımından uluslararası yatırımlar daha önemlidir. İlgili devletler ve yabancı yatırımcı arasındaki etkileşim, iki tarafın da yararına olacak şekilde gelişmekte olan devletlerin kaynaklarının etkin bir şekilde değerlendirilmesine

⁸⁷ Schefer, *a.g.e.*, 2016, 3.

⁸⁸ Chauvel, L. (2017). "The Influence of General Exceptions on the Interpretation of National Treatment in International Investment Law", *Revista de Direito Internacional*, 14(2), 140-159, 141.

⁸⁹ Pauwelyn, *a.g.e.*, 2014, 11,12.

⁹⁰ Bonnitcha, J. (September 2017). *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence*. The International Institute for Sustainable Development (IISD Report), (<https://www.iisd.org/system/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf> Erişim Tarihi: 17.12.2020), 1.

yardımcı olur.⁹¹ Devletler, kaynak (*home*) devlete geri dönüşü olacağı için dışarıdaki yatırımcıları yararlandırmak amacı ile de yatırım andlaşmaları yapmaktadırlar.⁹²

Yatırım andlaşmalarında devletler “karşılıklı olarak” yabancı yatırım ve yatırımcılara koruma önerirler. Andlaşmalardaki “orijinal amaç” geliştirmekte olan devletteki gelişmiş devletten gelen yatırımcının yatırım yaptığı sermayeyi korumaktır.⁹³ Ancak 1990’larda BIT’ler sermaye ihraç eden ve ithal eden devletler arasındaki bir ilişki olmanın ötesine geçerek, geliştirmekte olan ve Eski Sovyet Bloğundaki devletlerin de arasındaki ilişkileri düzenler olmuştur.⁹⁴ Artık, ilk ortaya çıkışı itibarıyla tipik özelliği olan geliştirmekte olan devletlerin istikrarsız hukuk sistemlerine karşı endüstriyel devletin yatırımcısını korumak amacından sapmalar yaşanmaya başlamıştır. Gelişmiş devletler arasında da yatırım andlaşmalarının yapılmasına nadir olsa da rastlanmaya başlanmıştır.⁹⁵ O yüzden, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında ilk olarak karşımıza çıkan haliyle yatırım andlaşmalarının imzalanma sebeplerini ve tek amacını “yatırımcının korunması” olarak aktarmak eksik olacaktır. Bunun diğer veçhesi, ima edildiği gibi, andlaşmalarda yatırımcılara öngörülen maddi ve usuli konulardaki koruma sayesinde yatırımları teşvik ederek ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlamaktır. Yatırım andlaşmalarının başlığı ve girişlerinde de ekseriyetle, “yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki” ifadeleri beraber yer alır.

Uluslararası yatırım hukukunun temel özelliklerine giriş niyeti ile yukarıda yazılanların ipucu verdiği üzere, bu alan temel olarak uluslararası yatırım andlaşmaları ile ve daha da önemlisi iki taraflı yatırım andlaşmalarıyla düzenlenmektedir. Diğer uluslararası hukuk alanlarına nazaran iki taraflı yatırım andlaşmalarının sayısının çokluğu (*3.000’e yaklaşması*), bu andlaşmaların genellikle model andlaşmalar üzerinden çok genel düzenlenmiş olması ve sınırlı sayıda

⁹¹ Hirsch, M. (1993). *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, 3.

⁹² Johnson, L., Sachs, L., Güven, B., Coleman, J. (March 2018). “Costs And Benefits Of Investment Treaties Practical Considerations For States Policy Paper” *Columbia Center On Sustainable Investment*. (<http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf> Erişim Tarihi: 07.05.2020), 8.

⁹³ De Mestral, A. (2017). *Second Thoughts : Investor State Arbitration Between Developed Democracies*, CIGI, 1.

⁹⁴ Van Harten, G., Loughlin, M. (2006). “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”. *The European Journal of International Law*, 17(1), 121–150, 123.

⁹⁵ Dimsey, M. (2008). *The Resolution of International Investment Disputes : Challenges and Solutions*, Eleven International Publishing, 13; Bonnitcha, a.g.e., September 2017, 1.

(yaklaşık bir düzine) maddeden teşekkül etmesi, yatırım hukukunun en temel ayırıcı özelliklerindendir. Günümüzde hemen hemen her devletin en az bir BIT'e taraf olduğu da bilinmektedir. Uluslararası yatırım hukukunun çok taraflı olarak değil ama iki taraflı andlaşmalara (BIT) dayalı olarak inşa edilmesinin de etkisiyle merkezileşmemiş ve özelleştirilmiş karar alma sürecine sahip olması ile çok taraflı bir uluslararası örgüte dayanmaması da diğer bir hususiyeti olarak görülmektedir.⁹⁶ İşte uluslararası yatırım hukukunun “kendi içindeki” bölünmüşlüğü iddialarının bir kısmını oluşturan da çok sayıda BIT'ten müteşekkil olması, *ad hoc* yatırım tahkimi ile ihtilaflı ve istikarsız olarak anılan sayısı 1.000'i aşmış yatırım tahkimi kararlardır.⁹⁷

Maupin'in anlatımıyla sistem: 1) Metinsel olarak: Örtüşen 3.000'ini aşan yatırım andlaşması, yüzbinlerce yatırımcı-devlet akdi, sayısız yerel düzenleme 2) Maddi olarak: Yarım düzine kadar belirsiz bir şekilde ifade edilmiş ancak nispeten standartlaştırılmış ilkeler 3) Kurumsal olarak: Uyuşmazlıkların çözümü için tesis edilmiş merkezileşmemiş kurum ve usul kuralları 4) Yargısal olarak: *ad hoc* tahkim mahkemelerinin verdiği sayısı sürekli artan bir kararlar bütünüdür.⁹⁸ Salacuse, rejimin bu niteliğinin dört temel zorluğa yol açtığını savunmaktadır. (1) Hayal kırıklığı yaratan rejim sonuçları; (2) Noksan karar alma süreçleri ve ulusal egemenlik üzerindeki gerekçesiz kısıtlamalar, (3) Katılımcı beklentilerinin farklılaşması (4) Ulusal ve küresel ekonomik krizlerin etkisi. Öte yandan rejime bazı diğer faktörler, üyelerin ayrılmasını zorlaştıran yapışkan bir nitelik verme eğilimindedir.⁹⁹ Bunlara pek çok eleştiri daha eklemek mümkündür ki bunların önemli bir bölümü, çalışmamızın temelini oluşturacak olan iki taraflı yatırım andlaşmalarının genel yapısı ve hükümlerinin çok geniş ve belirsiz olarak düzenlenmesi ve yorumlanmasına dair sorunlardan kaynaklanmaktadır.

Bu sistemi kuran yatırım andlaşmaları; taraf devletleri, birbirinin yatırımcılarına karşı iki tür temel hak sağlamakla yükümlendirir. İlki, adil ve

⁹⁶ Bkz. Salacuse, J. W. (Summer 2010). “The Emerging Global Regime for Investment”, *Harvard International Law Journal*, 51(2), 427-473, 427.

⁹⁷ Schill, S. W. (2011). “W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law”, *The European Journal of International Law*, 22(3), 875-908, 890.

⁹⁸ Maupin, J. A. (2013). *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky*. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2058195 ErişimTarihi: 06.11.2021), 2, 3.

⁹⁹ Salacuse, a.g.m., Summer 2010, 427.

hakkanietli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı gibi maddi standartlar; ikincisi ise bunlara ev sahibi devletin riayet etmediği hallerde, yatırımcının bizzat harekete geçirebileceği yatırımcı-devlet tahkimi mekanizmasına başvurma temel olmak üzere usuli koruma taahhütleridir. Uluslararası yatırım tahkimi yolu, diğer ekonomi hukuku alanlarında rastlanmayan ayırt edici bir diğer önemli özellik olarak görülmektedir.¹⁰⁰ Yatırım andlaşmaları aslında, VAHS m. 2/1(a) kapsamına giren uluslararası andlaşmalar olsalar da bu noktada diğer uluslararası kamu hukukuna tabi andlaşmaların çoğundan farklılaşır. Çünkü büyük çoğunluğu, yatırımcılara ev sahibi devlete karşı doğrudan tahkim yoluyla dava açma hakkı verir ve ilgili hak, büyük ölçüde uluslararası ticari tahkim ve yatırımcı-devlet akitleri çerçevesinde gelişmiş usul kuralları ve infaz mekanizmalarına sahiptir. Roberts'a göre yatırım andlaşmaları sistemi; uluslararası kamu hukuku andlaşmalarına özel uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının nakledildiği/aşılandığı bir sistemdir.¹⁰¹ Douglas'a göre ise yatırım uyuşmazlıkları tahkimine ilişkin andlaşma rejimi tarafından sunulan analitik zorluk ne uluslararası kamu hukuku ne de özel ulusötesi (*transnational*) uyuşmazlık çözümü sınıflandırmasına dahil etmek için yeterince mantıksallaştırılabilememesidir.¹⁰²

Konu hakkında bunlara benzer nitelikte zıt veya paralel pek çok görüşe değinmek mümkündür ve bir sonraki başlıkta daha geniş incelenecektir. Ancak başlığın bütünlüğü adına kısaca burada da konuya temas etmek gerekir. Şöyle ki yatırım tahkiminin, ticari tahkimle benzerlikleri; benzer tahkim kurumlarını paylaşabilme, usuli kurallar, hakemler, uzmanlar¹⁰³ olması sebebiyle daha çok usuli konulara ilişkindir. Yoksa, yatırım tahkimi mercilerinin yetkilerinin kaynağı ve görevleri yine uluslararası andlaşmalardan doğan uyuşmazlıkları çözmektir. Yatırımcının ilgili mekanizmaları harekete geçirmesi bir farklılık meydana getirmemektedir. Çünkü, yatırımcılara tanınan başvuru hakkı, yine uluslararası yatırım andlaşmaları ile taraf devletlerce verilen bir haktır. Bu imkanı tanımayan yatırım andlaşmaları olduğu gibi sınırlı olarak tanıyanlar, hatta andlaşmanın tadili/değiştirilmesi yoluyla BIT'lerden ilgili hakkın çıkarıldığı örnekler de mevcuttur. Ayrıca, uyuşmazlığın çözümünde devletlerin uluslararası sorumluluğu,

¹⁰⁰ Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (2015). General Introduction to International Investment Law. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law, Nomos/Hart Publishing*, 1-5, 1, 2.

¹⁰¹ Roberts, a.g.m., January 2013, 45.

¹⁰² Douglas, a.g.m., 2003, 152.

¹⁰³ Marboe, I. (2018). *Damages in Investor-state Arbitration: Current Issues and Challenges*, Brill, 3.

uluslararası andlaşmaların yorumlanması gibi uluslararası kamu hukukunun temel kural ve ilkelerinden yararlanılmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan yorum hususunda; ticari tahkim kararlarından yatırım tahkiminde zaman zaman yararlanıldığı bir gerçek olmakla birlikte; diğer uluslararası mahkemelerin karar ve tespitlerinden de ilgili olduğu ölçüde yararlanılması yaygın bir uygulama olduğundan konu, ticari tahkim kararlarına has değildir.

Yatırım hukukunun farklılığı bağlamında tartışılan bir diğer konu da uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki ilişkisidir. Dolzer ve Schreuer'e göre aradaki ayrım yatırım hukukunda bulanıklaşmaktadır. Çünkü, yabancı yatırım hukuku zorunlu olarak ev sahibi devletin hukukuna ilişkin tarafları da barındırmaktadır. Yine kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrım da yatırım hukukuna tam olarak uymamaktadır. Ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında akdedilen özel akitlerle ilgili kurallar, hem kamu hukuku hem de özel hukuk özelliği gösterirler. İlgili kurallar ulusal ve uluslararası hukuk arasında bağ kurarlar. Belli bir dereceye kadar ulusal hukukun yerine uluslararası hukuk geçer ve ilgili uluslararası davalarda hakimler ulusal hukuk anlayışlarını, mümkün olduğunca genel uluslararası hukuk ve uluslararası andlaşmalarda öngörülen yükümlülükler ışığında değerlendirdikleri ulusal hukuka çevirirler.¹⁰⁴ Fakat, bu değerlendirme konunun sadece yatırım hukukuna has bir durum olduğunu göstermez. Nedeni ise uluslararası hukukun diğer alanlarında da iç hukukun kaynaklarından çeşitli seviyelerde yararlanılabiliyor olmasıdır. Daha doğru olması açısından, ilgili manada söylenebilecek olan belki de yatırım hukukunun yararlanıcısının birey olması ve yatırımların, ev sahibi devletin ülkesinde icra edilmesi sebebiyle iç hukuka daha fazla başvurulmasının tabiatı itibarıyla bir zorunluluk olduğudur.¹⁰⁵

Yukarıdaki paragrafın da yansıttığı üzere, uluslararası yatırım hukukunun aslında en belirgin ve ayırt edici vasfı; ekseriyetle iki taraflı yatırım andlaşmaları ile düzenleniyor olması, bunların kendine has özellikleri ile yatırım tahkimi ve yatırım tahkimi kararlarının hem ağırlığı hem de önemidir. Dolayısıyla, yatırım hukukunun farklılıklarını ortaya koyma ve aynı zamanda farklılıkların, özellikle yorum

¹⁰⁴ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 3.

¹⁰⁵ Benzer görüş için bkz. D'argent, P. (2012). Introduction. Gazzini, T., De Brabandere; E. (Eds.). *International Investment law: The Sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1-4, 2. Yazara göre her hukuk dalında söz konusu olabilecek ilgili gerçek, heterojen aktörlerin etkileşimi sebebiyle yatırım hukukunda belki de daha kritiktir.

sorunlarının başlıca sebeplerinden birini oluşturmaları bağlamında nasıl bir etkisi olduğu ve çözüme dair tavsiyeler için iki konunun ayrıntılı olarak incelenmesi zaruridir.

2.1.3. Uluslararası Yatırım Andlaşmaları Tahkimi, Önemi ve Niteliği

Yatırım andlaşmalarında yer alan “kendine mahsus” uyuşmazlık çözüm hükümleri, uluslararası hukuk pratiğinde yeni ve ayrı bir alan meydana getirmiştir ki¹⁰⁶ “yatırımcı-devlet tahkimi”, “yatırım tahkimi”, “yatırım andlaşmaları tahkimi” gibi yakın adlarla anılmaktadır. Yatırımcı-devlet tahkimi, uluslararası uyuşmazlık çözümü içinde en önemli gelişme olarak nitelenmektedir.¹⁰⁷ Aslında, uluslararası tahkim, üçe ayrılmaktadır. Bunlar, devletlerarası tahkim, ticari tahkim ve yatırım tahkimidir. İlk başta uluslararası tahkim, devletler arasındaki uluslararası hukuk uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla özellikle de diplomatik ilişkilerde kuvvet kullanılmasına alternatif olarak tesis edilmiştir. 20. yüzyılda uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte devletler, bireylere kademeli olarak uluslararası tahkimde daha doğrudan rol vererek ticari uyuşmazlıkları çözmeye çalışmışlardır.¹⁰⁸

2. Dünya Savaşı’nın bitiminde sadece ara sıra uluslararası uyuşmazlık çözümü mekanizmasına dahil edilen devlet dışı aktörlerin, özellikle ilgili mekanizmaların çeşitlenmesi ile son on yıllarda yargısal tahkim yollarına doğrudan başvurularında önemli bir çıkış yaşanmıştır. En göze çarpan alanların başında ise hiç şüphesiz yatırım hukuku gelmektedir.¹⁰⁹ Yatırım andlaşmaları, uyuşmazlık çözümü ile ilgili genellikle iki tür düzenleme içerir. Birincisi, yatırım andlaşmalarının tarafları arasında vuku bulabilecek andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklarla ilgilidir. İkincisi ise yatırımcı-devlet tahkimidir.¹¹⁰

Aslında, devlet-devlet uyuşmazlık çözümü yoluyla da yatırım hukukunda; diplomatik koruma, yorum ve tespit talepleri gibi çeşitli hak taleplerinde bulunulabilir. İlgili doğrultuda, yatırımcı-devlet tahkimi hükümlerinden önce; ilk

¹⁰⁶ Foster, C. (2015). “Investment Treaty Arbitration as Internationalized Public Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 64(2), 461-486, 461.

¹⁰⁷ Örn. bkz. Brabandere, E. (2014). *Investment Treaty Arbitration As Public International Law: Procedural Aspects And Implications*, Cambridge: Cambridge University Press, 17, 18.

¹⁰⁸ Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration And Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 50.

¹⁰⁹ Brabandere, a.g.e., 2014, 18.

¹¹⁰ Juillard, P. (2008-2009). The Law of International Investment Can the Imbalance Be Redressed?, Sauvart, K. P. (ed.) *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, 273-281, 279.

dostluk, ticaret ve denizcilik andlaşmaları ve ilk yatırım andlaşmalarının bazısı, yalnızca devlet-devlet yatırım tahkimi içermekte idi. Ama bu çerçevede yalnızca dört dava açılmıştır. Biri İtalya'nın Küba'ya karşı diplomatik korumaya dayanarak açtığı dava, diğeri andlaşmanın ihlali gerekçesi ile ABD'ye karşı Meksika'nın açtığı tespit davası, diğeri ikisi ise sürmekte olan yatırımcı-devlet uyuşmazlığına karşılık olarak ev sahibi devletlerin andlaşmanın hükümlerinin yorumlanması için açtığı davalardır. (*Peru v. Şili ve Ekvator v. ABD*).¹¹¹ Devlet-devlet tahkimini tercih eden andlaşmalar, serbest ticaret andlaşmaları ve kapsamlı ekonomik ortaklık andlaşmalarında daha ilişkili hale gelmektedir. Bu andlaşmalar tipik olarak devlet-devlet tahkimi hükümleri içerir. Bazı devletler, yatırımcı-devlet tahkimini içeren andlaşmalar imzalamaya devam ederken bazıları yalnızca devletlerarası tahkimi tercih ederler.¹¹² Ama devletler, devletlerarası tahkim kararlarının icrasını; geçerlilik ve uygulamaya ilişkin kurallar mevcut olmakla birlikte, bunları etkili kılacak zorunlu bir usul olmamasından ve zahmetli bir süreç olarak görmelerinden dolayı sıkça başvurmamaktadırlar.¹¹³

Geleneksel olarak, bireyler ve devlet arasındaki devletlerin egemen eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar o devletin ulusal mahkemelerine tabidir. Ancak istisnai hallerde bireyler diplomatik koruma yoluyla uluslararası alanda özel iddialarda bulunabilirler.¹¹⁴ Tarihi sürece baktığımızda da 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra diplomatik koruma sorunu olarak ele alınmakta ve ev sahibi devlet ile yatırımcının milli devletinin arasında bir uyuşmazlığa dönüşmekte idi.¹¹⁵ Çünkü, diplomatik korumanın temelinde yatan ilke, bir devletin vatandaşına verilen zararın o devletin kendisine verilen zarar anlamına

¹¹¹ Bernasconi-Osterwalder, N. (October 2014). *State-State Dispute Settlement in Investment Treaties. The International Institute for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, 1.

¹¹² Yalnız devlet-devlet tahkimi içeren andlaşmalar için örn. bkz. Avustralya-Malezya Serbest Ticaret Andlaşmaları (*Malaysia-Australia Free Trade Agreement*, 2012), Japonya-Filipinler Ekonomik Ortaklık Andlaşması (*Japan-Philippines Economic Partnership Agreement*, 2006).

¹¹³ Merrills, J. G. (2011). *International Dispute Settlements*, Cambridge: Cambridge University Press, 107; Juillard, a.g.e., 2008-2009, 279.

¹¹⁴ Brabandere, a.g.e., 2014, 19.

¹¹⁵ Merrills, a.g.e., 2011, 107, 110.

gelmesidir.¹¹⁶ Bu kapsamda ilgili devlet, sorumlu devletten zararın tazminini isteyebilir. UDAD, *Mavrommatis Filistin İmtiyazları* kararında, devletin vatandaşlar üzerinde diplomatik koruma hakkını icra etmesini uluslararası hukukun temel ilkesi ve esasen kendi hakkının ileri sürülmesi olarak nitelemiştir.¹¹⁷ Aynı şekilde *Barcelona Traction* kararında, diplomatik koruma hakkının kendi hakkı olması sebebi ile devletin münhasır yetkili olduğu; kapsamının, nasıl kullanacağının, ne zaman başladığının ve ne zaman sona ereceğinin tayini konusunun devletin tamamen takdir yetkisinde olduğu vurgulanmıştır.¹¹⁸

Dolayısıyla, diplomatik koruma hakkı için milli devletin bunu talep boyutuna taşıyacağının bir garantisi yoktu. Taşıdığı halde de çoğunlukla sorunlar yargı yoluyla değil tartışma veya diplomatik baskı yoluyla çözülmüyordu. Öyle ki uyuşmazlıkların boyutu, devletlerin birbirine karşı güç kullanmasına kadar varabilmekteydi. Özellikle Latin Amerika devletleri bu tür müdahalelere maruz kalmaktaydı. Diplomatik koruma kurumu halen mevcut olsa da geleneksel diplomatik koruma kurumunun iç hukuk yolları ve devletin takdir yetkisi sebebiyle etkili olmayışına, özel tahkimin geliştirilmesi ile devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için kurulan “*Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez*” (*International Centre for Settlement of Investment Disputes/ICSID*) sisteminin oluşturulmasının eklenmesi, yatırımcılar ve devletler için iyi bir alternatif olmuştur.¹¹⁹ Hatta bazı kararlarda, ICSID’in yatırım ilişkilerini depolitize etmek ve yatırımcı devletin diplomatik müdahalesinden ev sahibi devleti korumak amacından bahsedilerek; çoğunlukla benimsenenin aksine, yatırım andlaşmalarının konu ve amacına ev sahibi devlet lehine yatırımcı zararına olacak şekilde dayanak olarak başvurulmuştur.¹²⁰

¹¹⁶ Newcombe, A., Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 5. Ayrıca bkz. Acer, Y., Kaya, İ. (2015). *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı*. Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Seçkin, 415; Çakan, a.g.e., 2021, 28.

¹¹⁷ Bkz. *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Series A no 2, Judgment of 30 August 1924, 12.

¹¹⁸ Bkz. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, I.C.J Reports 1970, p.3, para. 78, 79.

¹¹⁹ Merrills, a.g.e., 2011, 107, 110; Brabandere, a.g.e., 2014, 19, 21.

¹²⁰ Örn. bkz. *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v Democratic Republic of the Congo*, ICSID case No. ARB/98/7, Award (1 September 2000), para. 19. Ayrıca bkz. Shihata, I. F. I. (Spring 1986). “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA.” *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1(1), 1–25, 1.

Bu sebeple; 1960’lardan itibaren yatırımcı-devlet tahkimi rejimi için politizasyon ve depolitizasyon kavramları; her şeyden önce tahkimin oluşturulmasının gerekçesi, ikinci olarak da mantığını açıklamak için enstrüman olarak kullanıldı. Kaynak devletin diplomatik korumayı desteklemesine yönelik takdirindeki politik unsur ICSID Konvansiyonu’nun arka planını şekillendirmiş, yatırım uyuşmazlıklarını politik alandan uzaklaştırmaya yardımcı olmuştur.¹²¹ Ama, depolitizasyonun yatırımcı-devlet tahkiminin ayırt edici özelliği olduğu görüşü bazı yazarlarca kabul edilmemektedir. Geniş anlamda uluslararası yargının zaten bu işlevi gördüğü, hal böyle iken yatırımcı-devlet tahkimi dahil her uyuşmazlığın bir dereceye kadar politize olmaya da müsait olduğu ileri sürülmektedir.¹²²

Nitekim, uluslararası yatırım hukukunun ilk saikini hiç şüphesiz “ekonomik” olarak görmek gerekir. Çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıkları siyasi sahadan yargı sahasına taşımak ilavesidir.¹²³ UNCTAD’ın (*Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı/United Nations Conference on Trade and Development*) ifadesiyle yatırımcı ile yatırımcının yatırımını yürüttüğü ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, uluslararası yatırım andlaşmalarında tesis edilen yatırımların korunması sisteminin asli cihetidir.¹²⁴ Çünkü, sağlanan maddi haklar kadar önemli olan ve belki de daha önemlisi, ilgili hakları koruyacak güvenilir mekanizmaların varlığıdır. Yatırım hukukunda etkili uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının varlığı ise daha da önemlidir. Zira uyuşmazlık çözüm mekanizmasının kapsamı, yatırımcının yatırıma karar vermesini veya faaliyetin yapısını oluşturmaya etki edebilir ve ev sahibi devlette elverişli bir yatırım ikliminin yaratılmasına katkıda bulunur.¹²⁵

¹²¹ Paparinskis, M. (2010) ‘*The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*’, Select Proceedings of the European Society of International Law (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1716833, Erişim Tarihi: 16.03.2020), 2.

¹²² Bernasconi-Osterwalder, *a.g.e.*, October 2014, 1.

¹²³ Schreuer, C. (2015). *The Future of International Investment Law*. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Ed.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 1904-1911, 1905.

¹²⁴ UNCTAD. (2005). *Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4, 1. UNCTAD’ a ilişkin belgeler ve yayınlara ulaşmak için bkz. UNCTAD <https://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.

¹²⁵ Bkz. Franck, S. (2007). "Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law", *McGeorge Global Business and Development Law Journal*, 19, 337-373, 340; UNCTAD, 2005, 3.

Yatırım tahkiminin amacı, andlaşmada sağlanan maddi hakları ev sahibi devlet tarafından ihlal edildiği takdirde yatırımcıya tazminat talep etme hakkı vermesi ve aynı zamanda, ev sahibi devlet mahkemelerinin konuyu adil bir şekilde ele alması noktasında iyi donanımına sahip olmadığına inanmak için neden varsa (kaynaklar, bilgi, yeterlilik, özerklik veya tarafsızlık şartları bakımından) yabancı yatırımcılar için tahkim olasılığını sağlamaktır.¹²⁶ Hatta, sistemin bizatihi ikinci varsayım üzerine tesis edildiğini belirtmek daha doğru olacaktır. Özellikle de uluslararası yatırımlar ve yatırım andlaşmalarındaki belirgin artış, alandaki yatırım uyuşmazlıklarının artışı tetiklemiştir. Tarafsızlık, esneklik ve uyum sağlayabilme özelliği itibariyle tahkim kurumu kayda değer bir önem kazanarak alana ilişkin en popüler uyuşmazlık çözüm mekanizması haline gelmiştir.¹²⁷

Yatırım tahkimi andlaşmalara dayanan bir rejimdir.¹²⁸ Yatırımcı-devlet tahkimine dair hükümlerin uluslararası yatırım andlaşmalarında yer almaya başlaması; ilk BIT, 1959 tarihli olmasına rağmen, 1969 yılında Çad ve İtalya arasında imzalanmış olan BIT'e dayanmaktadır.¹²⁹ Ancak, andlaşmaya dayanarak ilk yatırımcı-devlet uyuşmazlığının uluslararası tahkime taşınması 1987 yılında¹³⁰, Sri-Lanka'ya karşı; andlaşmadaki ev sahibi devlet tarafından tek taraflı olarak teklif edilen tahkim kaydının, yatırımcı tarafından kabul edilmesi ile sürecin başlayacağına dair ICSID tarafından yapılan yorum ile meydana gelmiştir.¹³¹ Yatırım tahkiminin bir uluslararası yargı sistemine dönüşmesi, çoğunluğunun yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için zorunlu tahkimi içerdiği yatırım andlaşmalarının sayısının artışının sonucudur. 1960'ların sonlarında tahkim için devletlerin rızasını dahil eden az sayıda andlaşma imzalanmış, 1970 ve 1980'li yıllarda daha fazla yaygınlaşmakla birlikte evrenselleşmemiştir. Ancak 1990'lara gelindiğinde, kabaca sayıları 1.500'ü bulan yatırım andlaşmalarının neredeyse hepsine norm olarak yatırım tahkimi hakkında devletlerin geniş ve bağlayıcı rızalarının dahil edilmesiyle açıkça uluslararası yargı

¹²⁶ Marisi, F. (2018). Reforming Investor-State Arbitration To Harmonize Investment Law: Issues, Challenges And Directions, *Regional Perspectives on Contemporary and Future Harmonization Agenda in International Trade Law*, Hors Serie Volume XXII, 47-80, 49.

¹²⁷ Dimsey, a.g.e., 2008, 2.

¹²⁸ Foster, a.g.m., 2015, 462.

¹²⁹ Bernasconi-Osterwalder, a.g.e., October 2014, 1; Bonnitcha, J. (2014). *Substantive Protection Under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2.

¹³⁰ Bkz. Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (AAPL) (ICSID Case No. ARB/87/3), Award (27 June 1990).

¹³¹ Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, a.g.e., 2015, 2.

mekanizması olarak değerlendirilebilir hale gelmiştir.¹³² 1990'lı yılların sonuna doğru ise yatırım andlaşmalarının sayısının artışına paralel olarak uyuşmazlıklarda muazzam bir artış yaşanmıştır.¹³³

Yatırım tahkiminin ana özelliği taraf devletlerin rızası ve yatırımcıların korunmasını garanti alma hususunda devletlere yükümlülükler yükleyen andlaşmalara dayanmasıdır.¹³⁴ Tahkime konu olan hukuki sorunlar genellikle gerek BIT'lerden gerek çok taraflı yatırım andlaşmalarından gerekse geniş konulu uluslararası andlaşmaların yatırım bölümlerinden kaynaklanır.¹³⁵ Yabancı yatırımcı tek taraflı olarak, ev sahibi devlet ile arasındaki sorunun çözümü için yetkilendirilmiş bağımsız uyuşmazlık çözümü mercine başvurarak uluslararası kamu hukuku diliyle gerekçeli bir karar elde edebilir.¹³⁶ Böylece, modern yatırım andlaşmalarında yabancı yatırımcıların varlıklarını, varlıkların bulunduğu devletin çeşitli düzenlemelerinden korumak için yeni bir uluslararası yargılama rejimi kurularak; geleceğe yönelik olarak çıkması muhtemel olan devletlerin egemen eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için yatırımcılara daha önce teamül hukukunda olmayan ve genellikle iç hukuk yollarını tüketme şartı olmadan, icra edilebilir uluslararası tazminat talebinde bulunma yeteneği ihdas edilmiştir. Devletler, hakemlere yerel mahkemelerin geniş denetim otoritesinin ötesinde, münferit iddiaları çözmek için kapsamlı (veya genelleştirilmiş) bir yargı yetkisi tanımışlardır. Yatırım andlaşması tahkiminin ortaya çıkışı bu nedenle benzersizdir. Çünkü devletlerin, yatırımcılarla olan uyuşmazlıklarının zorunlu uluslararası tahkimine dair ileriye dönük bir rızasını düzenleyici alanda zorunlu kılmaktadır.¹³⁷

¹³² Van Harten, Loughlin, a.g.m. 2006, 123; Bonnitcha, J., Skovgaard Poulsen, L. N., Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford: Oxford University Press, 4.

¹³³ UNCTAD, 2005, 4.

¹³⁴ Brabandere, a.g.e., 2014, 2.

¹³⁵ Fouret, J. (2018). A practical guide: Research Tools in International Investment Law. Yannaca-Small, K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 823-835, 823.

¹³⁶ Yackee, J. W . (2017). 'Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach', *University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series 1412*, 2.

¹³⁷ Van Harten, G. (2007). "The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state". *International And Comparative Corporate Law Quarterly*, 56 (2), 371-394, 377.

Teklif sıklıkla, taraf devletin vatandaşı tarafından tahkim sürecinin başlatılması ile kabul edilir.¹³⁸ Halbuki, geleneksel olarak yalnız devletler uluslararası hukukun süjesi olabilirler ve uluslararası mahkemelerde davalı ve davacı olabilirler. Uluslararası yatırım hukukunda ise ev sahibi devletin rızası aranmadan yabancı yatırımcı tarafından uluslararası tahkime başvurulabilir. Bütün yatırım andlaşmaları böyle bir mekanizma ile desteklenmemekle birlikte; yatırım tahkimine rıza, modern yatırım andlaşmalarının tasarımı çekirdek bileşen olmuştur.¹³⁹ Yatırım tahkimi, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulmuş bir sistemdir. Ulusal bir yatırımın ICSID tahkiminin korumasına girmeyeceği tahkim kararlarına yansımıştır.¹⁴⁰

Bazen uluslararası ticari tahkim, yatırım tahkimini de içine alacak şekilde kullanılmaktadır. Ama yatırım tahkimi, ticari tahkime kıyasla uluslararası kamu hukuku niteliği daha ağır basan bir tahkim türüdür. Çünkü yatırım tahkiminin ana özelliği, taraf devletlerin rızası ve yatırımcıların korunmasını garanti alma hususunda devletlere yükümlülükler yükleyen uluslararası yatırım andlaşmalarına dayanması ve yine söz konusu andlaşmalarda yer alan tahkim kaydına dayanılarak açılmasıdır.¹⁴¹ Bu noktada karşımıza önemli bir tartışma mevzusu çıkmaktadır. O da yatırım tahkiminin niteliğidir. Yatırım tahkiminin niteliğinin ne olduğu konusu pek çok tartışmalara konu olmaktadır. Bir kısım yazarlar, diplomatik koruma ve gunboat diplomasinin yerine geçen modern bir yapı olarak uluslararası kamu hukuku karakterli olduğunu savunurken; bir kısmı, ticari adaleti dağıtan özel hukuk rejimi; bir kısmı ise hibrit yani, uyuşmazlıkların çözümüne dair kamu ve özel uluslararası hukuk prensiplerinin karışımı bir yapı arz ettiğini söylerler. Hatta, global idare hukuku alanında yerleştiğini veya yargısal değerlendirme ya da kamu hukuku prizması yoluyla mahkemelerin yargısal fonksiyonunu sunduğuna dair çalışmalar dahi yapılmıştır.¹⁴² Elbette her bir görüşü savunanların birden fazla gerekçesi vardır.

¹³⁸ Schreuer, C. (2014). "Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration", *McGill Journal of Dispute Resolution*, 1(1), 1-25, 1.

¹³⁹ Bonnitcha, Skovgaard Poulsen, Waibel, a.g.e., 2017, 4.

¹⁴⁰ Örn. bkz. Phoenix Action, Ltd. v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009), para. 89.

¹⁴¹ Brabandere, a.g.e., 2014, 2; Ataman-Figanmeşe, İ. (2011). "Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(1), 91-152, 93, 91.

¹⁴² Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (2014). Introduction. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press 1-8, 1. Ayrıca bkz. Schill, a.g.m., 2011, 887, 889.

Belki de yatırım tahkiminin niteliğinin ne olduğundan bahsetmek yerine özelliklerini ortaya koymak daha doğru olacaktır. Çünkü niteliğe ilişkin tartışmalar doktrinde bitecek türden görünmediği gibi bir noktadan sonra da amacını aşır faydasız bir niteliğe büründürme çabasına varmaktadır. Ancak yine de bir kısmını, yatırım tahkiminin özellikleriyle bağlantılı bir şekilde aktarmak faydalı bir yoldur.

Tartışmalar içinde en çok destek gören, tahkimin hibrit bir yapılanması olduğu yönündedir. Çünkü; devletlerin kendi içinde başvurdukları devlet tahkimi veya özel kişilerin kendi aralarında başvurdukları özel tahkimden farklı olarak, bir tarafın devlet diğer tarafın özel kişi olduğu uyuşmazlıklardır ve uyuşmazlıkların çözümündeki geleneksel usullere nazaran farklılıklar içerir. Yatırım andlaşmalarının çoğunluğu yatırımcıya ev sahibi devlete karşı doğrudan uluslararası yatırım tahkimine başvurma hakkı verir. Uluslararası andlaşmalara dayanan bir rejim olmakla birlikte; ticari uygulamalarla uluslararası kamu hukukuna dair kavramlar, tecrübeler ve süreçler içerdiği gibi ulusal hukuktaki kamu ve idare hukuku alanlarından da çağrışımlar taşıyarak kamu ve özel uluslararası tahkimin özelliklerinin birleştirildiği süreçler veya yapılar kullanır.¹⁴³ Reinisch'a göre yatırım tahkimi, hem uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin uygulandığı bir yapı hem de özel taraflar ve devletler arasında doğrudan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması itibarıyla hibrit bir tabiata sahiptir. İkinci özelliği açıkça farklı yorum kurallarının uygulandığı ticari tahkim örneğine işaret eder.¹⁴⁴ Ancak yatırım tahkiminde uygulanacak yorum kurallarının uluslararası kamu hukukunun yorum kuralları olduğu hakkında doktrinde ve yargı kararlarında ittifak ile birleşilmektedir.

Bazıları ise yatırım rejiminin özel uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunurlar. Kuşkusuz, yatırım rejiminin yalnızca belirli özelliklerine, özellikle de uluslararası ticari tahkimle paylaştığı usul kurallarına veya özel uluslararası hukuk algılarıyla (yatırım sözleşmelerini yöneten kurallar gibi) örtüşen maddi hukuk kurallarından bazılarına odaklanılırsa, yatırım rejiminin bu minvalde açıklanması makul görülebilir. Çünkü, usuli konularda ticari uluslararası

¹⁴³ Foster, a.g.m., 2015, 462; Brabandere, a.g.e., 2014, 2, 3, 4; Merrills, a.g.e., 2011, 107.

¹⁴⁴ Reinisch, A. (2015). The Interpretation of International Investment Agreements. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 372-410, 374.

tahkimin kural ve ilkeleri büyük oranda hakimdir.¹⁴⁵ Fakat, salt ticari tahkimle kıyaslandığında uyuşmazlıklarda hüküm süren maddi hukuk birincil olarak uluslararası andlaşmalar olmak üzere uluslararası hukuk temelli kurallar olup ev sahibi devletin andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin uluslararası kamu hukuku çerçevesinde sorumluluğa yol açıp açmadığının incelenmesi sebebiyle de kamu hukuku hakimdir. Bazen de ev sahibi devletin iç hukukundan destek alır.¹⁴⁶

Yine uluslararası yatırım tahkimi sıklıkla yatırımcı ve devlet arasında karşılıklı rızaya dayalı bir yargı şekli olduğu yönünde değerlendirilmektedir. Ancak, Harten’a göre uluslararası tahkim kamu hukuku karakterlidir. Çünkü sistem, devletlerin egemenlikten kaynaklanan eylemleri neticesinde kurulmakta ve büyük çoğunlukla devletlerin egemenlikten kaynaklanan eylemleri sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözülmesi için başvurulmaktadır. Buradaki ilişki, devlet ile devletin kamu otoritesinin yetkisi altındaki birey arasındaki ilişkiye dayanır. Bir kamu hukuku sistemi olarak, karşılıklı hukuki olarak eşit iki taraftan ziyade birey ve devlet arasında düzenleyici bir ilişki kurar. Bu özellikler yatırım tahkimini, klasik devletlerarası tahkimden ve ticari tahkimden ayırır.¹⁴⁷

Aynı şekilde, devletlerin kendi kaderini tayin etme ve kamu çıkarlarını koruma sorumluluğundan kaynaklanan belirli hakları ve imtiyazları yatırım tahkiminde gündeme gelen hususlardır.¹⁴⁸ Ticari tahkimde ise uluslararası hukukun tatbikine prensip olarak ihtiyaç yoktur. Ticari tahkime konu olan uyuşmazlıklar, özel hukuk kişilerinin (bazen de özel hukuk kişisi gibi hareket eden devlet veya devlet kuruluşlarının) birbirine karşı yerine getirmeyi taahhüt ettikleri özel hukuktan kaynaklanan borçlarını gereği gibi ifa etmemelerinden kaynaklanır.¹⁴⁹ Ama, tahkim konusunun kamu veya özel hukuka tabi olup olmaması hususu, yatırım sözleşmesindeki istikrar kaydı (*stabilization clause*) ve yatırım andlaşmasındaki

¹⁴⁵ Alvarez, J. E. (2011). *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Brill, 93, 94; Brabandere, *a.g.e.*, 2014, 3, 4.

¹⁴⁶ Fouret, *a.g.e.*, 2018, 823; Schill, S. W. (2011). Public Or Private Dispute Settlement? The Culture Clash In Investment Treaty Arbitration And Its Impact On The Role Of The Arbitrator. Weiler, T. Baetens, F. (Eds.). *New Directions in International Economic Law*, Brill | Nijhoff, 23-43, 23; Brabandere, *a.g.e.*, 2014, 3, 4.

¹⁴⁷ Van Harten, *a.g.e.*, 2007, Investment treaty arbitration and public law, 45.

¹⁴⁸ Marboe, *a.g.e.*, 2018 Damages, 5. Ayrıca bkz. Marboe, I. (2010). State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests’. Schill, S. (ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 377-412, 377-411.

¹⁴⁹ Ataman-Figanmeşe, *a.g.m.*, 2011, 136.

şemsiye kaydına istinaden belirsizleşebilmektedir.¹⁵⁰ Alvarez'e göre de uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü mekanizması, hiç şüphesiz uluslararası kamu hukuku uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik bir sistemdir. Hatta, bu sistem yerine tek bir uluslararası yatırım mahkemesi kurulması fikrinin altında yatan ana sebebi, başka sebepler de olmakla birlikte, kamu hukuku temelli olması oluşturmaktadır.¹⁵¹

Konu bağlamında birkaç ilişkili konuya daha değinmek gerekirse yatırım andlaşmaları, tahkimin yalnızca tahkim andlaşmasının tarafı olanlar bakımından bağlayıcı olacağı ilkesine ters düşer. ICSID Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmalarına bakıldığında görülmektedir ki Konvansiyon esasen yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında akdedilecek tahkim andlaşmalarında yetkili iken, ilerleyen süreçte yatırım andlaşmalarının yatırımcıya dava hakkı tanınması ile farklı bir boyut kazanmıştır. Yatırım tahkimi için verilen yargı yetkisinin kapsamı, andlaşmadan andlaşmaya değişen bir nitelik arz eder. Yargı yetkisi uygulanacak maddi hukukla da eşdeğer değildir. Bazen yargı yetkisi maddi koruma standartlarının kapsamını aşar, bazen ona denk düşer bazen de hepsini kapsar. Bazen de hiçbirini kapsamayabilir.¹⁵²

Tüm bu veriler ışığında, yatırım tahkimine katışıksız şekilde kamu hukuku karakterlidir demek kolay görünmemektedir. Ama, süreç her ne kadar yatırımcının tek taraflı olarak başvurusu sonucu başlatılıyorsa da hem yatırımcıya bu yetkinin verilmesi bağlamında hem de daha da ötesinde, mekanizmanın varlığı ve kapsamının tamamen uluslararası yatırım andlaşmaları çerçevesinde devletlerin rızasına bağlı olarak tesis edilmesi ve uyuşmazlıkların taraf devletlerin andlaşmaya aykırılığından kaynaklanan uluslararası sorumluluğuna ilişkin olması sebebiyle kamu hukuku karakterli olarak nitelendirilmeye “ziyadesiyle” uygundur. Tahkimdeki usul kurallarının ticari tahkim kurallarından neşet etmesi vb. birtakım farklar bu manada, dile getirilen gerçeğin yanında daha önemsiz kalmaktadır.

Yatırım tahkimi sonucu verilen kararlara devletler çok büyük çoğunlukla riayet etmektedir. Tazminatları tam ve hızlıca ödemektedirler. Ancak bazı hallerde hilafına durumlara da rastlanmakta; devletler, kararların icrası hakkında diplomatik uyuşmazlıklar da yaşayabilmektedirler. Örneğin 2001 yılında Arjantin, uğradığı

¹⁵⁰ Van Harten, *a.g.e.*, 2007 Investment treaty arbitration and public law, 47.

¹⁵¹ Alvarez, J. E. (2016). *Is Investor-State Arbitration 'Public'?*, IILJ Working Paper 2016/6 (GAL Series), 1-43, (http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/09/Alvarez-Is-Invest-State-Arbitration-Public-IILJ-WP-2016_6-GAL.pdf Erişim Tarihi: 05.08. 2019), 1.

¹⁵² Schreuer, *a.g.m.*, 2014, 2.

ekonomik kriz sebebi ile ödemeleri ertelemiş, İngiltere de bu sebeple Arjantin'e karşı ticari ayrıcalıkları askıya almış, Dünya Bankası ve IMF'deki fonları bloke etme teşebbüsünde bulunmuştur.¹⁵³ Bazen devletler, ilgili yükümlülüklerin kapsamını tam olarak yansıtan hakem görüşlerini kabul etmek istemeyebilmekte, yeniden yorumlanması veya eş zamanlı olarak hukuk yaratma arayışına girmektedirler. Bazen de uyuşmazlıkta politize edecek kaynak devletin olmaması meselesi görünürde kalmakta; kimi hallerde, kaynak devlet yatırımcı şirkette söz sahibi olmakta veya bazı andlaşmalarda bizzat kendisi yatırımcı olmaktadır.¹⁵⁴ Bunun neticesinde karşı önlemlere başvurmak gibi daha geniş ihtilaflar tahkime yansıyabilmektedir.¹⁵⁵ Ancak bunlar yine de istisnai örnekler olarak değerlendirilmelidir.

2.2. Uluslararası Yatırım Hukukunun Kaynakları

Yatırım hukukunun kaynaklarının belirlenmesi konusu 1960'ların başlarından itibaren önemli tartışmalara konu olmuştur. Bu çerçevede ICSID Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmalarında, yabancı yatırım hukuku ve yabancı yatırımlara muameleye ilişkin standartları birleştiren genel bir hukuki düzenleme yapılması teklifi getirilmişse de değişik tiplerdeki uyuşmazlıkların çözümünde esnekliği sağlama gerekçesi ile kabul görmemiştir.¹⁵⁶ Dolayısıyla uluslararası hukukun bir ihtisas alanı olan yatırım hukukunun kaynaklarını belirlemede öncelikle UAD Statüsünün 38. maddesinde sayılan kaynaklar en başta ve fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere esas olacaktır.¹⁵⁷ Statüde sayılmamakla birlikte tek taraflı işlemler yatırım hukukuna kaynaklık edebildiği gibi¹⁵⁸ bağlayıcı olmadığı sıklıkla dile getirilen soft law da yatırım hukuku bağlamında incelenen kaynaklardandır. Bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise gelişmekte olan devletlerin, çoğunlukta olmalarından istifade ederek,

¹⁵³ Bonnitcha, Skovgaard Poulsen, Waibel, *a.g.e.*, 2017, 5.

¹⁵⁴ Paparinskis, *a.g.e.*, 2010, 4.

¹⁵⁵ Örn. bkz. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November, 2007), para. 110-184; Corn Products, Decision on Responsibility, para. 144-191.

¹⁵⁶ Grisel, F. (2014). The Sources of Foreign Investment Law. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press, 213-234, 213, 214.

¹⁵⁷ Ayrıca bkz. Tams, C. J. (2012). The Sources Of International Investment Law: Concluding Thoughts. Gazzini, T., De Brabandere, E. (Eds.). *International Investment Law: The Sources Of Rights And Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 319-337, 319. Gündüz'ün haklı olarak ifade ettiği gibi esasında UAD Statüsü 38. madde dikkatli okunduğunda, sayılan kaynakların uluslararası hukukun kaynakları değil; UAD'nin devletlerarası uyuşmazlıkları çözerken hangi kaynaklardan yararlanacağı hakkında olduğu görülür. Bkz. Gündüz, A. (2013). *Milletlerarası Hukuk*. Günel, R. V. (Ed.). Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, 15.

¹⁵⁸ Örn. bkz. Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 18, 19.

yabancı yatırım alanında BM Genel Kurul’unda kararlar çıkartmaları ile ilgilidir. Bu alanda en önemli Genel Kurul Kararları: *Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik*,¹⁵⁹ *Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı*¹⁶⁰ ve *Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen (New International Economic Order)* kararlarıdır.¹⁶¹ Bu bağlamda, özellikle Birleşmiş Milletler başta olmak üzere uluslararası örgüt kararları da kaynaklar kapsamında farklı açılardan ele alınabileceği gibi; ev sahibi devletlerin iç hukukları da yatırım hukukuna kaynaklık etmektedir.

Uluslararası uyuşmazlıklarda tahkim mercileri, UAD Statüsü’nün 38(1). maddesinde yer alan uluslararası hukukun bütün kaynaklarına dayanmaktadır.¹⁶² Maddede yardımcı kaynaklar olarak sayılan içtihat ve doktrin; asli kaynaklar olan uluslararası andlaşmalar, teamül hukuku ve hukukun genel ilkeleri gibi bağımsız kaynaklar olarak görülmemektedir. Bunun tek istisnası *inter partes* bağlayıcı etkisi olan içtihatların yalnızca taraflar için formal kaynak olmasıdır.¹⁶³ Çünkü madde metninde açıkça yazdığı gibi yardımcı kaynaklar, asli kaynaklar gibi uluslararası hukuk kuralı yaratmazlar, ancak onların saptanmasına yardımcı olurlar.¹⁶⁴

Bahsi geçen kaynaklar, uluslararası hukukun özel ve alt bir dalı olması sebebiyle uluslararası yatırım hukuku için de geçerli olmakla birlikte, uluslararası hukukun diğer alanlarına kıyasla çok önemli farklılıklar içermektedir. Nitekim, uluslararası hukukun her alanında kaynakların ağırlığı aynı olmayabilmektedir. Bazı alanlarda andlaşmalar ön plana geçebilmekte, bazılarında ise teamül hukukunun ağırlığı hissedilmektedir.¹⁶⁵ Uluslararası yatırım hukuku ise bu manada çok farklı bir çizgide seyretmektedir. Öyle ki görünüşte diğer uluslararası hukuk alanları ile kıyaslanamayacak kadar çok iki taraflı andlaşmalardan müteşekkildir. Fakat, derinlere inildiğinde aslında yatırım tahkimi kararları ile şekillenen bir alan olduğu görülür. Yatırım tahkimi kararlarının değerlendirmelerinin bir yanı da doktrine uzanmaktadır. Uygulamada böyle bir durumla karşılaşılmasının sebebi BIT’lerin

¹⁵⁹ Resolution on the Permanent Sovereignty over Natural Resources, United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII) (14 December 1962), UN Doc A/5217.

¹⁶⁰ The Charter of Economic Rights and Duties of States, GA Res. 3281 (XXIX) of 1974.

¹⁶¹ Sornarajah, M. (2017). *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press, 102.

¹⁶² Fouret, *a.g.e.*, 2018, 824.

¹⁶³ Brabandere, E. (2012). Arbitral Decisions As a Source of International Investment Law. Brabandere, E., Gazzini, T. (Eds.). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 245-288, 246.

¹⁶⁴ Ayrıca bkz. Pazarcı, *a.g.e.*, 2013, 37.

¹⁶⁵ Benzer görüş için bkz. Tams, *a.g.e.*, 2012, 319.

bizatihi kendine has tabii yapısı ve özellikleridir. Aslında ilgili hakikati özetlemek için doktrinde sıklıkla kullanılan bir tabirden yararlanmak yerinde olacaktır ki o da: “Yatırım hukuku oldukça yargısallaşmış bir karaktere sahiptir”.¹⁶⁶

Çalışmamızda ilgili doğrultuda, yatırım hukukunun kaynakları incelenecektir. Uluslararası hukuk alanındaki çalışmalar için böyle bir yöntem sıradan olarak görülebilir veya ayrı başlık yerine, çalışmanın seyri sırasında incelenmesinin yerinde olacağı akla gelebilirse de yatırım hukuku için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çünkü, yukarıdaki paragrafın da delalet ettiği gibi kaynaklar aynı olsa dahi kendi içlerinde diğer alanlara nazaran hususiyetler barındırmakta ve ağırlıkları değişmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan yatırım andlaşmalarının yorumlanmasına dair sorunları arttıran nedenlerden biri de yatırım hukuku kaynaklarının kendine has özellikleridir. Bu itibarla taşıdıkları önem nispetinde ele alınacaklardır. Fakat daha öncesinde, geçiş bağlamında ve alakası sebebiyle yatırım andlaşmalarının ortaya çıkmasından önce yabancı yatırımlara ilişkin uluslararası hukuk kurallarının gelişimi hakkında kısa bir bilgi verilecektir.

2.2.1. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Ortaya Çıkmasından Önce Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Hukuk Kurallarının Gelişimi Hakkında Genel Bilgi

Uluslararası kamu hukukunda yatırım andlaşmalarının yapılmaya başlamasından önce yatırımcıların durumu hakkında münhasır düzenlemelere rastlanmamaktadır. Konu hakkındaki hukuki kurallar ancak genel manada yabancıların durumu ve yabancılara muameleye ilişkin uluslararası hukuktaki yaklaşımın incelenmesi sureti ile tespit edilebilmekte, kuralların gelişimi de ilgili kapsamda ele alınabilmektedir. Yabancıların haklarına ilişkin ilk gelişmeler Vitoria ve Grotius gibi meşhur yazarların, yabancıların yabancı ülkelerde seyahat, yaşama ve ticaret konularında ayrımcılığa tabi tutulmadan haklardan yararlanması gerektiğini savunmaları temelinde ortaya çıkmıştır. Vattel ise yabancıların statüsünden ilk olarak, 1758 tarihli *Law of Nations* adlı eserinde daha detaylı bir şekilde bahsetmiştir. Buna göre devletler, ülkelerinde kalmak için yabancıları kabul etme şartlarını belirleyebilecek ve kontrol edebilecektir. Kabulden sonra iç hukuka tabi

¹⁶⁶ Bkz. D’ Aspremont, *a.g.e.*, 2012, 9.

olacaklardır. Ancak, devletler aynı durumdaki vatandaşları gibi yabancıları korumakla yükümlü olacaklardır.¹⁶⁷

Yabancı yatırımların korunmasına dair teamül hukukuna ilişkin ilk kurallar, yabancıların yurtdışında korunması ile tazminatın standartlarını öngören kurallardır. Yabancıların korunmasının uluslararası yargıya yansımaları ise ilk olarak diplomatik koruma formunda görülen uluslararası sorumluluk kurumu şeklinde olmuştur. Yabancıların yurtdışında sahip olduğu varsayılan hakların daha sonra uluslararası hukukta uluslararası asgari muamele standardı (UAM) formunu aldığı öne sürülmektedir. Korumadan yararlananların ilk ve öncelikle yatırımcılar olması itibarıyla geleneksel yabancı yatırım hukukunun kökeninin, yabancılar ve mallarına karşı UAM'nin sağlanması gerekliliği olduğu söylenmektedir.¹⁶⁸ 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarına gelindiğinde, ekonomi gitgide uluslararasılaşırken özellikle sermaye ithal eden ve ihraç eden devletler arasındaki yatırım ve yatırımcılara dair uluslararası asgari muameleye ilişkin teamül hukuku ihtilafları artmış ve diplomatik koruma modelinin sınırları netleşmiştir. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ise uluslararası ekonomik bütünleşme tekrar alevlenmiş ve modern uluslararası yatırım anlaşmalarının ortaya çıkmasına yol açmıştır.¹⁶⁹

Konunun anlaşmalardaki boyutu ise şu şekildedir: Yatırım anlaşmalarının sayısının hızla artması yeni tarihli olsa da yatırım ile ilgili anlaşmaların tarihinin daha eskilere dayandığı görülür. Mülkiyetin korunmasına ilişkin hükümlerin uluslararası anlaşmalarda yer alması 18. yüzyılın sonlarına kadar gitmektedir. 2. Dünya Savaşı öncesindeki dönemde doğrudan yabancı yatırımlar uluslararası anlaşmaların konusu değildi. Ticari ilişkileri kuran uluslararası ekonomik anlaşmalar, kimi zaman yabancı devletin ülkesinde vatandaşın mallarının korunması hakkında bazı hükümler içermekte idi.¹⁷⁰ Hatta ticaret ve yatırım konuları uzunca bir süre din özgürlüğü, ulaşım, balıkçılık konuları gibi konularla birlikte iki taraflı dostluk, ticaret ve denizcilik anlaşmalarında (*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*)

¹⁶⁷ Hobe, S. (2015). The Law Relating to Aliens, the International Minimum Standard and State Responsibility. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 6-152, 7, 8.

¹⁶⁸ D'Aspremont, a.g.e., 2012, 10; Subedi, S. P. (2008). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 55.

¹⁶⁹ Newcombe, Paradell, a.g.e., 2009, 2-3.

¹⁷⁰ Vandevelde, K. J. (2005). "A Brief History of International Investment Agreements, (Brief History)", *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y.*, 12, 157-194, 158.

birlikte ele alındı. Tarihsel olarak yatırıma ilişkin hükümler içeren iki taraflı dostluk, ticaret ve denizcilik andlaşmalarından (*DTD andlaşmaları*) ilki 1778 yılında ABD ve Fransa arasında¹⁷¹ akdedilmişti. Böylece görülmektedir ki; ticaret, yatırım ve insan haklarına ilişkin modern ilkelerin kaynağı, yabancıların korunması ve yabancılara karşı muamele noktasında aynı yerden doğmuştur.¹⁷²

DTD andlaşmalarının yatırımların dışında pek çok konuyu içermesi ve yatırımla ilgili hükümlerinin ise yalnızca yabancıların mallarının korunması ile alakalı olması, yatırımları koruyan bir araç olmaktan uzaklaşmalarına neden olmuştur.¹⁷³ Bununla birlikte, düzenlemeler vatandaşın mallarının yabancı ülkede korunması kapsamında olsa da ilgili andlaşmalarla belli bir derecede yatırımlara koruma sağlanmış ve iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki andlaşmalarının müjdecisi olmuştur. Andlaşmalarda özel koruma (*special protection*), tam ve mükemmel koruma (*full and perfect protection*), ulusal muamele gibi koruma standartlarına yer verildiği görülmektedir.¹⁷⁴ Bazı görüşler, yabancı yatırımların korunmasına ilişkin ilk kuralların yabancılara muameleye dair teamül hukuku kurallarından doğduğunu; bunların sistematik olarak tedvin edilmesinin ise DTD andlaşmaları suretinde olduğunu ifade etmektedir. 20. yüzyılın ikinci yarısında BIT'lerin düzenli olarak meydana çıkmaları ile bu manada andlaşmalar ağının sonraki adımını BIT'ler oluşturmıştır.¹⁷⁵

BIT'lerin tarihi gelişiminde yeni ve önemli bir dönem 1960'ın arefesinde başlamıştır. Önceki iki taraflı ticaret andlaşmalarından farklı olarak, münhasıran yabancı yatırımları konu alan ve başka bir ülkede yatırım yapan vatandaşların

¹⁷¹ İlgili andlaşma için bkz. ABD-Fransa Dostluk ve Ticaret Andlaşması (US–France Treaty of Amity and Commerce, 6 February 1778). İki taraflı dostluk, ticaret ve denizcilik andlaşmaları bundan sonra “*DTD andlaşmaları*” olarak kısaltılacaktır.

¹⁷² DiMascio, N., Pauwelyn, J. (2008). “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *American Journal of International Law*, 102(1), 48-89, 51.

¹⁷³ Kayıhan, Ş., Kara, E. (2017). *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*, Seçkin, 92, 93.

¹⁷⁴ Islam, R (2018). *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Springer, 32; Lim, L. C., Ho, J., Paparinskis, M. (2018). *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and other Materials*, Cambridge: Cambridge University Press, 60.

¹⁷⁵ Bkz. Mortenson, J. D. (2018). *International Investment Law*. Bowman, M. J, Kritsiotis, D. (Eds.). *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge: Cambridge University Press, 653-676, 653; DiMascio, Pauwelyn, a.g.m, 2008, 51; Peterson, L. E. (2009). *Human rights and bilateral investment treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration*, Rights & Democracy, (<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/human-rights-and-bilateral-investment-treaties-peterson-2009.pdf> Erişim Tarihi: 01.10.2020), 10.

yatırımları için temel hukuki çerçeve hedefleyen andlaşmalar yapılmaya başlanmıştır. Böylece ilk modern BIT doğmuş ve başı çeken devlet ise 1959 yılında Pakistan ile imzaladığı BIT¹⁷⁶ ile Almanya olmuştur.¹⁷⁷ 1950'li yılların sonlarına doğru kapital ihraç eden devletler, genellikle gelişmekte olan devletlerle BIT'ler üzerine müzakereleri arttırmışlardır. BIT'lerin artışı çok taraflı andlaşmalar hakkındaki diplomatik girişimlerin başarısızlığının yanı sıra yabancılara muameleye ilişkin uluslararası teamül hukuku standartları üzerindeki derin tartışmalara cevap olarak gelişmiştir. 1980'lerde ve 1990'larda kayda değer bir gelişme kaydedilmiştir.¹⁷⁸

Modern BIT'ler sırf yatırımcılara maddi koruma sağlamaları ile yenilikçi değildirler. BIT'lerin tarihinde önemli dönüm noktası ve gerçek yenilik, yatırımcılara doğrudan başvuru hakkı tanıyan tahkim kaydının andlaşmalara konulması olmuştur. Bu yönleri ile DTD andlaşmalarına kıyasla esaslı bir gelişmeyi temsil ederler. BIT'lerin esasen vasıflandırılmaları, yatırımcı-devlet tahkimi seçeneğine sahip olmalarındandır. Geçmişte ise yatırımcının yatırımlarının olumsuz bir şekilde etkilenmesi halinde başvurabileceği çareler sınırlıydı.¹⁷⁹ Fakat yine de yatırımcı-devlet tahkimi kaydı içemeyen pek çok BIT de mevcuttur.

2.2.2. Uluslararası Yatırım Hukukunda İç Hukukun Yeri

Uluslararası hukukta farklı alanlar için farklı oranlarda iç hukuk ile bağlantı söz konusudur. Fakat, yabancı yatırımların ev sahibi devletin ülkesinde kurulması ve yürütülmesi sebebi ile iç hukukla ilişki daha da sıkıdır. Yatırımcı-devlet tahkiminde iç hukukta bazı olgusal ve hukuki incelemelerin yapılması gerekebileceğinden, devlet-devlet tahkiminden farklı olarak uygulanabilir hukuk, uluslararası hukukun yanı sıra iç hukuktur.¹⁸⁰ Örneğin *Amco* kararında hakemlik, Endonezya iç hukuku ile

¹⁷⁶ Bkz. Almanya-Pakistan 1959 Tarihli BIT (*Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, 25.11.1959).

¹⁷⁷ Salacuse, J. W. (1990). "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", *INT'L LAW*, 24, 655-675, 657.

¹⁷⁸ Peterson, L. E., Gray, K. R. (April 2003). *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development. (https://www.escri-net.org/sites/default/files/Luke_Peterson_IHR_in_bilateral.pdf Erişim Tarihi: 01.10.2020), 7.

¹⁷⁹ Franck, a.g.m., 2007, 340; Vandevelde, K. J. (1988) "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States," *Cornell International Law Journal*, 21(2), 201-276, 275.

¹⁸⁰ Newcombe, Paradell, a.g.e., 2009, 76, 77.

ulusal hukuklar ve hukukun genel ilkelerini beraberce zikrederek kamulaştırmaya ilişkin kurallara ve hukuka uygunluğa (*due process*) atıf yapmıştır.¹⁸¹

Devletler, yatırım dostu bir iklim oluşturmak namına iç politikalar üretirler. Konu itibariyle hukuki düzenlemeler; hukuki şartlarda istikrar, yerel düzenlemelerin şeffaflığı, kamu idaresinin kalitesi ve uyuşmazlıkların çözümünde etkili sistemler şeklindedir.¹⁸² Yabancı yatırımların ve yatırımcıların korunması sıklıkla ev sahibi devletin anayasalarında yer alır. Anayasaların çoğu ulusal muamele ilkesine atıfla yabancı yatırımların ve yatırımcıların, yerlilerin korunduğu gibi korunmasını şart koşar. Yine, mülkiyetin korunması ve akitsel hakların ihlalinin önlenmesine yönelik garantiler sağlama eğilimindedir. Anayasadan daha alt düzeydeki iç hukuk düzenlemeleriyle de koruma öngörülmektedir. Hatta kimi devletler yatırımlara ilişkin özel kanunlar¹⁸³ kabul etmektedirler.¹⁸⁴ Bazı iç hukuk düzenlemeleri uluslararası yatırım tahkimine başvurma hakkı öngörebilir.¹⁸⁵ Bunun dışında insan hakları, vergi, iş, çevre, bankacılık hukuku vb. alanlardaki iç hukuk düzenlemeleri de yatırımlarla ilgili olabilir. Hatta bunlardaki eksiklikler de yatırım tahkiminin konusunu oluşturabilir.¹⁸⁶ Yine yatırımcının ev sahibi devletin ulusal hukukuna riayet etmesi gerekliliği de bu kapsamdadır.¹⁸⁷

Diğer iç hukuk kaynağı akitlerdir. Nitekim ev sahibi devlet, yatırım yapan devlet ile andlaşma akdetmek dışında yatırımcılarla doğrudan görüşerek “belirli” bir yatırım için, taraflara belirli hak ve yükümlülükler öngören bazen devlet akitleri (*state contract*) olarak da anılan sözleşmelerle de yükümlülük altına girebilir.¹⁸⁸

¹⁸¹ Bkz. *Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award (20 November 2004), para. 192, 198.

¹⁸² Schreuer, C., *Investments, International Protection* (https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf Erişim Tarihi: 4.11.2020), para. 3.

¹⁸³ Örn. bkz. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Sayı: 4875, R.G.: 25141, 17/6/2003 (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4875.pdf> Erişim Tarihi: 19.03.2021).

¹⁸⁴ Shan, W. (2012). *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study (with a Foreword by Meg Kinnear, Secretary-General of the ICSID)*, Hart Publishing, 8. Günümüzde (08.03.2022 tarihi itibariyle), dünya çapında ulusal yatırım kanunları sayısı 185’e ulaşmıştır. İlgili konu hakkındaki güncel verileri takip etmek ve bunlara ulaşmak için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

¹⁸⁵ Dimsey, a.g.e., 2008, 16.

¹⁸⁶ Bkz. The International Institute for Sustainable Development (IISD). (2012). *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and Answers*, 3.

¹⁸⁷ Bkz. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines* ICSID Case No ARB/03/25, Award (16 August 2007), para. 300.

¹⁸⁸ Schefer, a.g.e., 2016, 60-62. Ayrıca bkz. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, 12 October 2005, award, para. 52,

Akitler, özel hukuk ve ticaret hukuku tarafından düzenlenen özel hukuk belgesidir. Uluslararası andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler ise uluslararası kamu hukukuna tabidir.¹⁸⁹ Uluslararası yatırım andlaşmalarının, andlaşmadan kaynaklanan taleplerin yanı sıra tamamen akitsel taleplerle veya iç hukuk uyumsuzluklarının yatırımcı-devlet tahkimi yoluyla çözümüne izin vermesi halinde yatırımcının akitten ve iç hukuktan doğan hakları uygulanabilir hukukun kapsamına dahil olacaktır.¹⁹⁰

Akitlerin türleri zaman içinde değişiklikler göstermektedir. En yaygın halleri üretim paylaşım sözleşmeleri, lisanslar, hizmet akitleri, yap işlet sahip ol, özel-kamu ortaklığı, yap işlet devret, ekonomik gelişme akitleri, imtiyaz anlaşmaları ve lisansları, joint venture gibidir.¹⁹¹ İlgili akitler genellikle 20 veya daha fazla yıla yayılan süre için imzalanırlar. Sıklıkla altyapı projelerinin inşaatı ve yürütülmesi, su ve enerji temini, atıkların tasfiyesi ve doğal kaynaklardan faydalanma hususlarını konu alır.¹⁹² Pek çok yatırım, yatırımcı ile ev sahibi hükümet arasındaki doğrudan ticari ilişkileri içermediğinden bu sözleşmeler, yabancı yatırım olduğunda her zaman mevcut değildir. Bununla birlikte, özellikle kaynak çıkarma ve işleme gibi gelişmekte olan ülkelere sermaye yoğun ve uzun vadeli yatırımlar söz konusu olduğunda yaygındır. Yatırım sözleşmeleri genellikle yatırımın niteliğini ve değerini, yatırımcı için teşvikleri, yatırımcının özel haklarını, yatırıma uygulanacak telif hakkı ve/veya vergilendirme kurallarını, genel olarak geçerli kanundan farklıysa yatırımcı ve yatırımcının iç hukukta yer almayan sosyal veya kalkınma ile ilgili ek yükümlülüklerini içerir.¹⁹³

Gerek ev sahibi devletle gerekse ev sahibi devletteki bir şirket ile yapılan iç hukuka tabi akitler kural olarak BIT'lerin koruma kapsamında değildir. İstisnasını ise yatırım andlaşmalarında yer alan şemsiye kaydı (*umbrella clause*) oluşturur.¹⁹⁴ Kayıt her ne kadar andlaşmadan andlaşmaya ve yargı kararlarının yorumlamasına göre

¹⁸⁹ Brabandere, *a.g.e.*, 2014, 3.

¹⁹⁰ Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 76, 77.

¹⁹¹ Shan, *a.g.e.*, 2012, 35; Schefer, *a.g.e.*, 2016, 60-62.

¹⁹² Marboe, *a.g.e.*, 2018 Compensation and Damages, 685.

¹⁹³ The International Institute for Sustainable Development , 2012, 3.

¹⁹⁴ Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 347; Karaoğlu, A. O. (2019). Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü. İstanbul: On İki Levha, 126; Alvarez, *a.g.e.*, 2011, 31. Örn. bkz. 1987 Tarihli ABD model BIT (*US Model BIT 1987*); Enerji Şartı (Energy Charter Treaty, (annex I of the Final Act of the European Energy Charter Conference) Lisbon, 17 December 1994; 34 ILM 373), m. 10. Şartın Türkçe metni için bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc084/kanuntbmmc084/kanuntbmmc08404519.pdf Erişim Tarihi 08.03.2019).

değişiklik gösterse de temel amacı, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında akdedilmiş olan akdin ihlalini yatırımcının vatandaşı olduğu devlet ile akdedilmiş BIT'in ihlaliymiş gibi uluslararası uyuşmazlık boyutuna taşıyarak ev sahibi devletin sorumluluğunu gündeme getirmektir. Geniş bir mana ile akdi “uluslararasılaştırma” işlevi sağlar. Böylece ev sahibi devletin tek taraflı olarak düzenleme ve sözleşme terimlerini değiştirmesi önlenerek; yatırımcı, devletler arasında akdedilmiş bir andlaşmanın korumasına alınmış olur.¹⁹⁵ Karaoğlu'na göre kaydı esasa ilişkin bir uluslararası koruma standardından ziyade ilgili ilkelerden faydalanmanın kapısını açan usuli bir garanti kaydı olarak görmek mümkündür.¹⁹⁶

Şemsiye kaydının andlaşma ve andlaşma taslaklarında görülmeye başlaması 1950'li yıllara dayanır. 2004 yılına kadar çoğunluğun, akdi yükümlülükleri andlaşma hükmüne yükselttiği görüşünün savunulduğu doktrin düzeyinde ilgi çeken konunun, tahkim boyutuna taşınması;¹⁹⁷ *SGS v. Pakistan* kararında olmuştur. Burada kayıt, egemenliğin sınırlandırılması olarak görülmüş ve dar yorumlanmıştır.¹⁹⁸ Aslında konuya ilk işaret edilen karar 1998 tarihli *Fedax* kararıdır.¹⁹⁹ Fakat burada mahkeme, şemsiye kaydının varlığına karşı dikkatsiz davranmış; kayda ve uygulanmasına dair ayrıntılı bir incelemede bulunmamıştır.²⁰⁰ İkinci karar *SGS v. Filipinler* kararıdır. Mahkeme burada ise ilk karardaki dar yorumu eleştirmiştir.²⁰¹

Şemsiye kaydı, tahkim uygulamalarında en ihtilaflı sorunlardandır. Şemsiye kaydının yorumlanması hakkındaki istikrarsızlıklar ve ihtilafların çokluğu tahkim kararlarında da bahsi geçen bir konudur.²⁰² Bazı mahkemeler, devlet ile akdedilen ve çoğunlukla iç hukuka tabi olan akdin her türlü ihlalini otomatik olarak uluslararası hukukun ihlaline yükselten anlayışı reddeden *SGS v. Pakistan* kararındaki

¹⁹⁵ Dolzer, R. (2005). “The Impact Of International Investment Treaties On Domestic Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37, 953-972, 965.

¹⁹⁶ Karaoğlu, a.g.e., 2019, 126.

¹⁹⁷ Dolzer, a.g.m, 2005 *The Impact Of International Investment Treaties*, 966; Yannaca-Small, K. (2008). *Parallel Proceedings*. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1008-1048, 1030 ve dipnot 78.

¹⁹⁸ Bkz. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2003), para. 163-173.

¹⁹⁹ Bkz. *Fedax N.V. v Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3(1), Decision on Objections to Jurisdiction (11 July 1997), para. 29.

²⁰⁰ Yannaca-Small, 2008 *Parallel Proceedings*, 1030 ve dipnot 78.

²⁰¹ Bkz. *SGS v. Philippines*, ICSID Case No ARB/02/6, Decision on Jurisdiction (29 January 2004), para. 113-129.

²⁰² *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5 September 2008), para. 296.

yaklaşımı²⁰³ takip ederken; bazıları, normalde ulusal mahkemelere tabi yatırım akdinden doğan uyuşmazlığın uluslararası uyuşmazlık çözümü yoluyla haline izin verir.²⁰⁴

2.2.3.Uluslararası Andlaşmalar

2.2.3.1.Genel olarak

Bir devletin hak ve yükümlülüklerini belirlemek için bakılacak ilk yer uluslararası andlaşmalardır.²⁰⁵ Yabancı yatırımlara ilişkin uluslararası hukukun genel çerçevesi uluslararası genel hukuk tarafından tamamlanan geniş bir uluslararası yatırım andlaşmaları ağı içerir. Diğer uluslararası andlaşmaların da söz konusu ağ ile önemli konularda etkileşimi olsa da yabancı yatırımların korunması ve teşviki hakkında uluslararası hukukun başlıca kaynağı uluslararası yatırım andlaşmalarıdır.²⁰⁶

Yatırım andlaşmaları, esasen uluslararası kamu hukuku belgeleridir. Çünkü bu andlaşmalar da devletler arasında akdedilir. Devletler, diğer devletin yatırımcısı ve yatırımlarına yapacakları muameleye ilişkin taahhütte bulunurlar ve ilgili taahhütlere uyulması hakkında mekanizmalar üzerinde anlaşırlar. Ticari hakemliklerin hilafına yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar, uluslararası kamu hukuku kurallarına tabidir. Yatırım andlaşmasında açıkça belirtilmediği müddetçe hakemler, yatırım andlaşmalarını diğer devletler arasında akdedilen andlaşmalar gibi uluslararası hukuktaki yorum kuralları çerçevesinde çözmekle yükümlüdürler.²⁰⁷ Mahkemelerin çoğu bu doğrultuda yatırım andlaşmalarının yorumlanmasına VAHS'ın yorumla ilgili maddelerine başvurarak başlamaktadır.²⁰⁸ Zira, VAHS, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan

²⁰³ Bkz. SGS v. Islamic Republic of Pakistan, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 163-173.

²⁰⁴ UNCTAD, 2005, 1. Ayrıca bkz. Schill, S. W. (2009). "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", 18 *Minn. J. Int'l L.*, 18, 1-97, 52.

²⁰⁵ Lowe, A. V. (2007). *International Law*, OUP Oxford, 64.

²⁰⁶ Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 1.

²⁰⁷ Salacuse, J. W. (2015). *The Law of Investment Treaties*. Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 1; UNCTAD. (11 January 2012). *Interpretation of IIAs: What States can do, IIA Issues Note*, No. 3, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10, 2.

²⁰⁸ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 31, 32.

anlaşmalara uygulanır²⁰⁹ ve VAHS'ın yoruma ilişkin hükümlerinin teamüli niteliği de buna imkan vermektedir.

Uluslararası yatırımların, andlaşmalarda ele alınışı bağlamında çeşitli tasnifler yaparsak yatırımlar; münhasıran yani başlı başına BIT'lerde olduğu şekli ile uluslararası andlaşmalarda düzenlenebildiği gibi iki veya çok taraflı bölgesel andlaşmalarda da yüzlerce yatırımların korunmasına ilişkin hüküm ve bölümlere rastlanmaktadır.²¹⁰ Uluslararası yatırım andlaşmalarının üç türü vardır. Bunlar iki taraflı yatırım andlaşmaları (*BIT*), yatırımla ilgili hükümler içeren iki taraflı ekonomi andlaşmaları ve yatırımlarla ilişkili olan çok taraflı andlaşmalardır.²¹¹ Yatırımları uluslararası düzeyde münhasıran ele alan kapsamlı çok taraflı bir andlaşma ise henüz mevcut değildir. Yatırımlarla ilgili hükümler içeren çok taraflı andlaşmalar sektörel ya da bölgesel düzeyde yapılmaktadır.²¹² En yaygın yatırım andlaşmaları BIT'ler ve yatırım bölümlerinin yer aldığı Serbest Ticaret andlaşmalarıdır. Çifte vergilendirme andlaşmaları da yabancı yatırım ve vergilendirme arasındaki sıkı ilişkiye bağlı olarak yatırım andlaşmalarının kapsamına girer.²¹³ 2000'li yılların başlaması ile birlikte yatırım andlaşmalarında; iki taraflı, bölgesel, bölgelerarası, çok taraflı seviyede hızlı bir artış yaşanmaya başlamıştır. Andlaşmalardaki yatırım hükümlerinin belirlenmesinde standartlara ilişkin kayıtları aydınlatmak için içerik olarak gittikçe karmaşıklaşan bir eğilime gidilmiştir.²¹⁴

Andlaşmaların kapsamının büyük çoğunluğu yatırımcılara sağlanacak teminatlarla ilgilidir. Bazı andlaşmalar yatırımların korunması şartı olarak yatırımların hukuka uygun olmasını koşmakla birlikte, esasen yatırımcılara yükümlülükler getirmezler.²¹⁵ Örneğin, *Spyridon* kararında, yatırımcıların bir yükümlülüğü olmadığı ancak taraf devletlerin yükümlülüğünden bahsedilebileceği

²⁰⁹ Bkz. VAHS, m. 1 ve m. 2/1(a).

²¹⁰ De Mestral, *a.g.e.*, 2017, 1.

²¹¹ Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 1.

²¹² Örn. Bkz. Enerji Şartı, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA).

²¹³ Singh, K., Ilge, B. (2016). Introduction. Singh, K., Ilge, B. (Ed.). *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*. Amsterdam: Both ENDS; New Dehli: Madhyam; Amsterdam: SOMO, 1-16, 1.

²¹⁴ UNCTAD. (2006). *Recent Developments In International Investment Agreements: IIA Monitor No. 2 (2005) International Investment Agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, 1.

²¹⁵ Schreuer, *a.g.e.*, Investments, International Protection, para. 7.

açıkça ifade edilmiştir.²¹⁶ Yatırımcılara, sağlık, çevre ve iş sağlığı gibi yükümlülüklerin getirilmesi fikri andlaşmalar bağlamında ancak başlangıç seviyesinde pratiğe yansımaktadır.²¹⁷ Örneğin, Fas-Nijerya 2016 tarihli BIT, ilgili manada yenilikler içermektedir. Andlaşma yatırımcılara maddi ve usuli koruma öngörürken aynı zamanda, işgücü ve insan haklarının uygun şekilde korunmasını sağlama ve uluslararası kabul görmüş kurumsal yönetim ve kurumsal sosyal sorumluluk standartlarına uyma yükümlülüğü gibi bir dizi yükümlülük de yüklemiştir. Benzer amaçları takiben diğer devletler de model BIT'leri yenilemişlerdir.²¹⁸

Yatırım andlaşmaları, yatırımcıların çıkarlarını desteklediği kadar bu amaçla uyumlu olarak yalnızca andlaşma tarafı devletlere değil yatırımcıya da ev sahibi devlete karşı uluslararası mahkemeye doğrudan dava açma hakkı tanır. Yine, yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında ev sahibi devletin hukukuna göre akdedilen akitler de uluslararası andlaşmalar ile uyuşmazlıkların çözümünü de içeren uluslararası garanti altına alınabilmektedir.²¹⁹ Yatırımcı devlet de diplomatik korumaya başvurmayacağını taahhüt eder. Böylece konu, klasik devletlerarası hukuk ve düzlemde yatırımcının ev sahibi devlet ile uluslararası sahada karşı karşıya kaldığı bir yabancı yatırım alanına taşınmış olur.²²⁰

Yukarıda ima edildiği üzere; yatırım andlaşmalarının ilk ve başlıca amacı, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıları çekmek için yatırımcı dostu bir hava oluşturmak istemesidir. İç hukuktaki yabancı yatırımcıya öngörülen korumanın yetersiz kalabileceği, ilgili andlaşmaların varsayımını oluşturmaktadır.²²¹ Yatırım andlaşmalarının temel amaçlarından biri, başlıklarında sıkça yer aldığı üzere

²¹⁶ Bkz. Spyridon v. Romania, ICSID ARB/06/1, Award, 7 December 2011, para. 871. Ayrıca bkz. Lalive, P. Halonen, L. (2011). "On the availability of Counterclaims in Investment treaty Arbitration," *Czech yearbook of international law*, 2, 141-156, 141.

²¹⁷ Schreuer, a.g.e., Investments, International Protection, para. 7.

²¹⁸ Bkz. Fas-Nijerya 2016 tarihli BIT (*Morocco-Nigeria BIT*, 2016). Ayrıca bkz. Japonya-Mozambik 2013 tarihli BIT (*Japan-Mozambique BIT*, 2013); Kanada-Benin 2013 tarihli BIT (*Canada-Benin*, 2013), ABD-Ruanda 2008 tarihli BIT (*Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Republic Of Rwanda Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment*, 19/02/2008).

²¹⁹ Dolzer, R. (2005). "The Impact Of International Investment Treaties On Domestic Administrative Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, 37, 953-972, 956.

²²⁰ Dolzer, a.g.m, 2005 The Impact Of International Investment Treaties, 957.

²²¹ Dolzer, a.g.m, 2005 The Impact Of International Investment Treaties, 954. Ayrıca bkz. Chen, R. C. (2015). "A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes", *The Yale Journal Of International Law*, 40, 295-335, 301.

“yatırımların korunması ve teşviki”dir.²²² İlgili başlıklar, ilk bakışta “amacı” gayet açıkça izhar ediyormuş gibi bir izlenim vermektedir. Bu itibarla, yatırım hukukuna dair yapılan çalışmaların pek çoğunda amacın yatırımcının korunması olduğu dile getirilir. Yatırım andlaşmalarının ilk doğuş sebebinin yatırımcıların ev sahibi devlete karşı korunması olduğu şüphesizdir. Fakat, tarihi süreçte bu ilk amaçtan ayrılma yaşanmıştır.

Esasen yatırımların ve yatırımcıların korunmasına ilişkin andlaşmalar ekseriyetle sermaye ve teknolojik bakımdan zayıf devletlerin ekonomik gelişme için imzaladıkları andlaşmalardır. Bu andlaşmalar ile devletler ülkelerine yatırım çekmek, devletin refahına katkı sağlamak isterler. Yabancı yatırımların desteklenmesi için başlıca teşvikin yabancıların korunmasından geçtiği söylenebilir. Özellikle model andlaşmaların girişlerine bakarsak, yatırım andlaşmaları genel olarak refahı ve ekonomik gelişmeyi desteklemeye ilişkin girişim araçları olarak özetlenebilir. Yatırımcılar ise uzun süreli bir faaliyet olan yatırımların yapılacağı devletteki risklere ve keyfi ya da hukuka aykırı müdahalelere karşı teminat sağlamak isterler. Bu anlamda iki hususun birlikte ele alınması amacın belirlenmesinde daha sağlıklı olacaktır. Nitekim bazı yazarlar da yatırım andlaşmalarında sıkça kullanılan “teşvik ve koruma” kavramlarının, amacın iki yönlü olmasına işaret ettiğini dile getirmişlerdir.²²³

Ancak, ev sahibi devlet ve yatırımcı arasındaki ilişkideki dinamikler yatırım öncesi ve sonrasında farklılık arz eder. Yatırım öncesinde, yatırımın teşviki amacının da etkisi ile genellikle yatırımcı daha lehte bir konumdadır. Ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında karşılıklı görüşmeler yapılır. Yatırımcı, görüşmelerde iki ve çok taraflı yatırım andlaşmalarını dikkate alarak, projenin doğasından kaynaklanan ve yine sürece ilişkin garantileri araştırır. Böylece uluslararası teminatlara kavuşmuş olur. Yatırımların uzun vadeli girişimler olmalarının doğal bir sonucu olarak yatırımcılar için ekonomik, siyasi ve hukuki riskler içerir. Yatırımcı normalde yeni rakiplerin girmesi, döviz kurundaki değişiklikler gibi projenin konusunu oluşturan

²²² Salacuse, a.g.m., Summer 2010, 428.

²²³ Bkz. Nanteuil, A. (2020). *International Investment Law*, Edward Elgar Publishing; Deters, E. (2012). *Preferential Trade and Investment Treaties*, (Ed.). Brabandere, E., Gazzini, T. *International Investment Law : The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 49-68, 50.

pazarın muhtemel ticari risklerini üstlenir. Politik risklerle alakalı olarak ise yatırım yapıldıktan sonra dengeler ev sahibi devlet lehine değişmeye başlar.²²⁴

İşte yatırım andlaşmalarında yatırımcılara sağlanan maddi ve usuli hak ve teminatların asıl amacı da politik risklere, yani devletten gelebilecek zarar verici muamelelere karşı koruma öngörmektir. Bu minvalde tanınan haklar; adil ve hakkaniyetli muamele, ulusal muamele standardı gibi esasa ilişkin haklar olabileceği gibi, bunların ev sahibi devlet tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialarda bulunulması türünden usuli haklar da olabilir.²²⁵ Maddi haklar kadar belki daha da fazla, usuli hakların tanınması önemlidir. Çünkü bu hakların korunması tarafsız, etkili ve hızlı bir yargılama ile daha çok anlam kazanır. Andlaşmalar, nadiren geleneksel devlet-devlet tahkimine; çok büyük çoğunlukla ise yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin hükümler içerir.²²⁶ Yatırımcı-devlet tahkimine bu derece ağırlık verilmesinin sebebi, yatırım andlaşmalarının yapılmasının amaçlarından birinin de bizatihi ilgili tahkimin yatırımcıya sağladığı fayda olmasıdır.

2.2.3.2. İki taraflı uluslararası yatırım andlaşmaları

Hem BIT'ler hem de yatırıma ilişkin bölümler içeren andlaşmalar genel olarak uluslararası yatırım andlaşmaları kapsamında olmakla birlikte, sayısının çokluğu itibari ile yatırım andlaşması kavramı ile BIT'lerin eş anlamlı olarak kullanılmasına sıklıkla rastlanır. Bir yandan da çok taraflı yatırım andlaşmalarının yatırım bölümlerinin BIT'lerle son derece benzerlik göstermesi buna imkan sağlamaktadır.²²⁷ Çalışmada da ekseriyetle benzer bir yaklaşım tercih edilmiş; BIT ve yatırım andlaşması kavramları birbirini yerine ayırım gözetilmeden kullanılmıştır. Günümüzde BIT'lerin sayısı 2.247'si yürürlükte olmak üzere toplamda 2.811'i bulmuştur. Buna ilaveten yatırım hükmü içeren uluslararası andlaşmaların (*Treaties with Investment*

²²⁴ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 4; Curtis, C. T. (1988). "Legal Security Of Economic Development Agreements", *the Harvard International Law Journal*, 29(2), 317-366, 319.

²²⁵ Bonnitcho, *a.g.e.*, 2014, 1.

²²⁶ De Mestral, *a.g.e.*, 2017, 1.

²²⁷ BIT'ler ile Tercihli Ticaret Andlaşmaları (PTA)'nın yatırım bölümleri arasındaki temel fark kendi gerekçelerindeki genişlik farklılıklarıdır. BIT'ler kurulmuş yatırımların korunması için yükümlülükler öngörürken, çok büyük çoğunluğu kurulacak yatırımlar için koruma sağlamaz. Yani yatırım kurulmasını garantilemez. Ancak PTA'lar, ikincisini de yani yabancı yatırımların kurulabileceği koşulları da garanti eder. Yatırım andlaşmalarının mantığındaki bu tekamül, son 50 yıldan fazladır büyük çapta uluslararası yatırım akışının olduğu tarihsel bağlamdaki gelişiminin yan etkisidir. Bkz. Ehandi, R. (2018). *Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rule- making*. Yannaca-Small. K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 3-30, 5.

Provisions/TIPs) sayısı ise 332'si yürürlükte olmak üzere toplamda 425'ye ulaşmaktadır. Toplam yatırım andlaşmalarının sayısı ise 3.236'dır.²²⁸ Bu itibarla yatırım hukukunun BIT'ler ağı²²⁹ olarak anılmasında ve yatırım andlaşmalarının BIT'lerle eş anlamlı olarak görülmesinde haklılık payı vardır. Salacuse'a göre 2. Dünya Savaşının sona ermesinden bu yana uluslararası hukukta kanun yapma hususunda en aktif çabalardan biri yatırım andlaşmaları olmuştur.²³⁰ Nitekim, uluslararası yatırım hukukunun ayırt edici özelliklerinden biri, iki taraflı yatırım andlaşmalarının kaynak olarak önemli rol oynamasıdır.²³¹ Yatırımların korunmasında ağır basan yöntem halen BIT'lerin akdedilmesidir. Ancak BIT'lerin yerini artık, yavaş yavaş serbest ticaret andlaşmaları almaya başlamıştır. ABD konu hakkında öncülük yapmaktadır.²³²

BIT'ler sayılarının çokluğunun yanı sıra yabancı yatırımlara odaklanmış ilk uluslararası andlaşmalar²³³ olmaları itibariyle de önemlidirler. İlk yatırım andlaşması Pakistan ve Almanya arasında 1959 yılında imzalanmıştır. Sayısının çokluğu sebebiyle bazı yazarlar BIT'lerin teamül hukuku kuralları meydana getirdiğini dahi ileri sürmüşlerdir.²³⁴ Yine *Mondev* tahkiminde, ICSID mahkemesi FET ile tam koruma ve güvenlik ilkeleri hakkında BIT'lerin mevcut teamül hukukunu değiştirdiğini belirtmiştir.²³⁵ Ancak bu görüş çok fazla destek bulmamaktadır. Çünkü, BIT'ler yapısal itibariyle birbirlerine benzeseler de ayrıntılarda farklılıklar taşırlar. Dolayısıyla teamül hukuku oluşturmaya elverişli değildirler.²³⁶

²²⁸ 08.03.2022 tarihinde alınmış verilerdir. Güncel verilere ulaşmak için bkz. (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Erişim Tarihi: 01.08.2021).

Yatırım andlaşmalarının toplam sayısı (BIT+TIP) 2017 yılı için: 3324'tür. Bkz. UNCTAD. (2017). World Investment Report 2017 –Investment And Digital Economy, United Nations Publication, xii, 111); 2018 yılı için: 3322'dir. Bkz. UNCTAD. (2018). World Investment Report 2018 - Investment and New Industrial Policies, United Nations Publication, xi, 18; 2019 yılı için: 3,317'dir. Bkz. UNCTAD. (2019). World Investment Report 2019 - Special Economic Zones, United Nations Publication, 17. İlgili veriler ışığında zaman içinde yatırım andlaşmalarının toplam sayısında azalmaya gidildiği sonucuna varılabilmektedir.

²²⁹ Örn. bkz. Fouret, *a.g.e.*, 2018, 829.

²³⁰ Salacuse, *a.g.m.*, Summer 2010, 428.

²³¹ Hirsch, M. (2012). Sources of International Investment Law. Bjorklund, A. K., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar, 9-38, 10.

²³² Schreuer, *a.g.e.*, 2015, 1908.

²³³ Echandi, *a.g.e.*, 2018, 3.

²³⁴ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 101; Mann, F. A. (1981) 'British Treaties for the Promotion and Protection of Foreign Investments' *BYIL*, 52(1), 241-254, 241.

²³⁵ *Mondev International Ltd. v United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award (11 October 2002), para. 125.

²³⁶ Örn. bkz. Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 101.

BIT'ler öncelikle yabancı yatırımların kabulü, korunması ve muamele ile alakalı maddi ve usulü kuralları ele alır. Andlaşmalarda açıkça yazmasa da yatırımların teşviki ve yatırımcıların korunmasına ilişkin hukuki yükümlülüklerde “karşılıklılık” esastır. UNCTAD, BIT'leri: İki devlet arasında her birinin ülkesine bağlı şirketler tarafından birbirlerinin topraklarında yapılan yatırımların karşılıklı teşviki, desteklenmesi ve korunması için akdedilen andlaşmalar olarak tanımlamaktadır.²³⁷ BIT'lerin çoğu özel taraf ile ev sahibi devlet arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hakkında yatırımcı-devlet tahkimi kaydı koymaktadır. Klasik yaklaşımda yatırım andlaşmalarında, yatırımcı-devlet uyuşmazlığının öncelikle barışçıl yollarla çözümü düzenlenir. Barışçıl yolların faydasız kalması halinde ise *ad hoc* veya kurumsal çerçevede uluslararası tahkime başvurmak sonraki adımdır.²³⁸

Kural olarak BIT'ler, yatırımcılara öngörülecek koruma standartlarını tanımlamazlar, sadece atıf yaparlar. Bu da nihai olarak koruma standartlarının tanım ve kapsamının yatırım tahkimi uygulamalarına bırakılması anlamına gelir.²³⁹ BIT'ler ile, dolayısıyla yatırım hukukuyla ilgili diğer bir hususiyet de bununla ilgilidir. Yine, BIT'lerde yükümlülüklerin karşılıklı olması suretiyle iki devlet arasında simetrik bir hukuki ilişki kurularak, her bir devletin diğerinin ülkesinde aynı şartlarda yatırım yapabilmesi temin edilir. Ancak uygulamada BIT'ler, gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında akdedilmekte, asimetrik bir ilişki kurulmakta; yatırımcıyı gelişmiş devlet temsil ederken yatırıma gelişmekte olan devlet ev sahipliği yapmaktadır. Yani karşılıklı bir ilişki olmaktan çıkmaktadır.²⁴⁰

1959 yılında imzalanan ilk BIT'e baktığımızda ayrımcılık yasağı, tam güvenlik ve koruma, kamulaştırma halinde tazminat, sermayenin serbest transferi ve tarafların karşılıklı rızası halinde UAD önünde devletlerarası uyuşmazlığın çözümü, rızanın sağlanamaması halinde tarafların birinin başvurusuyla tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözülmesini düzenlediği görülür. Müteakiben diğer devletler süratli bir şekilde andlaşmayı örnek almış, 1960'larda pek çok benzer şablonda andlaşmalar

²³⁷ Singh, Ilge, *a.g.e.*, 2016, 1.

²³⁸ UNCTAD, 2005, 3.

²³⁹ Miljenić, O. (2018). “Energy Charter Treaty –Standards of Investment Protection”, *CIRR — XXIV*, 83, 52-83, 53.

²⁴⁰ Aust, *a.g.e.*, 2010, 346; Salacuse, *a.g.m.*, 1990, 662.

imzalamaya başlamışlardır.²⁴¹ İlk andlaşmada, modern yatırım andlaşmalarının en ziyade yenilikçi ve ayırt edici özelliklerinden olan adil ve hakkaniyetli muamele (*FET*) ilkesi ve en çok gözetilen ulus (*MFN*) kaydı ile yatırımcı-devlet tahkim kayıtlarının yer almaması itibariyle modern yatırım andlaşmaları rejiminin tanıtılmadığı söylenmektedir.²⁴² Fakat daha doğru olan şu tespittir ki; yatırımcıya teminat verilen maddi haklar, iç hukuklarda da adalet, yargısal haklar gibi geniş anlamda yer almaktaydı ve yine önceden mevcut olan teamül hukuku kurallarında ve uluslararası andlaşmalarda rastlanmakta idi. Dolayısıyla modern BIT'lere hususiyetini ve ayırt edici vasfını veren maddi haklardan ziyade yatırımcıya tanınan doğrudan tahkime başvurma hakkıdır.²⁴³

BIT'lerin yatırımcılara sağladığı pek çok fayda vardır. Örneğin bu sayede yatırımlarla ilgili teamül hukuku kurallarının ne olduğuna, ev sahibi devlet ile arasındaki uyuşmazlığa hangi kuralların uygulanacağına ve nasıl çözüleceğine yönelik sonu gelmeyen tartışmalardan bir nebze kaçınılmış olur. Yatırımcılar, ev sahibi devlet ile yaşadıkları bir uyuşmazlıkta ilgili devletin iç hukuk yollarına başvurma prosedüründen kurtulmuş olurlar. Kendi devletlerinin korumasına başvurmak zorunda da kalmazlar. Ev sahibi devletin tahkime ayrıca rıza göstermesine gerek kalmadan bizzat uyuşmazlığı tahkime taşıyabilirler. Böylece tahkim süreci daha güvenilir ve hızlıdır. Uyuşmazlık yatırımcı lehine çözüldüğünde ise kararın ev sahibi devlette icra edilebilmesini gerektirir.²⁴⁴ Bu nedenle, yabancı yatırımlara dair hukuki belgeler arasında BIT'ler istikrarlı ve öngörülebilir normatif bir çerçeve oluşturması ve uyuşmazlıkların çözümü mekanizması bakımından mühim bir rol oynamaktadır.²⁴⁵ BIT'lerin diğer bir faydası ise ev sahibi devletin uyrukluğunda bulunan şirketlerin belli şartlarda yatırımcı olarak kabul edilmesidir.²⁴⁶ Ancak bu imkan eleştirilere konu olmakta, sıklıkla ifade edildiği üzere BIT'lerin ilk

²⁴¹ Ghouri, A. (2011). "The evolution of bilateral investment treaties, investment treaty arbitration and international investment law". *International Arbitration Law Review*, 14(6), 189-204, 196. Lim'e göre bunlar, yabancılara ve mallarına muamelede; ayrımcılık yasağı, tam koruma ve güvenlik, kamulaştırmanın tazminine dair teamül hukukunun ve ahde vefanın tekrarı niteliğindedir. Bkz. Lim, Paparinskis, 2018, 59, 60.

²⁴² Lim, Paparinskis, *a.g.e.*, 2018, 60.

²⁴³ Bkz. Mortenson, *a.g.e.*, 2018, 654.

²⁴⁴ Aust, *a.g.e.*, 2010, 345, 346.

²⁴⁵ Gazzini, T. (2012). *Bilateral Investment Treaties*. Gazzini, T., Brabandere, E. D. (Eds.). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 99-132, 99.

²⁴⁶ Aust, *a.g.e.*, 2010, 347.

amacının yabancı yatırımcının korunması olduğu ifadesi ile bağdaşmadığı söylenmektedir.

BIT'lerin genel yapısına bakıldığında; kullanılan kavramlar, sağlanan haklar ve hükümlerin kaleme alınışı birbirine çok yakın, genel ve belirsizdir. Öyle ki çoğunlukla yalnızca isim olarak anılmaktadırlar. Ayrıca yaklaşık bir düzine denebilecek kadar az hükümden müteşekkildirler. Nitekim, yatırım hukuku bağlamındaki tartışma, ihtilaf ve eleştirilerin merkezinde de ilgili hususlar yer alır. Yanı sıra, imzalanan andlaşma sayısının 3.000'e yaklaşması; gerçekten uluslararası hukukta eşine rastlanmayan bir iki taraflı andlaşmalar hukuku sistemi meydana getirmektedir. İlginç olan ise, tüm bu ortak özelliklere rağmen kapsayıcı ve evrensel bir uluslararası andlaşma yapılamamasıdır. Ancak son tespit sadece BIT'lere en genel bir bakışla bakıldığında yapılabilir. Çünkü, BIT'ler her ne kadar ortak özelliklere sahip olsalar da her bir BIT ayrıntılarda çok farklıdır. Çalışma boyunca konu, yorum sorunları merkezli olarak ayrıntılarıyla incelenecektir. Aynı şekilde her bir yatırımcı-devlet ihtilafına farklı *ad hoc* tahkim tesis edilmektedir. Bu bağlamda, her bir BIT'in ve mahkemenin birbirinden farklı olarak görülmesini, parçalanmış bir yatırım hukukunun delili olarak nitelendirenlere de rastlanmaktadır.²⁴⁷ Mesela, *AES Corporation* kararında her bir BIT'in kendi kimliğinin olduğu ve tarafların rızalarının kapsamının tam olarak belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁴⁸ Karar, her andlaşmanın ayrı ayrı yorumlanmasının gerekliliği karşısında nihai olarak doğru bir yaklaşımdır. Ama buradaki sorun; BIT'lerin hiçbirinin diğerine benzememesine rağmen kullanılan yatırım, yatırımcı, FET gibi kavramların birbirine iyice yaklaşmış olması²⁴⁹ ve ortak birtakım yorumlara varılıp varılamayacağıyla ilişkilidir.

Yatırım andlaşmaları hususunda güncel gelişmeler olarak şunlar söz konusudur: Artık sürelerinin dolması veya şartların değişmesi sebebiyle eski BIT'lerin yerine yenileri akdedilmeye başlanmıştır. 2017 yılında akdedilen BIT'lerin sayısı 1983 yılından beridir imzalananların en düşük seviyesindedir. İlk defa etkili olarak sona erdirilen BIT'lerin sayısı, yeniden akdedilenlerin sayısını geçmiştir. Bununla birlikte Asya ve Afrika'da büyük bölgesel andlaşmalar için müzakereler devam etmektedir. Bazı devlet grupları ise bağlayıcı olmayan rehber ilkeler

²⁴⁷ Başaran, H. R. (2014). Uluslararası Tahkim, XII Levha Yayıncılık, 84.

²⁴⁸ *AES Corporation v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (13 July 2005), para. 24.

²⁴⁹ Aust, *a.g.e.*, 2010, 346. Ayrıca bkz. *AES Corporation*, Decision on Jurisdiction, para. 25.

geliştirmektedir. Devletler, eski nesil yatırım andlaşmalarını modernize etme eğilimindedirler. Yeni yatırım andlaşmalarının çoğunda sürdürülebilir gelişmeyle uyumlu unsurlar yer almaya başlamıştır.²⁵⁰ Aynı şekilde düzenleme/mevzuat alanlarının korunması ve yatırım uyumsuzluklarının çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi veya çıkarılmasına ilişkin anlayışlar hususunda yenilikler öngörülmektedir.

2.2.3.3. Çok taraflı uluslararası yatırım andlaşması yapılmasına ilişkin girişimler

Yatırım hukukunda yatırımları evrensel düzeyde münhasıran ele alan kapsamlı bir sözleşmenin yapılması gerekliliğine yönelik tartışmalar geçmişten beridir tazeliğini korumaktadır. Geçmişte uluslararası toplumda, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (*The Organisation for Economic Cooperation and Development/OECD*) nezdinde girilen 1998 tarihli Yatırımlara ilişkin Çok Taraflı Andlaşma Taslağı (*MAI*), Abs-Shawcross Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler çok uluslu şirketler merkezinin (*UNCTC*) Çok Uluslu Şirketler Taslağı gibi birtakım çok taraflı andlaşma yapma teşebbüslerinde bulunulmuşsa da gelişmekte olan devletler ile gelişmiş devletlerin ortak bir paydada buluşamaması sebebiyle başarı sağlanamamıştır. Bununla birlikte ilgili sözleşmelerde belirlenen ilkelerin “soft law” özelliği içermeleri sebebiyle değer taşıdıkları ifade edilmektedir.²⁵¹ Aynı şekilde uluslararası teamül hukukunun başlangıcını da oluşturabileceklerini ifade etmek gerekir.

Çok taraflı andlaşmalar bağlamında tek başarılı Konvansiyon usuli konuları düzenleyen ICSID Konvansiyonudur. Sözleşme, yatırım uyumsuzluklarının tahkim yoluyla çözülmesi için sistem kurmuştur. Sistemin kurulması, yatırımların korunmasına yönelik maddi ilkelerin tesisinin ancak usuli koruma araçları ile mümkün olabileceği anlayışının tezahürüdür.²⁵² Çok taraflı yatırım andlaşmalarının başarısızlığa uğraması sebebiyle bölgesel, sektörel ve iki taraflı yatırım andlaşmaları ön plana çıkmıştır.²⁵³ Sektörel andlaşmaların içinde en öne çıkan bir yönüyle de

²⁵⁰ UNCTAD. (May 2018). *Recent Developments in the International Investment Regime*, IIA Issues Note, No. 1, 1.

²⁵¹ Karaoğlu, a.g.e., 2019, 85.

²⁵² Sornarajah, a.g.e., 2017, 99.

²⁵³ Ağırlıklı olarak 1990’lı yıllardan sonra yapılan bölgesel ve sektörel sözleşmelerin en önemlileri arasında ABD, Kanada ve Meksika Arasında Dış Ticaret Ve Yatırım Sınırlamalarının Kaldırılmasına

enerji alanında yatırımların korunması ve teşvikine hizmet eden Enerji Şartıdır. Bölgesel andlaşmalar arasında ise Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement/NAFTA*)²⁵⁴ en güçlü yatırım hükümlerine ve yatırım tahkimi kararlarının gelişiminde en önemli maddelere sahip andlaşma olarak kabul edilmektedir.²⁵⁵

Çok taraflı bir yatırım andlaşmasının yapılamamasının gelişmekte olan devletler ile gelişmiş devletlerin görüş ayrılıklarının haricinde pek çok sebebi vardır. Sözleşmeye karşı çıkan devletlerin gerekçelerinden biri de iç hukuktaki düzenleme yetkilerinin kontrolünün önemli ölçüde azalacağı endişesidir.²⁵⁶ Yine, yatırımların çok uluslu şirketlerce yapılması egemenlikle, doğal kaynakların sömürüsü ve ulusal ekonomik politikalarla ilgili hassas sorunlara yol açabilmektedir. Çok taraflı andlaşma tasarıları hakkında girişimler devam edecektir. Ancak böyle bir andlaşma ile güçlü kurallar tesis etme üzerinde uzlaşılması ihtimali uzaktır. Zira 2008 yılında yaşanan küresel krizden sonra, hem gelişmekte olan hem de gelişmiş devletler cephesinde ekonominin üzerinde düzenleyici kontrol anlayışına geri dönüş

Yönelik Kuzey Amerika Serbest Ticaret Sözleşmesi (*NAFTA*), ABD ile Orta Amerika Devletleri arasında yapılmış Orta Amerika Serbest Ticaret Sözleşmesi (*CAFTA*), Rus ve Doğu Avrupa enerji sektörü ile Avrupa ve Dünya pazarını bütünleştirmeye yönelik Enerji Şartı Sözleşmesi (*Energy Charter Treaty*), Güney Doğu Asya Ülkeleri Birliği (*ASEAN*) Yatırımların Teşviki ve Korunması Sözleşmesi sayılabilir. Bkz. Zenginkuzucu, D. M., (2013). “Şemsiye Kızların ICSID Hakem Mahkemesinin Yargı Yetkisine Etkisi”, *UTTDER*, 2(1), 165-189, 171. Verilebilecek diğer örnekler ise Güney Ortak Pazarı Serbest Ticaret Andlaşması (*MERCOSUR Free Trade Agreement*), Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (*COMESA*)’nın Ortak Yatırım Alanı İçin Yatırım Andlaşması (*The Investment Agreement for the Common Investment Area of the Common Market for Eastern and Southern Africa*), Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Meksika Devletleri ve Kanada arasındaki Serbest Ticaret Andlaşması (*Agreement Between The United States Of America, The United Mexican States, And Canada, USMCA*) gibi andlaşmalar sayılabilir. Bölgesel yatırım andlaşmalarına örnek olarak ise Trans-Pasifik Ortaklığı için Kapsamlı ve Aşamalı Anlaşma (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP*, 2018); AB-Singapur yatırımların Korunması Andlaşması (*The EU-Singapore Investment Protection Agreement (IPA)*, 2018) gösterilebilir. İlgili örnekler için bkz. Titi, C. (2018). *The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 1.

²⁵⁴ Bkz. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, 17 Dec. 1992, 32 *ILM* (1993)) (<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta.aspx?lang=eng> Erişim Tarihi: 03.02.2021), bölüm 11. Bölüm hükümleri büyük oranda ABD model BIT’i takip etmiştir. Anlaşma bundan sonra “*NAFTA*” olarak kısaltılacaktır.

²⁵⁵ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 99, 100; Dimsey, *a.g.e.*, 2008, 15.

²⁵⁶ Dolzer, *a.g.m.*, 2005 *The Impact Of International Investment Treaties*, 967.

yaşanmıştır. Görünmektedir ki devletler, çok taraflı bir andlaşma veya sıkı kurallı BIT'ler ile sınırlanmak arzusunda değillerdir.²⁵⁷

Model BIT'ler her ne kadar birbirine benzese de *ad hoc* temelli BIT'ler, tarafların çıkarlarına uygun olarak karşılıklı müzakereler ile yapılmaktadır. En azından devletlerin istediği değişiklikleri kolayca yapabilecekleri imkanları sunması itibari ile devletlere daha çok hareket serbesti sağlar. Devletlerin ekonomik yetkilerini mümkün olduğunca daha az sınırlama eğilimleri, çok taraflı andlaşmalarla yeterince karşılanamaz. Aksine egemenliklerini daha fazla sınırlama potansiyeli verir.²⁵⁸ BIT'lerin *ad hoc* niteliği ise genel kural oluşturmaktan uzaktır.²⁵⁹ Ancak, zaman zaman dikkat çekilen bir hususu nazara alırsak BIT'lerin hareket serbestisi, gelişmekte olan veya az gelişmiş devletler açısından bazen salt mantıksal düzlemde kalmaktadır. Çünkü az gelişmiş devletler, BIT'lerin müzakerelerine görünüşte katılsalar da gelişmiş devletlerin, ekonomik ve politik ağırlıkları sebebiyle onlara nazaran aslında daha avantajsız konumda kalabilmektedirler.

Çok taraflı andlaşmaların yatırım hukukundaki yeri sadece kaynaklar bağlamında önemli değildir. Ayrıca literatürde, *ad hoc* tahkim sistemi nedeninin yanı sıra BIT'lerin sayısının çokluğunun gerekçe gösterildiği, yatırım hukukunun kendi içindeki bölünmüşlüğü sorununa çözüm bulmak bağlamında çok taraflı bir yatırım andlaşmasının yapılması gerektiği; ancak bu şekilde, yatırım hukukunda istikrar ve uyumun sağlanabileceği fikri de sıklıkla dile getirilmektedir. Zıddını savunanlardan bir kısmı, daha önceki teşebbüslerden elde eden tecrübelerin de etkisiyle böyle bir andlaşmanın yapılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Diğer bir kısmı ise zaruri olmadığı kanaatindedir. Konuyu gerekli görmeyenler farklı noktalardan bölünmüşlüğe çözümler sunmaya çalışmaktadırlar. Örneğin, son görüşü paylaşan Ghorî'ye göre çok taraflı bir yatırım andlaşmasının düzenlenmesi veya yatırımcı-devlet tahkiminde yapısal reforma gidilerek üst bir tahkim kurumu oluşturmak yerine, yatırım tahkiminde andlaşmaların çatışmasına ilişkin hususları ele alıp tanımlamak ve çatışmaların çözümü ve yorumuna ilişkin teknikler geliştirmek

²⁵⁷ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 217. Ayrıca bkz. Dolzer, *a.g.m.*, 2005 The Impact Of International Investment Treaties, 972.

²⁵⁸ Benzer görüş için bkz. Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 217.

²⁵⁹ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 217.

gerekir.²⁶⁰ Bazen ilgili arayış, yatırım andlaşmalarında yansımalarını gösterebilmektedir. Mesela kararlara istikrar getirmek namına, 2004 tarihli ABD model BIT²⁶¹ ek D’de ve bazı ABD yatırım andlaşmalarında, temyiz merci benzeri bir yapı kurulması öngörölmüş, ancak başarılı olmamıştır.²⁶² Üst bir otorite kurulmasına yönelik düşünce zaten uzun ve pahalı olan sürecin maliyetini ve süresini arttıracaktır. Ayrıca ICSID Konvansiyonu 53. maddede yer alan kararların üst makama götürölemeyeceğı ve başka bir çözüme konu olmayacağı maddesine de aykırılık teşkil eder. Bütün taraf devletlerin tadili kabul etmesi gerekliliğı gibi uygulamada mümkün olmayan bir sonuca götürür.²⁶³

Kanaatimizce de yatırım hukuku, niteliğı gereğı çok taraflı bir andlaşma çerçevesinde düzenlenmeye ve merkezi bir otoriteye tabi kılınmaya uygun değildir. Nitekim, netice vermeyen teşebbüsler de bunu doğrulamaktadır. Yatırım hukukunda şöyle bir gerçek vardır: Her ne kadar, BIT tarafı devletler nihai olarak bir andlaşmada uzlaşıyor olsalar da ne çoğunluğunu az gelişmiş devletlerin oluşturduğu ev sahibi devletlerin, düzenleme hakkının sınırlanmasına ne de çoğunluğunu gelişmiş devletlerin oluşturduğu kaynak devletlerin, yatırımcılarının haklarının sınırlanmasına rızaları vardır. Sisteme getirilen tüm eleştirilere rağmen, taraf devletler BIT’lerin sağladığı esneklik ve serbestliğı terk etmek istememektedir. Aslında devletlerin ilgili yaklaşımını yadsımamak gerekir. Çünkü her devlet, ülkesine yatırım kabul edip etmemek, izin verecekse yatırımların sınırlarını çizmek ve yatırımcılara sağlanacak hakların kapsamını belirlemek konusunda münhasır yetkilidir. Dolayısıyla çok taraflı andlaşmalar, devletlerin istediğı ölçüde yükümlölük altına girmesinde BIT’ler kadar avantaja sahip değildir.

Dolayısıyla; yatırım hukukunun kendi içindeki bölünmüşlüğü iddialarının temelinde yatan sorunların çözümü, ileride ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte giriş mahiyetinde iki basamakta özetlenebilir: (1) Yatırım andlaşmalarının hükümlerinin daha net hale getirilmesi; (2) Tahkim sürecinde yorum kurallarının hepsinin, yatırım andlaşmalarına bütünüyle ve doğru olarak uygulanması. Hatta,

²⁶⁰ Ghouri, A. (2012). “Treaty conflicts in investment arbitration”. *Nordic Journal of Commercial Law*, 2, 1-12, 1. İstikrarsız kararlara çare olarak ön karar sistemi için bkz. Schreuer, C. Preliminary Rulings in Investment Arbitration (https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf Erişim Tarihi: 7.11.2020).

²⁶¹ Bkz. 2004 tarihli ABD model BIT (*US Model BIT 2004*).

²⁶² Benzer görüş için bkz. Schreuer, C., *Investments, International Protection*, para. 20.

²⁶³ Schreuer, *a.g.e.*, 2015, 1907.

şunu vurgulamak gerekir ki BIT’ler ne kadar netleştirilirse netleştirilsin; yatırım hukuku, alanın niteliği gereği hem yeni ve gelişmekte olması hem yatırımların, teknolojinin gelişmesine paralel olarak seyir değiştirmesi hem de yatırımlara dair her olguyu kapsayacak şekilde düzenlenmesinin imkansız olması sebebiyle her zaman bir dereceye kadar belirsiz kalacaktır. Hatta; uluslararası hukukun geneli için dahi, düzenlemelerin tüm olguları kuşatmanın imkansızlığından kaynaklanan bir soyutluk içerebileceği tespiti yapılabilir. Hiç şüphesiz yatırım hukukunun özellikleri ilgili gerçeği daha çok yansıtmaktadır. Son olarak, ilk adımda öngörülen çözüm de aslında tezimizin odak noktasını oluşturacak “uluslararası hukuktaki yorum kurallarının bütünüyle ve doğru surette uygulanması zarureti” kıyasla esas çözüm değildir. Ancak, en azından tahkim kararlarının getirdiği tecrübelerle dayanarak; ihtilaflı ve hatalı yorumlara meydan vermemek adına, özellikle usuli konuların sınırları başta olmak üzere andlaşmalarda bazı hususların netleştirilmesi zaruridir ve asıl çözümü kolaylaştırmaya hizmet edecektir.

2.2.3.4. Uluslararası yatırım andlaşmalarının yapısına genel bakış

Yatırım andlaşmalarının girişi, taraf devletlerin akit sırasında taşıdıkları niyet ve amaçlarını açıkladıkları bölümlerdir. Girişler, sıklıkla bağlayıcı hak ve yükümlülükler içermedikleri için esas hükümler kadar dikkate alınmasa da VAHS’ın 31. maddesinde belirtildiği gibi andlaşmanın bağlamından olup andlaşmanın yorumlanması ile ilgilidir. O nedenle taraf devletler, andlaşma kurulurken girişin esas hükümlerle uyumlu olmasına dikkat etmelidirler.²⁶⁴ Özellikle de girişler, yatırım andlaşmasının konu ve amacının belirlenmesinde ilk bakılan yerlerdendir. Ayrıca, yatırım andlaşmalarının yorumlanmasındaki en temel sorunlardan biri de konu ve amacın belirlenmesi noktasında cereyan etmektedir.

Yatırım andlaşmalarının girişinin hazırlanmasında geniş anlamda iki yöntem izlenmektedir. Büyük çoğunlukla ilk yöntem olarak, taraf devletler arasında ekonomik işbirliğinin teşvikinin önemi vurgulanarak karşılıklı yatırım şartlarının iyileştirilmesinin teşviki ve yatırımların ev sahibi devletin refahının artışına etkisinin tanınmasını içerir.²⁶⁵ Andlaşmaların bir kısmı ise ayrıca ek birtakım unsurlar

²⁶⁴ UNCTAD (2007). *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking (UNCTAD/ITE/IIA/2006/5)*, New York and Geneva: United Nations Publication, 3.

²⁶⁵ Bkz. Moğolistan-Singapur 1995 Tarihli BIT (*Mongolia-Singapore BIT, 1995*).

barındırır. Bunlar; Brunei-Kore Cumhuriyeti 2000 tarihli BIT'te²⁶⁶ olduğu gibi teknoloji transferinin önemi, insan kaynaklarının gelişimi; ya da genellikle Avustralya andlaşmalarında vurgulandığı üzere karşılıklı egemenliğe saygı gibi unsurlar olabilir. Ayrıca, yatırımların ev sahibi devletin hukuku çerçevesinde yapıldığı da girişlerde vurgulanır. İkinci yöntemde ise girişler ek olarak, yatırımların korunması ve teşvikinin diğer anahtar kamu politikası amaçlarına saygılı olması gerektiğini açıklığa kavuşturur. Bunlar; sağlık, çevre, güvenlik, tüketiciler veya uluslararası işçi hakları gibi amaçlar olabilir.²⁶⁷

Bütün BIT'lerin temel unsurları ve hükümleri benzer ve nispeten sayıca sınırlıdır.²⁶⁸ Ancak ilgili benzerliği ilk elde, BIT'lerin genel özelliklerini anlatma bağlamında anlamak lazımdır. Hem BIT'ler hem de model BIT'ler yatırım, yatırımcı kavramı, MFN kaydı, ulusal muamele, adil ve hakkaniyetli muamele ilkeleri gibi yabancı yatırımcılara uygulanacak koruma standartları, uyuşmazlıkların çözümü usuli gibi başlıklarda ve konularda benzerdirler. Hükümler de genel olarak benzerdir. Ama hükümlerin ayrıntısına inildiğinde farklılıklar söz konusu olmaktadır. Bu farklılıklar ufak dahi olsa hak ve yükümlülüklerin yorumu konusunda çok büyük etkilere yol açmaktadır. İlgili sorunlar, çalışmanın kapsamı içerisinde ileride ele alınacaktır.

Yatırım andlaşmalarının önemli bir unsuru da yatırım ve yatırımcı kavramlarıdır. Yatırım politikalarının belirlenmesi noktasında gerek taraf devletler gerekse yatırımcılar açısından iki kavram, yatırım andlaşmalarının çoğunun yapılmasında kilit vazife görür.²⁶⁹ Yatırım andlaşmaları esasen taraf devletlerin yatırımcıları ve yatırımlarına uygulanır. Andlaşmalarda yatırımcılara teminat verilen haklar, ev sahibi taraf devletin ülkesinde diğer taraf devletin (kaynak devlet) yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara ilişkindir. Andlaşmalarda yatırım, yatırımcı kavramları ve ülke kavramı gibi kavramların tanımlandığı kısımların doğru olarak tespiti ve yorumlanması andlaşmanın kapsamının sınırlarını belirlemek, dolayısıyla devletlerin hak ve yükümlülüklerinin doğru tespiti ve uyuşmazlıkların

²⁶⁶ Bkz. Brunei-Kore Cumhuriyeti 2000 tarihli BIT (*Brunei Darussalam - Korea, Republic of BIT, 2000*).

²⁶⁷ UNCTAD, 2007, 3, 4.

²⁶⁸ Bkz. Salacuse, a.g.m., 1990, 664.

²⁶⁹ Legum, B. (2005). *Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?*. Symposium Co-Organised By ICSID, OECD And UNCTAD Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda, 12 December 2005, 1.

çözümü için son derece önemlidir. Yatırım kavramının belirlenmesi, taraf devletlerin tahkime rızasının ve tahkim mercinin yetkisinin²⁷⁰ özellikle de ICSID'in, ICSID Konvansiyonu'nun 25/1. maddesi kapsamındaki yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde zaruridir. Ev sahibi devletlerin davalarda sıkça öne sürdüğü yetki itirazlarından biri de ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırımın yapılmadığı itirazıdır.²⁷¹

Yatırım andlaşmalarında ev sahibi devletin, yatırımların ülkesine kabul edilmesi hususunda takdir ve kontrol yetkisini elinde bulundurduğuna yönelik hükümler de bulunabilir. Dolayısıyla BIT, yatırımcıya başlı başına yatırımın kurulması hakkı vermez. Takdir yetkisi kapsamında iç hukukta resmi gerekliliklerin yerine getirilmesi ve andlaşmanın kapsamına girecek yatırımların belirlenmesini etkileyecek nitelikte riayet edilmesi gereken kurallar getirilebilir.²⁷² İlgili hususları aydınlatmak uyuşmazlıkları çözmek için önemlidir. Çünkü, ancak öngörülen şartlar yerine getirildiği takdirde yatırım, andlaşma kapsamında korunan “yatırım” statüsüne taşınabilir. Uyuşmazlıklarda, ev sahibi devlet tarafından söz konusu kayda aykırı olduğu gerekçesi ile yatırım andlaşmalarının korumasından yatırımcının yararlanamayacağı iddiaları rastlanan durumlardır.²⁷³ Bu çerçevede gerek eski nesil gerekse yeni tarihli pek çok yatırım andlaşmasında açıkça yatırımın ev sahibi devletin hukukuna ve düzenlemelerine uygun olarak yapılması (*in accordance with host State law/in accordance with the laws and regulations vb.*) şartı konulmaktadır.²⁷⁴ Böylece, yabancı yatırımcının ev sahibi devlete karşı hak talebinde bulunmak için sağlaması gereken andlaşma kapsamında nitelendirilebilecek bir yatırıma sahip olma ve kaynak devletin vatandaşı olma koşullarına, yatırımın hukuka

²⁷⁰ Yannaca-Small, K. (2010). Definition of “Investment”: An Open-ended Search for a Balanced Approach. Yannaca-Small, K. (Ed.). *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, Oxford: Oxford University Press, 243-270, 244.

²⁷¹ Örn. bkz. Fedax, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 18.

²⁷² UNCTAD, 2007, 6. Örn. bkz. Hindistan-Tayland 2000 Tarihli BIT (*India and Thailand BIT*, 2000), m. 2.

²⁷³ UNCTAD. (2019). *Review of ISDS Decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues*, IIA Issues Note, No. 4, 7.

²⁷⁴ Örn. bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kamboçya Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 21/10/2018, (<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1596.pdf> Erişim Tarihi: 07.03.2021), m. 2/1: *Mevzuatına ve düzenlemelerine uygun olmak koşuluyla, herbir Akit Taraf, kendi ülkesinde diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarını mümkün olduğu ölçüde teşvik eder.* Ayrıca bkz. ASEAN Kapsamlı Yatırım Andlaşması (Asean Comprehensive Investment Agreement, 2009), m. 4/1(a).

uygunluğu şartı da eklenecektir. İlgili kayıt, hukukun genel ilkesine bağılı olarak zımni olarak okunabilecek bir yükümlölük olarak da düşünöllebilir.²⁷⁵

Aslında her BIT’te yatırım kavramı tanımlanır.²⁷⁶ Ama, yatırım andlaşmalarının başlıca unsurlarından olması ve her birinde tanımlanıyor olmasıyla birlikte kavramın yeknesak ve değışmez bir tanımı yoktur. Kavramın, çeşitlilik arz etmesi ile geniş, ucu açık ve belirsiz ifadelerle tanımlanması noktasındaki olgular sıklıkla eleştirilmektedir. Benzer şekilde yatırım kavramının tahdidi olmayan örnekleyci bir usulle tanımlanması da konuyu karmaşık hale sokmaktadır.²⁷⁷ Dolayısıyla başlı başına andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin sorunlara ayrıca bu zorluklar da eklenmekte ve yatırım hukukundaki temel eleştiri noktalarından birini yatırım kavramının tanımlanması meselesi oluşturmaktadır.

Uluslararası yatırım hukuku her zaman yabancıların ve yabancılara hangi muamelelerin uygulanacağıının belirlenmesi ile ilgili olmuştur.²⁷⁸ Yatırım kavramından başka yatırımcı kavramının tanımlanması da BIT’lerdeki hak ve yükümlölüklerin kapsamının belirlenmesi ve yatırım andlaşması temelli kurulan tahkimlerin yetkisinin tespitinde anahtar rol oynar. Andlaşmada düzenlenen maddi ve usuli hakların yararlanıcısı olması itibari ile yatırımcının kim olduğuna ilişkin yapılan tanımlar, BIT’lerin başlıca tanımlarındandır. Bir yatırım, yatırımcı tarafından yapılmış olsa bile yatırım andlaşmasının koruma kapsamına girmeyebilir. Zira yatırımcının sahip olacağı hak onun uyrukluğuna bağılıdır. Uyrukluğa dair kurallar ise yatırımcının gerçek ya da tüzel kişı olmasına göre değışir.²⁷⁹ Bir kısım BIT’lerde yalnızca bir grubun yararlanıcı olduğuna rastlanabilmektedir. BIT’lerde yatırımcı (*investor*) veya vatandaş (*national*) kelimeleri kullanılmakta, ikincisi daha çok gerçek kişileri tüzel kişilerden ayırmak için tercih edilmektedir.²⁸⁰ Taraf devletler, vatandaşlı belirlemek bağlamında ne uluslararası andlaşmalarla ne de iç hukuklarıyla

²⁷⁵ Moloo, R., Khachaturian, A. (2011). “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, *Fordham International Law Journal*, 34(6), 1473-1501, 1474, 1475.

²⁷⁶ Vandevelde, K. J. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, 243, 244.

²⁷⁷ Örn. bkz. Salacuse, a.g.m., 1990, 664.

²⁷⁸ Weiler, a.g.e., 2013, 1.

²⁷⁹ Schlemmer, E. (2008). Investment, Investor, Nationality and Shareholders. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 49-88, 51.

²⁸⁰ Dolzer, R., Stevens, M. (1995). *Bilateral Investments Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 31. Örn. bkz. İngiltere-Türkiye Cumhuriyeti 1991 tarihli BIT (*Agreement Between The Government Of The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland And The Government Of The Republic Of Turkey For The Promotion And Protection Of Investments*), m. 1(c, d).

bağlıdır. Konu hakkında tamamen bağımsız bir tanım yapabilirler. Ama devletler, çoğunlukla iç hukuka atıfla tanım yaparlar. BIT’lerde usul olarak iki taraf devlet için de geçerli olacak tek bir tanım belirlenebildiği gibi²⁸¹ taraflardan her biri için ayrı ayrı tanımların tercih edildiğine²⁸² de rastlanmaktadır.²⁸³

Küreselleşme ile birlikte, sayıları giderek artan ve milyonları bulan bireyler, şirketler ve organizasyonlar genel manada “yabancı yatırımcı” olarak yurtdışında yatırım yapmaktadırlar. Uluslararası yatırımcıların pek çok türü vardır. Sahiplerinin niteliğine göre özel, devlet, karma ve uluslararası örgütler olarak sınıflandırılabilirler. Özel yatırımcılar, gerçek veya tüzel kişiler olsun, hükümetin bir parçası veya devletle bir aracılığı olmayan kişilerdir. Bunların en önemlisi ise şirketlerdir.²⁸⁴ Yatırımcıların çoğu özel sektörlerden gelir. Ama çoğu yatırımcı, kaynak devlet hükümeti tarafından kurulan, sahip olunan veya kontrol edilen şirketlerdir.²⁸⁵

Yatırımcı kavramını tanımlarken gerçek ve tüzel kişileri ayrı ayrı incelemek gerekir. Gerçek kişi yatırımcının uyrukluğ, uyruklu iddiasında bulunduğu ulusal hukuk tarafından belirlenir. Bazı andlaşmalarda oturma şartı gibi çeşitli şartlar da eklenebilmektedir.²⁸⁶ Konuya ICSID bağlamında baktığımızda; Merkez’in yetkisini belirlemek konu bakımından yetkinin belirlenmesinin yanı sıra kişi bakımından yargı yetkisinin de doğru olarak belirlenmesinden geçer. Kararlara da yansıdığı gibi Merkez’in yetkisi, ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesine göre bir taraf devlet ile diğer taraf devletin vatandaşı olan kişiler arasındaki uyuşmazlıkları kapsar.²⁸⁷ ICSID, gerçek veya tüzel kişinin uyrukluğ hakkında bir tanım vermemiştir. Kural olarak bireyin uyrukluğ ilgili devletin iç hukuku ile belirlenir. Aynı anda ev sahibi devletin vatandaşlığını da taşıyan kişi, ICSID’e başvuramaz. Bunun birtakım istisnaları

²⁸¹ Örn. bkz. ABD-Kongo 1990 tarihli BIT, (*Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The People's Republic Of The Congo Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment*), m. 1(c).

²⁸² Örn. bkz. Avustralya-Arjantin 1995 tarihli BIT (*Agreement between the Government of Australia and the Government of the Argentine Republic on the Promotion and Protection of Investments, and Protocol*), m. 1 (c, d), İngiltere-Türkiye Cumhuriyeti 1991 tarihli BIT, m. 1(c, d).

²⁸³ Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 31.

²⁸⁴ Salacuse, J. W. (2013). *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford: Oxford University Press, 7.

²⁸⁵ Herdegen, *a.g.e.*, 2013, 355.

²⁸⁶ OECD. (2008). *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 10.

²⁸⁷ Örn. Bkz. Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award (15 March 2002), para. 29.

vardır. Tüzel kişilerin uyrukluğu ise sıklıkla devletlerin yaptığı andlaşma ile belirlenir.²⁸⁸

Andlaşmaların uygulanmasının kapsamı diğer bir cihetten de hiç şüphesiz zaman unsuru ile ilgilidir. Zaman hususunda devletlerin farklı yaklaşımlar benimsedikleri görölmektedir. Bazı andlaşmalarda, yürürlük tarihinden önce mevcut olan yatırımlara da andlaşmanın uygulanması tercih edilmektedir. Böylece hem geçmişte yapılmış olan hem de gelecekte yapılacak yatırımlar, andlaşmanın koruma kapsamına dahil olmuş olur. Örneğin, Türkiye-Kamboçya Krallığı arasındaki 2018 tarihli BIT bu yönde hüküm tesis etmiştir.²⁸⁹ Ancak bu hallerde, geçmişte yapılmış ve uygulama kapsamında bulunan yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların andlaşma hükümlerine tabi olup olmayacağı sorunu ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu muhtemel soruna karşı bazı andlaşmalar hüküm ihtiva etmektedir. Bahsedilen BIT, aynı hükümde ilgili konuya da açıklık getirerek andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önceki uyuşmazlıkları uygulama kapsamına almamıştır.²⁹⁰ ABD-Ruanda 2008 tarihli BIT ise daha kesin bir şekilde, andlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen veya sona eren herhangi bir fiil veya olgu ile alakalı olarak tarafların bağı olmadığını düzenlemiştir.²⁹¹

Yatırım andlaşmaları, yabancı yatırımcılara bir dizi belli başlı maddi ve usuli haklar teklif eder. Böylece yatırımcıları ve yatırımlarını uygun olmayan risklere maruz bırakmayacaklarını teminat verirler.²⁹² Genellikle maddi haklar: Kamulaştırma halinde uygun tazminat, keyfi ve makul ayrımcı muamelede bulunmama, ulusal muamele, adil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik, uluslararası asgari muamele taahhütlerini içerir. Maddi standartların andlaşmalarda düzenlenişi açıklıktan yoksundur. O yüzden ev sahibi devletler için düzenleme hakları noktasında, yabancı yatırımcılar için ise faaliyetlerini planlamak

²⁸⁸ Örn. bkz. Aust, *a.g.e.*, 2010, 351.

²⁸⁹ Türkiye-Kamboçya Krallığı 2018 tarihli BIT (*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kamboçya Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma*), m. 11: *İşbu Anlaşma, bir Akit Tarafın ülkesinde, bu Akit Tarafın ulusal kanunları ve düzenlemelerine uygun olarak diğer Akit Taraf yatırımcıları tarafından işbu Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra yapılmış yatırımlara uygulanacaktır. Bununla birlikte; işbu Anlaşma, yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanmaz.* Ayrıca bkz. ABD-Senegal 1983 Tarihli BIT (*Treaty Between The United States Of America And The Republic Of Senegal Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment Treaty*, 06/12/1983), M. XIII/2.

²⁹⁰ Türkiye-Kamboçya Krallığı 2018 tarihli BIT, m. 11.

²⁹¹ ABD-Ruanda 2008 tarihli BIT, m. 2/3.

²⁹² Franck, *a.g.m.*, 2007, 342, 343.

ve yürütme açısından belirsizliklere sebep olmakta; normatif belirsizlikleri gidermekse tahkim mercilerine kalmaktadır. Aynı zamanda, standartların kaleme alınmasında bazı ince farklılıklar da bulunmaktadır. İlgili durum, tahkim kararlarının hukuki konular hakkında neden farklı çözümler ürettiğini bir dereceye kadar açıklamaktadır.²⁹³

Yatırım andlaşmalarında standartların düzenlenmesindeki farklılıklar, bazen aynı maddede veya aynı fıkra da birleştirilerek ya da ayrı ayrı maddelerde hükme bağlanmaları ile teamül hukuku, uluslararası asgari muamele, uluslararası hukuka uygun olma gibi birtakım kayıtlarla beraber düzenlenebilmeleri ya da kaleme alınışlarındaki birtakım farklılıklardır. Bazı andlaşmalarda ise standartların bir kısmına hiç yer verilmemektedir. Ancak hiç düzenlenmeyen standartlar açısından da sorun bitmiş değildir. Çünkü bunların da eğer teamüli karakterinden bahsedilebiliyorsa yine andlaşmanın uygulanma kapsamına dahil olabilecek ve yoruma etki edebilecektir. Usuli hükümlere geldiğimizde ise andlaşmadan andlaşmaya kapsamalarının çeşitlilik arz ettiği görülür. Bazen yetki sağlanan maddi koruma standartları ile uyumlu düzenlenir, bazen ötesine geçer, bazen de tüm koruma standartlarını kapsamına almaz. Bazı hallerde de yargı yetkisinin temelini oluşturan mahkemece uygulanacak maddi hukuk, andlaşmanın tamamen dışında bulunabilir.²⁹⁴

Yatırım andlaşmalarında yer alan koruma standartlarının özellikle de geniş yorumlanması sebebiyle devletin düzenleme özgürlüğü üzerindeki etkileri²⁹⁵; yatırım tahkimine getirilen eleştirilerin en önemli nedenlerindendir. Fakat artık tahkim mercileri, devletin kamu düzeni işlevlerine karşı daha hassas olmaya başlamıştır.²⁹⁶ Çünkü, ülkelerine yabancı sermayeyi kabul edip etmeyecekleri ve hangi şartlarda kabul edecekleri konularında devletler münhasır yetkiye sahiptir.²⁹⁷ Yatırım andlaşmaları akdetmeleri ise kendi iradeleriyle bu yetkilerini sınırlamaları anlamına gelir. Tahkim mercilerince bu iradeyi aşacak şekilde ilgili andlaşmaların

²⁹³ Radi, *a.g.e.*, 2020, 69.

²⁹⁴ Schreuer, *a.g.m.*, 2014, 2.

²⁹⁵ Daza-Clark, A. M. (2017). *International Investment Law and Water Resources Management : An Appraisal of Indirect Expropriation*. Leiden: Brill | Nijhoff, 88.

²⁹⁶ Schreuer, *a.g.e.*, 2015, 1906.

²⁹⁷ Ataman-Figanmeşe, *a.g.m.*, 2011, 126.

yorumlanması, yorum faaliyetinin niteliğiyle bağdaşmadığı gibi, devletin iradesini ikame etmek olacaktır.

2.2.4. Uluslararası Teamül Hukuku Kuralları

Yatırım andlaşmalarında özellikle koruma standartlarıyla alakalı olarak sıkça teamül hukukuna atıf yapılmaktadır. Ancak, yine de yatırım hukukunda kaynağın uygulanması bağlamında yeri ve ağırlığının ne olduğu hususunda farklı görüşler vardır. Örneğin, Reinisch’a göre yatırım andlaşmalarının pek çok hükmü teamül hukuku kavramları ile ilgili olup andlaşmaların uygulanması ve yorumunda açıkça dikkate alınmaktadır.²⁹⁸ Mortenson ise yabancılara muameleye ilişkin kurallar bağlamında tarihsel olarak bakıldığında uluslararası modern yatırım hukukunun esas/maddi unsurlarının, şu anda hakim rejim olan uluslararası andlaşmalardan önce gevşek bir uluslararası teamül hukuku açısından doğduğunu söylemektedir.²⁹⁹

Teamül hukukunun önemi tarihselliğin ötesinde her zaman mevcuttur. Zira; gelişmiş devletler arasında yatırım andlaşmaları azdır. Yine bazı devletlerin yalnızca sınırlı sayıda BIT’e taraf olmaları itibari ile de teamül hukukunun kaynaklığı önemlidir. İhtilafa temel teşkil edenler, teamül hukuku kuralları yerine diğer kaynaklar olsa bile uluslararası hukuk kaynakları arasında yoğun bir etkileşim söz konusudur.³⁰⁰ Ayrıca, yatırım hukuku kurallarının çoğunluğu andlaşmalarda yer alsa dahi uyuşmazlıkların esasına uygulanabilir hukuk kuralları olmaları ve özellikle boşlukların doldurulması bağlamında da teamül hukuku kurallarının değeri yadsınamaz.³⁰¹ Örneğin, *Enron* kararında mahkeme “zaruret hali” ilkesi ile ilgili olarak konuyu tartışmıştır. Kararda; andlaşmaların özel olarak bir konuyu ele aldığı, bu sebeple daha genel teamül hukuku kuralından önce geleceği ifade edilmiştir. Yöntem olarak bu kapsamda, öncelikle andlaşmaya başvurmuş, sorumluluğa ilişkin teamül hukukuna tamamlayıcı olarak bakacağını belirtmiştir. Ancak andlaşmada ilgili unsurların ele alınmaması sebebi ile andlaşmanın teamül hukuku ile ayrılmaz bir hale geldiğini ifade etmiştir.³⁰² *Amoco* kararında İran-ABD hakemlik mahkemesi,

²⁹⁸ Reinisch, *a.g.e.*, 2015, 374.

²⁹⁹ Bkz. Mortenson, *a.g.e.*, 2018, 653.

³⁰⁰ Gazzini, T. (2007). “The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment”, *Journal of World Investment & Trade*, 8(5), 691-716, 691.

³⁰¹ Hirsch, *a.g.e.*, 2012, 15, 16; Gazzini, *a.g.m.*, 2007, 691. Ayrıca bkz. Fouret, *a.g.e.*, 2018, 834.

³⁰² Bkz. *Enron and Ponderosa v Argentina*, Award, ICSID Case No ARB/01/3(22 May 2007), para. 334. Ayrıca bkz. *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic*

teamül hukukuna karşı BIT'i *lex specialis* olarak nitelemiş ve teamül hukuku kuralını kaldırdığını ifade etmiştir. Ayrıca teamül hukuku kurallarının, tanımlanmamış terimlerin anlamını açıklığa kavuşturmak için boşlukları doldurmada veya daha sıklıkla hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında yardımcı olmak üzere fayda sağlayabileceği belirtilmiştir.³⁰³

Yabancı yatırımlara yönelik teamül kurallarının ortaya çıkması ve gelişimine dair süreçler herhangi bir alandaki uluslararası teamül hukuku kuralları ile aynıdır. Bu görüş hem UAD kararlarında istikrarlı bir şekilde benimsenmekte hem de literatürün çoğunluğunda kabul edilmektedir.³⁰⁴ Dolayısıyla ilgili kurallara ilişkin, bilhassa maddi ve manevi unsurların ispatı dahil olmak üzere zorluklar ve tartışmaların yatırım hukukunda da benzer olması kaçınılmazdır. Hatta bunun ötesinde bir durum da söz konusudur. Doktrinin büyük çoğunluğu, yatırım hukukunda *opinio juris* ve devlet uygulamalarının ikisinin de kanıtlanması mecburiyetini ve aynı zamanda *opinio juris*in gerekliliğinin devlet uygulamaları ile karşılanmasının problemliliğini kabul ederler.³⁰⁵ Çünkü yatırım tahkimi, uygulamaları genellikle oluşturulduğu devletlerarası ilişkilerden uzağa ittiği için uluslararası hukukun diğer alanlarına göre bu alandaki devlet uygulamalarını tespit etmek daha zordur.³⁰⁶ Mesela *Glamis Gold* tahkimine göre, tahkim kararları devlet uygulamaları oluşturmazlar. Böylece, teamül hukukunu kanıtlamaz ve meydana getirmezler.³⁰⁷ Yine *Amoco* kararında hakemlik mahkemesi, uzlaşma andlaşmasına yansıyan devlet uygulamasının, devletlerin hukuka uygun olduğu kanısı ile uygulamada bulunduğu hakkında belli özellikler kanıtlanmadıkça teamül hukuku kuralının doğumu olarak nitelenemeyeceğini; bu tür andlaşmaların hükümlerinin, hukuki değil daha çok başka saiklerin öne geçtiği tartışmaların neticesinde ortaya çıktığını belirtmiştir.³⁰⁸

Bu gerçeklerin etkisiyle olsa gerektir ki, UAD'nin *Barcelona Traction* davasına ilişkin 1970 yılında verdiği kararda, son 50 yılı değerlendirdiğinde

Republic of Iran, Case No. 56, Partial Award, Award No. 310-56-3, (14 July 1987) (<https://jusmundi.com/en/> Erişim tarihi: 06. 02.2020), 222.

³⁰³ Amoco International Finance, Partial Award, para. 112.

³⁰⁴ Gazzini, a.g.m, 2007, 691-692.

³⁰⁵ Dumberry, P. (2016). *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 325.

³⁰⁶ Paparinskis, a.g.e., 2018, 50.

³⁰⁷ Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, award (8 June 2009), para. 605.

³⁰⁸ Amoco International Finance, partial award, para. 252. Ayrıca bkz. Mondev, award, para. 111.

uluslararası yatırım hukuku alanında belirginleşmiş genel kabul gören bir uluslararası hukuk kuralı olmadığını ifade etmiştir.³⁰⁹ Bu tarihten itibaren evrensel olarak kabul edilmiş ve tutarlı bir şekilde uygulanan hiçbir kuralın olmadığına yönelik görüşler mevcuttur.³¹⁰ Yatırım hukuku özelinde yalnızca birkaç teamül hukuku kuralının tespit edilebildiği ifade edilmektedir.³¹¹ Ama en başta belirttiğimiz gibi konu hakkında uzlaşa yoktur. Bir görüşe göre, yazarların ezici çoğunluğu bazı ilkelerin yatırım hukukunda teamül hukuku oluşturduğunun kabul edilmesi gerektiğine inanmaktadır.³¹²

Son olarak, yabancı yatırımlar hakkındaki teamül hukuku kuralları diğer alanlarda olduğu gibi zamanla değişebilme potansiyeline sahip olmaları itibari ile dinamiktirler. Nitekim ulusal ve uluslararası yargıda aynı görüş hakimdir.³¹³ ADF tahkiminde mahkeme; teamül hukuku kurallarının ve asgari muamele ilkesinin gelişmekte olduğunu belirtmiştir.³¹⁴ Çalışma konumuz bağlamında teamül hukukunun yeri özellikle önemlidir. Çünkü VAHS, sözleşmeye taraf olmayan devletler açısından ve ICSID Sözleşmesinden sonra yürürlüğe girdiği için, VAHS m. 4'te düzenlenen geriye yürümezlik ilkesi sebebiyle her zaman doğrudan uygulanabilir değildir.³¹⁵ Bununla birlikte yorum kuralları, VAHS öncesinde hali hazırda teamüli nitelikte kurallar olduğu ve yine bu sebeple taraf olmayan devletleri de bağladığı³¹⁶ için uygulanabilmektedir.

Yatırım mahkemeleri dahil uluslararası mahkemeler sıklıkla, ihtilaflı andlaşma hükümlerini yorumlarken teamül hukuku kuralları ışığında yorum yapmaktadırlar.³¹⁷ Mesela *Phoenix* tahkiminde mahkeme; BIT'lerin, yatırım hukukunun ve ICSID Sözleşmesi'nin yargısal gerekliliklerinin uluslararası kamu hukuku ve genel

³⁰⁹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Judgment, 46, 47, para. 89.

³¹⁰ Örn. bkz. Kishoiyian, B. (1993-1994). "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 14(2), 327-375, 373.

³¹¹ Bkz. Grisel, *a.g.e.*, 2014, 221. Uluslararası yatırım andlaşmaları hakkında teamül hukuku kurallarına örnek olarak, bedel üzerinde bir uzlaşma olmamakla birlikte kamulaştırma halinde tazminat ödenmesi verilebilir. Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 101, 102.

³¹² Bkz. Dumberry, *a.g.e.*, 2016, 92.

³¹³ Gazzini, *a.g.m.*, 2007, 694.

³¹⁴ ADF Group Inc. v. United States, ICSID ARB (AF)/00/1, Award (9 January 2003), para. 179.

³¹⁵ Markert, L. (2011). Comments by Lars Markert, *International Investment Law and Treaty Interpretation - Problems, Particularities and Possible Trends*. Hofmann, R., Tams; C. J. (eds.). *International Investment Law and International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, 53 – 70, 53.

³¹⁶ Bkz. Gardiner, R. K. (2003). *International Law*, Longman, 79.

³¹⁷ Hirsch, *a.g.e.*, 2012, 17.

ilkelerinden ayrı olarak okunamayacağı ve yorumlanamayacağını belirtmiştir.³¹⁸ Teamül kurallarının tahkim yerlerince yorumlamada kullanılması; res judicata, estoppel, ve adaletten imtina (*denial of justice*) gibi çoğunlukla usuli haklarla ilgilidir. Esasa ilişkin kurallar ve ilkeler daha çok andlaşmalarda yer aldığı müddetçe sözleşmesel düzeyde ele alınmaktadır. Mahkemeler sıklıkla, sözleşmede düzenlenmiş esasa ilişkin hakların varlığı halinde teamül hukuku kurallarına başvurulmayacağını, genellikle yatırımcının uyrukluğ u ile ilgili davalarda gündeme geldiği üzere ifade etmektedir.³¹⁹

Sonuç olarak, yatırım andlaşması temelli uyuşmazlıklarda teamül hukuku kuralları ikincil veya usuli rol oynamaktadır. Ancak, uyuşmazlığın iç hukuk veya yatırım akdi temelli olduğu veya yatırım andlaşmasının tamamlanmamış olduğu durumlarda teamül hukuku daha önemlidir. İkinci durumda kuralların belirlenmesi; yatırımcıların uluslararası hukukta teminat altına alınan haklarının korunması ve ev sahibi devletin teamülden kaynaklanan egemen haklarının/yetkilerinin (*sovereign prerogative*) garanti altına alınması için daha fazla önem taşımaktadır.³²⁰

2.2.5. Hukukun Genel İlkeleri

Uluslararası hukukun genel kuralları, sıklıkla geniş katılımlı çok taraflı andlaşmalar, teamül hukuku ve hukukun genel ilkelerinden kaynaklanır. Ancak çoğunlukla sonuncusu ihmal edilir.³²¹ UAD Statüsünün 38. maddesinin hazırlık çalışmalarında, hukukun genel ilkelerinin kaynaklara dahil edilmesinin sebebinin belirsiz (*non liquet*) hususları gidermek ve yargısal takdir yetkisinin sınırlarını daraltmak olduğu ifade edilmiştir. Hukukun genel ilkelerinin fonksiyonu konusunda; boşlukların³²² doldurulması, yorum aracı olarak işlev görmesi, hak ve yükümlülüklerin kaynağı olarak hizmet etmesi sayılmıştır.³²³

³¹⁸ Phoenix, award, para. 75, 78.

³¹⁹ Fouret, *a.g.e.*, 2018, 834, 835. Örn. bkz. ADC Affiliate Limited - and - ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, Award, ICSID Case No. ARB/03/16 (2 October 2006), para. 357.

³²⁰ Fouret, *a.g.e.*, 2018, 835.

³²¹ Tams, *a.g.e.*, 2012, 324.

³²² Uluslararası hukukta boşluk tartışması için bkz. Casanovas, O. (2001). *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 92-97.

³²³ International Law Commission. (2019). *Seventy-first session. UN Document A/74/10, Chapter IX: General principles of law*, 333, 334.

Uluslararası mahkeme kararlarının hukukun genel ilkelerine atıf yaptığı pek çok örnek vermek mümkündür.³²⁴ Yatırım tahkiminde ise diğer mahkemelere kıyasla, hukukun genel ilkelerine daha seyrek başvurulmaktadır.³²⁵ Örnek vermek gerekirse, *Amco* kararında hukuka aykırı kamulaştırmanın varlığını tespit eden mahkeme, andlaşma terimleri yerine hukukun genel ilkelerine başvurmuştur.³²⁶ Yatırım hukukunda hukukun genel ilkelerinin asıl kaynaklığı, yatırım andlaşmalarının yorumlanması bağlamında ön plana çıkmaktadır.³²⁷ Örneğin, *Phoenix* kararında uluslararası korumanın amacının hukuki ve iyi niyetli yatırımları korumak olduğu, yatırımların ev sahibi devletin hukukuna uygun ve iyi niyetle kurulması gerektiği ifade edilmiştir.³²⁸ Bazı kararlarda ICSID'in yetkisini belirlemek için iyi niyetle yoruma esas bir ilke olarak başvurulduğu görülmektedir.³²⁹

2.2.6. Yardımcı Kaynaklar

Uluslararası hukukta asli kaynakların belirlenmesinde yardımcı kaynaklar: İçtihat ve doktrindir. Yardımcı kaynakların yatırım hukukunda kullanılmasının çarpıcı boyutu hakkında fikir vermesi bakımından bir istatistiğe yer vererek konuya başlarsak; eski tarihli (2008) bir çalışma olmasına rağmen Fauchald, ICSID kararlarının sırasıyla % 94 ve % 74'ünün içtihatlarla ve doktrine dayandığını tespit etmiştir.³³⁰

³²⁴ Örneğin, İran-ABD hakemlik mahkemesi, *Sea Land Service* kararında hukukun genel ilkesi olan sebepsiz zenginleşmeye dayanarak tazminata hükmetmiştir. UAD, *Gabcikovo-Nagymaros* kararında, kararının gerekçelerinden birini “*hukuksuzluk hukuk kuralı oluşturmaz*” ilkesine dayandırmıştır. *Nükleer Denemeler* kararında hukuki yükümlülüklerin kaynağı ne olursa olsun; oluşturulmasını ve yerine getirilmesini sağlayan en temel ilkelere birisinin “*iyi niyet ilkesi*” olduğunu vurgulamıştır. “*Devletlerin egemen eşitliği ilkesi*” de diğer bir hukukun genel ilkesidir. Örnekler için bkz. Aksar, Y. (2017). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1-*. Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, 80, 81.

³²⁵ Schill, S. (3 January 2014). *Comparative Public Law Methodology in International Investment Law*, (<https://www.ejiltalk.org/>. Erişim Tarihi 4.11.2020).

³²⁶ *Amco*, award, para. 267.

³²⁷ Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 234; Bassiouni, M. C. (1990). “A Functional Approach to “General Principles of International Law””, *Michigan Journal of International Law*, 11, 768-818, 776.

³²⁸ Bkz. *Phoenix*, award, para. 100.

³²⁹ Bkz. *Inceysa Vallisoletana, S. L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), para. 180.

³³⁰ Roberts, A. (April 2010). “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”. *The American Journal of International Law*, 104(2), 179-225, 179; Fauchald, O. K. (2008). “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, 19(2), 301-364, 301, 328–33, 335, 351.

2.2.6.1. Uluslararası yatırım tahkimi kararları

Sıklıkla gözlemlendiği üzere UAD; kararlarına tanınan otorite sebebi ile diğer uluslararası mahkemelerin arasında özel bir yere sahiptir. Buna rağmen Divan dahi diğer uluslararası mahkemelerin kararlarına dikkate değer önem atfederek kendi kararlarını desteklemek için atıflar yapmaktadır.³³¹ İlgili durum, yatırım tahkiminde uluslararası hukukun diğer alanlarıyla kıyas edilemeyecek kadar çok vuku bulmaktadır.

İçtihatlar hala ve çoğu zaman; hakem mahkemesinin akıl yürütmesine temel olabilecek bir unsur olmak itibari ile andlaşmaların nasıl yorumlanabileceği hakkında örnek olabilecek en güvenilir kaynak olarak görülmektedir. Özellikle mahkemelerin çoğu, büyük oranda içtihatlara dayanmakta ve değerini kabul etmektedir.³³² Yatırım tahkiminde diğer uluslararası mahkeme kararlarına atıflar da yapılmaktadır. Örneğin, *Chorzow Factory* kararına kamulaştırmaya ilişkin kararlarda sıkça atıf yapılmaktadır.³³³ Ancak içtihatlar bağlamında, yatırım tahkimi kararlarında eski tahkim kararlarına atıf çok büyük oranlardadır. Yargı kararlarının önemi bütün uluslararası hukuk alanlarında ikrar edilmekle birlikte, yatırım hukukundaki durum “önem verme” seviyesini aşarak “hukuk yaratma” anlamına gelecek şekilde çok farklı boyutlara ulaşmıştır. Bunda yatırım andlaşmalarının özelliklerinin kaçınılmaz etkisi olduğu gibi tahkim mahkemelerinin yorum yoluyla yetkilerini aşmaları, uluslararası hukuktaki yorum kurallarını hatalı ve eksik uygulamalarının payı da çok büyüktür.

Sıkça atıf yapılan tahkim kararlarına, yatırım tahkiminde nasıl bir değer atfedildiği konusuna gelirsek; bazı kararlarda içtihatlarla, UAD Statüsü m. 38(1) bağlamında uluslararası hukuk kurallarının belirlenmesinde tamamlayıcı araç olarak başvurulduğuna açıkça temas edilmiştir.³³⁴ Örneğin, *LETCO ve Feldman* kararlarında içtihatlarla yardımcı ve yol gösterici olarak değer verilmiştir.³³⁵ Normatif

³³¹ Palchetti, P. (2018). *The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition?*, Gaetano Morelli Lectures Series, 2, 107-121, 108.

³³² Bkz. Fouret, *a.g.e.*, 2018, 831.

³³³ Örn. bkz. Noble Ventures, award, para. 55; Amco, award, para. 267.

³³⁴ Bkz. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010), para. 189.

³³⁵ Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Government of the Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award (31 March 1986), para. 16.11; Feldman v United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, Award on the Merits (16 December 2002), para. 107.

olarak bunun aksinin iddia edilmesi de esasen mümkün değildir. Ayrıca uluslararası hukukta, emsal karar bağlamında hukuken önceki kararlarla bağlı olmama noktasında, aykırı bir görüş yoktur. Yatırım tahkimi açısından da aynısı geçerlidir. Çünkü emsal karar uygulanmasının olduğu bir sistem, alt mahkemelerin kararlarına riayet edeceği ve uygun gördüğünde onların kararlarını değiştireceği üst bir mahkemenin varlığını gerektirir.³³⁶

Fakat, uygulamada çok başka yaklaşımlar söz konusudur. Tahkim kararları, yadsınamaz bir ağırlıkta önceki tahkim kararlarına atıf yapmaktadır. Kararların çoğunda diğer kararlara birebir atıflar görülmektedir. Hatta bazı kararlarda, önceki kararların nazara alınması bir zorunluluk ve görev olarak görülmektedir. Örneğin *Burlington* kararında mahkeme; *Saipem* ve *AES Corporation* kararlarına atıfla³³⁷ önceki kararlarla bağlı olunmadığını, ancak uluslararası mahkemelerin eski kararlarının göz önünde tutulmasının zorunlu olduğu fikrinde olduğuna ve çoğunluğun görüşüne göre uyumlu bir dizi dava sonucunda edinilen çözümleri benimsemenin görev olduğuna dikkat çekmiştir.³³⁸ Konu, sağlayacağı katkılar bağlamından da değerlendirilmiştir. *Burlington* ile *Saipem* kararlarında, ilgili andlaşmanın incelikleri ve davanın şartları göz önünde bulundurulmak sureti ile önceki kararları araştırma görevinin; yatırım hukukunun uyumlu şekilde gelişimi ve böylece devletlerin ve yatırımcıların meşru beklentileriyle hukuki belirliliğe katkı sağlayacağına işaret edilmiştir.³³⁹

Bahsi geçen durumun hilafına kararlar da mevcuttur. Örneğin *SGS* kararı, emsal karar ile tek bir kararın bağlayıcı etkisinin kural olduğu kastediliyorsa; uluslararası hukukta emsal karar doktrininin ve uluslararası mahkemeler hiyerarşisinin olmadığını ve olsa bile daha sonraki tüm mahkemelerin meselelerini çözmek için zamanındaki ilk mahkemeye izin vermek için iyi bir gerekçe bulunmadığını vurgulamıştır. Aslında, ICSID kararlarının yayınlanacağına dair hiçbir

³³⁶ Paulsson, J. (2018). *The Role of Precedent in Investment Arbitration*. Yannaca-Small, K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 81-100, 81.

³³⁷ Bkz. *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, (21 March 2007), para. 67; *AES Corporation*, Decision on Jurisdiction, para. 30-32.

³³⁸ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decision on Jurisdiction, (2 June 2010), para. 100.

³³⁹ *Saipem*, Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures, para. 67; *AES Corporation*, Decision on Jurisdiction , para. 30-32; *Burlington*, Decision on Jurisdiction, para. 100.

garanti olmadığını da belirtmiştir.³⁴⁰ *Amco* kararında ise UAD ve diğer ICSID kararlarının bağlayıcı olmadığı vurgulandığı halde, *Klöckner* kararında yapılan yorumun paylaşılmasında bir beis görülmemiştir.³⁴¹ Ancak mahkemeler, diğer mahkeme kararlarından yararlanırken, somut davanın özelliklerini göz önünde bulundurmaya dikkat etmelidir. Soyut olarak kararlara yapılan atıflar doğru bir yorum yöntemi değildir. *AES Corporation* kararında bu gerçeğe işaretle, örnek karar veya bazı ilgili olgularla alakalı kararlarda yapılan yorumların kökeninin esasen iki veya bir dizi farklı uyumsuzluğa dayandığından her davanın gerçek özelliklerinin dikkatlice akılda tutulması gerekliliğine dikkat çekilmiştir.³⁴²

Grisel'e göre yargı kararlarının taraflar dışında bağlayıcılığının olmamasına dair klasik anlayış aslında sistemin belli bir seviyede gelişme kaydetmesine kadardır. Davalara aynı çözümlerin sunulmasının tekrar edilmesi eğiliminin, bir noktadan sonra geniş manada içtihatları yargısal birikime doğru götürdüğü şeklinde anlaşılabilir. Yatırım hukukunda da benzer bir durum gözlenmektedir. Zira, tahkim mercileri ve uyumsuzluk tarafları artan bir şekilde diğer hakem kararlarına dayanmaktadır.³⁴³ Bjorklund'a göre, gayri resmi ve dağınık yatırım anlaşması rejimi tahkimi, resmi bir emsal sistemi geliştirmek için pek uygun değildir. Ancak O'na göre de kararların birikimi eninde sonunda, yargısal aktivitelerin istikrar ve birliğini garanti edecek istikrarlı/ısrarlı içtihatların gelişmesine yol açacaktır.³⁴⁴

Yatırım andlaşmaları alanındaki temel sorunlardan biri, yatırım anlaşmalarını yorumlama yetkisine ilişkin andlaşma tarafı devletler ve mahkemeler arasındaki güç dengesinin çarpık olmasıdır. Teoride, hukuk oluştururken taraf devletler üstündür; mahkemeler ise somut davalara hukuku uygularken üstündür. Pratikte ise hiçbir zaman tamamlanamayan bir ayrılık vardır. Andlaşma taraflarının yorumlama ve uygulamaları belirli durumlarda mahkemelerin kararlarını etkiler ve mahkeme kararlarının bazıları, hukukun yorumlanmasına ve dolaylı olarak yaratılmasına gayri resmi olarak katkıda bulunur. Yatırım andlaşmalarındaki anahtar sorun, andlaşmanın

³⁴⁰ Bkz. *SGS v. Philippines*, Decision on Jurisdiction, para. 97, dipnot 30. Ayrıca bkz. ICSID Konvansiyonu, m. 48(5).

³⁴¹ *Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Annulment (16 May 1986), para. 44.

³⁴² *AES Corporation*, Decision on Jurisdiction, para. 32.

³⁴³ Grisel, *a.g.e.*, 2014, 224.

³⁴⁴ Bjorklund, A. K. (2008). Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante. Picker, Isabella, C. B., Bunn, D., Arner, D. W. (Eds.). *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing, 265-280, 265.

tarafları ile andlaşmayı yorumlamakla görevli mahkemeler arasında dengeyi sağlayabilmektir. Teorik olarak taraf devletler andlaşmayı akdetmekte, mahkemeler ise somut davada uygulamakla görevlidir. Ancak uygulamada iki yetki arasında ayırım yapabilmek çok zordur. Hatta mümkün görünmemektedir.³⁴⁵

Yatırım tahkiminde çok sıklıkla önceki tahkim kararlarına yapılan atıflar nedeniyle kararların uyumlu olarak seyretmesi beklenebilirse de yatırım andlaşmalarının yorumlanması bağlamında, önemli ağırlıkta ve çok göze çarpan ihtilaflar vuku bulmaktadır. Yatırım hukukuyla artık özdeşleşmiş olan konu, yatırım tahkimi kararlarının ihtilaflı ve istikrarsız olduğu iddialarıdır. En ihtilaflı kararlar ise en çok gözetilen ulus kaydı (MFN) ve şemsiye kaydının yorumlanmasında ortaya çıkmaktadır. Bu hususta haklı olarak verilen en çarpıcı örnekler, niteliği gereği çok uç yorumlara yol açmaya müsait olmayan ilgili kayıtların yatırımcıya tahkim yoluna başvurma hakkı verip vermediği ile ilgilidir. Örneğin sıkça atıf yapılan *SGS v. Pakistan ile SGS v. Filipinler* kararları şemsiye kaydı hakkında birbirine tamamen zıt kararlar olmaları itibari ile en önemlilerindendir. Özellikle de fiili ve hukuki olarak son derece benzer olan durumlarda dahi mahkemelerin taban tabana zıt kararlar verdiği görülmektedir. Bunların arasında *CME³⁴⁶-Lauder³⁴⁷* kararları ile *CMS³⁴⁸-LG&E³⁴⁹* kararları meşhurdur. Adı geçen kararlar birbiri ile çatışan kararlara çare bulmaya ilişkin örneğin, Dünya Ticaret Örgütü'nde mevcut olan temyiz mercine benzer bir yapılanma oluşturulması gibi çözüm arayışlarını tekrar alevlendirmiştir. Ancak bu öneri şu ana kadar herhangi bir destek görmemiştir.³⁵⁰ Bazen aynı BIT'e istinaden ve çok yakın olgular hakkında verilmiş kararların dahi bu derece zıt olması, hukuki güvenlik ve istikrarla bağdaşmadığı gibi çok sınırlı sayıda hüküm barındıran ve genellikle benzer model andlaşmalar üzerine kurulu andlaşmalardan oluşan bir düzende son derece hayret verici bir durumdur. Ortaya çıkan bu ihtilafların öncelikli sebebi BIT'lerin yapısı olmakla birlikte; asıl neden, tahkim aşamasında yatırım andlaşmalarının yorumlanmasındaki sorunlardır.

³⁴⁵ Roberts, a.g.m., April 2010, 179, 188.

³⁴⁶ Bkz. *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award (13 september 2001).

³⁴⁷ Bkz. *Ronald S. Lauder v. Czech Republic* (Lauder), UNCITRAL Final Award (3 September 2001).

³⁴⁸ Bkz. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005).

³⁴⁹ Bkz. *LG&E Energy Corporation and Others v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006).

³⁵⁰ Knahr, C. (2010). *Investment and Commercial Arbitration : Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, 2.

Kararlardaki istikrarsızlıklara dair sebepler arasında öncelik-sonralık sıralaması yaparsak, ilki BIT'lerin yapısı ve özellikleridir. Yatırım andlaşmalarında yer alan kavramlarla yabancı yatırımcılara muamelelere ilişkin standartlar, ekseriyetle geniş kavramlar halinde yazıya dökülmekte veya sadece isim olarak zikredilmektedir. Tahkim mahkemeleri uyuşmazlıkları çözmek üzere yorum yaparken, tabiatıyla daha geniş bir hareket alanına sahip olmaktadır.³⁵¹ Yorum süreci ne kadar doğru yönetilirse yönetilsin bu tür yapıda andlaşmaları yorumlamak klasik konulu uluslararası andlaşmalara kıyasla her zaman zor olacaktır.

İkinci ama asıl sebep ise tahkim mercilerinin uyuşmazlığı çözerken yorum faaliyetini doğru icra edememeleridir. Konunun ayrıntısına daha sonra değinilecek olmakla birlikte kısaca giriş yapmak gerekirse, kararlar incelendiğinde birtakım hususlar hemen göze çarpmaktadır. En önemli meselelerden biri uluslararası hukukta hakim olan yorum kurallarına yeterli veya kapsamlı bir şekilde değinilmemesi, yorum unsurları ve kurallarının bütünüyle uygulanmaması ya da hatalı uygulanması ve yorum faaliyetinin nasıl yapıldığına ilişkin izahatın yapılmamasıdır. Yalnızca sınırlı sayıda kararda ilgili hassasiyetin gözetildiği görülmektedir. Genellikle VAHS'ın genel yorum kuralı olan 31. maddesinin 1. fıkrasının lafzı daha fazla olmak üzere, tekrarı ile yetinilmekte veya benzer şekilde kararların çoğunda 31. maddede yer alan yorum unsurlarının bazılarının seçilerek kısaca uygulandığı görülmektedir. Fakat, yorum unsurlarının sadece bazılarının tercih edilmesi ister istemez lafzi veya amaçsal yorum gibi yorum yöntemlerinin birisinin yalnız ya da baskın olarak kullanılmasına yol açacaktır. İhtilaflı yorumların başlıca sebeplerinden bir diğeri de dar ve geniş yorum gibi yorum kurallarının tercih edilmesi, daha çok yatırımcının korunması bağlamında tespit ettikleri konu ve amacı amaçsal yorum merkezli uygulamalarıdır. Daha az olmakla birlikte orta yol izleyen ve denge gözetken kararlara da rastlanmaktadır. Bununla birlikte yapılan istatistikler çerçevesinde yorum kurallarına başvurulmasının sıklaştığı ve artık daha sistematik hale gelmeye başladığı ifade edilmektedir.³⁵²

Yukarıda bahsedilen tüm bu nevi yorum sorunları o kadar fazlasıyla vuku bulmaktadır ki tek bir yorum unsurunun, hatta bir bağlacın veya noktalama işaretinin

³⁵¹ Ayrıca bkz. Grisel, *a.g.e.*, 2014, 218.

³⁵² Tahkim kararlarında VAHS 31-33. maddelerin kullanılmasının artışına ilişkin veriler hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Fauchald, *a.g.m.*, 2008, 314.

dahi tamamen zıt yoruma meydan verebileceği gerçeği karşısında, BIT'lerin temel özelliklerinin yol açtığı yorum zorluk ve sorunlarını gölgede bırakmaktadır. O yüzden asıl söylenmesi gereken; BIT'lerin yapısal özelliklerinin, mevcut yorum hata ve sorunlarını daha çok arttırdığı olacaktır. İlave olarak, tahkim usulünün yapısının da yorum sorunlarını arttırdığından bahsetmek gerekir. Bu bağlamda sıklıkla eleştirilen dikkate değer bir olgu, hakemlerin tarafsız olmayışı sorunudur. Buna göre; hakemlerin bir kısmı yatırımcıları devlet aleyhindeki iddialarında temsil ediyormuş gibi davranırken, bir kısmı da daha yoğunlukta olarak davalı devletin tarafını tutuyor izlenimini vermektedir.³⁵³ İlgili vakıa, elbette yargısal vazifenin gerekleri ile bağdaşmamaktadır. Ama bir yanıyla da andlaşmaların yorumlanması ile yakından alakalıdır. Çünkü böyle bir durum, ya yatırımcı lehine ya da ev sahibi devletin egemenliği lehine netice verecek şekilde yorum kurallarının haksız ve hatalı bir şekilde kullanılmasına yol açacaktır ki; o da genellikle ya amaçsal yorum yöntemi ya da lafzi yorum yönteminin birine ağırlık vermek veya dar-geniş yorum yöntemlerinden birini tercih etmek suretiyle sağlanır. İlgili yaklaşım hiç şüphesiz iyi niyetle yorum ilkesine de aykırı düşecektir.

Hakem kararları arasında uyumun olmamasının sebebini, bağlayıcı bir içtihat sisteminin olmamasına bağlayan görüşler de mevcuttur.³⁵⁴ İç hukukta hukuk birliğini ve istikrarlı kararların meydana gelmesini sağlayan emsal karar (*stare decisis*) kavramının yokluğuna NAFTA madde 1136/1'de yer verilmiştir. Düzenlemede, mahkeme tarafından verilecek kararın uyuşmazlık tarafları ve konusu dışında etki doğurmayacağını açıkça belirtilmesi³⁵⁵ zaten bilinen bir kuralın ayrıca açıklanması itibariyle dikkat celbeden bir düzenlemedir. Hatta aynı duruma ICSID Konvansiyonu'nun 53/1. maddesinde de rastlanır. Düzenlemede kararların tarafları bağlayacağı açıkça yer almaktadır.³⁵⁶

³⁵³ Bkz. Marboe, *a.g.e.*, 2018 Damages, 3.

³⁵⁴ Örn. bkz. Markert, *a.g.e.*, 2011, 53.

³⁵⁵ Schill, S. W. (2005). *The Multilateralization Of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 288, 289.

³⁵⁶ ICSID Konvansiyonu m. 53: (1) Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir.

(2) Bu bölümün amacı uyarınca «karar» 50, 51 ve 52 nci maddeler çerçevesinde verilmiş kararları yorumlayacak, düzeltecek ve geçersiz kılabilecek kararları da içerecektir.

“*Stare decisis*”, uluslararası andlaşmanın “*interpartes*” etkisinin özel bir dışavurumu olarak kabul edilebilir. İlgili ilke, MFN şartının uygulanmasına dayanılarak da öne sürülemez. Örneğin, ev sahibi devletin aynı tedbirinden dolayı iki ayrı devletin vatandaşı yatırımcılar etkilense ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne dayansalar da bu yatırımcılardan birinin davayı kazanması halinde diğer yatırımcının açtığı davada verilen kararı ikinci mahkeme takip etmekle yükümlüdür. Zira, ikinci yatırımcıya da aynı lehte muamelede bulunulmalıdır ve aynı durumdaki yatırımcılar için geçerli olan bu argüman MFN şartı temelinde uygulanamaz. Çünkü MFN şartı, ev sahibi devlet tarafından yükümlenilmiş daha lehte muamele ve bu devlete atfedilebilecek davranışı gerektirir.³⁵⁷

Yatırım andlaşmaları büyük çoğunlukla *ad hoc* hakem mahkemeleri tarafından yorumlanmaktadır. Bunların kompozisyonlarının davadan davaya değişiklik göstermesi de UAD ve AİHM gibi düzenli bir yargı kurumundakine kıyasla istikrarlı bir içtihat hukukunun gelişimini önemli ölçüde etkilemektedir.³⁵⁸ Uluslararası hukuk sistemi emsal karar uygulamasına uygun bir düzen olmamakla beraber, içtihatların *de facto* rolü olduğu da yadsınamaz.³⁵⁹ UAD Statüsünde yargı kararlarının yardımcı kaynak olarak düzenlendiği hususu ve var olan hukuku uygulamak dışında hukuk yaratma gibi fonksiyonu olmayan yargı kararlarının ikincil işlevi de göz önünde bulundurulduğunda; uluslararası yargı kararlarının, uluslararası hukukun gelişmesi ile birlikte niyet edilenden çok daha fazlasıyla belirgin bir önem kazandığı aşıkardır. Hatta, yargı kararlarının otoritesi ve ikna edici gücü sebebiyle uluslararası hukukun gelişmesinde bizatihi en önemli faktör olmuştur.³⁶⁰ Bunun sebeplerinden birini de yargı kararlarının dolaylı etkisinde aramak gerekir. Jennings ve Watts’ın; uluslararası hukukun kodifikasyonu hakkındaki zorluklardan ötürü, yargı kararlarının gelecekte büyük olasılıkla, sessizce fakat etkili bir şekilde, gelişen uluslararası hukukta önemli bir vazife üstleneceği³⁶¹ öngörüsü; özellikle yatırım hukukunda çoktan gerçeğe

³⁵⁷ Schill, *a.g.e.*, 2005, 289, 290.

³⁵⁸ Schreuer, C. (2010). Diversity And Harmonization Of Treaty Interpretation In Investment Arbitration. Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds.). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff Publishers, 129-151, 129; Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 31.

³⁵⁹ Benzer görüş için bkz. Oellers-Frahm, K. (2008) The Evolving Role of Treaties in International Law. Miller, R. A., Bratspies, R. M. (Eds.). *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff, 173-195, 187.

³⁶⁰ Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim’s International Law. Vol 1: Peace*, Ninth Edition, Longman, 41; Oellers-Frahm, *a.g.e.*, 2008, 188.

³⁶¹ Jennings, Watts, *a.g.e.*, 1992, 41.

dönüşmüştür. Çünkü devletler, kararları eleştirseler dahi tahkim kararlarına son derece değer atfetmekte, iddia ve savunmalarında yer ayırmaktadırlar. Onun da ötesinde; tahkim kararlarına göre BIT'lerdeki hükümleri gözden geçirmekte, muhtemel uyuşmazlıklarda benzer sonuçlarla karşılaşmamak adına hükümleri daha belirgin hale getirme yolunu seçmektedirler.

2.2.6.2. Doktrinin uluslararası yatırım hukukuna etkisi

Doktrinin uluslararası hukukun pek çok alanına kıyasla yatırım hukukundaki önemi inkar edilemeyecek düzeydedir. Öyle ki önemin ötesine geçerek yatırım hukukunun gelişimi ve kurallarının oluşturulmasına bizatihi katkı yapmaktadır. Bu ifadeler tabii olarak, kaynağın ayrıntılı olarak incelenmesi beklentisine yol açabilirse de aslında konu, sadece birkaç paragrafta özetlenebilecek boyuttadır. Çünkü doktrinin önemi ve etkisi, yargı kararlarının yaptığı atıflar sayesinde dolaylı bir etkidir. Yatırım tahkimi kararlarında doktrine atıflar yapılması öyle bir boyuta ulaşmıştır ki artık sıradan karşılanabilecek kadar yoğunluk içerir. Örneğin, *Salini* kararında, “*Salini testi*” olarak anılan yatırım kavramının unsurları doktrine atıfla geliştirilmiştir.³⁶² Kararda ilgili unsurlardan biri olan faaliyetin uzun süreli olması (2-5 yıl) kıstası aynı usulle ele alınmıştır.³⁶³ Yine mesela, *SGS v. Filipinler* kararında devlet-yatırımcı arasındaki akdi, BIT'e göre *lex specialis* olarak değerlendirirken gerekçesini doktrinindeki bir görüşe dayandırmıştır.³⁶⁴ *Spyridon* kararında, mahkemenin yetkisini devletin açtığı karşı davaya genişletmek için tahkim anlaşmasının, iç hukuk kapsamında da getirilebilecek ihtilaflara atıfta bulunması gerektiğini doktrinindeki görüşü aynen iktisap etmek suretiyle belirlemiştir.³⁶⁵ Buna benzer şekilde yargı kararlarının hemen hemen hepsinde çeşitli konularda doktrine atıflar yapıldığına rastlamak ve sayısız pek çok örnek vermek mümkündür.³⁶⁶ Yine, davacı veya davalı tarafların da iddia ve savunmalarında doktrine atıf yapmaları olağan hale gelmiştir.³⁶⁷

³⁶² *Salini et al v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, (23 July 2001), para. 52.

³⁶³ Bkz. *Salini v Morocco*, Decision on Jurisdiction, para. 54.

³⁶⁴ Bkz. *SGS v. Philippines*, Decision on Jurisdiction, para. 141.

³⁶⁵ Bkz. *Spyridon*, award, para. 871. Kararın atıf yaptığı doktrinindeki görüş için bkz. Lalive, Halonen, a.g.m. 2011, 141.

³⁶⁶ Örn. bkz. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 september 2007), para. 276; *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29 May 2003), para. 153.

³⁶⁷ Örn. bkz. *Parkerings*, Award, para. 272.



3. ULUSLARARASI HUKUKTA ANDLAŞMALARIN YORUMLANMASI

3.1. Uluslararası Hukukta Yorum

3.1.1. Genel Bakış

Din, sanat, edebi eserler ve hukuk gibi pek çok alan yorumun konusunu oluşturur. Bu çerçevede en genel anlamıyla yorum: Yazılı veya sözel bir ifadenin anlaşılması güç, belirsiz veya çelişkili taraflarının aydınlatılmasına ilişkin zihinsel bir faaliyettir. Hukuk disiplini ise yorum, sıkça başvurulanan bir tanımla: Hukuk normunun içerik, anlam ve kapsamını belirleme faaliyeti olarak tanımlanabilir. Faaliyetin amacı normun gerçek anlamını ortaya çıkarmaktır. Soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulanabilmesi, kurala mana verilmesi suretiyle mümkün olduğu için esasen belirsiz anlamlı kuralların aydınlatılması için yoruma ihtiyaç vardır. Yorumun, hukuk kuralının anlamının belirsiz olduğu hallerde başvurulanan bir faaliyet olarak görülmesi, kuralın anlamının açık olduğu hallerde yorum faaliyetine kapalı olduğu anlayışını ortaya koyar.³⁶⁸ Bununla birlikte doktrinde, hukuk kuralının somut olaya uygulanması için her halükarda yorumlanması gerektiğine dair görüşler de mevcuttur.³⁶⁹ Yorum kelimesinin kökeni, gerçek anlamı ve/veya tarafların gerçek niyetini ortaya çıkarma sürecini yansıtır. *Ege Denizi Kıta Sahaneliği* kararında, yorumun amacının tarafların gerçek iradesini aydınlatmak olduğu hakim Castro tarafından ortaya konmuştur.³⁷⁰

Hukukta yorumu en genel hatları ile yukarıda bahsedildiği gibi kısaca özetlemek mümkünse de uluslararası hukukta yorum, uluslararası hukukun kendine has özellikleri itibarıyla çok daha karmaşık bir yapı arz eder. Çünkü, hukukun her alanının doğal yapısı ve kendine has özelliklerinin yorum kuralları ve ilkeleri için birincil önemi yadsınamazsa da başka hukuk düzeninde olmayan “devletlerin egemenliği ve eşitliğini” esas alan, dolayısıyla görev ikileşmesinin olduğu uluslararası hukuk için bu durum ayrı bir hususiyet gösterir. İlgili kapsamda;

³⁶⁸ Aktaş, S. (2011). “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(3-4), 1-33, 1; Işıktaç, Y., Metin, S. (2003). *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 180, 193; Güneş, A. M. (2017). *Hukuk Metodolojisi*. 2. Baskı, Ekin Yayınevi, 91. Ayrıca bkz. HillGruber, C. (2014). *Anayasanın Yorumlanması*. Metin, y. (çev.). Depenheuer, O., Grabenwarter, C. (eds.) Doğan, İ. (çev. Ed.). *Anayasa Teorisi*, Lale Yayıncılık, 519-548, 520; Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A. (2020). *Hukuk Teorisi*. (Çev.). Doğan, İ., Aldudak, R., Aydın, H. E., Ankara: Astana Yayınları, 409.

³⁶⁹ Güneş, a.g.e., 2017, 92; HillGruber, a.g.e., 2014, 520, 520, 521.

³⁷⁰ Bkz. *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, I.C.J. Report, 3-46, Dissenting Opinion of Judge de Castro, para. 4.

andlaşmaların hazırlanması, akdedilmesi usulleri diğer hukuk dallarında olmadığı gibi devletlerarası yargısal uyuşmazlıkların devlet içindeki yargısal sistemlerle kıyaslanamaması gibi hususlar da mevcuttur. Bu manada, hukuk düzenlerinin yorum unsurlarını benzer şekilde benimsediği veya yine paralel bir yaklaşımla, uluslararası hukuktaki yorum kurallarının özel hukuktaki yorum kuralları ile bir kısım benzerlikleri olduğu inkar edilemezse de; diğer hukuk dallarından farklı olarak uluslararası toplum, kendi uygulayacağı yorum kurallarını belirlemiştir. Dolayısıyla, yorum kuralları doktrin ve uygulamalarla gelişmektedir.³⁷¹

Yorum kurallarının VAHS'ta tedvin edilmesinin üzerinden yıllar geçmesine rağmen, uygulanması hususundaki tartışmalar halen canlılığını korumaktadır. Devletlerin ezici bir çoğunluğunun VAHS'a taraf olması ya da kuralların zaten teamül hukuku niteliği taşıyor olması dahi tartışmalara son verememiştir.³⁷² Sinclair'a göre uluslararası hukukta, andlaşmaların yorumlanması gibi bu derece geniş kapsamlı kuramsal tartışmaların yapıldığı sadece birkaç konu vardır.³⁷³ Özellikle, uluslararası yatırım andlaşmaları gibi klasik uluslararası andlaşmalardan farklı konular içeren andlaşmaların artması veya uluslararası hukukun bölünmesine yönelik tartışmalar yorum konusunu daha da karmaşık hale getirmektedir.

Uluslararası hukukta yorumun konusunu en başta ve büyük çoğunlukla uluslararası andlaşmalar oluşturur. Bununla birlikte, gerek UAD Statüsü m. 38'de düzenlenen kaynaklar gerekse düzenlenmeyen diğer kaynaklar da yorumun konusunu oluşturabilir. Ancak, teamül hukuku kurallarının yoruma konu olamayacağını ileri süren görüşler mevcuttur.³⁷⁴ Buna göre yorumun konusu, hukuki değeri olan yazılı metinlerdir. Teamül hukuku kurallarının aydınlatılmasında yorum kavramının kullanılması uygun değildir. Çünkü süreç ve ilkeler farklıdır.³⁷⁵

³⁷¹ Bernhardt, R. (1984). *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, Elsevier Science Publishers B.V., 318,

³⁷² Waibel, M. (2014). Chapter 13: Uniformity versus specialization (2): A uniform regime of treaty interpretation?. Tams, C. J., Tzanakopoulos, A., Zimmermann, A. (eds.). *Research Handbook on the Law of Treaties*, Edward Elgar, 375-412, 380.

³⁷³ Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 114.

³⁷⁴ Lo, C. (2017). *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 46.

³⁷⁵ Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 319.

Devletlerin tek taraflı işlemleri, örgütlerin kararları da yoruma konu olabilir. Ama bunların ek birtakım özel kurallara ihtiyacı vardır.³⁷⁶

Bir uluslararası andlaşmanın hükmünün yorumlanması, doktrin ve yargı kararlarında sıklıkla algılandığı ya da sessizce yapıldığı gibi sıradan bir faaliyet olarak görülmemelidir. Yorum konusu, tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamı hakkında çok önemli etkiler doğurabilir.³⁷⁷ Yorum sürecindeki en ufak bir yorum hatası, hukuka uygun durumu hukuka aykırı hale sokabileceği gibi hukuka uygun bir durumu da hukuka aykırı kılacak etkiye sahiptir. Örneğin bir devletin yabancı yatırımcının mülkiyetine dair yaptığı muamele, aynı yorum kuralları uygulanarak devletin düzenleme kapsamında değerlendirilebileceği gibi dolaylı kamulaştırma olarak nitelendirilerek, tam zıt neticelere de yol açabilir.

Özellikle günümüzde, uluslararası ilişkilerin gelişmesiyle daha açık ve esnek kuralların olduğu bir uluslararası hukuk arayışı söz konusudur. Politik sebepler devletleri, hukuki meselelerin düzenlenmesinde teamül hukuku kurallarına gittikçe azalan bir önem vermeye itmiş ve ilgili kuralların zorluklarından kaçılarak, devletler arasında yapılan yazılı andlaşmaların şimdiye kadarki en yoğun şekilde akdine sahne olunmuştur. Günümüz bir andlaşmalar çağı niteliği arz etmektedir.³⁷⁸ Bu nedenle, uluslararası andlaşmalara verilen değerin artmasına paralel olarak andlaşmaların yorumu konusu da giderek artan bir önem kazanmıştır.

Uluslararası andlaşmaların yorumlanması hakkında doktrinde pek çok tanıma rastlamak mümkündür. Konu hakkında birkaç örnek vermek, konunun anlaşılması için yeterli olacaktır. Yaygın ve en kısa tanımı ile uluslararası andlaşmaların yorumlanması: Bir andlaşmanın gerçek anlamını belirleme sürecidir.³⁷⁹ Diğer bir tanımla: Bir andlaşmanın belirsiz ve açık olmayan hükümlerinin açıklığa

³⁷⁶ Schwarzeberger, G. (1969). *International Law and Order*, London: Stevens & Sons, 112.

³⁷⁶ Bkz. Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 427.

³⁷⁶ Bernhardt, a.g.e., 1984, 319; Çağırın, M. E. (2005). *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Platin, 579-587. Çağırın'a göre tek taraflı işlemler alanında yorum kurallarının uygulanmasında işlemin özellikleri daima göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. Çağırın, a.g.e., 2005, 580.

³⁷⁷ Benzer görüş için bkz. Dixon, M., McCorquodale, R., Williams, S. (2016). *Cases & Materials on International Law*. (Sixth Edition), Oxford: Oxford University Press, 82.

³⁷⁸ Linderfalk, U. (2007). *On The Interpretation of Treaties*, Springer, 1.

³⁷⁹ Dörr, O., (2018). Article 31. General Rule of Interpretation. Dörr, O., Schmalenbach, K. (Eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Second Edition, Springer, 559-616, 560.

kavuşturulması ve aydınlatılması için yürütülen düşünce faaliyetidir.³⁸⁰ Başka bir tanımla: Bir hükmün hukuki anlamını keşfetmek için yürütülen entelektüel faaliyettir.³⁸¹ Andlaşmaların yorumlanmasına dair benzer vasıfta ve sayısı çok daha arttırılabilecek bu nevi tanımların da yoruma ihtiyaç duyduğu açıktır. Çünkü tanımlardan da anlaşıldığı üzere, andlaşmaların uygulanması-yorum ilişkisi bu noktada tartışmalı konulardan biri olarak varlığını korumaktadır. Genel tanımlar olması sebebiyle yukarıda zikredilen birkaç örneğe, az sonra bahsedilecek olan yoruma yönelik teorilerin/okulların tanımları da eklendiğinde konu daha da karmaşık bir hal almaktadır.

3.1.2. Andlaşmaların Yorumlanması ve Uygulanması Arasındaki İlişki

Giriş mahiyetinde doktrinden, yorum-uygulama farkı hakkında kısa bir alıntı yapmak gerekirse: Yorum, andlaşma hükmünün açık anlamını aydınlatmayla ilgiliyken; ikincisi, somut bir dizi olgusal duruma bir andlaşma teriminin uygulanmasını içerir. Teorik olarak yorum, uygulamadan önceki adımdır.³⁸² Uygulama ve yorum arasındaki farka ilişkin tartışmanın, Andlaşmalar Hukukuna ilişkin Harvard Taslağı Şerhine konu olacak kadar geçmişe dayandığı görülür. Buna göre yorum: Metnin anlamını belirlemeye yönelik süreçtir. Uygulama ise metne göre, verilen belli bir durumu izlemesi gereken sonuçları belirlemeye ilişkin süreçtir. 1964 tarihli Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Waldock'un Üçüncü Raporunda, bu ayrımın yapılmasına ilişkin teklif getirilmişse de sonuçsuz kalmış ve 1966 tarihli Andlaşmalar Hukukuna Dair Taslak Metinden konu çıkarılmıştır.³⁸³

Andlaşmaların uygulanması ile yorumlanmasına ilişkin tanımlar ele alındığında, ilk bakışta tamamen farklı anlamlara sahip oldukları düşünülebilir. Söz konusu ilk izlenim teorik olarak doğru olmakla birlikte, aslında ayrım yapay bir nitelik arz eder. Yine de ayrım yapmak faydalıdır.³⁸⁴ Andlaşmaların uygulanması-yorum ilişkisi çerçevesinde yapılan bir tasnife göre; dar manada yorum, anlamda belirsizlikler olması halinde hükmün hukuki anlamını aydınlatma faaliyeti iken;

³⁸⁰ Boczek, B. A. (2005). *International Law: A Dictionary*, The Scarecrow Press Inc., 328.

³⁸¹ Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 128.

³⁸² Bkz. Weeramantry, J. R. (2012). *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 30.

³⁸³ Gourgourinis, A. (2011). "The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", *Journal of International Dispute Settlement*, 2(1) , 31–57, 32, 33.

³⁸⁴ Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 319.

geniş anlamda yorum, hükmü uygulayabilmek için hükmün hukuki manasını anlama olarak tanımlanabilir. Geleneksel görüşe göre andlaşma hükümleri, anlam ve kapsamının açık olmaması halinde yoruma ihtiyaç duyar. Ancak bir kuralın açık olduğunun tespiti dahi hali hazırda bir yorum sonucu ortaya çıkar. Kolb’a göre, hukuk kuralları ile uğraşan hiç kimsenin yorumdan kaçamayacağı bir gerçektir.³⁸⁵ Her andlaşmanın uygulanmasının yorumu gerektirdiğine ilişkin pek çok benzer görüş uluslararası hukukta hüküm sürmektedir.³⁸⁶ Cassase bunu, yeterince açık gibi görünen uluslararası hukuk kurallarının dahi yazılı veya teamül kuralı olsun, çoğunlukla açık olmadığı ve yoruma muhtaç olduğuyula izah etmektedir.³⁸⁷ Yorum, doktrindeki çoğunluğa göre hukukun uygulanmasına ilişkin bir fiildir.³⁸⁸

Yöntem olarak andlaşmaların uygulanması ve yorumlanması hakkındaki tartışmalara değinilmeden geçilemese de; gerek literatür gerekse yargı kararları³⁸⁹ incelendiğinde görülmektedir ki andlaşmaların yorumlanması ve uygulanması birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılan kavramlardır. Andlaşmalarda yer alan yargısal hükümler değişmez bir şekilde “andlaşmaların yorumlanmasından ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar” şeklinde düzenlendiği gibi³⁹⁰, yargı organları da adı geçen kavramların birini diğerinden ayırmamaktadır. Bu manada, uluslararası hukukta andlaşmaların yorumlanması ve uygulanması arasında ayrılmaz bir bağ vardır.³⁹¹ Aradaki belirsiz sınır, SGS tahkimi gibi bazı tahkim kararlarına yansımaktadır. Böyle durumlarda yorum, belli bir yorumun olgulara nasıl uygulanacağına dair inceleme üzerine değişebilir. Diğer durumlarda hükmün bir

³⁸⁵ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 128.

³⁸⁶ Örn. Bkz. International Law Commission. (26 March 2014). *Special Rapporteur on the Treaties over time/Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties*, Second Rep. on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Int’l Law Comm’n, U.N. Doc. A/CN.4/671 (by Georg Nolte), para. 4.

³⁸⁷ Cassase, A., Weiler, J. (1988). *Change And Stability in International Law-Making*, Walter De Gruyter, 153.

³⁸⁸ Casanovas, *a.g.e.*, 2001, 87.

³⁸⁹ Örn. bkz. Loizidou v Turkey, Judgment, Application no. 15318/89, 1995, para. 27. The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99, October 1, 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser A) No. 16 (1.10.1999), <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/activiteiten/archief/documentatie/OldActivities/DeathPenalty/Advisory%20Opinion%20IACHR.pdf> Erişim Tarihi: 09.10.2020), para. 6.

³⁹⁰ Örn. bkz. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, 1950, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In Council of Europe Treaty Series 005. Council of Europe.) (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> Erişim tarihi 25.04.2020), m. 32.

³⁹¹ Berman, F. (2005). ‘International Treaties and British Statutes’, *Statute LRev*, 26(1), 1-12., 10. Ayrıca bkz. Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 319.

anlamı belirlendiğinde, basit mantık ve sağduyu gerçek bir andlaşmanın uygulanması ayırımına gerek duymadan hükmün otomatik olarak olgulara uygulanmasını gerektirecektir.³⁹² Ancak yatırım tahkiminde yorum ve uygulamayı ayrı bölümlerde ele almak usul olarak genellikle uygulanmaktadır.³⁹³ Nihai olarak şunu söylemek mümkündür ki; tartışma esasında, yorum faaliyetinin her zaman bilinçli olarak değil bazen de bilinçsiz ve tabii bir süreç şeklinde gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, yorum faaliyeti ile basit düşünsel faaliyetin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Tanım kapsamında diğer önemli bir konu ise yorumun, hukuk kurallarına anlam vermekle sınırlı olduğu ve yeni hukuk kurallarının yaratılmasına yol açacak şekilde genişletilemeyeceğidir.³⁹⁴

Andlaşma maddelerinin yorumlanması, kendi içinde daha pek çok soruyu barındırmaktadır. Yorum bir süreç midir? Yoksa süreç sonucu varılan netice midir? Yorum süreci ne zaman başlar, hangi noktada sona erer. Yorum yapılırken hangi kurallar uygulanır. Kurallar hangi sırayla uygulanır.³⁹⁵ Kuralların unsurları arasındaki ilişki nasıldır ve unsurlar arasında ağırlık farkı var mıdır? Denge nasıl tesis edilebilir? Tek bir yoruma varmak mümkün müdür? Yoksa birden fazla yorum arasından yalnızca birinin tercih edilmesinden mi bahsedilebilir? Bu tartışmalar hakkında, nihai olarak birbirinden kesin sınırlarla ayrılan yargılara varmak zor görünmektedir. Zira, zikredilen tartışma konuları birbiriyle son derece iç içe geçmiş ve kaynaşmış niteliktedir. Dolayısıyla, ilgili tartışma konularını mümkün olduğunca bağlantılı olarak ve özellikle yatırım andlaşmalarının yorumlanmasındaki etkileri ağırlığınca ele almak faydalı neticeler doğuracaktır. Çünkü yatırım tahkimi kararlarına bakıldığında; eskiden beridir süregelen bu tür sorunların, özellikle de eski yorum okullarının da etkisiyle halen devam ettiği görülmektedir.

³⁹² Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 30. Karşı görüş içeren bir dava örn. bkz. Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Annulment Proceeding (5 September 2007), para. 15.

³⁹³ Benzer görüş için Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 31.

³⁹⁴ Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 245.

³⁹⁵ Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 11.

3.1.3.Yorum Faaliyetinin Niteliği, İşlevi ve Kaynakları

3.1.3.1. Yorum faaliyetinin niteliği (sanat-bilim tartışması)

Andlaşmaların yorumlanması hususundaki tartışmalardan biri de andlaşmanın/hukuk kuralının yorumlanması, bir sanat eserinin yorumlanması gibi kişiden kişiye değişen bir özellik mi arz ettiği; yoksa hukuki güvenlik ve belirlilik kaygısından yola çıkanların desteklediği üzere, andlaşmaların yorumlanması neticesinde herkesin aynı anlamda uzlaşacağı bir objektif yorumun mümkün olup olmadığı konusudur. Bu konu hakkında her iki görüşün savunucuları olduğu gibi orta yolu izleyen görüşler de mevcuttur. Yorumun sanat faaliyeti olması, yorumcunun yeteneğinin belirleyici olduğu ve nerede ise kurala tabi tutulamayacak bir neticeye yol açarken; bilim faaliyeti olarak anlaşılması, kurallara konu olan bir uygulama olarak yorumcunun yeteneğinin hesaba katılmadığı bir neticeye ulaştırır.³⁹⁶

Schereuer'e göre yorum, doğru metot uygulandığında otomatik bir şekilde doğru netice sağlayacak mekanik bir süreç değildir. Eski bir anlayış olarak yorumun bilim değil sanat olduğu tezi bugün de hala çok doğrudur.³⁹⁷ İlgili anlayış UHK tarafından da benimsenmektedir. Jennings'e göre yorum sanattır, fakat bilim görünümünde olmalıdır.³⁹⁸ Yine de yorumun her şeyden önce insan tarafından gerçekleştirilmesi ve zihinsel bir faaliyet olması cihetiyle yorumlanacak kuralın tek bir objektif yoruma indirgenmesini zorlaştırdığı;³⁹⁹ ama aynı zamanda da hukukun bir bilim dalı olduğunu hesaba kattığımızda, iki cepheli bir faaliyet olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Casanovas, a.g.e., 2001, 86.

³⁹⁷ Schreuer, C. (2011). Comments by Christoph Schreuer, *International Investment Law and International Law - From Clinical Isolation to Systemic Integration?*. Hofmann, R., Tams; C. J. (eds.). *International Investment Law and International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, 71 – 74, 71.

³⁹⁸ Jennings, R. Y. (1967/II). “General Course of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 121, 327-605, 544.

³⁹⁹ Sıklıkla, arasında tercihte bulunulması gereken iki veya daha fazla eşit değerle geçerli yorum ortaya çıkabilmektedir. Bunun için andlaşmaların yorumlanması meşhur bir şekilde katı bir bilimden ziyade ince bir sanat olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Weeramantry, a.g.e., 2012, 211.

⁴⁰⁰ Benzer görüş için bkz. Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta, 5: Yazar'a göre; Yorumun bir zihinsel yaratıcılık faaliyeti olması sebebiyle sanat boyutu, doğruya ve gerçeğe ulaşma faaliyeti olması sebebiyle de bilimsel bir yanı vardır. Dolayısıyla yorum eylemi çift niteliktedir.

3.1.3.2. Yorum kurallarının işlevi (kural-ilke tartışması)

Yorum kurallarının işlevinin ne olduğu hakkındaki kural-ilke tartışması şu esaslara dayanır: Hukuki metinlerin yorumunun ilkeler vasıtası ile yapılması, yorumcuya kendi kanaatlerini açıklama konusunda takdir yetkisi verir ve dolayısıyla sonuçların çeşitliliğine sebep olur.⁴⁰¹ Yorum kuralları ise tarafların her birinin andlaşmayı uygulamak üzere sahip olduğu yorum hakkının göreceliliğini ve ahde vefa ilkesinin hayali bir duruma düşmesine meydan verecek şekilde yorum serbestisinin önüne geçmesine hizmet ederek yorum sürecinin hukuki güvenliğini artırır. Yorum kurallarının varlığı, diğer yorum yetkisine sahip olanlar tarafından gerçekleştirilen yorum süreçlerinin de hukuki belirliliği ve güvenilirliğini arttıracaktır. VAHS'ın yoruma dair 31-33. maddelerinin andlaşmaların yorumlanmasında esas alınacak temel ilkeleri belirlediğini ve ilgili maddelerin kural olmadığını, yalnızca tavsiye niteliğinde olduğunu ileri süren görüşler olduğu gibi⁴⁰²; kural olduğunu ileri süren, özellikle de 31. madde metninde geçen “*shall*” kipinin emredici bir nitelik verdiğini savunan görüşler de vardır.⁴⁰³ İlke, kuralın aksine; esas olarak kendisi bir kural olmayan, ancak bir kuralın altında yatan veya onun nedenini açıklayan veya sağlayan şeydir. Kural “ne” sorusuna yanıt verirken, ilke aslında “neden” sorusuna yanıt verir.⁴⁰⁴

3.1.3.3. Andlaşmaların yorumlanmasına konu olan iradenin niteliği (sübjektif/objektif irade)

Yorumun konusunun ne olduğu sorunu özellikle VAHS kapsamında tartışılmaktadır. Sözleşme, hangi durumun varlığı halinde andlaşma metninin yoruma ihtiyacı olduğu hakkında bir düzenleme getirmemiştir. Objektif ve sübjektif okul arasında bu konuda büyük tartışmalar vardır. Objektif okul mensupları metnin yoruma konu olması gerektiğini savunurken, sübjektif okul mensupları tarafların ortak niyetinin (*common intention*) yorumlanması gerektiğini savunurlar. Dolayısıyla objektif okulda dinamik yorum yöntemine; sübjektif okulda ise tarihsel yoruma

⁴⁰¹ Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 320.

⁴⁰² Örn. bkz. Damme, V. D. (2009). *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford: Oxford University Press, 35.

⁴⁰³ Örn. bkz. Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 159.

⁴⁰⁴ Bkz. Fitzmaurice, G. (1957). ‘The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law’, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, 92, 7’den aktaran Reinhold, S. (2013). “Good Faith in International Law”. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, 40-63, 41.

eğilim vardır. Bu iki okul arasındaki tartışmanın temeli; hukuki kesinlik, istikrar ile metnin yalnızca niyet açıklamaya yarayan bir araç olması noktasında çıkmaktadır. Objektif yaklaşım; andlaşma metninin daha görünür ve en objektif unsur olduğunu, tarafların niyetinin ise özellikle de çok taraflı andlaşmalar bağlamında anlaşılmaz olduğunu vurgulamaktadır. Yine andlaşmanın yapılışı sırasında meydana gelen tartışmalarda her zaman devletlerin eşit bir şekilde irade ortaya koyamamasından dolayı daha güvenilir olduğu savunulmaktadır.⁴⁰⁵

Subjektif yaklaşıma getirilen diğer bir eleştiri de çok taraflı andlaşmalara sonradan katılan devletlerin andlaşmayı yapan devletlerin iradesini bilemeyecek olması iddiasıdır. Katılan devletlerin, metnin ne anlama geldiğini temel alarak katıldıkları varsayılır.⁴⁰⁶ Kolb’a göre, çok taraflı andlaşmalar kural koyduğu için bunlara nazaran iki taraflı andlaşmalarda ortak niyet daha çok önem taşır. Tarafların gerçek niyetini tespit etmek burada daha kolaydır.⁴⁰⁷ Sinclair’e göre ise yoruma dair uyuşmazlıklar esasen yalnızca iki veya daha fazla devlet arasında, metne farklı anlam vermelerinden vuku bulur. Böyle yaparak taraflar aslında baştan beridir metnin anlamı ile ilgili farklı niyet taşıdıklarını iddia etmiş olurlar. Eğer böyle ise tarafların üzerinde karar kıldıkları metinden başka ortak bir niyetleri olamaz.⁴⁰⁸

Doktrinin büyük çoğunluğu, VAHS’in objektif yaklaşımı benimsediği üzerinde uzlaşmaktadırlar. Reinisch tarafından haklı olarak ifade edildiği gibi VAHS 31. ve 32. maddeler bağlamında tarafların niyeti, açıkça andlaşmaların yorumlanması için bir rehber değildir. Aslında tek atıf madde 31(4)’deki özel anlama ilişkin düzenlemede yer almaktadır. Lakin, tarafların niyetinin yorumla ilgili bir yönü olduğu yaygın bir şekilde kabul edilmektedir.⁴⁰⁹ Yargı kararlarında her iki yaklaşımın tezahürleri de görülmektedir. Örneğin, *Navigational Rights* kararında UAD, tarafların niyetine objektif olarak yaklaştığını ifade sadedinde “yazarların metne yansıyan iradelerine uygun olarak” ifadelerini kullanmıştır.⁴¹⁰ Yatırım tahkimi büyük çoğunlukla objektif yaklaşımı kabul eder. Ama, andlaşma hükümlerini aydınlatmak maksadıyla tarafların niyetini araştırma yoluna gittiği kararlar da

⁴⁰⁵ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 132.

⁴⁰⁶ Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 130, 131, 133.

⁴⁰⁷ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 133, 134.

⁴⁰⁸ Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 131.

⁴⁰⁹ Reinisch, *a.g.e.*, 2015, 401.

⁴¹⁰ Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, 237.

vardır.⁴¹¹ Mesela, *Amco* tahkimi tarafların ortak iradesini açığa çıkarmak ve saygı vurgusu ile dar, geniş ya da liberal yorumu reddetmiştir.⁴¹² *Berschader* tahkimine göre, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri kapsayıp kapsamadığının belirlenmesinde temel konu her zaman, her bir andlaşmanın imzalanması hususunda akit tarafların bütün niyetlerinin değerlendirilmesi olmalıdır.⁴¹³

3.1.4. Andlaşmaları Yorumlama Yetkisi

Yorum hakkında zorunlu bir uluslararası yargının olmaması ilk elde taraflara uygulama aşamasında yorum yetkisi verir.⁴¹⁴ Bir andlaşmanın esas yorumcusu andlaşmanın her bir tarafı olup, andlaşmayı okuyup anlayıp kendi yargı ve değerlendirmeleri çerçevesinde uygulama hakkı ilgili taraflara aittir. Bu anlamda uluslararası hukukta devletler ve diğer uluslararası hukuk kişileri kendi hukuki yükümlülüklerini yorumlarlar.⁴¹⁵ Bir yorum ihtilafı vuku bulduğunda, bu durum bir norm tarafından ya da tarafların kararı neticesinde üçüncü tarafların (*third parties*⁴¹⁶) müdahalesine olanak vermişse; bir uluslararası hukuk ya da hakemlik yorumu ile neticelenir ya da uyuşmazlık belirsiz olarak baki kalır.⁴¹⁷

Özellikle yatırım andlaşmalarının yorumlanması hususunda yargı kararlarının yeri daha ziyade önemlidir. Zira, bu alanın hem bizatihi istikrarsızlığının sebebi hem de istikrara kavuşturulmasıyla gelişmesine sebep olacak ve devletlere yeni andlaşmaların akdedilmesinde yol gösterecek yöntemler ancak yargı kararları vesilesi ile elde edilebilir. Bu değerlendirmenin sebebi hem yatırım andlaşmalarının yorumlanması hem de yatırım hukuku ilkelerinin gelişmesinin yatırım hukukunun kendine has yapısı sebebiyle zorunlu olarak tahkim kararları vasıtası ile ilerliyor olmasıdır.

⁴¹¹ Örn. bkz. *Compania de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007), para. 7.4.4.

⁴¹² Bkz. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1 , Decision on Jurisdiction, (25 September 1983), para. 14.

⁴¹³ Bkz. *Berschader v Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Award (21 April 2006), para. 175.

⁴¹⁴ Romani, C. F. C. (2007). *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Berlin: Springer, 23.

⁴¹⁵ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 129.

⁴¹⁶ İngilizce doktrinde taraf devletler haricinde kendisine yorum yapma yetkisi verilenler “*third party*” yani “üçüncü taraf” olarak anılmaktadır. Örn. bkz. Romani, *a.g.e.*, 2007, 23. Bunların yaptığı yorum da “*üçüncü taraf yorumu (third party interpretation)*” olarak isimlendirilmektedir.

⁴¹⁷ Romani, *a.g.e.*, 2007, 23.

VAHS, andlaşmayı yorumlama yetkisinin kimde olduğu hakkında düzenleme getirmemiştir. Ancak 1930’larda hazırlanan Andlaşmalar Hukukuna ilişkin Harvard Taslağında (*Harvard Draft Convention on the Law of Treaties*) konu, gerek taraf devletler gerekse üçüncü taraflar bağlamında ele alınmıştır.⁴¹⁸ *Camuzzi* tahkiminde Arjantin; yorum yetkisinin tahkim mahkemesinin yetkisinde olmadığına yönelik ve içtihat hukukunu göz ardı eder bir anlayışla,⁴¹⁹ yorum yetkisinin tarafların niyeti merkezinde taraf devletlerde olduğunu iddia etmiştir.⁴²⁰ Mahkeme iddianın hilafına; yorumun taraf devletlere münhasır olmadığı, andlaşmadaki terimlerin anlamının yorumlanması sorunları başta olmak üzere görevinin uyuşmazlığı çözmek için davet edildiği üzere kendisinin de görevi olduğunu ifade etmiştir. UAD Statüsü m. 38(1)’deki kaynaklar bağlamında yargı kararlarının açıkça rolünün bu olduğunu vurgulamıştır.⁴²¹

Taraf devletlerin yorum yetkisi hususunda birkaç konuya değinmekte fayda vardır. Şöyle ki, davanın sürdüğü esnada tarafların yaptıkları tek taraflı yorumları her zaman andlaşmanın akdedildiği sırada var olan niyetlerini yansıtmaz. Bu tür yorumlar büyük çoğunlukla çıkarlarını korumaya yöneliktir. İlgili yorumların, VAHS 31. madde çerçevesinde müteakip uygulama olarak veya teamül hukukunun gelişimi amacı ile ne derece kullanılabileceği şüphelidir.⁴²² Bütün tarafların üzerinde anlaştığı yorum demek olan “gerçek yorum” ise ilk olarak UDAD önündeki bir davada bahse konu olmuştur. Burada hakim Hudson, yorum ve uygulama arasındaki farka dikkat çekerek yorumun işlevlerine genel anlamda değinmiş ve tarafların açıkça beyan ettikleri niyetlerinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Böylece amacı dikkate almaktan çok olağan anlama ayrıcalık tanımıştır.⁴²³

Çok taraflı andlaşmalarda, tarafların sayıca fazla olması andlaşmanın taraflarının hepsinin tek bir yorum üzerinde anlaşmasını zorlaştırmaktadır. Bu takdirde ortak yoruma katılmayan taraf yorumla bağlı değildir. Gerçek yorum,

⁴¹⁸ Bkz. Article 19. Interpretation of Treaties. (1935). *The American Journal of International Law*, 29, 937–977, 975–6’dan aktaran Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 31.

⁴¹⁹ Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 31.

⁴²⁰ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objection to Jurisdiction, (11 May 2005), para. 124.

⁴²¹ *Camuzzi*, Decision on Objection to Jurisdiction, para. 135.

⁴²² Schreuer, *a.g.e.*, 2011, 73.

⁴²³ Hernandez, G. I. (2015) Interpretative authority and the international judiciary. Bianchi, A., Peat, D., Windsor, M. (eds.). *Interpretation in International law*, Oxford: Oxford University Press, 166–188, 173.

tarafların ortak iradesini yansıttığı için hakimi bağlayan bir özellik gösterir.⁴²⁴ UHK, andlaşma taraflarının hepsinin uzlaşmasını, andlaşmanın hakimi olarak (*masters of the treaty*) andlaşmayı yapanların iradesini ortaya koyan yorumlayıcı bir andlaşma olarak kabul ederek gerçek yorum olduğunu vurgulamıştır.⁴²⁵

Yatırım andlaşmalarının hükümlerinin yorumlanmasında ortaya çıkan istikrarsız ve zaman zaman da çelişkili kararlar gerçeği karşısında tarafların orijinal niyetine tamamen zıt olacak şekilde yükümlülükler yorumlanabilir. Hatalı yorumları önlemek namına mahkemelerin yetki vermesine bakılmaksızın taraflar gerçek yorumda bulunabilirler.⁴²⁶ Bazı yatırım andlaşmaları konu hakkında yetki tanımakta ve yorumun tahkim mahkemelerini bağlayacağına işaret etmektedir.⁴²⁷ Bazıları ise her türlü konu hakkında gerçek yorum için müzakere imkanı sağlamaktadır.⁴²⁸ Taraf devletlerin yaptıkları gerçek yorum, yatırımcının haklarını etkilediği gerekçesiyle bazen eleştirilere konu olmaktadır. Tarafların yorumunda karşılaşılan zorluk, tarafların andlaşmayı yorumlamaları ile değiştirmeleri arasındaki ayrımın güçlüğü ve dolayısıyla geçmişe yürüme ihtimalinin yerindeligi sorunu olarak ifade edilmektedir.⁴²⁹ Gerçek yorum olarak sunulan şey, hakikatte andlaşmanın değiştirilmesi etkisi verebilmektedir.⁴³⁰ *Enron* Tahkimi, devletlerin anlaşmayı değiştirmekte kesinlikle özgür olduğunu, ancak bunun andlaşma kapsamında yatırımcılar veya diğer yararlanıcılar tarafından kazanılan hakları etkilemeyeceğini bildirmiştir.⁴³¹

Taraflar haricinde üçüncü taraflar da andlaşmaları yorumlama yetkisine sahiptir. Üçüncü taraf yorumunda (*third party interpretation*) en önemli yorum, muhakkak ki yargı organları tarafından yapılan yorumdur. Bunun dışında Birleşmiş

⁴²⁴ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 131.

⁴²⁵ Bkz. International Law Commission. (2011). *Report of the International Law Commission on the Work of Its 63rd Session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011)*, UN Doc A/66/10 Add.1, 559, para. 4.7.3.

⁴²⁶ Örn. Arjantin ve Panama arasındaki MFN kaydına dair yorumlayıcı beyan için bkz. *National Grid Plc. v. Argentina*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (20 June 2006), para. 85.

⁴²⁷ Örn. bkz. Meksika-Singapur 2009 Tarihli BIT (*Mexico-Singapore BIT*, 2009), m. 17(2).

⁴²⁸ United Nations. (2014). *Investor-State Dispute Settlement: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2013/2, 138, 139. Örn. bkz. Gana-Hollanda 1989 Tarihli BIT (*Ghana-Netherlands BIT*, 1989), m. 12.

⁴²⁹ Romani, *a.g.e.*, 2007, 24.

⁴³⁰ Gazzini, T. (17 August 2020). *Authentic (or Authoritative) Interpretation of Investment Treaties by the Treaty Parties*, (<https://www.ejiltalk.org/authentic-or-authoritative-interpretation-of-investment-treaties-by-the-treaty-parties/> Erişim Tarihi: 4.11.2020).

⁴³¹ *Enron*, award, para. 337.

Milletler organları gibi politik organlar da yorum yetkisine sahip olabilir. Bazı andlaşmalar ise ayrılıklar ve zorluklar halinde andlaşmayı yorumlamak üzere yetkili bir komite tesis edebilir.⁴³² Uluslararası toplumun kurumsallaşmasının hızlanması uluslararası örgüt yorumlarını önemli bir yere taşımaktadır. Örgütlerin yorumlarının odak noktasını kurucu andlaşmaları merkezinde yapılan kurallar ve akdedilen andlaşmalar oluşturur.⁴³³ Yargı organları tarafından yapılan yorum, hakimlerin andlaşma tarafı devletlerden tarafsızlığı ve bağımsızlığı sebebiyle andlaşmanın istikrarlı icrası ve tarafların eşitliğini en iyi garanti eden yorum şeklidir.⁴³⁴ İstisnalar olmakla birlikte andlaşmayı yorumlama yetkisine uyuşmazlığa bakan merci sahiptir.⁴³⁵

Normalde BIT'ler gerçek yorum için kurumsal mekanizmalar öngörmezler. Fakat bazıları, gerçek yorum yapma yetkisinin tanındığı kurumsal mekanizmalara sahiptir ve bunlara tahkim mahkemelerini bağlayıcı yetki verebilirler.⁴³⁶ Ancak Schreuer'e göre bu tür düzenlemeler, yargı sürecinin doğru ve adaletli neticelenmesinin önünde engel teşkil edebileceği gibi yatırım andlaşmalarının yorumlanmasındaki uyumu ve sistemli entegrasyonu da önler.⁴³⁷ NAFTA'da Serbest Ticaret Komisyonu (*Free Trade Commission/FTC*) adında bir organ kurularak birtakım yetkilerle donatılması öngörülmüş⁴³⁸, bu organa aynı zamanda andlaşmanın yorumlanması yetkisi de verilmiştir. Komisyon'un yorumlarının mahkemeleri bağlayacağı düzenlenmiştir.⁴³⁹ Organ, bu yetkisini NAFTA 1105. madde kapsamında 2001 yılında adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkeleri için kullanmıştır.⁴⁴⁰ İzleyen süreçte NAFTA mahkemeleri yorumu dikkate almış, taraf devletler de ilgili yaklaşımı model BIT'leri ile uyumlu hale getirmişlerdir.⁴⁴¹ Ama,

⁴³² Kolb, *a.g.e.*, 2016, 130.

⁴³³ Romani, *a.g.e.*, 2007, 23.

⁴³⁴ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 130.

⁴³⁵ Karaoğlu, *a.g.e.*, 2019, 100.

⁴³⁶ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 35. United Nations, 2014, 139. Örn. bkz. ABD 2004 tarihli model BIT, m. 30(3); 2004 tarihli Japonya-Meksika Serbest Ticaret Andlaşması (*Japan-Mexico Free Trade Agreement, 2004*), m. 84, 165.

⁴³⁷ Schreuer, *a.g.e.*, 2011, 74.

⁴³⁸ NAFTA, m. 2001(1).

⁴³⁹ NAFTA, m. 1131(2).

⁴⁴⁰ Bkz. NAFTA Free Trade Commission. (31 July 2001). *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, (http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp Erişim Tarihi: 14.05.2019), B/2.

⁴⁴¹ United Nations, 2014, 140. Yorumun içeriği için ayrıca bkz. Roberts, *a.g.m.*, April 2010, 180 dipnot 4.

NAFTA sisteminde yapılan bu yorumların mahkemeler üzerinde bağlayıcı olmadığı ve yorumu andlaşmanın değiştirilmesi olarak değerlendiren görüşler de vardır.⁴⁴²

2001 tarihli ilgili yorumlar; VAHS madde 31/3(a) kapsamında andlaşmanın yorumlanması veya hükümlerinin uygulanmasına yönelik taraflar arasında yapılan müteakip herhangi bir andlaşma çerçevesinde mahkeme tarafından dikkate alınabilir. NAFTA mahkemeleri de aynı doğrultuda yorum yaparken hukuki temeli NAFTA madde 1131 ve VAHS madde 31/3(a)'ya dayandırmaktadırlar.⁴⁴³ Yatırım tahkiminde konuya farklı cihetlerden bakılmaktadır. Örneğin, *Pope & Talbot* tahkiminde konu, süregiden davaya müdahale etmek amacı ile andlaşmanın geriye dönük değiştirilmesine yönelik meşru olmayan girişim olarak değerlendirilmiştir.⁴⁴⁴ *ADF* kararında ise mahkeme tam tersine; kendisini yorum ile andlaşmanın değiştirilmesi hakkında ayırım yapmak için yetkili görmemiş, bunun yorumun bağlayıcılık ve ağır basan özelliğini dikkate almama eğilimine yol açacağını belirtmiştir.⁴⁴⁵ Bu iki farklı örnekte mahkemeler, hem davalı hem de taraf olarak devletlerin rolleri ve kendi yorum yetkisi hakkında düşüncelerini belirtmişlerdir.⁴⁴⁶

3.1.5. Yorum Yöntemleri

Andlaşmaların yorumlanması gerekliliği; yorumun hangi kurallar ışığında yapılması gerektiği, yorum ile ulaşılmaya çalışılan hedefin ne olduğu gibi bir dizi soruna yanıt bulma arayışının sonucu olarak çeşitli okulların, görüş ve doktrinlerin/yöntemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁴⁴⁷ İlgili okullar, çoğunlukla üç sınıfta incelenmekle birlikte; dört veya beş başlık altında inceleyen yazarlar da mevcuttur. Ancak yorum teorilerini basitçe bahsedilen sayılarda tasnife tabi tutmak aslında çok kolay değildir. Çünkü yazarların yorum teorilerine yaklaşımı hakkında genel bir değerlendirme yapıldığında; esasen, ilgili yaklaşımların kesin sınırlarla ayrılmasının pek de mümkün olmadığı kolaylıkla anlaşılır.

⁴⁴² Bkz. Brower, C. H. (2006). "Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105", *Virginia Journal of International Law*, 46(2), 347-364.

⁴⁴³ Verburg, C. (2019). "Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement", *Journal of World Investment & Trade*, 20, 425-454, 443.

⁴⁴⁴ *Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on Damages* (31 May 2002), para. 47.

⁴⁴⁵ *ADF*, award, para. 177.

⁴⁴⁶ Roberts, a.g.m., April 2010, 180, 181.

⁴⁴⁷ Aksar, a.g.e., 2017, 144.

Özellikle, yorumun belki de çözülmesi en zor unsurlarından biri olan zaman unsurunun da devreye girmesi ile beraber, bazı yazarların son derece bağımsız olarak görüp ayrı başlıklar halinde ele aldığı teoriler bazılarınca birbirinin alt başlığı olarak veya ilişkili olarak ele alınmaktadır. Bunun altında yatan sebebi, teorilerin birbirlerine sıkı veya gevşek bağlarla bağlı olmasında aramak gerekir. Dolayısıyla, öncelikle andlaşmaların ve daha sonra yatırım andlaşmalarının sağlıklı bir şekilde yorumlanması için yapılacak değerlendirmelere temel teşkil edecek olan teorilerin/okulların incelenmesinde bu bağların tespiti önem arz etmektedir. Bizim tercihimiz ise, çoğunlukla tercih edildiği üzere ilgili teorileri; lafzi, sistematik, amaçsal ve tarihsel olmak üzere dörtlü tasnif altında birbiri ile ilişkileri çerçevesinde incelemek yönünde olmuştur.

Yorum okulları hakkında en eski ayırım, üçlü ayırımları esas almaktadır. Örnek olarak Fitzmaurice, yorum hakkında; tarafların niyeti (*intentions of parties/founding fathers school*), lafzi (*textual/ordinary meaning of the words*) ve amaçsal (*teleological/aims and objects*) okul olmak üzere üç okul olduğunu belirterek; ilgili okulların düşüncelerinin birbirinden ayrı olması gerekmediğini, hatta birleştirilerek andlaşmaların yorumlanabileceğine temas etmiştir. Ancak, her okul esasen yorumun bir yönüne öncelik ve ağırlık verme eğilimindedir ya da konuyu başka bir cepheden ele alır. Buna göre tarafların niyetini temel alan okul için esas olan; niyeti ve iradeyi aydınlatmak, etkili kılmak ya da varsaymaktır. Metnin anlamını temel alan okula göre ise metindeki kavramların görünen veya olağan anlamına göre metni aydınlatmaktır. Dolayısıyla, metni analiz eder ve üzerinde çalışır. Konu ve amacı esas alan teleolojik yaklaşım ise kurucuların orijinal niyetinden bağımsız olarak metnin bir konu ve amacı olduğunu varsayar. Teleolojik yorum hemen hemen tümüyle insancıl, sosyal ve yeni hukuk kuralları tesis eden (*law making*) türde genel çok taraflı sözleşmelerin (*general multilateral conventions*) uygulama alanıdır.⁴⁴⁸ Yorum yöntemlerini beşli bir tasnifle ele alan Villiger'a göre, son metot mantıksal (*logical*) yöntem olup muhakemenin rasyonel teknikleri ve *per analogiam, e contrario, contra profentem, ejusdem generis ve expressio unius est exclusio alterius*

⁴⁴⁸ Fitzmaurice, G. (1951). "Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points". *British Year Book of International Law*, 28, 1-28, 1, 2.

gibi soyut ilkelere yönelir.⁴⁴⁹ Uluslararası mahkeme kararlarında amaçsal, sistematik, niyet odaklı vb. genel etiketler, çoğunlukla kesin tanımlarla ifade edilmez. Zira yorum süreci içindeki sıra ve karmaşıklık genel başlıklar altında gruplandırma yapılmasını zorlaştırır.⁴⁵⁰

3.1.5.1. Lafzi yorum/literal yorum (ordinary meaning of terms/textual interpretation)

Lafzi yorum, kuralın sözel yorumu olup metinden ilk anlaşılan anlama karşılık gelen yorumdur.⁴⁵¹ Bu metot, andlaşma metnine dikkat çekerek⁴⁵² metnin objektif anlamını aydınlatmayı amaçlayan yorum yöntemidir.⁴⁵³ Maddenin anlamının açıklığa kavuşturulması için madde metninin lafzına yani sözüne bakmak zaruridir. Dolayısıyla, bütün yorum yöntemlerinde lafzi yorum yöntemi kaçınılmaz olarak kullanılır. Gözler'e göre o nedenle lafzi yorumun diğer yorum yöntemlerinden farkı, madde metninin lafzından yola çıkarak yorum yapmasından değil metnin sözleri ile bağlı kalınıp bunların dışına çıkılmaması gerektiği anlayışından kaynaklanmaktadır.⁴⁵⁴ Damme ise lafzi yorumun diğer yorum yöntemlerinin önemini dışlamadığını savunur. Ancak bunları metne dayalı analizi teyit edecek ve destekleyecek araçlar olarak görür. Tarihsel okul ise tarafların niyetine öncelik verir. Lafzi yorumu dışlayan bir anlayış izler.⁴⁵⁵

Hukuki metnin neye karşılık geldiği, hangi soruya cevap verdiği, kuralın koruduğu hukuki değerin ne olduğu metnin sözünü ifade eder.⁴⁵⁶ Metinden yola çıkılarak lafzi yorum yapılabilmesi için hukuk kuralının; anlambilimsel, dilbilimsel ve dilbilgisel açıdan metninin değerlendirilmesi gerekir.⁴⁵⁷ Bir normda düzenlenmek istenenler, kelime ve cümleler vasıtasıyla ifade edildiği için kavramların kelime anlamları üzerinde düşünmeksizin yorum yapmak mümkün değildir. O nedenle, yorum faaliyetine başlarken ilk olarak metne bakmak tabii olarak bir zorunluluk arz eder. Lafza göre yorumda, sözlükteki anlamlarının yanı sıra kelimelerin cümle

⁴⁴⁹ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 422

⁴⁵⁰ Damme, *a.g.e.*, 2009, 35.

⁴⁵¹ Keser, H. (2017). Hukuk Kurallarının Yorumlanması. Doğan, İ. (Ed.). *Hukuka Giriş*, Ankara: Astana Yayınları, 363-383, 376.

⁴⁵² Villiger, *a.g.e.*, 2009, 421.

⁴⁵³ Klabbers, J. (1996). *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International.

⁴⁵⁴ Gözler, K. (2007). *Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 204.

⁴⁵⁵ Damme, *a.g.e.*, 2009, 36.

⁴⁵⁶ Oder, *a.g.e.*, 2010, 9.

⁴⁵⁷ Güneş, *a.g.e.*, 2017, 101, 102.

içindeki yerleri ve cümlelerin gramer yapısına da bakılır.⁴⁵⁸ Metindeki kavramlar, metni oluşturanlar tarafından farklı bir anlam yüklenmedikçe olağan, günlük dildeki anlamı ile anlaşılır. Ancak hukuk alanı gibi teknik kavramların kullanıldığı bir alanda, kavramların bu çerçevede anlaşılması aslında daha doğru olacaktır. Kavramın hangi hukuk alanı ile ilgili olduğu da ayrıca dikkate alınmalıdır.⁴⁵⁹ Yorumla, anlamın açık olduğu hallerde başvurulmayacağı anlayışından hareketle lafzi yorumun da yapılamayacağına yönelik görüşler mevcuttur. Buna göre, açık anlamı ortadan kaldıracak yorum yapılması, temel yorum kurallarına aykırıdır. Ancak teyit için lafzi yoruma başvurulabilir.⁴⁶⁰

UAD, *Birleşmiş Milletler'e Üye Kabulü* danışma görüşünde, bir andlaşma maddesinin uygulanması ve yorumlanması için görevlendirilen mahkemenin ilk görevinin, bağlam içinde kelimenin doğal ve olağan anlamına etki kazandırmak olduğunu belirtmiş; bu kapsamda kelimeler bir anlam ifade ettiği takdirde, yorum faaliyetinin sona ermesi gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁶¹ Uluslararası Hukuk Enstitüsü 1956 yılında kabul ettiği bir taslakta, az sayıda ve temel yoruma ilişkin bazı ilkelere yer vermiştir. Hukukçuların bazılarının, yorum aracı olarak özgürce hazırlık çalışmaları veya diğer kanıtlardan yola çıkarak tarafların niyetine vurgu yaptığını; bazılarının, özellikle de çok taraflı andlaşmalarda olmak üzere konu ve amaca son derece ağırlık vererek metnin amaçsal yorumu ile beraber tarafların metinde açıklanan niyetinden sapacak şekilde yorum yaptığını dikkat çekmiştir. Ancak çoğunluğun, andlaşma metninin önceliğine vurgu yaparak; tarafların niyeti ile konu ve amaca uygun yorum yöntemlerine de aynı zamanda belli bir yer verdiğini belirtmiştir.⁴⁶²

Metnin olağan anlamı, hukuki istikrarın sağlanmasına yardımcı olması itibarı ile⁴⁶³ önemlidir. Ancak normun lafzı, onun ruhundan yani amacından çıkan anlamla desteklenmeli ve denetlenmelidir. Çünkü, kavramların yalnızca lafzi yoruma tabi

⁴⁵⁸ Aral, V. (2010). *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul: XII Levha, 185.

⁴⁵⁹ Işıktaç, Metin, *a.g.e.*, 2003, 194-196.

⁴⁶⁰ Bkz. Güneş, *a.g.e.*, 2017, 101.

⁴⁶¹ Competence of the General Assembly regarding Admission to the United Nations, I.C.J. Reports 1950, p. 4, 8.

⁴⁶² The International Law Commission, 2007, 682.

⁴⁶³ Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 322.

tutulması sakıncalı sonuçlar doğurabilir.⁴⁶⁴ Yoruma, lafza göre yorumla başlanır. Ancak bu bir son değil başlangıç teşkil eder ve bununla yetinilmez.⁴⁶⁵ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi bir kararında; kapsam, konu ve amaç, tarafların müteakip uygulamaları ve hazırlık çalışmalarının her birindeki farklılıklar sebebiyle farklı andlaşmalarda yer alan aynı veya benzer hükümlerin yorumlanmasının aynı neticeleri vermeyeceğini haklı olarak beyan etmiştir.⁴⁶⁶ Dolayısıyla salt lafzi yorum, andlaşma maddesinin gerçek anlamını ortaya koymaz. Lafzi yorum bir yandan da normun tabii sınırlarını çizer. Çünkü, normun yorumlanması esnasında sözcük anlamını zorlayan aşırılıklar, yorumun sınırlarını aşarak hukuk yaratmaya ve yorum dışı bir yargı etkinliğine yol verebilir.⁴⁶⁷

3.1.5.2. Sistematik yorum (systematic interpretation)

Sistematik argüman; normun diğer normlarla, hedef ve ilkelerle mantık ve amaç bakımından bağlantısına gönderme yapmak için kullanılan bir terimdir. Sistematik, mantıksal yorum yöntemini tamamlar. Hukuk kuralları tutarlı bir düzen oluşturur.⁴⁶⁸ Bu yöntem, 1956 tarihli UHK kararına da yansıdığı gibi kavramların anlamını onların yakın ve geniş kapsamı içerisinde değerlendirmeye çalışır.⁴⁶⁹ Metindeki cümleleri oluşturan kelimelerin tesadüfen yan yana dizildiği düşünülemeyeceği gibi bir kelime ve kavram, cümlenin içinde daha farklı bir anlama gelebilir. Aynı şekilde normlar da yasanın/andlaşmanın geniş bağlantısı içinde düşünülmelidir.⁴⁷⁰

Sistematik yorum gereği, terimlerin olağan anlamının söz konusu andlaşma metni ve andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak tarafların yaptığı herhangi bir andlaşma ile uyumlu olması gerekir.⁴⁷¹ Böylece normun kapsamı ve anlamı, daha sağlıklı ve doğru bir şekilde belirlenebilir. Sistematik yorum, bir noktada amaçsal yorumla kesişmektedir. Zira, sistematik yorumdaki anlam bütünlüğü anlayışı; o bütünlüğün hukuki eğilimleri ve koruduğu değerler, diğer bir ifade ile teleolojisidir.

⁴⁶⁴ Işıktaç, Metin, *a.g.e.*, 2003, 196, 197.

⁴⁶⁵ Aral, *a.g.e.*, 2010, 186.

⁴⁶⁶ Bkz. The Mox Plant Case. (2002). (Ireland v. United Kingdom), Order on Provisional Measures, December 3, 2001, 41 I.L.M. 405, 413, para. 51, Schill, *a.g.e.*, 2005, 297.

⁴⁶⁷ Oder, *a.g.e.*, 2010, 37, 38.

⁴⁶⁸ Işıktaç, Metin, *a.g.e.*, 2003, 199.

⁴⁶⁹ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 422.

⁴⁷⁰ Işıktaç, Metin, *a.g.e.*, 2003, 198.

⁴⁷¹ Kaczorowska, A. (2010). *Public International Law*. Fourth Edition, Routledge, 124, 125.

Dolayısıyla sistematik yorumun uygulanması, zaruri olarak amaçsal unsurları da göz önünde bulundurma neticesine ulaştırır. Hatta bu sıkı ilişki, her iki yöntemin sistematik-teleolojik yorum şeklinde aynı başlık altında ele alınmasına da neden olmuştur.⁴⁷² Andlaşmaların giriş kısmı, çoğunlukla andlaşmanın konu ve amacının ortaya çıkarılmasına yardım eder.⁴⁷³ Giriş kısmı için yapılan bu değerlendirmeler VAHS'taki bağlama ilişkin diğer unsurlara da teşmil edilebilir. O nedenle bağlam, andlaşmanın konu ve amacı ile çok yakından ilişkilidir.

3.1.5.3. Amaçsal yorum (teleological/functional interpretation)

Bu yöntem açıkça 1935 tarihli Andlaşmalar Hukuku Hakkında Harvard Taslağının 19. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre yöntem gerekirse andlaşma metninin sınırlarını ihlal ederek, andlaşmanın konu ve amacına yoğunlaşır.⁴⁷⁴ Uluslararası andlaşmaların konuları birbirinden farklı olabileceği gibi pek çok farklı konu da tek bir uluslararası andlaşmada düzenlenebilir. Mesela uluslararası alanda çevre, ticaret, ceza, yatırım vb. çok farklı konuları düzenleyen andlaşmaların varlığı söz konusudur. Bu da demek oluyor ki yorumun, söz konusu alanın terimlerini ve kullanımını dikkate alması gerekir.

Andlaşmaların yorumlanmasında, amaçsal yorum yöntemiyle beraber zikredilen iki kavram: “akit tarafların niyeti” ve “andlaşmanın konu ve amacı”dır. Bu kavramlar sıklıkla, literatürde birbirine ikame edilmek suretiyle kullanılmaktadır. İki taraflı andlaşmalar bakımından iki ifade arasında önemli bir fark olmadığını söylemek mümkün olmakla birlikte; çok taraflı andlaşmalarda bütün akit tarafların tek bir ortak niyeti olduğunu belirlemek çok kolay olmamaktadır. O nedenle, çok taraflı andlaşmalar bakımından amaçsal yorum yöntemine işaret etmek için “andlaşmanın konu ve amacı” tabirini kullanmak daha doğru görünmektedir.⁴⁷⁵

Amaçsal yoruma dair iddialar uyumsuzluklarda nadiren yalnız başına bulunan iddialardır. Söz konusu iddialar, temelde lafzi ve sistematik savlarla veya tarafların niyetleri ile ilişkilidir. Burada savların esas tehlikesi, tarafların niyetini kolayca ihlal

⁴⁷² Oder, *a.g.e.*, 2010, 60-61.

⁴⁷³ Hillier, T. (1998). *Sourcebook on International Law*, Cavendish Publishing, 144.

⁴⁷⁴ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 422.

⁴⁷⁵ Şarbak, H. N. (2018). *Uluslararası Hukukta Yorum ve Uluslararası Hukukun Ulusal Mahkemelerde Yorumlanması*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 61.

etmesi ve hakimlerin hukuk yaratma faaliyeti yaparcasına görevlerini aşmasıdır. Burada yorum, kolaylıkla andlaşmanın değiştirilmesine dönüşebilir.⁴⁷⁶

Bir andlaşmada konu ve amaç açıkça yazıyor ise buna itibar edilir.⁴⁷⁷ Andlaşmanın konu ve amacı çoğunlukla girişe, başlığa bakarak tespit edilir. Geniş manada, kural olarak andlaşmanın tüm bağlamı göz önünde bulundurularak konu ve amaç bulunur.⁴⁷⁸ Bir andlaşmanın amacının ne olduğunu saptarken kelimelerin olağan anlamı ve iyi niyetle yorum esastır.⁴⁷⁹ Hukuk yaratan çok taraflı andlaşmaların (*law making treaties/traites-lois*) yorumlanmasında konu ve amaç unsuru daha ziyade dikkate alınmaktadır. Çünkü bunlar, uluslararası toplumun ortak çıkarını hayata geçiren ve uluslararası topluma yönelik kurallar koyan hatta kodifikasyon sözleşmeleri olarak da anılabilecek andlaşmalar olup; andlaşmanın yapılması aşamasında tartışmalara yansımış olan devletlerin bireysel çıkarlarından aridirler.⁴⁸⁰ Akit Andlaşmalar (*Traites-contrats*) ise belli bir hukuki durumu düzenleyen andlaşmalar olup daha çok iki taraflı andlaşmalar veya sınırlı çok taraflı andlaşmalarda vücut bulurlar.⁴⁸¹

Konu ve amaçla yakın ilişkili bir konu da sınırlayıcı/dar ve etkili/geniş (*restrictive ve effective*) yorum yöntemidir. Bazı yatırım mahkemeleri, iki yöntemden yalnız birini tercih ederken bir kısmı ise iki yorum yöntemi arasında denge yolunu izlemektedir. Bazı mahkemeler ise başta ileri sürdükleri yorum yönteminin tamamen zıddı bir yorum yöntemini kullanarak karar vermektedir.⁴⁸² Bazıları ise her iki yorum yöntemini de VAHS'a aykırı görmektedir. Schreuer'e göre konu ve amaca uygun yorum, etkililik lehine sonuçlanır.⁴⁸³ Zira iyi niyet ilkesi ile birlikte bu yorum yöntemi, kavramların etkililiğini sağlar.⁴⁸⁴ UHK'ye göre, andlaşmanın birden fazla yoruma açık olması halinde iyi niyetle andlaşmanın konu ve amacı, andlaşmayı etkili ve etkisiz/daha az etkili yorumlamayı sağlayan seçeneklerden ilkinin seçmeye

⁴⁷⁶ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 146.

⁴⁷⁷ Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 322.

⁴⁷⁸ Şarbak, *a.g.e.*, 2018, 68; Gardiner, R. K. (2015). *Treaty Interpretation*. (Second Edition), Oxford: Oxford University Press, 213.

⁴⁷⁹ Doğan, İ. (2013). *Devletler Hukuku*. Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara: Astana Yayınları, 141.

⁴⁸⁰ Oellers-Frahm, *a.g.e.*, 2008, 185.

⁴⁸¹ Oellers-Frahm, *a.g.e.*, 2008, 174. İlgili andlaşma türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oellers-Frahm, *a.g.e.*, 174.

⁴⁸² Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 32, 33.

⁴⁸³ Schreuer, *a.g.e.*, 2010 Diversity, 133.

⁴⁸⁴ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 428.

götürür.⁴⁸⁵ Yatırım tahkimi kararlarında dar⁴⁸⁶, geniş/etkili yoruma⁴⁸⁷ sıkça başvurulmakta bazı kararlar ise iki yöntemi de reddetmektedir.⁴⁸⁸

3.1.5.4. Tarihsel yorum (historical/subjective interpretation)

Tarihsel yorum, andlaşmayı yorumlarken nihayetinde yorumlayanı hazırlık çalışmalarına başvurmaya kadar teşvik ederek götüren, taslağı hazırlayanların gerçek niyetini esas alan bir yöntemdir.⁴⁸⁹ Dolayısıyla, andlaşmaların yorumunda önemli bir tanım olarak niyet merkezli bir tanımdan da bahsetmek gerekir. UHK yaptığı bir tanımda andlaşmayı: “ *tarafların ortak iradesinin (will) somutlaşmış hali*” olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla yorum, tarafların niyetini tespit etmek üzere yürütülen bir araştırma faaliyetidir.⁴⁹⁰

Tarihsel yorum; kuralın yapım süreci, oluşumundaki etkenler, kuralın öncesindeki durum ile kuralı koyan iradenin amacını ortaya koymak üzere izlenen yorum yöntemidir. Bu yönetime çoğunlukla bağımsız bir yöntem olarak başvurulmakla birlikte, kuralı koyanların iradesinin ortaya çıkarılması yalnızca bu yöntemle sağlanmamaktadır. Lafzi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri de kuralı koyanların iradesini tespiti hizmet edebilir.⁴⁹¹ Özellikle, lafzi yorumdan yola çıkanlar da esasen niyet odaklı bir yaklaşım izleyebilmektedir. Bu anlayışa göre, tarafların esas niyeti her zaman metinde yer alır. Metin, tarafların niyetini tespit etmede en uygun yol ve yaklaşımdır.⁴⁹² Yorumun amacının sıklıkla tarafların gerçek niyetini ortaya çıkarmak olduğu söylenmekle birlikte, uyuşmazlıkların pek çoğu tarafların ortak bir iradesinin olmamasından vuku bulmaktadır. Zira, andlaşmada gözden kaçan veya tarafların farklı niyetleri sebebiyle kasıtlı olarak bırakılmış muğlaklık veya boşluklar söz konusu olmaktadır. Tarafların gerçek ortak bir iradesi olmakla birlikte, iradenin yanlış anlamadan kaynaklanması halinde de tarafların

⁴⁸⁵ Bkz. Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 219, para. 6.

⁴⁸⁶ Örn. bkz. Noble Ventures, award, para. 55.

⁴⁸⁷ Örn. bkz. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, para. 116; Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, (9 November 2004), para. 95.

⁴⁸⁸ Örn. bkz. Amco, decision on jurisdiction, para. 14.

⁴⁸⁹ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 421.

⁴⁹⁰ Bkz. Bjorge, E. (2014). *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2.

⁴⁹¹ Oder, *a.g.e.*, 2010, 74. Rüthers, Fischer, Birk, *a.g.e.*, 2020, 436, 437.

⁴⁹² Jennings, *a.g.m.*, 1967/II, 545.

iradesini dikkate almak yararlı olmayacaktır.⁴⁹³ Hazırlık çalışmaları, yasa koyucunun kullandığı kavramlarla neyi ifade etmek istediğinin tespitinde ve karşılıklı çıkar çatışmalarının aydınlatılmasında anahtar bir vazife görür. Nihai olarak ortaya tasarlanan metinden farklı bir metin çıksa da yasanın yorumu ile ilgili sorunların çözümü için bir anahtar bulunmasına imkan sağlar.⁴⁹⁴ Bazen de genel bir eleştiri olarak ifade edildiği gibi gerçek niyet ve iradenin belirlenmesinin önünde engel olur.

3.1.5.5. Yorum yöntemleri arasındaki ilişki ve hiyerarşi tartışması

Bir madde yorumlanırken hangi okulun görüşünü esas almak gerektiğine ilişkin sorun, günümüzde çözülmüş gibi görünmektedir. İlgili yöntemlerin yalnızca birini esas almak yerine hepsinin beraber kullanılması gerektiği konusunda doktrinde büyük oranda bir mutakabat mevcuttur. Esasen yorum yöntemleri arasında hiyerarşinin olmaması ya da birinin diğerini dışlamaması, yorum sürecinin doğal sonucu gibi görünmektedir. Çünkü, daha önce de kısım kısım değinildiği gibi lafzi yorumla başlayan süreç sistematik yoruma kapı aralamakta, sistematik yorum ise amaçsal yorumu gündeme getirmektedir. Hatta bu süreçler birlikte işlemektedir ki lafzi yorum yapabilmek için dahi andlaşmanın konu ve amacının ne olduğunu bilmek veya belirlemek gerekir.

Yorum sürecinde değişik basamaklar/adımlar olduğu için açık bir yörünge tayin etmek zordur. Uluslararası mahkeme kararları, yorum okulları arasındaki farkları açık bir şekilde analiz edememektedir.⁴⁹⁵ Pek çok davada, yorum yargısal veya hukuki bir sezgi şeklinde kendini gösterir ve hukuk kuralının anlamını belirlerken, meçhul ve belirsiz bir süreç izler. Hakimler, kuralı yorumlarken bir yorum metodunu diğerine tercih etmelerinin nedenini çoğunlukla açıklamazlar.⁴⁹⁶ 1969 yılı öncesi UAD içtihatları, yorum yaklaşımlarına eşit bir mesafede olmakla beraber; bazen hazırlık çalışmalarına başvurulduğu halde subjektif yöntemle genellikle atıf yapılmamış, sistematik metoda ise sıkça başvurulmuştur. Uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarında ise amaçsal yorum yöntemi vurgulanmıştır.⁴⁹⁷

⁴⁹³ Jennings, a.g.m., 1967/II, 544.

⁴⁹⁴ Işıқтаç, Metin, a.g.e., 2003, 202.

⁴⁹⁵ Damme, a.g.e., 2009, 35.

⁴⁹⁶ Damme, a.g.e., 2009, 34.

⁴⁹⁷ Villiger, a.g.e., 2009, 422, 423.

3.1.5.6. Diğer yorum yöntemleri

Yorum, hangi normun uygulanması gerektiğini belirleyerek normlar arasındaki çatışmayı çözen veya bir normun uygulama alanını daraltan ya da genişleten birtakım kanıtlama araçlarına da başvurur. Söz konusu araçlar öncelikle mantık alanında kullanılan araçlardır. Ancak bunlar hukuktaki kullanım biçimleri ile kendine özgü bir nitelik kazanmışlardır. Genellikle sistematik yaklaşımlar bağlamında ya da teleolojik kanıtlar çerçevesinde veya boşluk doldurmada kullanılırlar. Bu argümanlar hukuk kuralı yaratan, hangi hukuk kuralının uygulanacağını belirleyen, uygulama alanını daraltan ya da genişleten işlevlere sahiptir.⁴⁹⁸ Mantık kuralları esasen çok sayıdadır. Ancak, bazıları uluslararası hukukta pek kullanılmamaktadırlar. Örneğin, sözleşmeyi kaleme alanın aleyhine yorum yöntemi; uluslararası andlaşmaların sadece tek tarafın dayatması neticesinde yapılmayıp müşterek müzakerelerin ve çabaların sonucu olması sebebiyle uluslararası uygulamaya uygun bir yorum aracı değildir. UDAD'ın ilgili ilkeye dayandığı bir karar söz konusu olmuşsa da bir uluslararası andlaşmaya ilişkin değildir.⁴⁹⁹ Etkili yorum, dar ve geniş yorum gibi bazıları ise eleştirilere konu olsalar da yatırım andlaşmalarının yorumlanmasında sıkça başvurulandırlar. O sebeple iki yönetime kısaca değinilecektir.

Etkililik ilkesi, andlaşma hükmü hakkında biri anlamdan yoksun bırakan diğeri birtakım anlamlar yükleyen iki muhtemel yorumla karşılaşılması halinde, anlam veren yoruma itibar edilmesidir.⁵⁰⁰ “*Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Üçüncü Raporda*” yorumla ilgili olarak münhasıran bir tasarı maddesi olarak düzenlenmiş olan etkililik prensibi, sonrasında tasarılar da yer almamıştır. Raporda ilkenin kapsamının genişletilerek, geniş yorum ve teleolojik yorumla eş tutulduğu ve karıştırıldığına değinilmiştir.⁵⁰¹ Ayrıca ilke hakkında, andlaşmaların deklare edilen veya görünen konu ve amacına göre yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Özel hükümlerin ise onlara azami ağırlıkla etki verecek şekilde ve kelimelerin normal anlamı içinde, metnin diğer kısımlarıyla uyumlu şekilde yorumlanması gerektiğine değinilmiştir.⁵⁰² İlkenin gereği olarak yorumlama faaliyeti, andlaşma metninde yer alan her bir kelimenin bilinçli bir şekilde orada bulunduğu anlayışı ile

⁴⁹⁸ Oder, *a.g.e.*, 2010, 13, 14.

⁴⁹⁹ Dörr, *a.g.e.*, 2018, 579.

⁵⁰⁰ Kaczorowska, *a.g.e.*, 2010, 126.

⁵⁰¹ Bkz. Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 60.

⁵⁰² Bkz. Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 55.

yürütülmelidir.⁵⁰³ Kelimelerin uygun anlam verecek şekilde yorumlanması andlaşmaların yorumlanmasında iyi bilinen bir ilkedir.⁵⁰⁴ Ancak, andlaşmaların etkililiğini sağlamak amacıyla yapılacak yorumda tarafların iradesini aşacak veya değiştirecek şekilde yorum yapmaktan kaçınmak gerekir.⁵⁰⁵ İlke, VAHS'ta açık bir şekilde yer almasa da aslında konu ve amaca göre yorumun ve iyi niyetin hususi bir uygulamasından ibarettir. Ayrıca VAHS'ın 31. maddesinin tamamlayıcı parçasıdır.⁵⁰⁶

Pek çok insan hakları hukukçusu, insan hakları belgelerinin konu ve amacını anlamakta etkililik ilkesini merkeze almaktadır. Böylece yargılamada öne çıkan bir ilke olmuştur.⁵⁰⁷ Benzer şekilde insan hakları mahkemeleri, dinamik yorum ilkesinin gelişmesinde de öne çıkmışlardır. UAD'nin *Costa Rica-Nicaragua* kararındaki onayı ile yorum türü kademeli olarak yayılmıştır. Fakat, daha çok uluslararası hukuktan ayrılarak etkililik ilkesini geleneksel kapsamının ötesine genişletmişlerdir.⁵⁰⁸ Örneğin; *Golder* kararında ilkeye dayanan AİHM, Sözleşmenin kapsamının zamanın şartlarına göre değişebileceğine⁵⁰⁹ ve AİHS madde 6/1'in yargıya başvurma hakkı verdiğine karar vermiştir. Fitzmaurice, ilgili yorumu olağan anlama uyumsuz bir şekilde yeni yükümlülükler ihdas edilmesi sebebi ile eleştirmiştir.⁵¹⁰ UAD'nin *Barış Andlaşmalarının Yorumlanması* kararında; yorumlanan hükmün, lafzı ve ruhuna aykırı olduğu takdirde uygulanmayacağını belirtmesi, sınır tayin etmesi açısından önemlidir.⁵¹¹

Yatırım tahkiminde ilkeye pek çok kararda başvurulmaktadır.⁵¹² Ayrıca prensibe hususen önem atfedilen pek çok karar da vardır. Örneğin; *Canfor*

⁵⁰³ Şarbak, *a.g.e.*, 2018, 45.

⁵⁰⁴ Bkz. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, pp. 70-141, para. 133; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 13.

⁵⁰⁵ Meray, S. L. (1959). *Devletler Hukukuna Giriş*. İkinci Cilt, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 88.

⁵⁰⁶ International Law Commission Yearbook vol 1996-II, 219, para. 6; Dörr, *a.g.e.*, 2018, 579.

⁵⁰⁷ Örn. bkz. *Airey v. United Kingdom*, Application no. 6289/73 (9 October 1979), para. 24; *Nada v Switzerland*, Application no. 10593/08, (12 September 2012), para. 182, 19.

⁵⁰⁸ Waibel, *a.g.e.*, 2014, 394.

⁵⁰⁹ Doğan, İ. (2019). Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi. Doğan, İ. (Ed.). *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Astana Yayınları, 391-432, 413.

⁵¹⁰ *Golder v. United Kingdom*, Judgment, Application no. 4451/70, (21 February 1975), para. 36.

⁵¹¹ Bkz. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), I.C.J. Reports 1950, p. 221, 229.

⁵¹² Örn. bkz. AAPL, award, para. 40.

tahkiminde uluslararası hukukun iyi bilinen bir ilkesi olduğu,⁵¹³ *Eureko* kararında andlaşmaların yorumlanmasında temel kural⁵¹⁴, *Klöckner* kararında teamül hukuku ilkesi⁵¹⁵, *Noble Ventures* kararında andlaşmaların yorumlanmasında önemli rol oynadığı⁵¹⁶ belirtilmiştir. Yine tahkim kararlarında, ilkenin açıkça adı verilmemekle birlikte; buna tekabül edecek şekilde, gerek anlamlı yorum manasında olumlu anlam veren⁵¹⁷ gerekse terimlerin anlamsız olmaması manasına gelecek şekilde olumsuz ifadelerin kullanılarak⁵¹⁸ uygulanmasına dair pek çok örnek vermek mümkündür. Etkililik ilkesinin VAHS 31/1. madde bağlamında konu ve amaçla ilişkisinin yansımaları, tahkim kararlarına çeşitli cihetlerden yansımaktadır. *Banro* kararında etkili yorumun; hükümlerin açık anlamlarının ötesine geçirme neticesini verecek, konu ve amaçtan mahrum bırakacak şekilde yapılmaması gerektiği belirtilerek yorum ilkesinin sınırına dikkat çekilmiştir.⁵¹⁹ Bazı kararlarda hükümlerin, andlaşmanın geri kalan kısmının gerekli olumlu manadan yoksun bırakacak şekilde yorumlanmaması gerektiğine de temas edilmiştir.⁵²⁰

Bazı yazarlar, ilkenin iki kanada sahip olduğuna işaret ederler. İlki, her bir hükmün bireysel olarak fayda ve etkiye sahip olduğu⁵²¹ varsayımı; diğeri ise andlaşmanın bir bütün olarak amacının olması⁵²² varsayımıdır. Dolayısıyla ikincisi aslında bir anlamda 31. maddedeki konu ve amaç unsuru ile örtüşmektedir.⁵²³ *Wintershall* tahkiminde ilkenin en klasik tanımına vurgu ile bir ibarenin, anlamdan mahrum bırakacak şekilde yorumlanması yerine ona bir anlam verecek şekilde ve her hükmün faydalı netice verecek şekilde yorumlanması gerektiğine işaret edilmiştir.

⁵¹³ *Canfor Corp. v United States of America and Terminal Forest Products Ltd v United States of America*, Consolidated NAFTA Arbitration (UNCITRAL Rules), Decision on Preliminary Question (6 June 2006), para. 324.

⁵¹⁴ *Eureko B.V. v Republic of Poland*, Partial Award (19 August 2005), para. 248.

⁵¹⁵ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award (21 October 1983), para. 66.

⁵¹⁶ *Noble Ventures, Inc. v Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005), para. 50.

⁵¹⁷ Örn. bkz. *Canfor*, Decision on Preliminary Question, para. 324.

⁵¹⁸ Örn. bkz. *Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration, Case No. UN 3467, Award (1 July 2004), para. 68.

⁵¹⁹ *Banro*, award, para. 6.

⁵²⁰ *Renta 4 S.V.S.A. et al v The Russian Federation*, Arbitration V (024/2007), Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award on Preliminary Objections (20 March 2009), para. 32.

⁵²¹ Bu kuralın yansıdığı bir örnek için bkz. *Corfu Channel case*, Judgment on Preliminary Objection: I.C. J. Reports 1948, p. 15, 24.

⁵²² Bu kuralın yansıdığı bir örnek için bkz. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, 229.

⁵²³ Bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 147.

İlkenin çok yaygın bir yorum ilkesi olduğu belirtilmiştir.⁵²⁴ *Continental* kararı ilkenin konu ve amaçla bağlantısını ele alınarak, konu ve amaca aykırı bir şekilde BIT terimlerinin dar yorumunun, andlaşmanın pek çok hükmünü yatırımcılar için etkisiz ve faydasız bırakacağını ifade ederek,⁵²⁵ aslında geniş yorum anlamına gelebilecek bir anlayışı yansıtmıştır. Etkililik ilkesinin kapsamı konusunda *Cemex* tahkimi, ilkenin metne azami (maximum) etkiyi vermeyi gerektirmeyeceğini; yalnızca, anlamlı bir yorumun mümkün olduğu takdirde, metni anlamsız hale getirecek yorumları izale edeceğini belirterek⁵²⁶ aslında etkili yorumu gerçek manası ile uygulamıştır.

Dar ve geniş yorum ayrımı için bir tanım yaparsak, kısa bir tanımla geniş yorum: Bir kuralın lafzın ötesine geçerek uygulanması, dar yorum ise normal verilen anlamından daha dar yorumlanmasıdır.⁵²⁷ Yorum, tanımı itibarıyla tarafların iradesini ortaya çıkarmalı ve aynı zamanda aşmamalıdır. Ancak UAD, her davanın içeriğine ve kendine has özelliklerine göre dar veya geniş yoruma başvurabilmektedir. Örneğin, Divan'ın geniş yorum yöntemine başvurduğu kararlardan biri de *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini* danışma görüşüdür. Divan teşkilatın amaçlarını göz önünde tutarak ve etkililik ilkesini uygulayarak Birleşmiş Milletler'in uluslararası kişiliği olduğuna karar vermiştir. UDAD ve UAD'nin taraflara en az yükümlülük yükleyecek şekilde yorum yaptığı kararları da vardır.⁵²⁸ Yine, egemenliği sınırlayan hükümlerin dar yorumlanacağı anlayışı hem artık uygulanmadığı hem de VAHS'ta yeri olmadığı için çokça eleştirilmekle birlikte⁵²⁹; UDAD'ın *Bozkurt-Lotus* kararında egemenlik üzerine

⁵²⁴ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award (8 October 2008), para. 165. Benzer ifadelerin yer aldığı başka bir dava için bkz. Eureka B.V., Partial Award, para. 248.

⁵²⁵ Continental Casualty Company. v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/03/9 Decision on Jurisdiction (22 February 2006), para. 80.

⁵²⁶ CEMEX Caracas Investments BV and CEMEX Caracas II Investments BV v Bolivia , ICSID Case No

ARB/08/15, Jurisdiction (30 December 2010), para. 144.

⁵²⁷ Gözler, *a.g.e.*, 2007, 214, 215.

⁵²⁸ Meray, *a.g.e.*, 1959, 89, 90.

⁵²⁹ Örn. Bkz. Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 323; Schreuer, C. (2010). Diversity And Harmonization Of Treaty Interpretation In Investment Arbitration. Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Eds.). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff Publishers, 129-151, 132; Bernhardt, R. (1999). "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European. Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law*, 42, 11-25, 14.

sınırlama getirildiğinin varsayılamayacağını belirttiği⁵³⁰, UAD'nin *Peru ve Kolombiya Arasında Sığınma meselesi* kararında (20 Kasım 1950) egemenliği sınırlayan hükümlerin dar yorumlanacağını belirttiği kararları sıkça atıf yapılan örneklerdir. Yine ilgili minvalde, uluslararası mahkemelere yetki veren andlaşmaların dar yorumlanması gerektiği genel bir kabul olarak dile getirilmektedir.⁵³¹

Bazı uluslararası andlaşmalar, nadir de olsa dar yorum yapılması gereken hususları düzenleyebilmektedir.⁵³² Ayrıca, istisnalar dar yoruma tabi tutulur. Bu ilke etkililik ilkesinin, konu ve amaç ile iyi niyet ilkesinin bir uygulaması olması gibidir. Diğer bir anlatımla genel kuralın etkili şekilde uygulanması gerekliliği, istisnanın dar yorumlanmasını gerektirir.⁵³³ Etkililik ile geniş yorum hakkındaki anlayış çeşitliliğine/farklılıklarına doktrinde sıkça rastlanmaktadır. Mesela Boas'a göre etkililik ilkesi teleolojik yaklaşımdan kaynaklanır.⁵³⁴ Fakat dar-geniş yorum aynı zamanda lafzi yorum merkezli de uygulanabilmektedir. Yatırım andlaşmaları bağlamında bakıldığında yatırımcıların hakkına yoğunlaştığı için dar yorum, ev sahibi devlet lehine sonuç doğururken; geniş yorum, sıklıkla yatırımcı lehine sonuçlanmaktadır. Dar ve geniş yorum anlayışını reddeden hakem kararlarına da rastlanmaktadır.⁵³⁵ Mesela *Amco* tahkimi, ICSID bağlamında yargısal yetkiye dair hükümlerin dar yorumlanması varsayımının olmadığı, devletlerin ortak iradesine tam saygı ve iyi niyet ilkesine göre yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.⁵³⁶

⁵³⁰ Bkz. SS 'Lotus' (France v Turkey) (1927) PCIJ (Ser. A) No. 10, 18–19.

⁵³¹ Bkz. Meray, *a.g.e.*, 1959, 89, 90.

⁵³² Örneğin, Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü (*Rome Statute of the International Criminal Court*, 1998), m. 22/2'de: "Bir suçun tarifi, dar anlamda yorumlanacak ve kıyas yoluyla genişletilemeyecektir. Muğlak olması halinde; soruşturulan, yargılanan veya mahkum edilen şahıs lehine yorumlanacaktır." düzenlemesi yer almaktadır. Statü'nün Türkçe Metni için bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDERS.htm Erişim Tarihi: 13.11.2020).

⁵³³ Dörr, *a.g.e.*, 2018, 579.

⁵³⁴ Boas, G. (2012). *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar, 64.

⁵³⁵ Schreuer, *a.g.e.*, 2011, 72.

⁵³⁶ Amerasinghe, C. F. (2009). *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 438.

3.2. 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (VAHS) Göre Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanması

3.2.1. Genel Bakış

VAHS'ın yoruma ilişkin hükümlerinin uygulama alanı ya da daha genel bir ifade ile VAHS'ın kapsamı, uluslararası kamu hukukuna tabi devletler arasındaki anlaşmalardır.⁵³⁷ Bu itibarla devlet ve yatırımcı arasında yapılmış olan imtiyaz sözleşmeleri gibi akitlerin yorumlanması kapsam dışındadır. Fakat uygulamada nadir olarak görüldüğü üzere iki taraf bir andlaşma yaparak ilgili kurallara başvurabilir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*UNCITRAL*) hakem kuralları, Güvenlik Konseyi Kararları, devletin yatırım tahkimine rızasını sağlayan iç hukuk kuralları gibi bazı örneklerde VAHS kapsamında uluslararası andlaşma sayılmayan belgelerin yorumlanmasında da yorum kurallarına başvurulduğu görülmektedir.⁵³⁸

UHK'nin, andlaşmalar hukuku çerçevesinde yorum konusunu ele alması, Raportör Waldock'un 1964 yılında sunduğu Üçüncü Raporuna dayanır. Söz konusu rapor, yorumu ele alan ilk rapordur. Waldock, diğer tasarı maddelerinin etkililiğini sağlamak için yorum maddelerini gerekli görmüştür.⁵³⁹ Raporda yorum, 70-73. maddeler olmak üzere dört madde tasarısı olarak sunulmuştur. İlgili maddeler: Mevcut 31. maddenin temelini teşkil eden yoruma ilişkin genel kural olan 70. madde, genel kuralın uygulanışını gösteren 71. madde, terimlerin etkili yorumunu düzenleyen 72. madde ve andlaşma temelli veya teamül kaynaklı olsun takip eden normların etkisini ele alan 73. maddelerdir.⁵⁴⁰ Komisyon, yorum kurallarının formüle edilmesinin çok zor bir süreç olmasına rağmen lüzumlu olduğunu birtakım gerekçelerle izah etmiştir. Buna göre; ahde vefa ilkesinin hakiki bir anlamının varlığından bahsedebilmek için andlaşmaların hukuka uygun olarak ve iyi niyetle yorumlanması gereklidir. İkinci olarak; çeşitli yorum yöntemleri arasında, andlaşmaların yorumlanmasında metnin oynadığı rol lehine açıkça bir tavır koymak istemesidir. Son olaraksa andlaşmada açıkça düzenlenmiş konular ile tarafların niyetlerine yapılacak atıflarla ortaya konacak konuları birbirinden ayırmayı;

⁵³⁷ Bkz. VAHS, m. 1 ve Sözleşmedeki "andlaşma" kelimesinin tanımı için bkz. VAHS, m. 2/1(a).

⁵³⁸ Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 35.

⁵³⁹ Damme, *a.g.e.*, 2009, 39-41.

⁵⁴⁰ Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 52, 53.

düzenlenen pek çok maddenin uygulanmasının, ancak yorum araçları ışığında tarafların niyetinin ortaya çıkarılması suretiyle tam anlamı ile mümkün olacağını ifade etmiştir. İlave olarak, yorum kurallarının belirlenmesi andlaşmanın uygulanmasının yanı sıra andlaşma taslaklarının hazırlanmasına da hizmet edecektir.⁵⁴¹ VAHS’in amacı, bütün uluslararası hukukta andlaşmaların yorumlanması hakkında asgari uyumu tesis etmektir.⁵⁴²

Uluslararası hukukta andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar VAHS 31-33. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu kurallar sıklıkla Sözleşmenin en başarılı hükümleri olarak kabul edilmektedir. Hatta Sözleşmenin normatif esaslar, esneklik ve ılımlılık arasında düzenli ve yerinde bir denge kurduğu söylenmektedir.⁵⁴³ 31. ve 32. maddeler hakkındaki doktrindeki genel kanaat, yoruma ilişkin mevcut teamül hukuku kurallarının tedvin edilmiş hali olduğu şeklindedir. İlgili husus, Komisyonca teyit edildiği gibi⁵⁴⁴ başta UAD olmak üzere pek çok uluslararası mahkeme kararına da yansımıştır.⁵⁴⁵ 33. maddenin bütünüyle teamül hukukunu yansıtır yansıtmadığı hususu ise tartışmalıdır.⁵⁴⁶ VAHS’in iki temel yorum kuralı olan 31. ve 32. maddelerden 31. madde başlığının “genel” yorum “kuralı” olması sebebiyle emredici ve birincil, 32. madde başlığının “tamamlayıcı” yorum “araçları” olması sebebiyle madde 31’in yardımcısı ve tamamlayıcısı olduğu kabul edilmektedir. Yani aralarında hiyerarşi vardır.⁵⁴⁷ Hiyerarşi, hazırlık çalışmalarının eksikliği ve ulaşılmadaki zorluklar gibi pratik nedenlerden kaynaklanmaktadır.⁵⁴⁸ Aynı şekilde 31. madde, birden fazla unsur/aracı barındırmasına rağmen başlığında yer alan tekil “kural” kelimesi, emredici vasfının yanında bütüncül özelliğini anlatmaktadır.⁵⁴⁹ İki madde

⁵⁴¹ The International Law Commission, 2007, 683.

⁵⁴² Waibel, M. (2011). *International Investment Law and Treaty Interpretation*. Hofmann, R., Tams; C. J. (eds.). *International Investment Law and International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, 29-52, 32.

⁵⁴³ Kolb, a.g.e., 2016, 128.

⁵⁴⁴ Bkz. International Law Commission, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, 9-48.

⁵⁴⁵ Örn. bkz. Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, 19, 20, p. 6, para. 41. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, devletlerarası hakemlikler, WTO, AİHM, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, ICSID ve bunlar gibi uluslararası mahkemeler tarafından kuralların teamüli karakteri kabul edilmektedir. Örn. bkz. International Law Commission, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, 14, 15.

⁵⁴⁶ International Law Commission, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, 15.

⁵⁴⁷ Bkz. Arsanjani, M. H., Reisman, W. (2010). “Interpreting Treaties for the Benefit of Third Parties: The Salvors Doctrine and the Use of Legislative History in Investment Treaties”. *American Journal of International Law*, 104(4), 597-604, 599; Schwarzeberger, a.g.e., 1969, 112.

⁵⁴⁸ Damme, a.g.e., 2009, 51.

⁵⁴⁹ Bkz. Arsanjani, Reisman, a.g.m., 2010, 599.

andlaşmaların yorumlanmasında birlikte dikkate alınması zorunlu olan bütünleşmiş bir çerçeveyi kurarlar.⁵⁵⁰

33. madde ise iki veya daha fazla dilde tevsik edilmiş olan andlaşmaların yorumunu düzenler. Böyle bir halde, metinde veya taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça, görüş ayrılığı halinde her bir dildeki metin eşit şekilde geçerlidir. Metnin tevsik edildiği dillerden farklı bir dildeki andlaşma sureti, ancak andlaşmanın öngörmesi veya tarafların kabulü halinde geçerli metin olarak telakki edilir. Andlaşma terimlerinin, her bir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edilir. Belli bir metnin üstün tutulması hali saklı kalmak kaydıyla geçerli metinler arasında yapılan karşılaştırma, 31. ve 32. maddelerin uygulanmasının ortadan kaldırmadığı bir mana farkı ortaya koyarsa, andlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran mana benimsenecektir.⁵⁵¹

VAHS, andlaşma maddelerinin yoruma ihtiyacı olduğunun nasıl anlaşılacağı hakkında bir düzenleme içermemektedir.⁵⁵² Maddedeki yorum araçlarının nasıl kullanılarak bir sonuca varılacağı da yine uygulayıcıların takdir yetkisine bırakılmıştır. Ancak yorum araçlarının her biri, birbirinden bağımsız olarak yorum sonucuna ulaştırmaz. Örneğin bağlam, olağan anlamdan bağımsız olarak bir netice vermez.⁵⁵³ Maddelerin sağladığı esneklik, ilgili maddelerin çizdiği çerçeve içerisinde kalarak çeşitli andlaşmaların gereklerine, şartlara ve zamana uyum sağlanmasına yardımcı olurken; çok geniş bir düşünce çeşitliliğinin oluşması açısından negatif bir sonuca yol açar.⁵⁵⁴

VAHS'ın yoruma dair düzenlemelerinin kurallar mı içerdiği yoksa ilkeler mi içerdiğine yönelik bir tartışma mevcuttur.⁵⁵⁵ Bu konuda, maddelerin kural niteliğinde olduğu savunan görüşler⁵⁵⁶ olduğu gibi, ilkeler içerdiğini ileri süren görüşler de vardır. UHK'ye göre düzenlemeler, ilkeler bütünüdür. Dolayısıyla zorunluluk değil takdiri nitelik arz eder. O nedenle salt bilim değil bir nebze kadar da sanattır.⁵⁵⁷ İlkeler, yorumcuya bir dizi metodolojik araç kullanım imkanı verir. Böylece,

⁵⁵⁰ International Law Commission, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, 14.

⁵⁵¹ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, *a.g.e.*, 2013, 74.

⁵⁵² Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 3.

⁵⁵³ Linderfalk'a göre araçlar birbirinden bağımsız kullanılır. Bkz. Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 8.

⁵⁵⁴ Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 3.

⁵⁵⁵ Ayrıca bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 560.

⁵⁵⁶ Örn. bkz. Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 5.

⁵⁵⁷ Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 218.

Sözleşme'nin geniş parametrelerinin yorumculara sağladığı kolaylıkla, Sözleşme'nin çizdiği yoruma dair çerçeveyi kendi ihtiyaç ve tercihlerine uyumlu hale getirebilirler.⁵⁵⁸

Doktrinin VAHS'ın yorum hükümlerinin başarısına ilişkin yaklaşımı farklı farklıdır. Mesela, Schreuer'e göre 31-33. maddeler öngörülebilir sonuçlar veya yorumda uyumu tesis edecek kapasitede değildir. Buna göre hakimler doğru şekilde yorum kurallarını uygulamasalar bile farklı neticelere ulaşacaklardır. Yorum faaliyetinin sanatsal niteliği buna imkan vermediği gibi, yorum kuralları yalnızca faydalı bir başlangıç noktasıdır. Kuraldan ziyade andlaşmaların uygulanması için kullanılabilecek düşünsel kontrol listeleridir.⁵⁵⁹ Gardiner'a göre 31. maddenin başlığında yer alan “*genel kural*” kavramı olağan anlamı ile anlaşılmalıdır. Burada kurala atıf yapılmakla beraber, yoruma ulaşmak için dikkate alınabilecek niteliği itibariyle daha fazla ilkesel özellik taşıyan araçlar düzenlenmiştir.⁵⁶⁰ Damme ise VAHS'ın yorum ilkelerini; şeffaflık, istikrar, öngörülebilirlik, hesap verilebilirlik için önemli görmektedir. İlkeler, yorum sürecini depolitize etmeyi de amaçlar. Uluslararası yargı kararları için güvenilirlik ve meşruluğa hizmet eder.⁵⁶¹ Yorum ilkelerinin tedvin edilmesi, uyuşmazlıkların çözülmesinde öngörülebilirlik ve andlaşma tasarılarının geliştirilmesine yardım eder.⁵⁶²

Kısacası, VAHS'ta 31. ve 32. maddeler olarak şekle bürünen uluslararası hukuktaki yorum kuralları, andlaşma maddelerinin nasıl yorumlanacağı hakkında düzenleme getirmeleri sebebiyle diğer andlaşma maddelerine kıyasla öncelikle ve daha ziyade yorumlanmaya muhtaçtır. Maddelerin içeriğinin niteliği, içerik kapsamında ele alınan araçlar/unsurlar ve bunlar arasındaki bağlar, ilgili ilişkideki bazı unsurlara ağırlık verilip verilmeyeceği hususu gibi pek çok soru ve sorun yukarıda temas edildiği gibi hala tartışmalıdır. Yorumlanacak olan andlaşmanın yatırım andlaşması gibi daha çok hususiyet arz eden bir andlaşma olması ise konuya kaçınılmaz olarak yeni birtakım sorunlar eklemektedir. Dolayısıyla ilk adım olarak VAHS'ın yorum hükümlerini açıklayıp sonrasında yatırım andlaşmalarına yorum kurallarını uygulamak izlenmesi gereken zorunlu bir usul olmaktadır.

⁵⁵⁸ Waibel, *a.g.e.*, 2014, 380.

⁵⁵⁹ Schreuer, *a.g.e.*, 2011, 71.

⁵⁶⁰ Gardiner, *a.g.e.*, 2003, 82.

⁵⁶¹ Waibel, *a.g.e.*, 2014, 383.

⁵⁶² Damme, *a.g.e.*, 2009, 51.

3.2.2. Genel Yorum Kuralı (m. 31)

Genel yorum kuralı başlıklı 31. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir⁵⁶³: “**Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü⁵⁶⁴(bağlamı) içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya (olağan anlama) uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.**”⁵⁶⁵ 2. ve 3. fıkralar ise bağlamla alakalı fıkralardır. 4. fıkra ise tarafların bir terime özel mana vermelerini düzenler. Birinci fıkra ilk okunduğunda, yargı kararlarında sıkça sessizce ve önemsenmeden uygulandığı üzere kolay anlaşılan bir fıkra gibi görünmektedir. Fakat barındırdığı iyi niyet, konu ve amaç, olağan anlam kelimelerinin anlamının içerik ve kapsamına neler girdiği; yine bağlam kelimesinin, madde 31/2 ve 31/3’e bakılmadan açık bir anlama sahip olmadığı ve yoruma gerek duyduğu görülür.⁵⁶⁶ O nedenle, genel kuralın yorumlanması ilk basamak olmalıdır.

31. maddenin “*genel yorum kuralı (general rule of interpretation)*” olan başlığının münferit bir ismi yansıtmamasından da anlaşıldığı üzere;⁵⁶⁷ madde düzenlenirken, çalışmamızda ele aldığımız yorum teorileri/okullarından herhangi belli birini takip etmekten kaçınılmıştır.⁵⁶⁸ Fakat lafzi yorum, sistematik ve amaçsal yorum yöntemlerinin hepsini bir araya getirerek üç ayrı ilkeyi tek bir yorum kuralına dönüştürmüştür. Maddedeki üç kural, UHK’nin ifadesiyle şu şekildedir: İlk kural, *pacta sunt servanda* ilkesinden kaynaklanan iyi niyet; ikincisi, metinsel yaklaşımın özü olan ve tarafların kullandıkları terimlerin olağan anlamından anlaşılan niyeti taşıdıklarının varsayılması; son olarak da sağduyunun ve iyi niyetin gereği olarak terimlerin olağan anlamının soyut olarak değil, konu ve amaç ışığında andlaşmanın bağlamı içinde değerlendirilmesidir.⁵⁶⁹

Komisyon’un, yorum kurallarının formüle edilmesinin gerekçelerinde de bahsettiği gibi; Sözleşme’nin lafzi yorum lehine düzenleme yaptığı sıkça

⁵⁶³ Maddenin ilgili fıkrasının İngilizce aslı şu şekildedir: *Article 31 (General Rule Of Interpretation): (1) A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*

⁵⁶⁴ Türkçe çevirilerde, orijinal İngilizce metinde “*context*” olarak geçen kelimeyi karşılamak amacıyla “*bütün*” veya “*bağlam*” ifadeleri kullanılmaktadır. Çalışmamızda ise “*bağlam*” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.

⁵⁶⁵ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, *a.g.e.*, 2013, 73, 74. Yazarın “*alelade mana*” olarak kullandığı ifadeye karşılık gelmek üzere “*olağan anlam*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

⁵⁶⁶ Benzer görüş için bkz. Lo, *a.g.e.*, 2017, 46.

⁵⁶⁷ Aust, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 234.

⁵⁶⁸ Dörr, *a.g.e.*, 2018, 560.

⁵⁶⁹ Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 221, para. 12.

savunulmaktadır.⁵⁷⁰ Buna göre 31. maddenin altında yatan ilke, metnin tarafların gerçek niyetlerini yansıttığının varsayılmasıdır. Sonuç itibariyle; her yorumun başlangıç noktası metnin anlamını aydınlatmak, ortaya çıkarmaktır. O zaman yorumun başlangıcı, tarafların *ab initio* niyetinin araştırılması ya da metinden farklı bir niyet araştırması değil, metnin anlamının aydınlatılması ve ortaya çıkarılmasıdır.⁵⁷¹ Aslında dolaylı olarak; yapılan eylem veya ulaşılan sonuç, neticede gerçek niyetin ortaya çıkarılması olmaktadır. Tarafların niyetine 31. maddede açıkça yer verilmemiş olması bu anlamda sonucu etkilememektedir. Zira bir uluslararası andlaşma, tarafların ortak iradesi sonucu teşekkül eder ve taraf devletlerin bireysel beklentilerini değil ortak iradelerini yansıtır. O nedenle andlaşmanın uygulanması (yorumlanması) yoluyla, andlaşmanın dışına çıkılmadan, andlaşmayı yapanların iradesi etkili kılınmış olmaktadır.⁵⁷²

Genel yorum kuralının belli bir yorum yöntemini takip etmeyip hepsini birleştirmesi, bunların yansımaları olan olağan anlam, konu ve amaç, bağlam unsur/araçlarının arasında bir hiyerarşi olup olmadığı veya nasıl bir bağlantılarının olduğu tartışmalarına yol açmıştır. Maddenin her bir yorum yöntemini savunanları tatmin etmek için bütün hepsini bir araya mı getirdiği, yoksa hepsinin yorum sürecinde kullanılması mı gerektiği ihtilaflı hale gelmiştir. İlgili minvalde, Komisyon'un metindeki iradeyi esas alarak lafzi yorum lehine yaklaşımı sebebiyle bazı yazarlara göre Sözleşme metinsel yoruma birincil önem vermekte,⁵⁷³ bir hiyerarşiyi yansıtmaktadır.⁵⁷⁴ Aynı şekilde UAD kararları dahil uluslararası yargıda da farklı yaklaşımlar izlenmektedir.⁵⁷⁵

Doktrinde ise büyük çoğunluk, yorum yöntemleri arasında öncelik-sonralık ve hiyerarşi bulunmadığını savunmaktadır. Buna göre madde, tek ve bütünleşmiş bir uygulama için basamaklar kurar.⁵⁷⁶ 31. madde aynı zamanda, unsurların değeri ve

⁵⁷⁰ Örn. Bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 560.

⁵⁷¹ Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 220; Gardiner, *a.g.e.*, 2003, 6.

⁵⁷² Gardiner, *a.g.e.*, 2003, 81.

⁵⁷³ Örn. bkz. Aust, *a.g.e.*, 2007, 235; Waibel, *a.g.e.*, 2011 International Investment Law and Treaty Interpretation, 32.

⁵⁷⁴ Bkz. Sureda, A. R. (2012). *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge: Cambridge University Press, 21.

⁵⁷⁵ Örn. UAD, lafzi yorumu merkeze koyduğunu, yorumun andlaşma metnine dayanması gerektiğini “*ülkesel uyumsuzluk*” kararında vurgulamıştır. Bkz. Territorial Dispute, Judgment, 21, 22, para. 41.

⁵⁷⁶ Örn. bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 580. Ayrıca bkz. Moloo, R. (2012). “Changing Times, Changing Obligations? The Interpretation of Treaties over Time”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 106, 261-264, 261.

ağırlığı hakkında belirli bir metot da öngörmemiştir.⁵⁷⁷ Sözleşmenin yöntemlere eşit değer atfettiğini öne sürenler⁵⁷⁸ olduğu gibi aksini iddia edenler de vardır. Mesela, Damme’a göre yorum ilkeleri, hiyerarşiye dayanmayan araçların kullanılmasını içerir. Tanınan bu esneklikle, somut uyuşmazlığın kapsamı çerçevesinde hangi unsurlara öncelik vereceklerine hakimler karar verirler.⁵⁷⁹

Unsurlar arası dengenin nasıl sağlanacağı hususunda açık bir düzenleme olmamakla beraber; aslında, yapılacak her düzenleme bir ölçüde eksik kalmaya ve yine yoruma muhtaçtır. Çünkü, konuya hiyerarşik bir mantıkla yaklaşanlar için zaten merkezde metinsel yorum olacaktır. Mesela Aust’un işaret ettiği; konu ve amacın, bağlamı içinde olağan anlamın araştırılmasından daha az rol oynaması ve uygulamada kendisine yoruma teyit edici rol biçilmesi⁵⁸⁰ anlayışında, ağırlık merkezi ya da yorumun bizatihi kendisi “olağan anlam” olacaktır. Halbuki, sınırların aşılması gerekliliği saklı kalmak üzere; konu ve amaç unsuru, olağan anlam veya daha doğru bir tabirle 31. maddenin tüm unsurları, eşit kıymette olmalıdır. Damme’a göre, çoğunlukla 31. maddenin lafzi yorum lehine tercihte bulunduğu savunulsa da maddenin dili bunu desteklememektedir. 31. madde, diğer hususlardan bağımsız sıkı bir gramatik veya metinsel analizin yapılması gerektiği anlamına gelmez. Yalnızca bir başlangıç noktası teşkil eder. Konu ve amaç ile kapsama yapılan atıflar, andlaşma metninin diğer unsurlarla birlikte yoruma daha iyi hizmet edeceğini kanıtlar.⁵⁸¹

Gerek andlaşma maddesi olması gerekse teamül hukukunu yansıtmaları itibarıyla uluslararası yargı organları, VAHS 31. maddeyi andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel kural olarak kabul etmekte ve uygulamaktadırlar. Bununla beraber, maddedeki yorum araçlarını farklı ağırlıklarda kullanılmaktadırlar. Örneğin; Uluslararası yargı organlarının çoğu (*UAD, ICSID, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi vb.*) yorum araçlarının hepsinden yaklaşık olarak benzer ağırlıkta faydalanır. Ancak WTO sistemi, büyük oranda lafzi yorum odaklı anlayışa (olağan ve özel anlam) özel bir vurgu yapar ve amaçsal yoruma ağırlık veren bir eğilim de taşır. İnsan hakları Komitesi ve bölgesel insan hakları mahkemeleri ise kararların çoğunda amaçsal yorum temelli yaklaşım izler.

⁵⁷⁷ Sureda, *a.g.e.*, 2012, 23.

⁵⁷⁸ Örn. bkz. Villiger, *a.g.e.*, 2009, 436.

⁵⁷⁹ Damme, *a.g.e.*, 2009, 37.

⁵⁸⁰ Aust, *a.g.e.*, 2007, 235.

⁵⁸¹ Damme, *a.g.e.*, 2009, 51.

UHK'ya göre bunun sebeplerini yalnızca andlaşmaların niteliğine bağlamak doğru bir değerlendirme olmaz. Andlaşmaların tasarlanması, uluslararası yargı organlarının çalışma usulü gibi diğer sebepler de buna yol açabilir.⁵⁸²

Yatırım tahkiminden kısaca birkaç örnek verirsek; mahkemeler, klasik bir şekilde genel yorum kuralına atıf yapmakla birlikte, değerlendirmelerini ilgili doğrultuda yapmamaktadır. Örneğin *Berschader* kararında, 31. maddeye atıf yapmasına rağmen MFN kaydını değerlendirmesinin temeline taraf devletlerin orijinal niyetini almıştır. Konunun aydınlatılması için orijinal andlaşmanın yapılmasındaki tarafların niyetinin değerlendirilmesinin, her zaman başlangıç noktası olması gerektiğinden bahsetmiştir.⁵⁸³ Tartışmaların özeti olarak aktardığı bu ifadelerin akabinde mahkeme, MFN kaydı ile ilgili 2. madde metninin VAHS doğrultusunda yorumunun sonuçsuz kaldığı, açık bir olağan anlamı olmadığından başlayarak; 31. ve 32. madde unsurlarının bir kısmına değinmiş ve bunların yorumda bir faydaları olmadığından bahsetmiştir.⁵⁸⁴ Yine aynı kararda yatırım tanımı ile ilgili herhangi bir içtihat hukukunun oluşmadığına yönelik tespitinden sonra ancak andlaşma metnine dönme usulünü tercih etmiştir.⁵⁸⁵ Karar hakkındaki ayrı görüşte ise isabetli bir şekilde, metnin önemine vurgu yapılmış; hakem, niyetin aydınlatılmasında en iyi kanıtın andlaşma terimleri olduğundan bahsetmiştir.⁵⁸⁶ Kararda hazırlık çalışmalarının hiçbir rehberlik sağlamadığından bahsedilmesinden sonra; bu olguyu delil göstererek, niyet araştırılması neticesinde bir sonuca varmanın isabetli görünmediği belirtilmiştir.⁵⁸⁷ *Inceysa* kararında da metni analiz etmeden, hazırlık çalışmalarından başlayarak tarafların niyetini tespiti çalışılmış; hazırlık çalışmalarına başvurma şartları göz ardı edilmiştir.⁵⁸⁸

Konu hakkında ne kadar doktrin veya karar örneği verilirse verilsin, aslında en iyi yaklaşımı Komisyon sergilemektedir. Şöyle ki; Komisyon nihai taslakta, 31. maddenin başlığının genel “kural” olarak konulmasının sebebini, yorum sürecinin ve

⁵⁸² Bkz. International Law Commission. (2011). *Report of the International Law Commission on the Work of Its 63rd Session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011)*, UN Doc A/66/10, 169, 170.

⁵⁸³ *Berschader*, award, para. 206.

⁵⁸⁴ *Berschader*, award, para. 207.

⁵⁸⁵ *Berschader*, award, para. 136.

⁵⁸⁶ *Berschader*, award, Separate Opinion, para. 4.

⁵⁸⁷ *Berschader*, award, para. 207, Separate Opinion, para. 4 dipnot 4.

⁵⁸⁸ İlgili tespit için bkz. *Sureda, a.g.e.*, 2012, 22. İlgili kararda 191. ve 192. paragraflarda taraf devletlerin iradesini ortaya çıkarma amacı güdülmüş; fakat bunu yaparken doğrudan VAHS 32. maddeye başvurularak tarafların niyeti ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Bkz. *Inceysa*, Award, para. 191, 192.

ilgili maddenin tek ve sıkı sıkıya bağlı bütünleşmiş bir kural olmasına bağlamış;⁵⁸⁹ maddedeki unsurların tek ve ortak bir faaliyet olarak ele alınması ve bir potada eritilerek hukuki yoruma ulaşılması gerekliliğine dikkat çekmiştir.⁵⁹⁰ O nedenle, teklik ve sıkı sıkıya bağlılığın olduğu bir yerde öncelik-sonralık aramamak gerekir. Çünkü, konuyu olağan anlamın belirlenmesi olarak algılayanlar dahi eğer tüm unsurlara başvurmayı reddetmiyorlarsa, içerik itibari ile yine aynı yolu izlemek zorunda kalacaklardır. Komisyon'un bu yaklaşımı da aslında mantıksal temele dayanmaktadır. Komisyon'un kendi ifadesiyle maddedeki yorumun unsurları doğası gereği düzenlenmiştir. Mantıksal mülhazaların sonucu olup zorunlu bir hiyerarşi oluşturmaz. Yorumun başlama noktası olağan anlamı olup mantık ilk unsur olarak, andlaşmadaki terimlerin olağan anlamının bağlamı içinde konu ve amacı ışığında olmasını gerektirir. Yine mantık ikinci olarak, unsurların ihata edildikleri veya metinle alakalı oldukları bağlamdan bahsetmeyi gerektirir. Son olarak da mantık üçüncü unsur olarak, 31/3. maddenin (*müteakip anlaşma ve uygulamalar, taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun uygulanabilir herhangi bir ilgili kuralı*) takip edilmesini ve önce gelmemesini gerektirir. Tüm bu üç unsur zorunlu karakterdedir. Ayrıca tabiatları gereği, kendilerinden önce gelenlerden hiçbir şekilde aşağı oldukları şeklinde anlaşılmamalıdır.⁵⁹¹

3.2.2.1. Olağan anlam (*ordinary meaning*)

Olağan anlam UHK'nin tabiri ile lafzi yorumun en özüdür.⁵⁹² Yorum sürecinin başlama noktası olağan anlamdır. Bir kelimenin birden çok olağan anlamı olabileceği gibi zamanla anlamı da değişebilir.⁵⁹³ Olağan anlam mutlaka salt gramatik bir analizden kaynaklanmaz. Metinden makul surette çıkan bütün sonuçları dikkate almak gerekir.⁵⁹⁴ Kelimelerin olağan anlam taşımadığı ve fakat tarafların özel bir anlam belirlediği iddiasını iddia sahibi kanıtlar. Bu, iyi niyetin bir gereğidir. Çünkü tarafların metne baktığında anladığı anlam, olağan anlamdır.⁵⁹⁵ Tabii anlam, birden

⁵⁸⁹ The International Law Commission, 2007, 685.

⁵⁹⁰ Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 219-220. Ayrıca bkz. Golder, Judgment, para. 30.

⁵⁹¹ Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 220, para. 9.

⁵⁹² Bkz. Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 220, para. 12.

⁵⁹³ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 426.

⁵⁹⁴ Hillier, *a.g.e.*, 1998, 143.

⁵⁹⁵ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 137. Ancak, olağan anlamın şahıslara göre değişmesi hakkında "*Birleşmiş Milletlerin Belirli Masrafları*" Kararına ilişkin ayrı görüş için bkz. Certain Expenses of the United

fazla yorumla uyumlu olabilir.⁵⁹⁶ Akla uygun olmak itibari ile en azından aksi kanıtlanana kadar terimlere olağan anlamını vermek, büyük oranda tarafların niyetini yansıtır.⁵⁹⁷

UAD, *Preah Vihear Tapınağı* kararında, olağan anlam ilkesine anlam verilirken her zaman saf literal bir usulle kelime ve ibarelerin yorumlanmasının gerekmeceği; UDAD'ın "*Danzig'de Polonya Posta Servisi*" kararında ilkenin saçma ve makul olmayan sonuçlara yol açtığı hallerde uygulanmayacağı belirtmiştir.⁵⁹⁸ Arsanjani ve Reisman'a göre VAHS 31. maddenin varsayımı olağan anlamın yorumlanmasıdır.⁵⁹⁹ Aslında 31. madde 4. fıkrada yer alan tarafların özel anlam vermesine dair istisna hükmü de bunu destekler nitelikte değerlendirilebilir. Ancak haklı olarak ifade edildiği gibi: Bir terimin olağan anlamı soyut olarak değil andlaşmanın bağlamı, konu ve amacı ışığında belirlenir.⁶⁰⁰ Esasen, Komisyon'un yorum unsurları arasında hiyerarşi öngörmemesi de hepsinin eşit değerde olduğuna işaret eder.⁶⁰¹

Yine, Komisyon'un ifadesiyle belirtmek gerekirse: Yorumun başlangıç noktası metnin anlamıdır. Mantık ise sözü edilmesi gereken ilk unsurun, kendi bağlamı içinde ve konu ve amacı ışığında bir andlaşmanın terimlerine verilecek olağan anlam olmasını gerektirir.⁶⁰² Dolayısıyla metinden yola çıkmak bir zorunluluktur. Diğer unsurların olağan anlamdan sonra gelmesi, bir farklılığa yol açmaz. Her bir unsur uyumlu bir şekilde ve tabii bir gereklilik icabı iyi niyetle kullanılmalıdır. Hükümlerin olağan anlamlarının tek başına bir anlam taşıyormuş gibi görünse de öyle olmadığı; aynı hükmün, konu ve amacı tamamen farklı andlaşmalarda yer alması örneği verilerek daha rahat anlaşılır. Böyle bir varsayımda olağan anlam, ancak bağlamla konu ve amaç unsurlarıyla birlikte gerçek anlamına kavuşabilir. Aksi halde yapılan,

Nations (Art. 17, para. 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962, p.151, Separate Opinion of Judge Sir Percy Spender, 184.

⁵⁹⁶ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 137.

⁵⁹⁷ Aust, *a.g.e.*, 2007, 235.

⁵⁹⁸ Temple of Preah Vihear, Case concerning the (Cambodia v Thailand) Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961, I.C.J. Reports 1961, p. 17, 32, 33. Ayrıca bkz. Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 16 May 1925, PCIJ, Series B, No. II, p. 39.

⁵⁹⁹ Arsanjani, Reisman, *a.g.m.*, 2010, 599.

⁶⁰⁰ Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law. Vol 1: Peace (parts 2 to 4)*. Ninth Edition, Longman, 1273.

⁶⁰¹ Benzer görüş için bkz. Arato, J. (2010). "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 9(3), 443-494, 458.

⁶⁰² Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 220, para. 9.

bir andlaşmanın yorumlanması faaliyeti değil bağımsız ve soyut bir ifadenin yorumlanması faaliyeti olacaktır.

3.2.2.2. Bağlam (*context*) ve yorumda zaman unsuru

3.2.2.2.1. Bağlam

Andlaşma terimleri soyut ve kendi başlarına var olan terimler değildir. Kavramlar ancak andlaşmanın bütünü dikkate alınarak anlamlandırılabilir. Buna cümledeki diğer kelimeler, maddenin diğer paragrafları, diğer maddeler, giriş, ekler vb. dahildir. VAHS madde 31(1), andlaşmaların bağlamı içinde yorumlanmasını açıkça düzenlemiştir. Olağan anlamın göreceliliği bu yolla izole edilebilir.⁶⁰³ Andlaşmanın bağlamı 31. maddede geniş bir şekilde ikinci ve üçüncü paragraflarda sayılmıştır.⁶⁰⁴ İkinci fıkranın en başında andlaşmanın metni, girişi ve ekleri olarak belirtilen andlaşma metninin bir bütün olarak kendisi zikredilmektedir. Metnin yorumda dikkate alınması; cümlenin dilbilgisel yapısının, sentaksın ve dahi noktalama işaretlerinin yorum esnasında göz önünde bulundurulmasını gerekli kılar. Ayrıca, andlaşma ve madde başlıkları da metne dahildir.⁶⁰⁵

Andlaşmanın bağlamı, konu ve amaçla yakından ilgilidir.⁶⁰⁶ Çünkü konu ve amacın belirlenmesinde bağlamdan yararlanılmaktadır. Eksik bir yöntem olmakla birlikte bağlam içinde ilk ve en çok girişlere bakılarak konu ve amacın tespitine gidilir.⁶⁰⁷ Özellikle yatırım andlaşmalarının konu ve amacının belirlenmesinde girişlerden sıkça yararlanılmaktadır. Girişler; andlaşmaların saiklerinin, amaçlarının ve şartlarının düzgün bir şekilde görüldüğü yerlerdir. Taraflarca andlaşmanın müzakereleri ve yapılması sırasında kendilerine rehberlik eden ilgili siyasi, ekonomik, kültürel ve tarihi mülahazaları beyan eder. Genellikle bağlayıcı hüküm içermemekle birlikte; yararlı bir yorum aracı olduğu gibi belirsiz hükümlerin ve boşlukların varlığı halinde atıf yapılabilir bir nitelik arz eder.⁶⁰⁸ Ancak konu ve amaç; iyi niyetle, başlık ve girişten başlayarak, uygun olduğu zamanlarda biraz sonra değinilecek olan müteakip uygulamalar dahil tüm bağlam unsurları dikkate alınarak

⁶⁰³ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 427.

⁶⁰⁴ Bkz. Schwarzeberger, *a.g.e.*, 1969, 112.

⁶⁰⁵ Şarbak, *a.g.e.*, 2018, 56, 57. UAD'nin virgüle vurgu yaptığı bir yorum örneği için ayrıca bkz. Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, 21, 22, para. 51, 53.

⁶⁰⁶ Benzer görüş için bkz. Fauchald, *a.g.m.*, 2008, 319.

⁶⁰⁷ Benzer görüş için bkz. Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 213.

⁶⁰⁸ Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 20.

belirlenmelidir. Hatta konu ve amacın belirlenmesinde; hazırlık çalışmalarına, andlaşmanın yapılma şartlarına mümkün olduğunca başvurulmalıdır.⁶⁰⁹

31. maddenin ikinci fıkrasında (m. 31/2), a ve b bentleri; bütün taraflar arasında “andlaşmanın” (*treaty*) akdedilmesiyle bağlantılı olarak yapılan andlaşmayla ilişkili herhangi bir “anlaşma (*agreement*)” (m. 31/2 (a)) veya yine andlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilişkili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belgeyi düzenler (madde 31/2 (b)).⁶¹⁰ Madde 31/2 (a) kapsamındaki anlaşmalar, bir andlaşma (*treaty*) veya bir andlaşmanın parçası olmak zorunda değildir. Fakat tarafların niyetlerini açıkça yansıtmalıdır. Anlaşma sözlü veya yazılı olabilir.⁶¹¹ Bentte geçtiği üzere andlaşmayla ilişkili olmalı, andlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olmalı ve bütün taraflar arasında yapılmış olmalıdır.⁶¹²

Bütün taraflar arasında yapılmış olmaktan maksat, andlaşma taraflarının her birinin yorum yapıldığı sırada anlaşma ile de bağlı olması gerekliliğidir.⁶¹³ Maddede geçen “any “*agreement*” relating to the “*treaty*” (*andlaşmayla ilişkili başka bir anlaşma*)” ifadesindeki “*aggrement (anlaşma)*” kelimesi, VAHS kapsamındaki “andlaşma (*treaty*)” anlamına gelmediğini aslında açıkça izhar etmektedir. Andlaşmayla ilişkili olma ve andlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olma hususları madde 31/2 (b) bendi için de ortaktır. Andlaşmayla ilişkili olma; taraf devletlerce, ikisi arasında yakın bir alaka bulunduğunun kabulü ile ilgili olup nihai olarak andlaşma ve anlaşma arasındaki ilişkiyi belirleyen tarafların niyetidir. Andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olma hususu ise yoruma açık ve hazırlık çalışmalarının başlatılmasından andlaşmanın yürürlüğüne kadarki sürecin hangi anını ifade etmek

⁶⁰⁹ Bkz. Hafner, G. (2013). Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment, Nolte, Georg. (Ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 105-122, 119.

⁶¹⁰ Bkz. VAHS 31/2(a) ve (b). İlgili fıkraların Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. Gündüz, a.g.e., 2013, 73, 74. Madde 31/2’nin İngilizce aslı şu şekildedir: m. 31/2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*

⁶¹¹ Nolte, G. (2013). Introduction. Nolte, G. (Ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 1-12, 1; Aust, a.g.e., 2007, 236; Linderfalk, a.g.e., 2007, 162. Ayrıca bkz. Çağırın, a.g.e., 2005, 31.

⁶¹² Ayrıca bkz. Linderfalk, a.g.e., 2007, 134.

⁶¹³ Linderfalk, a.g.e., 2007, 135.

istediği noktasında belirsizdir. Linderfalk’a göre doktrinin çoğunluğu bunu, andlaşmanın kesin olarak kurulması şartıyla “bağlantılı” olarak görmektedir.⁶¹⁴

Madde 31/2 (b)’de yer alan “belge (*instrument*)” kavramı, spesifik olarak tek taraflı beyan veya yorumlayıcı deklarasyonlara işaret etmemektedir.⁶¹⁵ VAHS madde 2/1(a)’da “*andlaşma (treaty)*” tanımında geçen “ister tek bir “belgede”, isterse iki veya daha fazla ilgili “belgede” yer alsın ve kendine mahsus adı ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası anlaşma⁶¹⁶” ifadesindeki “belgeye” işaret etmekte ve Komisyon çalışmalarına da yansıdığı üzere “anlaşmaya” işaret etmeyip⁶¹⁷ esasen “yazılı dokümanı” kapsama eğilimindedir. Ama aşıkâr şekilde yoruma dair bildirileri içeren belgeler, birincil olarak dikkate alınacaklar arasındadır. Hazırlık çalışmaları bağlamında kayda geçenler ise 32. maddedeki tamamlayıcı araçlar kapsamına girecektir.⁶¹⁸ Tarafların kabulü, düzenlemede bir şart olarak öngörülmediği için hem açık hem de zımni kabul olabilir.⁶¹⁹ 2. fıkranın tahdidi olmadığı⁶²⁰; ayrıca, 3. fıkrayla arasında hiyerarşinin amaçlanmadığı⁶²¹ ve üç fıkranın mantığa dayalı bir ilerlemeyi temsil ettiği savunulmaktadır.⁶²²

Andlaşmaların yorumlanması hakkında çözülmesi gereken diğer bir zorluk da andlaşmanın akdedilmesinden sonra meydana gelen hangi şartların dikkate alınması gerektiği konusudur. Bu sorun karşımıza madde 31/3 (a) ve (b)⁶²³ bentlerinde yer alan tarafların arasındaki andlaşmanın yorumlanması veya hükümlerinin uygulanmasına yönelik müteakip anlaşmaları (madde 31/3(a)) ve müteakip uygulamaları (madde 31/3(b)) düzenlemesini çıkarır. Müteakip anlaşma ve uygulamalar hakkında maddedeki ifade “*bağlamla birlikte dikkate alınacaktır (There shall be taken into account, together with the context).*” şeklindedir. Komisyon’un

⁶¹⁴ Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 134, 135.

⁶¹⁵ Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 239.

⁶¹⁶ Bkz. VAHS, m 2(a). Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, *a.g.e.*, 2013, 67.

⁶¹⁷ Bkz. Yearbook of the International Law Commission 1964 Volume I, A/CN.4/SER.A/1964, 311, para. 23.

⁶¹⁸ Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 239.

⁶¹⁹ Dörr, *a.g.e.*, 2018, 592.

⁶²⁰ Bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 59.

⁶²¹ Bkz. Schwarzeberger, *a.g.e.*, 1969, 112.

⁶²² Aust, *a.g.e.*, 2007, 234.

⁶²³ 31/3 (a, b) bentlerinin İngilizce aslı şu şekildedir: 31/3. *There shall be taken into account, together with the context: (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;*

görüşü, maddenin anlamına paralel olarak, zorunlu bir karaktere sahip oldukları yönündedir.⁶²⁴ Bunların bağlam içerisinde ele alınması, tarafların yaptıkları andlaşmanın anlamını belirleme hakları olduğunu gösterir.⁶²⁵ Bu itibarla; madde 31/2, 31/3 (a) ve (b) bentleri gerçek yoruma ilişkin düzenlemeler getirmiştir.⁶²⁶ Uygulamada, andlaşmaların yorumlanmasında diğer yargı kararlarına ve doktrine sıkça başvurulurken, diğer devletlerin ve taraf devletlerin uygulamalarına ve görüşlerine çok az başvurulmaktadır. Bu durum, taraf devletleri yorum sürecinden uzaklaştırmakta ve yatırım tahkiminin meşruluğu hakkındaki tartışmaları alevlendirmektedir. Durumu dengeye getirmek için VAHS'ın önemli ve süregiden rolünü tanıdığı üzere müteakip anlaşma ve uygulamalara daha çok ağırlık verilmelidir.⁶²⁷

Müteakip bir uygulama ya da anlaşmaya yapılan referans değişik amaçlara hizmet edebilir. Genel anlamda, bir yükümlülüğün ya da yetkinin içerik ve kapsamının taraflarca ayrıntılı olarak belirlenmesi ya da andlaşmanın uygulanması konusunda taraflara yetki verilmesi söz konusu olabilir.⁶²⁸ Müteakip anlaşma ile uygulamaların tanımlanmasına yönelik kriterler aramak füzuli görünebilirse de temel andlaşma ile bağlantısını kurmak gereklidir. Andlaşmanın tadili için de böyle kriterler lazımdır. Bu manada anlaşma ve uygulamanın tanımı, hem kendi aralarında hem de temel andlaşma ile ilişkileri ve ilişkileri tesis eden devletler bağlamında incelenmelidir.⁶²⁹

Madde 31/3(a)'da düzenlenen müteakip anlaşmalar (*agreement*) hususunda, maddede “anlaşma” ifadesinin geçmesi sebebiyle bir “andlaşma (*treaty*)” niteliğini sağlaması beklenmez. O nedenle, çeşitli formlarda teşekkül edebilir. Hatta, tarafların toplantıda almış oldukları kararlar dahi kapsama girebilir.⁶³⁰ Ama bir metin ne kadar açık olursa olsun tarafların bir andlaşmayı, tutarlı olması ve yaygın olması şartıyla fiilen nasıl “uyguladıkları”; metinden ne anladıklarının yani nasıl yorumladıklarının

⁶²⁴ Bkz. Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 220, para. 9. Fakat mesela Walde'e göre düzenleme kesin bir yükümlülük getirmemektedir. Bkz. Walde, *a.g.e.*, 2009, 766.

⁶²⁵ Shahabuddeen, M. (1996). *Precedent In The World Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 145.

⁶²⁶ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 429.

⁶²⁷ Roberts, *a.g.m.*, April 2010, 179.

⁶²⁸ Nolte, G. (2013). Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings, Nolte, Georg. (Ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 307-386, 329.

⁶²⁹ Hafner, *a.g.e.*, 2013, 108.

⁶³⁰ Aust, *a.g.e.*, 2007, 239.

ve ortak yorumun en iyi kanıtını sağlar.⁶³¹ Bu noktada karşımıza müteakip uygulamaların (madde 31/3(b)) değeri daha çok çıkmaktadır. Müteakip uygulamalar; andlaşmanın yorumlanması ile ilgili, devlete atfedilebilir bütün devlet organlarının fiillerini içerir. Devlet uygulamalarına yansıdığı ölçüde belli şartlar altında sosyal uygulamalar da buna dahil edilebilir.⁶³² Müteakip uygulamalar, mahkemelerin büyük kısmı tarafından tanımlanmadan incelenmektedir. Dünya Ticaret Örgütü tarafından konuya birtakım kıstaslar getirilmiştir. Buna göre, andlaşmanın yorumlanması hususunda tarafların görülür biçimde anlaşma yaptığını gösteren uyumlu, istikrarlı ortak fiil ve bildirilerinin varlığı gerekir. Diğer yargı organları, geniş manada müteakip uygulamalar için tarafların gözle görülür bir anlaşmasını aramamışlardır.⁶³³ Müteakip uygulamalara bakarak yorumcu, zaman içinde andlaşmanın uygulanması hakkındaki devletlerin iradesinin nasıl olduğu veya ne yönde değiştiği hakkında fikir edinebilir.⁶³⁴ Doktrinde de şartların sayısı değişmekle birlikte uygulamaların istikrarlı, uyumlu ve ortak olma gibi birtakım vasıflar taşıması gerektiği kabul edilmektedir.⁶³⁵ Bu manada tarafların uygulama ile bağlı olduklarını açıkça göstermeleri gerekmez. Zımni kabul de yeterlidir.⁶³⁶

Madde 31/3(b), yalnızca müteakip uygulamaların belli bir şeklini düzenler. O da bütün tarafların ortak uygulaması niteliğinde olanlardır. Fıkra, yalnızca tarafların ortak ve uyumlu uygulamalarını düzenlediği için fıkranın kapsamına girmeyen müteakip uygulamaların 32. madde kapsamında tamamlayıcı yorum araçları bağlamında ele alınabileceği savunulmaktadır. Çok taraflı bir andlaşmada tarafların tamamının katılmayıp yalnızca bir devletin veya bazı taraf devletlerin katıldığı andlaşmanın uygulanmasına yönelik devlet uygulamalarına tamamlayıcı araç olarak

⁶³¹ Aust, *a.g.e.*, 2007, 241; Arato, *a.g.m.*, 2010, 458. Konu hakkında örnek bir karar için bkz. Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia v. Turkey), 11 R.I.A.A. 433 (Perm. Ct. Arb. 1912) (<https://pcacases.com/web/sendAttach/643> Erişim Tarihi:03.02.2022)

⁶³² International Law Commission, 2011, UN Doc A/66/10, 171. Ayrıca bkz. Christine Goodwin v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, Grand Chamber, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI, para. 84–91.

⁶³³ International Law Commission, 2011, UN Doc A/66/10, 170. Ayrıca bkz. WTO, report of the Appellate Body, Japan—Taxes on Alcoholic Beverages, AB-1996-2, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/ AB/R, 4 October 1996, Section E.

⁶³⁴ Moloo, *a.g.m.*, 2012, 261.

⁶³⁵ Arato, *a.g.m.*, 2010, 459.

⁶³⁶ Aust, *a.g.e.*, 2007, 243.

başvurulabilir. Bu duruma UHK'nin yanı sıra uluslararası mahkemeler de dikkat çekmiştir.⁶³⁷

Yapılan bir anlaşmanın 31. madde kapsamında bağlam olarak değerlendirilmesi hususu her zaman açıkça anlaşılan bir mesele değildir. Zira bazı hallerde müteakip anlaşmada taraf devletlerin iradesi, andlaşmanın tadili olabilir. Andlaşmaların tadili için VAHS'ta bir şekil şartı getirilmemiş; andlaşmaların (*treaty*), taraflar arasında ortak bir anlaşma (*agreement*) ile değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır.⁶³⁸ Aradaki sınırın çizilmesine yardımcı olmak noktasında doktrinde muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Örneğin, andlaşmadaki terimlerin olağan anlamına ters düşen veya öngörülen yükümlülükleri arttıran, değiştiren anlaşmaları (özellikle iki taraflı andlaşmalar bağlamında) tadil kavramı kapsamında tartışmak yerinde bir yaklaşım olabilir.⁶³⁹

Müteakip uygulamaların, andlaşmaların yorumlanması için dikkate alınacak bağlam kapsamına mı yoksa andlaşmanın değiştirilmesine mi sebep olduğu hususunun önemi; tarafların yürürlüğe giren andlaşmayı müteakip uygulamaları, andlaşmaların değişen zamanın şartlarına bir cevap olmasına yardım edebileceğinden önemlidir. Ancak yorum, değişen şartlara uyum sağlamada yeterli bir teminat olacak bir ilaç olarak görülmemelidir. Bazı durumlarda, zamanın gereklerine yeterli şekilde cevap vererek andlaşmaların işlevsiz kalmasını önlemek için devletlerin politik olarak andlaşmanın tadili için irade göstermeleri gerekir.⁶⁴⁰ Bir andlaşmanın değiştirilmesi ile yorumlanması konuları birbirinden tamamen ayrı ve açık anlamlara sahip gibi görünse de aradaki sınırı belirlemek bazı hallerde başlı başına bir yorum sorunu olabilmektedir. *Hava Taşımacılığı Anlaşmasının Yorumlanması* kararında, müteakip uygulamaların yalnızca andlaşmaların yorumlanmasında faydalı bir araç olarak dikkate alınabileceği gibi andlaşmaların değiştirilmesine kaynaklık edebileceğine de değinilmiştir.⁶⁴¹ *Kasikili/Sedudu* kararı uygulamanın, andlaşmanın

⁶³⁷ Bkz. Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 138; International Law Commission, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, 16, 17.

⁶³⁸ Bkz. VAHS, m. 39. Ayrıca bkz. Methanex Corporation v United States of America, UNCITRAL (NAFTA), Final Award (3 August 2005), Part IV, chapter C, para. 21.

⁶³⁹ Fauchald, *a.g.m.*, 2008, 332.

⁶⁴⁰ Moloo, *a.g.m.*, 2012, 264.

⁶⁴¹ Bkz. Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France, 22 December 1963, Reports of International Arbitral Awards, Volume XVI pp. 5-74, 62, 63.

yorumlanmasını hedeflemesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁴² Müteakip uygulama kavramının içeriği ve kapsamı VAHS'ta belirtilmemiştir. Uygulamalar ne kadar açık ve istikrarlı ise o derecede yorumda değere sahip olacaktır.⁶⁴³

Bağlam kapsamında düzenlenen, “ *taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun uygulanabilir herhangi bir ilgili kuralı*”na dair düzenleme olan madde 31/3(c)⁶⁴⁴’ye geldiğimizde; kural, yalnızca andlaşma hükümlerinin değerlendirilmesi gereken arka planı oluşturması bakımından dikkate alınmaz. Aynı zamanda, tarafların genel olarak kabul edilen uluslararası hukuk ilkeleriyle veya daha önceki andlaşma yükümlülükleriyle çelişmeyen bir şey amaçladığı varsayımıyla da nazara alınır.⁶⁴⁵ Uygulanabilir hukuk, yorumla yakın ilişkilidir. Özellikle yatırım hukukunun belirsiz ve geniş kurallara sahip olması itibari ile bu alanda daha ziyade önemlidir. Ancak, madde 31/3(c)’deki genel uluslararası hukuk ile bağlantı, andlaşmanın yorumlanmasına ilişkindir.

Yen’e göre, “uluslararası hukukun ilgili kuralları” UAD Statüsü 38. madde kapsamındaki bütün birincil kuralları kapsar. Bunlar ise andlaşmalar, teamül hukuku ve hukukun genel ilkeleridir. Ayrıca, kuralların fıkra kapsamına girmesi için andlaşma tarafı devletler üzerinde bağlayıcı olması gerekir.⁶⁴⁶ Tartışmalı olmakla birlikte; Douglas tarafından, fıkroda “*ilke (principle)*” kavramının yerine “*kuralın (rule)*” kullanılması hakkında felsefi anlamda bir ayrımın amaçlanmadığı, dolayısıyla kural kavramının her türlü hukuki normu kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁴⁷

VAHS’ın 31/3(c) maddesi, 31. maddenin en belirsiz düzenlemesi olarak nitelenmektedir. Kökeni ise esasen zamanlararası sorunların çözülmesi çabasına dayanmaktadır.⁶⁴⁸ Konu, 1964 tarihli şerhte (*Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Üçüncü Rapor*) genel yorum kuralı kapsamında 1. fıkroda; bağlamın unsuru olarak,

⁶⁴² Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) , Judgmt, I. C. J. Reports 1999, p. 1045, para. 74.

⁶⁴³ Arato, a.g.m, 2010, 459.

⁶⁴⁴ Düzenlemenin İngilizce aslı şu şekildedir: 31/3 (c). *Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.*

⁶⁴⁵ Jennings, Watts, a.g.e., 1992 parts 2 to 4, 1275.

⁶⁴⁶ Bkz. Yen, a.g.e., 2014, 55.

⁶⁴⁷ Bkz. Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 86, para. 154. Karşıt görüş için bkz. McLachlan. C. (2005). “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of The Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 279-320, 290.

⁶⁴⁸ Walde, a.g.e., 2009, 769.

“andlaşmanın yapıldığı (conclusion of the treaty) tarihte yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları”⁶⁴⁹ ifadesi ile yer almakta idi. Ayrıca raporda müstakil bir maddede zamanlararası hukuk düzenlenmişti.⁶⁵⁰ Fakat hukukun gelişiminin yorum üzerindeki etkisi konusunda, düzenlemenin yetersiz kalmasından bahisle getirilen eleştiriler neticesinde bir mutakabata varılamamış, girişimden vazgeçilmiştir. Nihayetinde zaman unsuru çıkarılarak ancak 3. fıkra kapsamına transfer edilmiştir.⁶⁵¹ Dolayısıyla 3. fıkra, hangi zamandaki ilgili kuralların uygulanacağı hakkında bir açıklık getirmemektedir. Düzenlemenin, yorumda hangi zamanın esas alınacağı sorunu hakkında benimsenen “dinamik” ve “statik” yorum yaklaşımlarının her ikisi temelinde de okunabileceği savunulmaktadır.⁶⁵² Ama, andlaşmalar esasen yapıldıkları zamanı ifade ederler.⁶⁵³

VAHS madde 31/3(c) kapsamına, zamanlararası hukuk dahil zaman sorunlarının çözümünün yanı sıra; genel uluslararası hukuka atıfla boşluk doldurma veya hukuki çerçeveyi tamamlama, diğer andlaşmaların hükümlerinden rehberlik sağlama, farklı andlaşmalardaki çatışan yükümlülüklerin çözümü, uluslararası hukuk gelişmelerinin nazara alınması konuları girebilir.⁶⁵⁴ Özellikle uluslararası hukukun genişlemesi ve ihtisas alanlarının ortaya çıkması gerçeği karşısında, çatışan yükümlülüklerin nasıl belirleneceği ve yorumlanacağı noktasında diğer uluslararası yükümlülüklerle başvurmayı gerektiren ilgili fıkranın önemi başkadır.⁶⁵⁵ Bazı yorumlamalar, kurallar arasında çatışmaya sebep olur. İlgili yaklaşım, farklı hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir düzen kurmaktan kaçınarak mümkün olduğu şekilde bir anlaşmayı diğerinin ışığında uyumlu olarak yorumlamaya çalışır.⁶⁵⁶ Bu manada, madde 31/3(c), bir yanıyla “bütünleşme ilkesini” yansıtır. Uluslararası hukukun

⁶⁴⁹ Bkz. m. 70(b). Maddenin İngilizcesi için bkz. Article 70 (b): *in the context of the rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty*. Bkz. Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 52.

⁶⁵⁰ Bkz. m. 56. Maddenin İngilizcesi için bkz. Article 56: *The inter-temporal law* 1. *A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up.* 2. *Subject to paragraph 1, the application of a treaty shall be governed by the rules of international law in force at the time when the treaty is applied.* Bkz. Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 8, 9.

⁶⁵¹ Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 139; Nolte, *a.g.e.*, 2013 Introduction, 2.

⁶⁵² Örn. bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 572.

⁶⁵³ Walde, *a.g.e.*, 2009, 769.

⁶⁵⁴ Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 343.

⁶⁵⁵ McLachlan, *a.g.m.*, 2005, 285.

⁶⁵⁶ Hirsch, *a.g.e.*, 2012, 14.

birliğini ve genel uluslararası hukuktan soyutlanmış bir şekilde kuralların yorumlanmaması gerektiğini vurgular.⁶⁵⁷

3.2.2.2.2. Yorumda zaman unsuru

Andlaşmaların yorumlanmasının kısmen zamanlararası doktrinin bir parçası olarak açıklanabileceği anlayışına göre uygulayıcıların, statik yorum ya da çağdaşlık ilkesi (*static interpretation/principle of contemporaneity*) olarak da anılan andlaşmaları yapıldığı zamandaki kurallara göre yorumlamak yerine, andlaşmanın yorumlanması zamanındaki kurallara göre yorumlamaları ve uygulamaları gerekir.⁶⁵⁸ İkinci anlayış, dinamik yorum (*dynamic approach/evolutionary interpretation*) olarak da anılmakta ve yargı kararlarında her iki yaklaşımın izlerine rastlanmaktadır. Mesela UAD *Namibya Danışma Görüşünde*; bir uluslararası belgenin, yorum zamanında hüküm süren bütün hukuk sistemi çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması gerektiğine dikkat çekmiştir.⁶⁵⁹ Ancak *Minquiers and Eclerzos* kararında hakim Carneiro, lehe oy kullandığı kararı teyit ederek birkaç konuya temas etmek istediği bireysel görüşünde, bunu yapmak: “*Bir araç, çağdaşı olmayan kavramların ışığında değerlendirilmemelidir.*” şeklindeki uyarıldığımız hataya düşmek olur demiştir.⁶⁶⁰

Yukarıda da kısaca değinildiği gibi klasik yaklaşımdaki genel kurala göre andlaşmalardaki kavramlar, andlaşmanın akdedildiği zamandaki anlam ve kapsamına göre yorumlanır.⁶⁶¹ Dinamik yorum ise istisnai bir yöntemdir.⁶⁶² *Palmas Adası* kararında da bir yargısal olayın, çağdaşı olan hukuk ışığında takdir edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶³ UAD *Batı Sahara* kararında, *terre nullis* kavramını yorumlarken; klasik yaklaşım ve genel kurala uygun olarak, kelimelerin ilgili tarihte yürürlükte

⁶⁵⁷ Sands, P. (1998). “Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law”, *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, 1, 85-105, 95. Ayrıca bkz. Aust, *a.g.e.*, 2007, 243.

⁶⁵⁸ Linderfalk, U. (2015). “Is Treaty Interpretation an Art or Science? International Law and Rational Decision Making”, *The European Journal of International Law*, 169-189, 169-170; Dörr, *a.g.e.*, 2018, 572.

⁶⁵⁹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, 31.

⁶⁶⁰ The *Minquiers and Eclerzos* case, Judgment of November 17th, 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 47, Individual Opinion of Judge Levi Carneiro, p. 85-109, 91.

⁶⁶¹ Başeren, S. H. (2003). *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 10; Boas, *a.g.e.*, 2012, 65.

⁶⁶² Bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 573.

⁶⁶³ Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Reports Of International Arbitral Awards, Volume II, pp. 829-871, 845.

olan hukuka göre yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶⁴ Bu anlayışını başka kararlarda da sürdürmüştür. İstisnasını ise tarafların terimleri kullanmadaki niyetlerinin dinamik özellik taşıması, “*kapsamlı (generic)*” terimler kullanması oluşturur.⁶⁶⁵ *Ege Kıta Sahanelığı* kararında bu kapsamda, “ülkesel statü” terimi güncel uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde yorumlanmıştır.⁶⁶⁶ Zira, bir terimin kapsamının hukukun gelişimini takip edip etmeyeceğini belirleyen tarafların niyetidir. Andlaşmalar bu niyete ışık tutacak şekilde yorumlanmalıdır.⁶⁶⁷ İşte bu halde, “*andlaşmaların zamanlararası uygulanması/zamanlararası hukuk (intertemporal law)*” gündeme gelir.⁶⁶⁸

O zaman yorumcu, dinamik yorum yapmak için tarafların niyetinin dinamik yorum lehine olduğunu tespit etmelidir. Niyetin tespiti ise VAHS 31. maddedeki unsurlarla alakalanır ve çeşitli açılardan delillendirilebilir. Dinamik yorumun, müteakip uygulamalarla ilişkisi hakkında doktrinde farklı görüşler vardır. Diğer bir yandan da dinamik yorumun amaçsal yorum kapsamına girdiğini öne sürenler olduğu gibi amaçsal yorum olmadığını ileri süren görüşler de vardır. Ancak dinamik yorum bir yandan da yukarıda ifade edildiği üzere zaman unsuru ile ilişkilidir. Bu bağlamda konu, hem olağan anlam hem müteakip uygulamalar hem VAHS madde 31/3(c) hem de amaçsal yorumla ilişkili olup aynı zamanda VAHS’a alternatif bir yorum olup olmadığı noktasıyla ve andlaşmaların tadili ile de bağlantılıdır. Çünkü, özellikle çok taraflı andlaşmaların değiştirilmesi şartları çok zordur. Bu cepheden bakıldığında da karışımıza andlaşmaların dinamik yorumlanması tartışmaları çıkmaktadır.

UHK’ye göre dinamik yorum, amaç odaklı yorumun bir formudur. Müteakip uygulamalar, dinamik yoruma rehberlik edebilir.⁶⁶⁹ Dinamik yorum konusu, iç hukuk düzenlerinde de söz konusu olmakla birlikte andlaşmalar hukukunda kendine has özellikler gösterir. Çünkü, başta andlaşmaların tarafların ortak iradesinin ürünü olması ve değiştirilmesi usulleri olmak üzere, andlaşmaların iç hukuktan farklılıkları söz konusudur.⁶⁷⁰ İç hukuk bağlamında dinamik yorum, tarihsel yorum gibi tarihsellik unsuru içerir. Bununla birlikte, bu tarihsellik ileriye doğrudur. Tarihsel

⁶⁶⁴ Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p.12, 38, 39.

⁶⁶⁵ Romani, *a.g.e.*, 2007, 154; Linderfalk, *a.g.e.*, 2007, 95.

⁶⁶⁶ Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, 33.

⁶⁶⁷ McLachlan, *a.g.m.*, 2005, 316.

⁶⁶⁸ Boas, *a.g.e.*, 2012, 65.

⁶⁶⁹ International Law Commission, 2011, UN Doc A/66/10, 170.

⁶⁷⁰ Nolte, *a.g.e.*, 2013 Introduction, 2.

dönüşüm sonucu yaşanan toplumsal, siyasal, ekonomik vb. değerlerdeki değişimler karşısında muhtemel iradenin ne olması gerektiği araştırılır. Burada kuralı koyan irade; yalnızca kuralın ilk anlamını belirlerken, hakimler zamanın değişen ihtiyaçlarına göre kuralı yeniden yorumlarlar.⁶⁷¹

Uluslararası hukukta dinamik yorumun başlama noktası bir açıdan tarafların niyeti ile ilgili olmalıdır. Bazen tarafların niyetinin, andlaşmanın değişen zamanın gereklerini karşılayacağı yönünde olduğu başlangıçtan anlaşılabilceği gibi bazen de tarafların sonraki aşamalarda orijinal niyeti hesaba katmadan, andlaşmayı yeniden yorumlamaları ile anlaşılabilir. Bu manada Arato'ya göre; tarafların niyetinin zaman içinde değişeceğine dair iradelerinin belirlenmesinde iki yaklaşım vardır. İlki dinamik yorum olarak adlandırılabilcek “*orijinal*” niyetlerin esas alındığı, ikincisiyse sonraki “*müteakip uygulamalar*” temelli niyetlerinin temel alındığı yaklaşımdır.⁶⁷² Bu ikili tasnif çerçevesinde, VAHS'ın sıklıkla hem zımnen orijinal niyet (dinamik)⁶⁷³ hem de açıkça müteakip uygulamalar temelli yoruma izin verdiği kabul edilmektedir. Mesela Dörr'e göre dinamik yorum ile yorum araçlarının dinamik kullanımları farklıdır. Dinamik yorum, tarafların niyetinin kavramların dinamik yorumlanması veya böyle bir niyet yoksa andlaşmadaki kavramın baştan itibaren dinamik olmasıyla ilgili iken ikincisi, statik yaklaşıma da yol açabilen müteakip uygulama ve andlaşmalardır.⁶⁷⁴ Ancak, müteakip anlaşma ve uygulamalar da andlaşma terimlerinin dinamik olarak düzenlendiği niyetine delil olabilir.⁶⁷⁵

Dinamik yorumun delilleri bunun dışında, sıkça VAHS madde 31/1 bağlamında konu ve amaç ışığında yorumlama⁶⁷⁶ ile VAHS madde 31/3(c) gereği, uluslararası hukukun uygulanabilir değişen ilgili kuralları ışığında yorumda bulunma bağlamında da temellendirilmektedir. Bölünmeye ilişkin rapora göre, VAHS madde 31/3(c) temelinde dinamik yorum, kapsamlı kavramların (*generic terms*) uygulama

⁶⁷¹ Oder, *a.g.e.*, 2010, 225, 229.

⁶⁷² Arato, *a.g.m.*, 2010, 444, 445.

⁶⁷³ Örn. bkz. The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion, para. 114. Ayrıca bkz. Rietiker, D. (2010). “The Principle of “Effectiveness” in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and its Consistency with Public International Law”, *Nordic J. Int'l L.*,79(2), 245–277, 245, 255.

⁶⁷⁴ Bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 573, 574.

⁶⁷⁵ Moloo, *a.g.m.*, 2012, 262, 263.

⁶⁷⁶ Örn. bkz. Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, 24 May 2005, Reports Of International Arbitral Awards, Volume XXVII pp.35-125, 73, para. 80 .

zamanında hüküm süren uluslararası hukuk kuralları ışığında tanımlanmasını desteklemektedir.⁶⁷⁷ Yine, daha önce belirtildiği gibi; özellikle de andlaşmaların girişlerine ağırlık verildiği üzere, bağlamla konu ve amaç unsurları yakından ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, şu da iddia edilebilir ki sonraki gelişmeler, sadece lafzi yorum amaçlı değil amaçsal bakış açısından da dayanak noktası teşkil edebilir.⁶⁷⁸ Andlaşmanın akdedildiği zamanda mevcut olmayan normların uygulanması bağlamında uygulamayı etkileyebilir veya dinamik yorum bağlamında yorumu etkileyebilir.⁶⁷⁹ Bu noktada dinamik yorum yukarıda ima edildiği gibi tarafların niyeti merkezli olup bir yanıyla bağlamın unsurları bir yanıyla da konu ve amaç unsuruyla alakalı bir kavramdır.

UAD, *Navigational Rights* kararında dinamik yorum yöntemine başvurarak, andlaşmada geçen taraflar arasındaki ‘ticaret amacıyla’ ifadesini bütün modern ticaret türlerini kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır. Tarafların kullandığı genel/kapsamlı terimler (*generic terms*) için tarafların bu kavramların zaman içinde gelişeceğini dikkate almaları gerektiğini belirtmiştir.⁶⁸⁰ Divanın seçtiği ifadelerden de anlaşıldığı gibi tarafların niyetinin dinamik yorum yönteminde rolü vardır.⁶⁸¹ Nihai olarak bakıldığında UHK’nin isabetli tanımıyla andlaşma: Tarafların ortak iradesinin (*will*) somutlaşmış halidir. Dolayısıyla yorum: Tarafların niyetini tespit etmek üzere yürütülen araştırma faaliyetidir.⁶⁸² O zaman, tarafların ortak iradesini aşan ya da yansıtmayan her faaliyet, yorum kisvesine bürünmüş yetki aşımıdır. Dinamik yorum da aslında bağımsız veya VAHS’a alternatif bir yorum yöntemi olmamalıdır. VAHS’ın yorum kurallarının uygulanması neticesinde; tarafların iradesinin, terimlerin zamanla yaşanacak gelişmeleri de kapsayacak şekilde oluştuğunun belirlenip terimlere anlam verilmesi olmalıdır.⁶⁸³ Bjorge tarafından VAHS şerhine atıfla yapılan çıkarıma göre tarafların niyeti, yorum sürecinde muteber yorum araçlarının birleştirilerek kullanılmasından elde edilen bir inşadır.⁶⁸⁴ Ama bu inşa salt sanatsal olmadığı gibi temelde metne yansıyan irade olup tüm bu

⁶⁷⁷ Örn. bkz. UNGA, 13 April 2006, para. 478.

⁶⁷⁸ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 160.

⁶⁷⁹ McLachlan, *a.g.m.*, 2005, 316.

⁶⁸⁰ Bkz. Dispute regarding Navigational and Related Rights, 243, para. 66.

⁶⁸¹ Bjorge, *a.g.e.*, 2014, 1, 2.

⁶⁸² International Law Commission, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, 23.

⁶⁸³ Benzer yaklaşım için bkz. Bjorge, *a.g.e.*, 2014, 2.

⁶⁸⁴ Bjorge, *a.g.e.*, 2014, 2.

aktarılan yorum unsurlarının gerektiği şekilde ve iyi niyetle kullanılmasına dayanır.⁶⁸⁵

O zaman, dinamik-statik yoruma ilişkin sorunun çözümü, her şeyden önce andlaşmanın kendisini yorumlamaktan geçer.⁶⁸⁶ Andlaşmaları esasen akdedildikleri zamandaki sözel kullanımlarına göre yorumlamak hem iyi niyetin hem de sağduyunun gereğidir.⁶⁸⁷ *Mihaly* tahkiminin de işaret ettiği gibi öncelikle tarafların andlaşmanın dinamik yorumlanmasına ilişkin niyetlerini gösteren özel terimler kullanıp kullanmadıklarına bakılır. Gerek taraf devletlerin kullandıkları dil gerekse konu ve amaç buna işaret edebilir. Devletlerin müteakip uygulamaları da andlaşmanın dinamik yorum yapılmasına izin verecek terimler içerdiğine ya da nelerin bu şekilde yoruma tabi tutulacağına dair belirtiler içerebilir.⁶⁸⁸

Aslında tüm bu ifadeler, andlaşmaların “soyut” bir şekilde dinamik yorumlanamayacağını gösterir. Mesela, devletlerin takip eden istikrarlı uzun süren uygulamaları tam tersine dinamik yoruma izin verilmediğine, yalnızca statik yorumun mümkün olduğuna delalet edebilir.⁶⁸⁹ Yani esasen hepsinde taraf devletlerin iradesi başrolde olmalıdır. Bunun aksine yapılacak her yorum, yorum olmadığı gibi taraf devletlerin yerine geçerek andlaşmayı tadil etmek olacaktır. Özellikle de amaçsal yoruma ağırlık veren veya aşırı formlarını savunan bir anlayışa karşılık gelen bir dinamik yorum faaliyeti varsa, o zaman fiili tadil veya başka bir anlatımla mahkemelerin yetkilerini aşması vuku bulmuş olur. Kısacası kavramların, andlaşmanın uygulanma zamanındaki anlam ve kapsamına göre yorumlanması; bağlamın tüm unsurları başta olmak üzere, VAHS’ın yorum usurları ve kurallarının tümüyle doğru şekilde uygulanması suretiyle varılacak bir netice olmalıdır.

3.2.2.3. Konu ve amaç (*object and purpose*)

VAHS madde 31(1)’deki son unsur olan konu ve amaç unsuru, yorum sürecine amaçsal unsur ekler.⁶⁹⁰ Konu ve amaç unsuru, kararların hemen hemen hepsinde birbirinden ayrılmaz şekilde kullanılan iki kavramdan oluşur ve unsurun ne anlama

⁶⁸⁵ Ayrıca bkz. *McLachlan*, a.g.m., 2005, 317.

⁶⁸⁶ UNGA, 13 April 2006, para. 478.

⁶⁸⁷ *Dörr*, a.g.e., 2018, 573.

⁶⁸⁸ Bkz. *Mihaly International*, Award, para. 33, 60; *Moloo*, a.g.m, 2012, 262.

⁶⁸⁹ *Moloo*, a.g.m, 2012, 263.

⁶⁹⁰ *Weeramantry*, a.g.e., 2012, 67.

geldiği beraberce ele alınarak incelenir.⁶⁹¹ Konu ve amaç ibaresi VAHS'ta çeşitli maddelerde geçmekle birlikte, gerek Sözleşme'de gerekse yoruma ilişkin genel kuralın şerhinde konu ve amacın nasıl tespit edileceği ve kapsamının ne olduğu yeterli bir izahata kavuşturulmamıştır.⁶⁹² Doktrin bağlamında konuya bakıldığında ise terminolojik olarak “konu” ile “amaç” kavramlarını eş anlamlı veya birleşik bir yapı olarak değerlendirenler olduğu gibi ayrı kavramlar olarak değerlendirenler de mevcuttur. Unsurun nasıl tespit edileceğine dair metodolojik yaklaşımlara gelince, konu terminolojiden daha da belirsiz bir hal almaktadır.⁶⁹³ Farklı görüşlerin hepsinin VAHS'ın aynı hükümleri ile ilgili olması, belirli bir yasal, kültürel ve eğitimsel geçmiş tarafından belirlenen teorik kavramların etkisini kanıtlar.⁶⁹⁴

Andlaşmanın konu ve amacı kavramının VAHS'a yansıyan ve ilham kaynağı olan haliyle incelendiği karar, UAD'nin 1951 yılında karara bağladığı *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Danışma Görüşüdür*. Divan, karar boyunca “konu”, “amaç” ve “raison d'être” kavramlarını farklı yerlerde, birbirinden bağımsız olarak ve birbirini ikame ederek kullanmışsa da nihai olarak kavramın yalnızca “konu ve amaç” biçiminde birlikte anıldığı görülmektedir.⁶⁹⁵

Uluslararası andlaşmalar birbirinden çok farklı konularda akdedilebilir. Devletler; askeri, siyasi, ekonomik, insan hakları, dostluk ve işbirliği vb. konuları ele alan pek çok hususta uluslararası andlaşmalar yapmaktadır. Maddede amaçsal yorum yönteminin de esas alınması; bu gibi pek çok tipteki andlaşmalara hükmün tatbikine olanak sağlayarak,⁶⁹⁶ farklı konu ve kategorilere sahip uluslararası andlaşmaların hepsine VAHS'ı uygulanabilir kılar. 31. maddedeki genel yorum kuralının bir unsuru olarak konu ve amaca göre yorum, diğer unsurlara nazaran bu esnekliği daha çok

⁶⁹¹ Weeramantry tarafından yapılan tespite göre “konu” kavramı ile “amaç” kavramını birbirinden ayrı olarak değerlendiren istisnai örneklerden biri “Minority Schools in Albania” kararıdır. Bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 68. Karar için bkz. Minority Schools in Albania, Advisory Opinion, 1935, PCIJ, Series A/B, No. 64, 17.

⁶⁹² VAHS'a ilişkin şerhte unsura, yalnızca iki yerde atıf yapılmaktadır. Birisi genel yorum kuralının şerhinde, UAD'nin bir kararda girişteki konu ve amaca başvurduğuna atıfla; diğeri ise andlaşmaların değiştirilmesi bağlamında değerlendirilemeyecek bir örnek olarak geçmektedir. Bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol II, 221 para. 12, 235 para. 2.

⁶⁹³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Buffard, I., Zemanek, K. (1998). ‘The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma?’, *Austrian Review of International and European Law*, 3, 311-343, 322-329.

⁶⁹⁴ Buffard, Zemanek, *a.g.m.*, 1998, 330.

⁶⁹⁵ Bkz. Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, 15-69. İlgili değerlendirme için bkz. Şarbak, *a.g.e.*, 2018, 62, 63.

⁶⁹⁶ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 427.

sağlayacak imkanı veren bir anahtardır.⁶⁹⁷ Fakat, maddede “konu ve amacı ışığında” tabirinin kullanılması, yorumcuya çok geniş takdir yetkisi bırakmaktadır. Böylece yorumcuların, lafzi ve sistematik yorumu algılayışına göre konu ve amacı değerlendirmesine yol açabilecektir.⁶⁹⁸ Sinclair’e göre konu ve amaca aşırı vurgu, amaçsal yorum yöntemlerini teşvik eder. Amaçsal yorumun bazı aşırı formları tarafların niyetini inkara götürür. Çünkü, konu ve amacın araştırılması esasında, andlaşmayı yapanların ortak niyetlerini araştırmaktadır.⁶⁹⁹ Amaçsal yorumun sınırı, andlaşma metninin yine kendisidir. 31. madde, ölçsüz amaçsal yorum yapılmasına imkan vermemektedir. Aşırı amaçsal yorum, andlaşmanın gözden geçirilmesi veya yasama anlamına gelebilir.⁷⁰⁰

VAHS madde 31/1, andlaşmanın bütününe konu ve amacına atıf yapmakla birlikte uluslararası mahkemeler, andlaşmanın bir bölümüne ve hatta tek bir madde hükmüne dayanarak konu ve amacı belirleyebilmektedir.⁷⁰¹ Konu ve amaç tekil bir kavram olarak andlaşmanın bütününe işaret eder. Mahkeme bu yaklaşımda, andlaşmanın hedefini gerçekleştirmek ve konusunu elde etmek için en uygun yorumu araştırır. Bir yandan da andlaşmanın dinamik yorumu için gerekli esnekliği sağlar. Örneğin Avrupa Birliği Adalet Divanı, ilgili yöntem ve yaklaşımı tercih etmekte ve etkililik ilkesine önem vermektedir. Topluluk hukukunu, kurucu andlaşmanın onaylandığı anda mevcut olmayan ve zaman içinde değişen ve gelişen ihtiyaçları göz önünde bulundurarak dinamik bir biçimde yorumlamaktadır. Hazırlık çalışmalarına ise tarafların niyetinin ortaya çıkarılmasında teknik zorluklar ve topluluk hukukunun değişen ve gelişen şartlara ayak uydurma amacına çok az katkı sağladığı için nadiren başvurur.⁷⁰²

Yatırım andlaşmaları bağlamında konu hakkında öne çıkan önemli bir husus mahkemelerin sıkça andlaşmaların girişlerine bakarak konu ve amacı belirlemeleridir.⁷⁰³ Bu da yatırım tahkiminde sıklıkla yatırımcı lehine yoruma yol

⁶⁹⁷ Bkz. Benzer görüş, Bernhardt, *a.g.e.*, 1984, 324.

⁶⁹⁸ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 159.

⁶⁹⁹ Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 130.

⁷⁰⁰ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 428.

⁷⁰¹ Örneğin La Grand kararında tek bir maddenin konu ve amacından bahsedilmiştir. Bkz. La Grand (Germany v United States) , I.C.J. Reports 2001, p. 466, 502, para. 102.

⁷⁰² Kaczorowska, *a.g.e.*, 2010, 125, 127.

⁷⁰³ Örn. bkz. Ronald S. Lauder v. Czech Republic (Lauder), UNCITRAL Final Award (3 September 2001), para. 292; MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004), para. 104, 105; Siemens v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8,

açmaktadır.⁷⁰⁴ Ancak ilgili usul eksik ve hatalı bir uygulamadır. Girişler, bağlayıcı yükümlülükler içermeseler de andlaşmaların yorumlanmasında faydalı bir işlev gördükleri⁷⁰⁵ için önemleri yadsınamaz. Ama, konu ve amaç salt girişe bakarak da tespit edilemez. Konu ve amacın belirlenmesi 31. maddedeki tüm unsurlarla alakalıdır. Komisyon konu ve amacın, iyi niyetle ve terimlerin andlaşmanın bağlamı içinde belirleneceğine ve ayrıca; özellikle andlaşmanın başlığına, andlaşmanın hazırlık çalışmasına ve akdedildiği koşullara ve uygun olduğunda, taraflarca üzerinde mutabık kalınan müteakip uygulamaya başvurulabileceğine isabetli bir şekilde işaret etmiştir.⁷⁰⁶

Yatırım andlaşmaları bağlamında konu ilerleyen başlıkta ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte, kısaca belirtmek gerekirse; yatırım andlaşmalarının girişleri aslında, münhasıran yatırımcılar lehine ifadeler içermemektedir. Aynı zamanda ev sahibi devletin gelişimine yönelik pek çok ifadeye de yer vermektedir. Dolayısıyla konu ve amacın belirlenmesinde girişe bakılırken de eksik veya taraflı bir yaklaşımla değerlendirmede bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda *Amco* kararını aktarmak yerinde olacaktır. Karar ICSID Konvansiyonu’nu yorumlarken, girişte yer alan “*ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliğine duyulan ihtiyacı ve özel uluslararası yatırımın buradaki rolünü göz önünde bulundurarak*” ifadesine işaretler; konu ve amacı, yatırımcıların çıkarlarının yanı sıra kalkınma ve gelişmekte olan ülkelerin genel çıkarlarını korumak olarak değerlendirmiştir.⁷⁰⁷

Bu manada, 31. maddedeki düzenlemenin tek bir konu ve amaca vurgu yapması doktrinde dile getirilen bir sorundur. Andlaşmaların çoğunluğu tek ve saf bir amaca sahip olmadıkları gibi; aksine, çeşitli türlerde ve muhtemelen çelişkili konu ve

Decision on Jurisdiction, (3 August 2004), para. 81; CMS, Award, para. 274; Noble Ventures, Award, para. 52; Aguas del Tunari, SA v Bolivia, Decision on Jurisdiction (21 October 2005), para. 153, 240, 241, 247; Continental Casualty Company v Argentina, Decision on Jurisdiction, (22 February 2006), para. 80; Saluka, Partial Award, para. 299; Kardassopoulos v Georgia, Decision on Jurisdiction (6 July 2007), para. 178–181.

⁷⁰⁴ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 29, 30.

⁷⁰⁵ Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 20.

⁷⁰⁶ Bkz. Yearbook of the International Law Commission. (2007). *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-ninth session*, Vol II Part Two, A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 2), 38, para. 6

⁷⁰⁷ Bkz. *Amco*, decision on jurisdiction, para. 23.

amaçlar içerirler.⁷⁰⁸ Örneğin, Enerji Şartı gibi son derece fazla konu ve amaçtan bahseden andlaşmalar mevcuttur. Villiger’a göre o zaman konu ve amaçlardan biri, hiç şüphesiz ki öngörölmüş hak ve yükümlölükler arasında dengein sürdürölmesine hizmet edecektir.⁷⁰⁹ Bir andlaşma birden fazla amaç takip ediyorsa yorumcu, dengeli ve tarafsız bir şekilde ilgili oldukları kapsamda hepsini dikkate almalıdır.⁷¹⁰ Gardiner’a göre 31. maddenin tek bir amaçtan bahsetmesi sebebiyle böyle bir konu ve amacın her bir dava için yararlı görölmesi gerçekçi değildir.⁷¹¹ İlgili yaklaşımı metnin lafzi okunması halinde bile bağdaştırmak güctür.⁷¹²

3.2.2.4. İyi niyet (*good faith*)

İyi niyet ilkesi, UDAD ve UAD’nin pek çok kararında tekrarla anıldığı üzere; uluslararası hukukun köklü bir ilkesidir.⁷¹³ İlke, bütün hukuk sistemlerinde önemlidir. Ancak uluslararası hukukta, ulusal hukuk sistemlerine göre daha önemli ve özel bir yer işgal eder. Andlaşmaların imzası öncesinden başlayarak yoruma kadar uzanan süreçte çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Uluslararası hukuktaki ahde vefa, estoppel vb. kurallar ve ilkelerle de bir ölçüde ilgilidir.⁷¹⁴ VAHS bağlamında iyi niyet ilkesine biri giriş kısmı, diğerleri ise ahde vefa ilkesi içerisinde,⁷¹⁵ konumuz bağlamında andlaşmaların yorumlanması kapsamında,⁷¹⁶ iç hukukun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümleri⁷¹⁷ ve geçersizliğinin sonuçları⁷¹⁸ olmak üzere beş ayrı yerde değinilmiştir.

Bunun dışında elbette diğer uluslararası hukuk belgelerinde ve yargı kararlarında da ilkeye işaret edilmektedir. Ancak sıkça belirtildiği üzere, ilkenin tanımını yapmak son derece zordur. Kapsayıcı bir tanım vermek yerine, konuyu

⁷⁰⁸ Sinclair, *a.g.e.*, 1984, 130.

⁷⁰⁹ Villiger, *a.g.e.*, 2009, 427.

⁷¹⁰ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 161.

⁷¹¹ Bkz. Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 216.

⁷¹² Bkz. Klabbers, J. (2005). “On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization”. *Nordic Journal of International Law*, 74(3), 405-428, 414 – 415 .

⁷¹³ Örn. Bkz. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, 296, para. 38.

⁷¹⁴ Reinhold, *a.g.m.*, 2013, 40. Daha fazla örnek için bkz. Kolb, R. (2006). ‘Principles as Sources of International Law’, *Netherlands International Law Review*, 53(1), 1-36, 19, 20.

⁷¹⁵ VAHS, m. 26.

⁷¹⁶ VAHS, m. 31.

⁷¹⁷ VAHS, m. 46.

⁷¹⁸ VAHS, m. 69.

çeşitli yönlerden değerlendirmek tavsiye edilen usuller arasındadır.⁷¹⁹ UAD'nin⁷²⁰ dahi genel yorum kuralının içinde yer alacak şekilde ilkeye atıf yapmanın ötesinde söyleyeceği pek fazla bir şey olmadığı savunulmaktadır.⁷²¹ İlke, bir tanıma göre hukuki belgelerin kötü niyetli bir şekilde kullanılmaması ve kastedilen amacına münasip şekilde uygulanması şeklinde tanımlanabilir.⁷²²

Ancak yine de değinilemeden geçilemeyecek bir kısım hususlardan bahsetmek gerekir. İyi niyet, farklı şekillerde uluslararası hukuk düzeninin ve sürecinin bütününe nüfuz eden uluslararası hukukun genel bir ilkesidir.⁷²³ VAHS'ın 26. maddesinde düzenlenen ahde vefa ilkesinin doğal sonuçlarından bir tanesi, andlaşmaların iyi niyetle yorumlanmasıdır. Çünkü iyi niyetle andlaşmaların icra edilmesi zorunluluğu, andlaşmaların uygulanması hususunda meydana gelecek uyuşmazlıkların çözümünde iyi niyetle yorum yapma yükümlülüğünü gerekli kılar.⁷²⁴ Ahde vefa ilkesinin ana bileşeni olan iyi niyet, etkililik ilkesini kapsar ve vasıflandırır.⁷²⁵ Bir andlaşmayı yorumlarken iyi niyet başlangıçta, bir andlaşmanın terimlerinin hiçbir anlama gelmemesinden bir anlam ifade ettiği varsayımından ortaya çıkar.⁷²⁶ İyi niyetin ikinci cephesi ise yeni yükümlülüklerin yüklenmemesidir. “Etkili yorum”, yorumun kapsamını genişletirken, “yeni yükümlülüklerin yüklenmemesi” sınır niteliği teşkil eder.⁷²⁷ İyi niyet, olağan anlamı pekiştirirken, çok sıkı metinsel yorumun etkisini azaltır.⁷²⁸ Terimlerin meşru beklentiye göre anlaşılması gereken akılcı yorumlanmasını gerektirir.⁷²⁹ Bu kapsamda ilke, yükümlülüklerle ilişkin makul bir sonuca ulaşmak için sıklıkla atıf yapılan bir ilkedir.

⁷¹⁹ İyi niyet ilkesinin kapsamı ve uluslararası hukuktaki yansımaları bağlamında bkz. Kolb, a.g.m., 2006, 1-36.

⁷²⁰ İyi niyet ilkesi hakkında örnekler için bkz. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, 46, para. 85; Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, 268, para. 46; Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 73, 95-98; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, 418, para. 60; Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69, 105, para. 94.

⁷²¹ Bkz. Gardiner, a.g.e., 2015, 172.

⁷²² Schreuer, C. (2005). “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), 357-386, 384.

⁷²³ Paparinskis, M. (2014). *Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2512664 Erişim Tarihi: 01.05.2021), 1.

⁷²⁴ Aksar, a.g.e., 2017, 145.

⁷²⁵ Shahabuddeen, a.g.e., 1996, 145.

⁷²⁶ Villiger, a.g.e., 2009, 425.

⁷²⁷ Reinhold, a.g.m., 2013, 61.

⁷²⁸ Kolb, a.g.e., 2016, 149.

⁷²⁹ Kolb, a.g.e., 2016, 148.

Amco tahkimine göre her bir andlaşma, tarafların makul ve meşru bir şekilde öngördükleri kabul edilebilecek taahhütlerinin sonuçları dikkate alınarak iyi niyetle yorumlanmalıdır.⁷³⁰

Diğer yandan, terimler açık anlama sahip olsa bile uygulanması saçma ve mantıksız sonuçlara yol açacaksa, iyi niyet ilkesine göre başka bir yorum aranmalıdır.⁷³¹ İlke, bir işlemin konu ve amacını kullanımdan yoksun bırakmaya yönelik veya bu etkiyi yaratan tüm eylemlere karşı da korur.⁷³² Nitekim ilke, 31. maddenin merkezinde ve yorum sürecine hakim olan bir kavram olarak tasavvur edilmiştir ve aslında yorum yöntemleri arasında dengeyi sağlar.⁷³³ Hatta konu ve amaca uygun yorumun aşırıya kaçabilecek tüm formlarını gidermede kilit vazife görür.

Kolb'a göre iyi niyetin tamamlayıcı rolü çoğunlukla, son derece yoğun ve çok yönlü içeriklerin yorumlanmasında kullanılmasıdır. Literal anlamdan çok ruha göre yorumlama, makul yorumlama, istismar edici yorumların önlenmesi, kanuna karşı hilenin önlenmesi, olağan anlam varsayımı (meşru beklenti) gibi pek çok husus iyi niyet ilkesine bağlanmıştır ve hiçbir metin (veya aslında norm) yorumsuz kalamayacağından; iyi niyet, normların ve metinlerin pratik olarak anlaşılması ve uygulanması için gerekli bir tamamlayıcıdır.⁷³⁴ Bir andlaşmanın veya ilgili hükümlerinin konu ve amaçlarını seçici bir şekilde kullanacak surette veya daha da kötüsü, olağan anlam ve bağlamdan kaynaklanan herhangi bir belirsizliği kasıtlı olarak taraflardan birinin lehine olacak şekilde yorumlamak da andlaşmayı iyi niyetle yorumlama yükümlülüğüne aykırıdır. Yatırım mahkemeleri ise bu konuda her zaman titizlikle davranmamaktadır.⁷³⁵ Aslında, uluslararası hukuktaki her yetkinin iyi niyetle kullanılması gerektiği düşünüldüğünde, 31. maddede ilkenin tekrar edilmesi, yorumun icrasında her şeyin iyi niyetten daha az tehlikeli olduğunun takdir edilmesini yansıtır gibidir.⁷³⁶ Dörr'ün, ilkenin önemi hakkındaki yeterince kapsayıcı bir ifadesiyle konuyu kapatırsak: İyi niyet, iyi bilinen bir ifadeyle yorum

⁷³⁰ *Amco*, Decision on Jurisdiction, para. 14

⁷³¹ Aust, *a.g.e.*, 2007, 234.

⁷³² Kolb, *a.g.e.*, 2006, 18.

⁷³³ Bkz. Villiger, *a.g.e.*, 2009, 426.

⁷³⁴ Kolb, *a.g.e.*, 2006, 35.

⁷³⁵ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 173. Örn. bkz. *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 August 2011), para. 364.

⁷³⁶ Arsanjani, Reisman, *a.g.m.*, 2010, 601.

sürecinin bütününi kuşatan bir şemsiyedir. Genel kuralda açılış kelimeleri olarak somutlaşması, gidişatını belirler ve bir bütün olarak taahhüde yönlendirir.⁷³⁷

3.2.3. Tamamlayıcı Yorum Araçları (m. 32)

VAHS'ın 32. maddesine göre⁷³⁸; 31. maddenin uygulamasından hasıl olan manayı teyit etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum: (a) manayı muğlak veya anlaşılmasız bırakıyorsa veya (b) çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına veya andlaşmanın yapılma şartları dahil tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.⁷³⁹ Tamamlayıcı yorum araçlarını düzenleyen 32. maddenin amacı çok açık değildir. Ancak, maddeye başvurulma şartları 31. maddenin uygulanmasından sonra (1) anlamın teyit edilmesi veya (2) belirsizlik halinde (şartlar sağlandığı takdirde) manayı tespit etmek amacı ile başvurulmasını içerir. Yoksa, tarafların niyetini ortaya çıkarmak veya metinden bağımsız bir durumu düzenlememiştir. Yorumun saçma olması, makul olmaması ve belirsizliği hallerinde amaç; anlamı doğrulamak değil, belirlemek olmakta ve maddenin tamamlayıcılık vasfı belirleyiciliğe tekamül etmektedir.⁷⁴⁰ Madde 31'in zorunlu metodolojisinin aksine, madde 32'nin dili ihtiyari ve şarta bağlıdır. Büyük ölçüde metin sonrası olaylardan ziyade, metin öncesine bakar.⁷⁴¹

Maddede andlaşmanın hazırlık çalışmaları ve yapılma şartlarının örnek olarak sayılarak tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabileceğinin düzenlenmesi, yorumcuya geniş kapsamlı imkan vermektedir. Mesela Yen'e göre, mahkeme kararları, doktrin ve diğer andlaşmalar 32. madde kapsamında değerlendirilmelidir.⁷⁴² Bazı kararlarda buna paralel yaklaşımlara rastlanmaktadır. Mesela, *Canadian Cattlemen* ve *Chevron* tahkimleri maddenin tahdidi olmadığından yola çıkarak, yargısal kararların 32. madde kapsamında anlaşılması

⁷³⁷ Dörr, *a.g.e.*, 2018, 587.

⁷³⁸ Maddenin İngilizce aslı şu şekildedir: (*Article 32. supplementary means of interpretation*): *Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.*

⁷³⁹ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, *a.g.e.*, 2013, 74.

⁷⁴⁰ Shahabuddeen, *a.g.e.*, 1996, 146; Gardiner, *a.g.e.*, 2015, 358, 359; Aust, *a.g.e.*, 2007, 245.

⁷⁴¹ Arsanjani, Reisman, *a.g.m.*, 2010, 600.

⁷⁴² Bkz. Yen, *a.g.e.*, 2014, 68.

gerektiğini/anlaşılabileceğini açıkça beyan etmişlerdir.⁷⁴³ Yine mesela *Berschader* tahkimi, uyuşmazlık konusu andlaşmayı yorumlarken taraf devletlerin imzaladığı diğer BIT’lerden yararlanmıştır. Hatta *RosinvestCo* tahkiminde, başka devletlerin benzer nitelikte hüküm içeren andlaşmaları (BIT’ler) dahi dikkate alınmıştır.⁷⁴⁴

Tamamlayıcı yorum araçlarının neler olduğu, kapsamı belirsiz bir ifadedir. Bununla birlikte hazırlık çalışmaları, andlaşmaların resmi akdi ile sonuçlanan tartışmaları ve diğer şartları belgeleyen malzemeleri içerir.⁷⁴⁵ İyi niyet ilkesinin sınırları çerçevesinde, tarafların ortak niyetine ışık tutabileceği düşünülen tüm araçlardan, tamamlayıcı yorum aracı olarak yararlanılabilmelidir.⁷⁴⁶ Fakat, hazırlık çalışmalarına başvurmak ulaşılabilirlikleri ile yakından ilgilidir. Örneğin, ICSID Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmalarına detaylı bir şekilde ulaşmak mümkündür. O nedenle ICSID hakem mahkemelerince sıkça başvurulmaktadır. Ancak BIT’ler için aynı şeyi söylemek mümkün olmamaktadır. Bunların dokümanlarına çoğunlukla ulaşamamaktadır.⁷⁴⁷ Çünkü, genellikle sınırlı tartışmalarla model andlaşmalar üzerinden hazırlanmakta⁷⁴⁸ ve hazırlık çalışmaları ekseriyetle kayıtlara geçmemektedir.⁷⁴⁹

Hazırlık çalışmalarına başvurma’nın tamamlayıcı olarak düzenlenmesi; esasen tamamlanmamış olarak kalmaları, ulaşamamaları veya karmaşık olmalarının getirdiği tecrübelerin neticesinde mantıklıdır. Elbette ulaşılabilir olmaları halinde büyük faydalar da sağlamaktadır. VAHS kati surette, hazırlık çalışmalarına andlaşma terimleri kadar ağırlık veren “*niyetçi yaklaşımı (intentionist school)*” reddetmiştir.

⁷⁴³ Örn. bkz. *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL (formerly Consolidated Canadian Claims v. United States of America) award on Jurisdiction, (28 January 2008), para. 50; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, interim award (1 december 2008), para. 121.

⁷⁴⁴ İlgili kararlar için bkz. *Berschader*, award, para. 145-146; *RosInvestCo UK Ltd. v Russian Federation*, SCC Case No. Arb. V079/2005, Award on Jurisdiction (1 October 2007), para. 113. Ayrıca bkz. *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, The Republic of El Salvador’s Memorial Objections to Jurisdiction (15 October 2010), para. 198-218.

⁷⁴⁵ Ris, M. (1991), “Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Boston Collage International and Comperative Law Review*, 111-136, 112.

⁷⁴⁶ Bkz. Şarbak, *a.g.e.*, 2018, 116.

⁷⁴⁷ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 33. Konu hakkında bir örnek karar için bkz. *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, para. 47, 249-263.

⁷⁴⁸ Schreuer, *a.g.e.*, 2011, 73.

⁷⁴⁹ Schreuer, *a.g.e.*, 2010 Diversity, 138

Yorumun temel noktası olarak metni/lafzı esas almıştır.⁷⁵⁰ 32. maddenin tamamlayıcı araçlar olarak düzenlenmesi, ilgili anlayışın yansıması olarak görülebilir. 32. maddeye tamamlayıcı olarak anlamın açık ve makul olduğu hallerde teyit maksadı ile başvurulması, doktrinde ve UDAD ile UAD'nin çeşitli kararlarında yöntem olarak kabul edilmektedir.⁷⁵¹ Ancak lafza göre yorumu savunanlar, hazırlık çalışmalarına daha ihtiyatla yaklaşırken; konu ve amaca göre yorumu savunanlar, bu konuda daha ılımlı olabilmektedir. Mesela, UAD'nin ve UDAD'ın metni açık bulduğu hallerde uzun süre hazırlık çalışmalarına başvurmayı reddettiği söylenmekte⁷⁵² ve buna yönelik kararlarına rastlanmaktadır.⁷⁵³

Uygulamada, hazırlık çalışmalarına ulaşmanın zorluğu ve hazırlık çalışmalarının kayıt altına alınmamasının esaslı bir sorun olduğu sıklıkla dile getirilmektedir. Fakat onunla birlikte, hazırlık çalışmalarına ulaşılabilse dahi tarafların hepsinin niyetini yansıtmadığı veya bu yol ile tarafların yansıyan niyetinin her zaman gerçek olmadığı gerekçesiyle güvenilir veriler olarak kabul edilemeyeceğine dair fikirler de öne sürülmektedir. Andlaşma taraflarının bir kısmının hazırlık çalışmalarında yer almamış olması sorununa ilişkin olarak *River Oder* kararında (1929) UDAD, bazı taraf devletlerin katılmaması sebebiyle 1919 tarihli Versay Andlaşması hazırlık çalışmalarına atıf yapılmasına izin vermemiştir.⁷⁵⁴

UAD'nin hazırlık çalışmalarına başvurduğu kararlardan biri *Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşmenin Uygulanmasına ilişkin Davadır*.⁷⁵⁵ Shahabuddeen'a göre andlaşma metninin kararlaştırılması anındaki devletlerin ortak niyetlerinin bulunması ihtimalinin inkarı, andlaşma yapma sürecinin gerekli bir unsuru olduğunu inkar etmek anlamına gelecektir.⁷⁵⁶ Ancak hazırlık çalışmalarının, devletlerin niyetlerinin belirlenmesinde birincil dayanak olarak görülmemesi⁷⁵⁷ şu açıdan haklıdır: Doktrinde bazen dillendirildiği üzere, andlaşmaların yorumlanması sorunları esasen tarafların

⁷⁵⁰ Berman, a.g.m, 2005, 11.

⁷⁵¹ Örn. bkz. Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960, I.C.J. Reports 1960, p. 150, 161.

⁷⁵² Shahabuddeen, a.g.e., 1996, 146; Villiger, a.g.e., 2009, 422.

⁷⁵³ Örn. bkz. Competence of the General Assembly regarding Admission to the United Nations, 8.

⁷⁵⁴ Hillier, a.g.e., 1998, 144.

⁷⁵⁵ Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Preliminary Objections.

⁷⁵⁶ Shahabuddeen, a.g.e., 1996, 146.

⁷⁵⁷ Örn. bkz. Bjorge, a.g.e., 2014, 2.

ihtilaflarından vuku bulur. Hazırlık çalışmalarının çoğunlukla net olmaması gerçeği de buna eklendiğinde; ilgili araçlara, tarafların orijinal niyetini belirlemede ilk adım olarak başvurulması halinde ekseriyetle sağlıklı sonuçlar vermeyeceği gibi tam aksine sonuçlar da doğabilir.

VAHS'ın 32. maddede getirdiği düzenleme çerçevesinde, özellikle madde başlığından ve lafzından yola çıkarak; 32. maddenin, 31. maddenin tamamlayıcısı olduğu büyük çoğunlukla doktrinde dile getirilmekte veya tekrar edilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada maddelerin arasında aslında hiyerarşik bir yapılanma olmadığı⁷⁵⁸ da savunulmaktadır. 32. madde açıkça “tamamlayıcı” yorum araçları olarak düzenlense de uluslararası mahkemelerin uygulamada, 31. ve 32. madde arasındaki farkları bulandırma eğiliminde olduklarına ve hazırlık çalışmalarının yardımına kayda değer bir şekilde başvurduklarına dair görüşler mevcuttur. Öyle ki Kolb’a göre, VAHS’ta tarafların niyeti ikincil araç olarak düzenlenmesine rağmen uluslararası mahkemeler uygulamada sıklıkla tarafların niyetine başvurmaktadır.⁷⁵⁹ Yargı kararlarından örnek vermek gerekirse; UDAD *Kadın İstihdamı* ile ilgili kararında, açık anlamı teyit etmek maksadı ile hazırlık çalışmalarına başvurmuştur.⁷⁶⁰ *Qatar v Bahrain* kararında 31. ve 32. madde arasındaki tamamlayıcılık ilişkisinin gerçekçi olmadığı, hakim Schwebel tarafından ayrı görüş olarak vurgulanmıştır.⁷⁶¹

Yatırım tahkimi bağlamında konuya baktığımızda, UAD ve UDAD kararlarının 32. madde hakkında benimsedikleri çeşitli yaklaşımlara aynıyla atıf yapıldığı görülmektedir. Örneğin *Wintershall* kararında, UAD’nin bir kararda benimsediği olağan anlamın açık olduğu hallerde hazırlık çalışmalarına başvurulmayacağına dair görüşü aynen benimsenmiştir.⁷⁶² Fakat, yatırım tahkimi kararlarının en başlıca sorunu yorum sürecini sağlıklı yürütmemeleri, eksik yürütmeleri, bazen yürüttükleri muhakemenin tam zıddı neticelere varmaları olduğu

⁷⁵⁸ Bkz. Aksar, *a.g.e.*, 2017, 147, 148,

⁷⁵⁹ Kolb, *a.g.e.*, 2016, 150.

⁷⁶⁰ Bkz. Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, Advisory Opinion of 15 November 1932 (including the text of the declaration by MM. Baron Rolin-Jaequemyns, Count Rostworowski, Fromageot and Schücking), PCIJ, Series A/B No. 50, 12, 17, 19.

⁷⁶¹ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 6, Dissenting Opinion Of Vice-President Schwebel, 27-39.

⁷⁶² *Wintershall*, award, para. 79. Ayrıca bkz. Competence of the General Assembly regarding Admission to the United Nations, 8.

gibi Fouret'in belirttiği üzere, yorum araçlarının hangi sıra ve amaçla kullanıldığı ayrımını da iyi açıklamamalarıdır. Fouret'e göre 32. maddede hazırlık çalışmalarının niteliğinin tamamlayıcı olduğu vurgulanmasına rağmen mahkemeler tarafından, yatırım andlaşmaları ve ICSID'e dair taslak ve diğer hazırlık çalışmaları unsurları sürekli olarak kullanılmaktadır. İlgili yaklaşım, uygulamada genel kural ile tamamlayıcılık ayrımını ortadan kaldırmakta ve her mahkemenin dayandığı düzenli ve normal bir unsur haline gelmektedir.⁷⁶³ Yine de bazı tahkim kararlarında, maddenin uygulanmasına dair kıyasen ayrıntılı değerlendirmelere rastlanmaktadır. Örneğin *Methanex* kararı, 32. maddeye teyit maksadı ile başvurduğuna atıfla amacın, anlamı değiştirmek olmadığı gibi tamamlayıcılığın yanı sıra ve 31. maddenin aksine, esasen metodolojik olarak uygulanamamasına bağlı olduğunu ve yorumcuların 31. maddenin tüm adımlarının uygulanması yoluyla metnin olağan anlamını yorumlamakla yükümlü olduğunu beyan etmiştir.⁷⁶⁴

Konuyu nihayete erdirirken, olması gerekeni yansıtması açısından ve en azından imkanlar elverdiği ölçüde mahkemelerin uygulaması gereken bir yükümlülüğü hatırlatması bakımından bir değerlendirmeyi aktarmak faydalı olacaktır. Şöyle ki, dahil edilme sebebi her ne olursa olsun iyi niyet yükümlülüğü, yorumcuyla 32. maddeye yönlendirir. Bu nokta, 32. maddenin uygulanmasının üçüncü koşuludur. Olağan anlam açıksa, bunu doğrulamak üzere başvurmanın gerekliliği ortaya çıkabilir. Halihazırda amaç, öngörülen yöntemlerin uygulanmasından ortaya çıkan metnin anlamını "teyit etmek" ise 31. maddeye göre açık, saçma ve belirsiz olmayan anlam da yeterince açık değildir.⁷⁶⁵

⁷⁶³ Fouret, *a.g.e.*, 2018, 830.

⁷⁶⁴ *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility (First Partial Award) (7 August 2002), para. 19–21.

⁷⁶⁵ Arsanjani, Reisman, *a.g.m.*, 2010, 600, 601.



4. ULUSLARARASI YATIRIM ANDLAŞMALARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE YORUMLANMASI

4.1. Genel Bakış

VAHS'ın yoruma dair hükümleri, devletler arasındaki uluslararası hukuka tabi bütün andlaşmalara uygulanır. Uluslararası yatırım andlaşmaları da aynı hükümlere tabidir. Yatırım hukukunun bireyleri de aktör olarak kabul etmesi sebebi ile olağandışı olması, yatırımcıların tahkim sürecini ilk olarak başlatması ve içtihat hukukunun gelişiminde aktif rol oynaması; bir dereceye kadar gelişmelerin yatırımcılar tarafından yönlendirildiği izlenimini verse de daha önce değinildiği gibi sistemin nihai kontrolü, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi andlaşma yapma gücünü elinde bulunduran devlet ve ilgili diğer aktörlerin elindedir.⁷⁶⁶ Bu sebeple söz konusu hususiyetler, yatırım andlaşmalarını bahsi geçen kapsamdan çıkarmadığı gibi özel yorum yöntemlerinin uygulanmasını da gerektirmez.⁷⁶⁷

Yatırım hukuku nihai olarak, uluslararası yatırımların korunması ve teşviki ile devletlerin ekonomik gelişiminin amaçlandığı uluslararası andlaşmalar olarak şekillenen varlığını, devletlerin uzlaştıkları ve düzenledikleri kelimelere borçludur. Tek bir kelime, kelimelerin ve paragrafların terkihi veya hakikatte niteleyici kavramların yokluğu, sıklıkla birden fazla anlama vücut verebilir. Anlamaların kilidini açmak ve anlamlar arasından seçim yapmak için de başlıca anahtar, VAHS'taki 31-33. maddelerde yer alan yorum kurallarıdır.⁷⁶⁸ ICSID Konvansiyonu, yorum kuralları hakkında hüküm içermemektedir. Bu sebeple uygulanabilir hukuk kapsamında her bir yatırım andlaşmasına yetkiyi devreder. Andlaşmalar konuya ilişkin çoğunlukla hüküm içermediği için gerek teamül hukuku gerekse VAHS bağlamında hakemler, genellikle 31-33. maddedeki hükümleri tanımaktadırlar.⁷⁶⁹ Doğrudan atfin olmadığı hallerde ise maddelerde yer alan yorumun unsurlarına değinilerek aslında dolaylı atıf yapılmaktadır. Yatırım andlaşmaları yorumlanırken; özellikle genel kural olan 31. maddeye atıfla VAHS hükümlerine başvurulması, hakem kararlarına sıklıkla yansıyan bir husustur. Ancak maddeye başvurulması genellikle, yalnızca madde metninin tekrarı niteliğinde ve 1. fıkra ile sınırlı olmaktadır. Tahkim mercileri,

⁷⁶⁶ Schreuer, *a.g.e.*, 2015, 1904.

⁷⁶⁷ Benzer görüş için bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 209. Ayrıca bkz. Damme, *a.g.e.*, 2009, 60.

⁷⁶⁸ Weeramantry, *a.g.e.*, 2017, 481.

⁷⁶⁹ Nolte, *a.g.e.*, 2013 Subsequent Agreements, 233.

yorum unsurlarını nasıl bir usulle ve hangi ağırlıkta ele aldıkları hakkında çoğunlukla izahat yapmamaktadır. Sınırlı sayıda kararda muhakeme hakkında geniş bilgiye ulaşılabilmektedir.⁷⁷⁰

Yorum kurallarının aynı zamanda teamül hukuku olması bakımından uygulanabilir olması, hakem kararlarına yansıyan bir husustur. Örneğin *Saluka* kararında, yorum hükümlerinin Sözleşme hükmü haricinde aynı zamanda teamül hukuku niteliği gereği tarafları bağladığına ayrıca atıf yapılmıştır.⁷⁷¹ *Aguas* kararında, taraflardan birinin Sözleşme'ye taraf olmaması sebebi ile VAHS'ın ilgili kurallarının teamül hukuku temelinde uygulanacağı ifade edilmiştir.⁷⁷² VAHS kurallarına doğrudan ilk atıf 1985 tarihli *Klöckner* davası hakkında verilen bozma kararı, ikicisi ise *AAPL* kararıdır.⁷⁷³

VAHS'ın 32. maddeye tamamlayıcı işlev vermesi yatırım tahkimince de kabul edilen bir husustur. Örneğin *Hrvatska* kararında mahkeme, 31. maddedeki anlamı teyit etmek için 32. maddeye başvurmuştur.⁷⁷⁴ Yine *Murphy* kararında, 31(1). maddedeki genel kuralı dikkate alarak, açık bulduğu düzenleme dili için tamamlayıcı araçlara başvurmayı gereksiz bulmuştur.⁷⁷⁵ *Malaysian Historical Salvors* kararına göre ise mahkemelerin her davada yorum için düzenli olarak hazırlık çalışmalarına başvurmaları, sadece yorum gerektiren terimin muğlak veya anlaşılmaz olduğu sonucuna vardıklarında bunu yaptıklarını iddia etmelerini mitolojik hale getirmektedir.⁷⁷⁶ Bazen, orijinal iradeyi araştırma bağlamında da 32. maddeye başvurulmaktadır. Mesela, *Sempra Enerji* kararında, hazırlık çalışmalarının açıkça

⁷⁷⁰ Benzer görüş için bkz. Fauchald, a.g.m., 2008, 314, dipnot. 63. Yazar, çalışmasında en göze çarpan örnekler olarak şunları vermiştir: *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005), para. 117, 147, 158, 160, 188, 194, 196; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, (29 April 2004), para. 27–38; *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 88, 90–93, 226, 230, 250, 291.

⁷⁷¹ *Saluka*, Partial Award, para. 296.

⁷⁷² *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, ICSID Case ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, para. 88.

⁷⁷³ İlgili tespit için bkz. Weeramantry, a.g.e., 2012, 26. İlgili kararlar için bkz. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985), para. 58; *APPL*, award, para. 38–42.

⁷⁷⁴ *Hrvatska Elektroprivreda D.D. v Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on the Treaty Interpretation Issue (12 June 2009) , para. 183

⁷⁷⁵ *Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction (15 December 2010), para. 71. Ayrıca bkz. *Philippe Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, Award (27 November 2000), para. 21.6.

⁷⁷⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009), para. 57.

orijinal iradeyi tesis etmeye hizmet ettiği vurgulanmıştır.⁷⁷⁷ *Inceysa* kararında da andlaşmanın yürürlüğe girmesinden evvel taraflar arasında teati edilen mesajların tarafların iradesine ışık tuttuğu belirtilmiştir.⁷⁷⁸ Ancak, tarafların gerçek niyetinin araştırıldığı tahkim örnekleri çok azdır.⁷⁷⁹

Yatırım tahkiminde yorumlanacak iradenin niteliği, büyük çoğunlukla metne yansıyan irade olarak kabul edilmektedir. *Methanex* kararında, VAHS'ın yaklaşımının da aynı olduğu vurgulanarak, metne yansıyan devlet iradelerinin gerçek irade açıklaması olduğu belirtilmiştir. Buna göre, 32. maddeye başvurulması sınırlı şartlarda mümkündür. Andlaşma metni tarafların niyetlerinin gerçek ifadesi olarak kabul edilir ve yorumun asıl amacı, tarafların varsayılan niyetlerine yönelik geniş kapsamlı araştırmalardan ziyade bunun aydınlatılmasıdır.⁷⁸⁰ *Wintershall* kararında da aynı anlayışın bir tezahürü niteliğinde, metin dışındaki kaynaklardan bağımsız bir niyet araştırılmasının gerek 31. madde gerekse UHK'nin daha erken tarihli çalışmalarında benimsenmediği savunulmuştur. 31. maddenin temel görüşü; metnin, taraflarının niyetinin gerçek dışavurumu olarak farz edilmesi gerektiğidir. Bu minvalde başlama noktası, metnin aydınlatılmasıdır. Bağımsız bir yoruma temel olarak, farz edilen bir niyet için başka kaynaklardan araştırılma yapılmasına yer yoktur. Zira bu hal, yorumcuya kendi nazarında gerçek amaç olarak gördüğü şeyi uydurmak için metni değiştirme olasılığını açar.⁷⁸¹

Elbette, yorum yöntemleri yalnızca VAHS'ta düzenlenenlerle sınırlı değildir. Maddede yer alan unsurlar dışında sıklıkla başvurulmuş pek çok yorum yöntemi mevcuttur. Etkili yorum bu kapsamda örnek verilebilir.⁷⁸² Onun dışında, VAHS'ta yer alan uluslararası hukukun genel ilkelerine göre yorum yapacağını açıkça belirterek açıklama getiren nadir kararlardan olması bakımından *Lucchetti* kararı dikkat çekici bir örnektir.⁷⁸³ Benzer şekilde, kararlara sıklıkla yansıyan bir diğer husus 31. madde kapsamında dar ve geniş yorumun yeridir. Bazı tahkim kararlarına

⁷⁷⁷ *Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction (11 May 2005), para. 145.

⁷⁷⁸ *Inceysa*, Award, para. 192.

⁷⁷⁹ Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 45.

⁷⁸⁰ *Methanex*, Final Award, Chapter B, para. 22. Ayrıca örn. bkz. *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 106.

⁷⁸¹ Bkz. *Wintershall*, award, para. 78, 79, 88.

⁷⁸² Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 30.

⁷⁸³ Bkz. *Industria Nacional de Alimentos* (formerly *Empresas Lucchetti*), Annulment Proceeding, para. 79.

göre 31. maddede yer verilmemiş olması sebebiyle andlaşmalar ne dar ne de geniş/liberal yorumlanmalıdır.⁷⁸⁴ *Aguas* kararı, VAHS'ta yer almayan yorum kuralları ile ilgili olarak; Sözleşme'nin genel yorum kuralını getirerek, eskiden sıklıkla başvurulmuş ve çeşitli uluslararası kararlarda ısrarla hatalı olarak uygulandığını ileri sürdüğü yorum araçlarından uzaklaşıldığını ifade etmekte ve örnek olarak dar yorum ile devletlerin kendi egemenliklerini sınırladıklarının varsayamayacağına dair yorum aracını vermektedir.⁷⁸⁵

Ancak çoğu kararda hala geniş ve dar yorum kullanılmaktadır. Özellikle yatırımcının çıkarları ya da ev sahibi devletin çıkarlarından birine ağırlık veren kararlarda, geniş veya dar yorum yöntemine başvurmak sıradanlaşmış bir uygulamadır. Mesela *Noble Ventures* kararında mahkeme, istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden hareketle, şemsiye kaydının ulusal ve uluslararası hukuk ayrımında bir istisna olduğunu ve 31. maddeye uygun olarak kaydın dar yorumlanabileceğini belirtmiştir.⁷⁸⁶ Yine, *Methanex* kararında "ilgili" ifadesi, yatırımcıların korunmasıyla ilgili bir anlaşma bölümü bağlamında yorumlanmadığı için geniş yoruma uygun bulunmuştur.⁷⁸⁷

4.2. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Olağan ve Özel Anlamının Yorumlanması

Tahkim kararlarında “*olağan anlam*” unsurunu karşılayan pek çok farklı terim kullanılmaktadır. Örneğin, *AAPL* kararında “*doğal ve makul anlam (natural and fair meaning)*” kavramı⁷⁸⁸; *Methanex* kararında “*yalın/basit ve tabii anlam (plain and natural meaning)*” kavramı kullanılmıştır.⁷⁸⁹ Kararlarda, kelimenin olağan anlamını bulmak için sözlüklere başvurulması sıkça rastlanan bir durumdur.⁷⁹⁰ Olağan anlamın ya da lafzi yorumun belli bir kısmı özellikle koruma standartlarının anlamını aydınlatmak için sözlük anlamına dayalı bir yaklaşım izler.⁷⁹¹ Muhtelif kararlarda adil ve hakkaniyetli muamele ilkesindeki “adil” ve “hakkaniyet” kelimeleri için alternatif

⁷⁸⁴ Bkz. Siemens, Decision on Jurisdiction, para. 81. Ayrıca bkz. Austrian Airlines v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Final Award (9 October 2009), para. 119; Renta 4, Award on Preliminary Objections Separate Opinion, para. 6–10.

⁷⁸⁵ *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 91.

⁷⁸⁶ *Noble Ventures*, award, para. 55.

⁷⁸⁷ *Methanex*, First Partial Award, para. 137.

⁷⁸⁸ Bkz. *AAPL*, Award, para. 51.

⁷⁸⁹ Bkz. *Methanex* Final Award, Part IV Chapter B, para. 29 ve Chapter C, para. 19.

⁷⁹⁰ Örn. bkz. *Aguas*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 227.

⁷⁹¹ Reinisch, *a.g.e.*, 2015, 380, 381. Örn. bkz. *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award (10 March 2014), para. 401.

sözlük anlamı kataloğu üretilerek kelimeler çözümlenmeye çalışılmıştır.⁷⁹² Ancak kavramların olağan anlamının yorumlanmasında salt sözlük anlamı yeterli değildir. Bu gerçeğe işaret eden pek çok tahkim kararı mevcuttur. Örneğin *Joseph Charles Lemire* kararında adil ve hakkaniyetli muamele kavramları ile alakalı olarak, olağan anlamlarının araştırılmasının anlamı netleştirmeyeceği; kullanılan kelimelerin çözümlenmesine yönelik çabaların, sadece neredeyse eşit derecede muğlak benzer terimlere yol açacağı belirtilmiştir.⁷⁹³ *Parkerings* kararında mahkeme sonuçta, adil ve hakkaniyetli muamele kavramı ile andlaşmada geçen adil ve makul muameleyi eş anlama tabi tutmakla birlikte; hakkaniyet ve makul kavramları hakkındaki iddialara ilişkin olarak, iki kavrama da basit anlamının verilmesi halinde aralarında bir fark kalmayacağını ifade etmiştir.⁷⁹⁴ Çünkü, *Siemens* kararına da yansıdığı üzere, salt metnin kelimeleri üzerine sıkı bir mantıksal akıl yürütme ile elde edilen netice, amaçla uyumlu olmayabilir.⁷⁹⁵

Bazı kararlarda mahkemeler, salt lafzi yorumla hareket etmektedirler. Örneğin *Thunderbird* kararında, ulusal muamele ilkesine ilişkin olarak metnin yalın anlamına etki verecek şekilde yorum yapılmıştır.⁷⁹⁶ Bazı tahkim mercileri lafzi yoruma açık bir öncelik tanıyarak, yatırım andlaşmalarının açık lafzından sapma gösteren yorumları benimsemeyeceklerini vurgulamışlardır. Örneğin *Saba Fakes* kararı bu minvalde, sadelikten yana bir yaklaşım sergileyerek⁷⁹⁷ yatırım kavramını yorumlamış, ICSID Konvansiyonu kapsamında davacılar için örtülü bir “etkili vatandaşlık”ı reddetmiştir. Dilini açık bulduğu 25/2(a) maddesinin aydınlatılmaya ihtiyacı olmadığını, açık

⁷⁹² Örn. bkz. *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (3 march 2010), para. 430; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004), para. 113; *Siemens A.G. v. The Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007), para. 390.

⁷⁹³ *Joseph Charles Lemire*, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 258. Ayrıca bkz. *Suez*, Decision on Liability, para. 221; *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award (27 September 2016), para. 357.

⁷⁹⁴ Bkz. *Parkerings*, Award, para. 276. Ayrıca bkz. *Tokios, Jurisdiction*, para. 85; *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9 (formerly *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt*), Decision on Jurisdiction, (21 October 2003), para. 288; *Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Interim Award (26 June 2000), para. 69; *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 93; *Methanex*, Final Award, Part II, Chapter H, para. 20.

⁷⁹⁵ *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 92.

⁷⁹⁶ *International Thunderbird Gaming Corporation v United Mexican States*, UNCITRAL (NAFTA), Award (26 January 2006), para. 175.

⁷⁹⁷ *Reinisch, a.g.e.*, 2015, 379.

anlama zıt düşecek şekilde tarafların öngörmediği ve Merkez'in yetkisine ek sınırlar getirecek yorumları benimsemediğini belirtmiştir.⁷⁹⁸

Bazı kararlar, lafzi anlamını açık bulduğu andlaşmalar hakkında yorum yapılmayacağını ve diğer unsurlara başvurulmayacağını; bunun da ilk yorum kuralı olduğunu savunmaktadırlar.⁷⁹⁹ Ancak, anlamın açık olması ifadesi de yoruma muhtaçtır. Diğer unsurlarla teyidi gereken bir durumdur. Mesela aynı hükmün, konu ve amacı tamamen farklı andlaşmalarda farklı şekilde yorumlanması gerekebilir veya konuya sadece yatırım andlaşmaları bağlamında baktığımız hallerde dahi andlaşmaların içeriğinin yatırımların korunmasını çok dar veya geniş kapsamlı düzenlendikleri durumlarda, farklı neticelere yol açacağını düşünmek zor değildir. Dolayısıyla açık anlamı, metnin salt lafzi bağlamında ele almak eksik olur ve devletlerin iradesinden tamamen farklı neticelere durumu taşıyabilir.

Doktrinde sıkça rastlanan olağan anlam ile salt lafzi yorum/literal anlam karmaşası yatırım tahkiminde de vardır. Bazı kararlar ikisini eşit anlamlı görürken bazıları olağan anlamı lafzi yorumdan daha kapsamlı görmektedir. Bu ayrımın farkında olduğu *Methanex* kararına göre hukuki bir ibarenin literal manası ile olağan anlamının arasında fark vardır ve olağan anlamın bağlam ile konu ve amaç ışığında değerlendirilmesi gerekir.⁸⁰⁰ Olağan anlam, birden fazla anlama gelebilir.⁸⁰¹ Ancak bu durum daha çok yorum unsurlarının bağımsız olarak uygulanması algısından kaynaklanmaktadır. Mesela *Pope & Talbot* kararında haklı bir şekilde; “benzer şartlar (like circumstances)” ibaresi ile ilişkili olarak, olağan anlamın bağlama ek olarak davanın unsurlarına göre çeşitlenebileceği belirtilmiştir.⁸⁰² *LESI* kararında ise olağan anlam, özel anlama yakın bir mantıkla yorumlanmıştır. BIT’lerin bir uluslararası andlaşma olması sebebiyle taraflardan birinin hukukundan bağımsız olarak tarafların verdiği ortak anlamı ile anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁰³ Özel anlamı düzenleyen VAHS madde 31(4)’e göre tarafların bir

⁷⁹⁸ Bkz. *Saba Fakes v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010), para. 76.

⁷⁹⁹ Örn. bkz. *AAPL*, award, para. 40; *Wintershall*, award, para. 79.

⁸⁰⁰ Bkz. *Methanex*, First Partial Award, para. 136.

⁸⁰¹ Örn. bkz. *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 136.

⁸⁰² İbarede geçen “like” kelimesinin “benzer”den başlayarak tamamen “aynı” anlamına gelecek kadar davadaki olgulara göre çeşitlenebileceği izah edilmiştir. Bkz. *Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2 (10 April 2001), para. 75.

⁸⁰³ *Consortium Groupement L.E.S.I-DIPENTA v People’s Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/8, Award (10 January 2005), para. 24.

andlaşma terimine özel bir anlam yüklemek niyeti taşıdıklarının tespit edilmesi halinde o terime, özel anlam verilir.

Mesela, *Parkerings* kararında tarafların kullandığı “adil ve makul (*reasonable*) muamele” kavramı, ev sahibi devlete daha sıkı yükümlülükler getirmesine rağmen Mahkeme;⁸⁰⁴ taraf devletlerin imza sırasında niyetinin, yatırımcılara farklı bir koruma sağlamak olduğuna dair davacının hiçbir kanıt sunamaması gerekçesi ile⁸⁰⁵ “adil ve hakkaniyetli muamele” ile kavramı eş anlamlı olarak kabul etmiştir. Kendi ifadesi ile aynı yorumlamak niyetinde olduğunu beyan etmiştir.⁸⁰⁶ Kararda, VAHS madde 31(4) hükmüne uygun olarak, tarafların niyetinin özel bir anlam vermek olduğunun ispatının arandığı görülmektedir. Yine *Aguas* kararında; kayıtlardan, kelimelerin özel anlam verme niyeti taşımadıklarının anlaşıldığı vurgulanarak, olağan anlamı ile ve ilgili BIT’in müzakerecilerinin ticaret ve hukuk konularında tecrübeli olmaları sebebi ile kavramlar hukuki anlamı ile yorumlanmıştır.⁸⁰⁷ *Siemens* kararına göre ise tarafların niyeti açık olarak anlaşılıyorsa, özel bir anlam yüklemek adına ikinci bir niyet araştırmasına girme yetkisi yoktur.⁸⁰⁸

VAHS 31. madde kapsamında, gerek başlangıç olarak metnin esas alınarak hiyerarşi gözetilmeden diğer unsurlarla beraber yorum faaliyetinin icra edilmesi olsun gerekse olağan anlamın dışındaki unsurların olağan anlamın yorumlanması amacına hizmet etmesi anlayışı olsun, buna dair tartışmaları bir yana bırakırsak; hangi açıdan bakılırsa bakılsın, 31. maddenin unsurlarının tümünün andlaşmaların yorumlanmasında kullanılması elzemdir. Fakat, yatırım tahkimi kararlarında bazı unsurların öne çıkarılması veya incelenmesi, diğerlerine ise değinilmemesi sık rastlanan bir durumdur. Bazen yorumlanan düzenlemenin özelliği ya da tahkim mercilerinin yaklaşımı, ilgili tercihe neden olabilmektedir. Gerçekten de karmaşık bir faaliyet olan yorumun icrasının her safhasının her zaman ayrıntılı olarak açıklanmasını beklemek gerçekçi olmayabilir. Ama yine de her hal ve şartta, tüm unsurların dikkatlice ele alınması zaruri olup; sıklıkla gizli bir şekilde işletilen süreçler hakkında, şeffaflığın azami seviyede sağlanması gereklidir. Yine, diğer tahkim kararlarına aynıyla/birebir veya soyut bir usulle yapılan atıflar yerine; eski

⁸⁰⁴ *Parkerings*, Award, para. 272.

⁸⁰⁵ *Parkerings*, Award, para. 277.

⁸⁰⁶ *Parkerings*, Award, para. 278.

⁸⁰⁷ *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, para. 230.

⁸⁰⁸ *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 106.

kararların daha sağlıklı bir şekilde ve somut uyuşmazlık bağlamında değerlendirilmesi ile yorum süreçlerinin daha açık ve sistematik bir şekilde yürütülerek kararlara yansıtılması, pek çok hatalı yorumun ve dolayısıyla eleştirinin önüne geçeceği gibi istikrarlı ve uyumlu kararlara kapı aralayacaktır.

4.3. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Konu ve Amacının Yorumlanması

4.3.1. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Konu ve Amacına Genel Bakış

Konuya ICSID Konvansiyonu ile başlangıç yaparsak; girişte yer alan “*ekonomik gelişme için uluslararası işbirliği ihtiyacı ve bunda özel uluslararası yatırımın rolü*”, tarafları hem ICSID’i hem de yatırım andlaşmalarını akdetmeye sevk eden başlıca sebeptir. Sınırlararası bir ekonomik faaliyet türü olan yatırımın, dünyadaki refahın gelişimine yardımcı olacağına ilişkin bir kabul vardır. Diğer faaliyetlerde ise bu işlev yoktur. Çoğunlukla kabul edilmektedir ki; düzenleyici müdahaleler gibi ticari olmayan riskler, yatırımcıları pek çok devlette yatırım yapmaktan alıkoyan sebeplerdendir.⁸⁰⁹ BIT’lerin girişlerinde de rutin olarak yatırım için uygun bir ortamın yaratılmasına birincil amaçlardan olmaları itibarıyla atıfta bulunulur. *Gas Natural* kararı, ICSID hazırlık çalışmalarını ve müteakiben BIT dalgasını gözden geçirerek; yatırımcıların korunmasında önemli bir unsurun, belki de en önemli unsurun yatırımcı-ev sahibi devlet uyuşmazlıklarının bağımsız uluslararası tahkimine ilişkin hüküm olduğu sonucuna varmıştır.⁸¹⁰ Vesel’e göre yatırımcılar için andlaşma temelli korumanın önemi, sadece hükümlerdeki terimler değil aynı zamanda bu hakların ev sahibi devlete karşı ileri sürülmesine vasıta olacak mekanizmaların kalitesiyle de alakalıdır.⁸¹¹

Yatırım andlaşmalarının başlıklarında sıkça kullanılan ifade, yatırımların korunması ve karşılıklı teşviki şeklindedir. Bundan yola çıkılarak, çoğunlukla ve basitçe yatırım andlaşmalarının konu ve amacının, yatırımların korunması ve

⁸⁰⁹ Lowe, *a.g.e.*, 2007, 197; Hobe, 2015, 6. Ayrıca bkz. Joseph Charles Lemire, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 271-273; AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, Decision on Liability (30 July 2010), para. 218; Suez, Decision on Liability, para. 218, 200.

⁸¹⁰ Bkz. Gas Natural SDG, S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (17 June 2005), para. 29.

⁸¹¹ Vesel, S. (2007). “Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties”. *The Yale Journal Of International Law*, 32, 125-189, 139.

karşılıklı teşviki olduğu ifade edilir.⁸¹² Fakat, tekraren aktarılan bu ifadeden doktrinde genellikle anlaşılan; BIT'lerin ana amacının, yatırımcının ev sahibi devletin haksız muamelelerine karşı korunması olduğudur. Göz önünde bulundurulması gereken diğer konu ise yatırımcıların niçin korunduğu, karşılıklı teşvik ifadesi ve andlaşma metnlerinin özellikle girişlerinde bahsedilen başka birtakım amaçlardır. Bunların en başında ise yatırımların korunması ve karşılıklı teşviki amacı ile birlikte anılan ekonomik gelişmenin sağlanması amacı gelir. En özet bir ifadeyle yatırım andlaşmalarının konu ve amacı hakkında üç temel yaklaşım göze çarpmaktadır. Bunlar: (1) salt yatırımcının korunması (2) salt ekonomik gelişme/kalkınmanın sağlanması (3) her iki amacı birleştiren yaklaşım. Üç temel yaklaşım, aynı zamanda BIT'lerin konu ve amacının zamansal olarak değişip değişmediği ile 1. ve 2. amacı savunanların bir zıtlık algısına mı dayandığı; yoksa salt ekonomik gelişmeyi temel alanların, yatırımcının korunmasını bir araç olarak görüp görmedikleri ile de alakalıdır.

İlk görüşü savunanlara göre, yatırım andlaşmalarının ilk ortaya çıktığı zamandan günümüze konu ve amaçlarda değişiklikten bahsedilemez. Tek amaç, yabancı devlette yatırımcının haklarının korunmasıdır.⁸¹³ Ama doktrinde, yatırımcının korunması bağlamında konuya yaklaşanlar kadar fazlaca ekonomik gelişme penceresinden bakanlar vardır. Meşhur bir tanım: “*Yatırımlar, korunmak için ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunmalıdır.*” şeklindedir.⁸¹⁴ Amacın salt ekonomik gelişme olarak ya da yalnız yatırımcının korunması bağlamında değerlendirilmesi, çoğunlukla bunların birbirine zıt amaçlar olarak algılanmasından ileri gelmektedir. Mesela Salacuse’a göre sermaye ihraç eden ve ithal eden devletlerin çıkar farklılıkları, BIT’lerin başlığına açıkça yansıyan zıt iki amaca yol açar.⁸¹⁵

Ancak, ekonomik gelişme lehine olan görüşlerin bir kısmı, aslında zıtlığı değil yatırımcının korunmasının aracılığını ima etmektedir. Mesela, Schill’e göre yatırımcının korunması ile ekonomik gelişme birbirine zıt amaçlar değildir.

⁸¹² Örn. bkz. Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 348. Karşılıklı teşvik amacının uygulanmadığı görüşü için bkz. Alvarez, a.g.e., 2011, 96.

⁸¹³ Örn. bkz. Mann, H. (2013). “Reconceptualizing International Investment Law: its Role in Sustainable Development”, *Lewis & Clark Law Review*, 17 (2) 521-544, 524. Ayrıca bkz. Ghouri, a.g.m., 2012, 1.

⁸¹⁴ Tanım için bkz. Lorz, a.g.e., 2013, 488.

⁸¹⁵ Bkz. Salacuse, a.g.m., 1990, 661.

Uluslararası yatırım hukuku, uluslararası gelişme/kalkınma hukukunun ve sürdürülebilir gelişmenin bütünleşmiş bir parçası olarak algılanmalıdır. Sürdürülebilir gelişme, salt ekonomik gelişme değildir. Çevresel koruma, sosyal gelişme ve ekonomik büyümenin hepsini kapsar.⁸¹⁶ Ancak, gelişme kavramı ile ilgili öne çıkan bir sorun vardır. O da içeriğinin belirsiz olmasıdır. Yazarın da atıf yaptığı *Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu Raporunda* kavram; gelecek kuşakların kendi ihtiyaçlarını karşılama yeteneklerini riske atmadan, şimdiki kuşağın ihtiyaçlarını karşılayacak gelişme olarak tanımlanmıştır.⁸¹⁷

Ekonomik gelişme kavramına son derece geniş anlamlar yüklenmektedir. Örneğin Radi'ye göre amaç, en başından itibaren hep ekonomik gelişmeyi desteklemek olmuştur. Ekonomik gelişme kavramı, gelişen ve genişlemekte olan bir kavramdır. Kavramın içine başlangıçta sömürgeci devletlerin doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik iddiası bağlamında ekonomik refah⁸¹⁸, tedricen gelişme ile ilişkili olan insan hakları⁸¹⁹, son olarak ise sosyal haklar/insan hakları, çevre ve ekonomik refahın teşviki ve korunmasını kapsayacak şekilde sürdürülebilir gelişme girer. Sosyal haklar/insan hakları, çevre ve ekonomik refah amaçları; devletlerin ve uluslararası toplumun kamu yararı/çıkarlarını tesis eder. Kısacası kamu yararı, ekonomik gelişmenin köşe taşı olarak kabul edilebilir. Özetle amaç; ekonomik gelişmenin sağlanmasından, sürdürülebilir gelişmeye doğru evrilerek günümüze gelmiştir.⁸²⁰ Ancak Lorz'a göre sürdürülebilir gelişme hukuku, yatırım hukuku ile etkileşim sağlamak şöyle dursun, kıyasen çok daha az gelişmiş olup kapsayıcı bir normatif anlayıştan yoksundur. Çevre ile ekonomi alanındaki

⁸¹⁶ Bkz. Schill, S. (2014). *International Investment Law as International Development Law*, Bjorklund, A. K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012–2013*, Oxford: Oxford University Press, 327-356, 328.

⁸¹⁷ Bkz. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future” (1987), para. 27. <https://sdgs.un.org/>. Gelişme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barral, V. (2012). “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm”. *The European Journal of International Law*, 23 (2), 377-400.

⁸¹⁸ Bkz. Resolution on the Permanent Sovereignty over Natural Resources, United Nations General Assembly

Resolution 1803 (XVII) (14 December 1962) UN Doc A/5217.

⁸¹⁹ Bkz. Declaration on the Right to Development, UNGA Res 41/128 (4 December 1986) UN Doc A/RES/41/128, m. 1.1.

⁸²⁰ Radi, Y. (2015). *International Investment Law and Development: A History of Two Concepts*, Grotius Centre Working Paper 2015/045-IEL, 1-21, 2, 3.

hukukçular tarafından farklı görüşler öne sürülmekle birlikte iki husus arasında bir denge sağlamak gerekliliği kaçınılmazdır.⁸²¹

Devletler yine de tüm belirsizliğe rağmen BIT'lerle vergilendirme, sağlık, güvenlik, çevre gibi konularda uyum sağlama noktasında çaba sarf etmektedirler.⁸²² Sayıları artan BIT'lerin girişleri göstermektedir ki ilgili andlaşmalar; sağlık, güvenlik, çevre gibi diğer anahtar değerlerin zararına olarak yatırımların korunması ve teşvikini ifade etmemektedir.⁸²³ Özellikle çevre ve iş standartları başta olmak üzere artık, sürdürülebilir gelişmenin yansımaları görülmeye başlamıştır.⁸²⁴ Hatta mesela, 1991 tarihli ABD-Arjantin BIT, insancıl hukukla ilgili hükümlere dahi yer vermiştir.⁸²⁵ Konu hakkında tavsiye olarak şu verilebilir: Girişlerde yer alan çeşitli amaçların, bir temenniden öte yorum unsurları olduğu hususu göz önüne alınarak, hem andlaşmaların yapılışı sırasında hem de yorum sürecinin yönetilmesinde daha dikkatli olunmalıdır.

Verilere göre 2018 yılında yapılan yatırım andlaşmaları, UNCTAD'ın “*Uluslararası Yatırım Rejimi için Reform Paketi (Reform Package For The International Investment Regime (2018))*” veya “*Sürdürülebilir Gelişme İçin Politik Yatırım Çerçevesi (UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development)*” ekseninde reformlar içermektedir. UNCTAD'a göre modern andlaşmalar sıklıkla sürdürülebilir gelişme uyumu, düzenleme alanının korunması ve yatırım uyumsuzluklarının çözümünün çıkarılması veya ıslahını içerir. En sık reform yapılan alan ise düzenleme alanının korunmasıdır.⁸²⁶

2020 yılında imzalanan bütün yatırım andlaşmaları da düzenleme alanlarının korunması ve sürdürülebilir gelişmenin teşviki hakkında reformlar içermektedir.⁸²⁷ 2020 yılında tadil edilen BIT'lerde, düzenleme alanlarını koruma adına; bir kısmında mesela, FET yükümlülüğüne sınırlamalar getirilmiş; bir kısmından dolayı kamulaştırma çıkarılmış veya daha çok netleştirilmiş; bazılarında şemsiye kaydı

⁸²¹ Lorz, *a.g.e.*, 2013, 487.

⁸²² Singh, Ilge, *a.g.e.*, 2016, 2.

⁸²³ UNCTAD, 2007, 4.

⁸²⁴ NAFTA, m. 1106, para. 2, 6, m. 1114.

⁸²⁵ 1991 tarihli ABD-Arjantin BIT, m. IV(3) .

⁸²⁶ UNCTAD. (2 September 2019). *Recent Developments in The International Investment Regime: Taking Stock Of Phase 2 Reform Actions*, 2.

⁸²⁷ UNCTAD. (August 2021). *Recent developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, Issue 3, 7.

çıkarılmıştır. Bazı andlaşmaların kapsamı ise yatırım kavramının daraltılması vb. yollarla sınırlandırılmıştır.⁸²⁸ Tadil edilen andlaşmalarda kamu yararına dair istisnalar arttırılmış veya genişletilmiştir. Yatırım uyuşmazlıkları çözüm yöntemlerine ilişkin reformlar, 2020 yılında da yine başı çekmiştir. Yatırım andlaşmalarında buna dair sınırlamalar getirilmiş veya BIT'lerden çıkarılmıştır.⁸²⁹

Özellikle de COVID-19 Pandemisinin vuku bulmasıyla kalkınma için uluslararası yatırımları koruyup teşvik ederken, halk sağlığını korumak ve yatırım tahkimi süreçlerinin risklerini en aza indirmek için BIT'lerde devletlerin düzenleyici alanlarının yeterli düzeyde korunması ihtiyacının önemi ortaya çıkmıştır. UNCTAD, COVID-19 pandemisine yönelik “*Özel Yatırım Politikası Monitöründe*”, pandemi bağlamında en ilgili yatırım andlaşmalarının hükümlerinin altını çizmiş ve UNCTAD'ın “*Sürdürülebilir Kalkınma için Yatırım Politikası Çerçevesi (2015)*” ve UNCTAD'ın “*Uluslararası Yatırım Rejimi için Reform Paketi (2018)*” uyarınca devlet önlemlerini bir andlaşma ihlali bulgusuna karşı korumak için tavsiyelerde bulunmuştur.⁸³⁰

UNCTAD'ın tespitlerine göre, COVID-19 salgını, andlaşma yapma hızını yavaşlatmış, BIT'ler ve yatırım hükümleri (*TIP'ler*) içeren andlaşmalar hakkında bir kısım müzakereler iptal edilmiş veya ertelenmiştir. Son on yıllık süreçte UNCTAD'ın devletlere, kamu yararı hakkındaki düzenleme görevini yatırım andlaşmaları kapsamında korumaya almaları ve yatırım tahkimini yargı kapsamından çıkarmaları çağrıları hali hazırda sürmekteydi. Bu vesileyle UNCTAD'ın hazırlayacağı “*Yatırım Andlaşmalarının Reform Hızlandırıcısı'nın*”, uygulanabilir bir politika sağlayarak; mevcut ve eskiyen BIT ağlarının reformunu hızlandırmak isteyen ülkeler için yatırımların korunmasını sürdürürken, günümüzün zorluklarına yanıt verecek daha iyi bir araç olacağı ifade edilmektedir.⁸³¹ Ama uluslararası yatırımlara ilişkin politikalar üretme, dinamik ve geniş kapsamlı sonuçları olan süreçlerdir. Sürdürülebilir gelişme, yatırımlara ilişkin politika geliştirmede yaygın hale gelmeye başlamışsa da halen eski nesil andlaşmalar; yeni nesil modern, reform

⁸²⁸ UNCTAD, August 2021, 8.

⁸²⁹ UNCTAD, August 2021, 9.

⁸³⁰ UNCTAD. (July 2020). *Investor–State Dispute Settlement Cases Pass The 1,000 Mark: Cases And Outcomes in 2019*, IIA Issues Note: International Investment Agreements, Issue 2, 6.

⁸³¹ UNCTAD. (May 2020). *Investment Policy Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, No. 4, 12.

yapılmış andlaşmalara göre sayıca on kat fazladır. Dolayısıyla uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğu eski nesil andlaşmalara dayanmaktadır.⁸³²

Konuyla ilgili bir olgudan daha bahsederek konunun tahkim kararlarına nasıl yansıdığına geçsek; yatırım andlaşmaları ya da esasen genel olarak BIT'ler, ekonomik gelişmişlikleri farklı devletler arasında akdedildiği için gelişmekte olan devletler ekonomik gelişmeye odaklanmakta, yükümlülükleri tartışırken daha genel, belirsiz ve istisnalara dayalı olmasını istemektedir. Gelişmiş olan devletler ise yatırımcılarını korumaya odaklanarak koruma teminatları hakkında açık ve kapsayıcı hükümler getirmek istemektedirler.⁸³³ Taraf devletlerin amaçları, hazırlık çalışmaları sırasında bu sebeple genellikle farklı olmaktadır. Bu durum ister istemez ortaya ortak bir irade konması için muğlak düzenlemeleri zaruri kılar.

Yine de yıllar geçtikçe uluslararası yatırım andlaşmalarının temel içeriği, politik değişiklikler ve yatırımcı-devlet ihtilaflarının çözümünde edinilen tecrübeler doğrultusunda değişmektedir. Eski nesil andlaşmalar, yatırımları çekme ihtiyacı içinde olan gelişmekte olan devlet hilafına ve yatırımların korunması hususunda gelişmiş devlet ile yatırımcı lehine muvazenesiz bir şekilde liberal bir seyir izlerken; yeni nesil andlaşmalar, daha farklı özellikler göstermektedir. Yeni nesil andlaşmalar, kamu yararına ilişkin istisnalar getirmekte ve daha dengeli bir yol izlemektedir.⁸³⁴ Legum'un şu tespitini de nakletmeden geçmemek gerekir: Yatırım andlaşmaları iki ana önerme üzerine kurulmuştur. Bunlar: Yabancı yatırımların, ekonomik gelişmeyi teşvik etme eğiliminde oldukları ile temel hukuki korumaların, yabancı yatırımları koruma eğiliminde olduklarıdır.⁸³⁵ Dolayısıyla temelde bu iki amaç sıkı sıkıya bağlı bir şekilde yatırım andlaşmalarının en genel ve üst amacını oluşturur. Ancak ilgili değerlendirmeler ışığında ortaya çıkan diğer bir netice de şudur ki; hükümler her ne kadar birbirine yakın olsa ve konu ve amaç hakkında genel birtakım şeyler söylemek yanlış olmayacaksa da tüm yatırım andlaşmalarının amaçlarının aynı olmadığı gerçektir. Bu minvalde her bir yatırım andlaşmasının konu ve amacı kendi içinde, bağlamı ve diğer yorum unsurları gözetilerek ayrı ayrı belirlenmelidir. Bazı

⁸³² Raporda eski nesil andlaşmalar: 1959–2011, yeni nesil modern andlaşmalar: 2012–2018 olarak sınıflandırılmıştır. UNCTAD, 2 September 2019, 1, 2.

⁸³³ Salacuse, a.g.m., 1990, 663.

⁸³⁴ Titi, C. (2018). *The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 1.

⁸³⁵ Legum, a.g.e., 2005, 2.

amaçların diğerlerine nazaran daha çok öne çıkması söz konusu ise tahkim mercileri, ilgili hususu da ayrıca gözetmelidir. Uygulamada ise yorum yaparken, bahsedilen inceliklerin çoğunlukla göz önünde bulundurulmadığı; somut andlaşmaya bakılmadan, bağımsız olarak ve çoğunlukla yatırımcının korunması merkezli soyut birtakım konu ve amaçlardan hareket edildiği görülmektedir.

4.3.2. Konu ve Amaç Unsurunun Uluslararası Yatırım Tahkimi Kararlarında Yorumlanması

Tahkim kararlarında konu ve amaç (*object and purpose*) ibaresine sıklıkla atıf yapıldığı gibi unsuru karşılayan yakın ve benzeri ifadelerle başvurulduğu da görülmektedir.⁸³⁶ Bununla birlikte yorum sürecinin nasıl işletildiği, kararların çoğunda yeterli şekilde yer almadığı gibi konu ve amacın nasıl belirlendiği hakkında ayrıntılı bilgi veren kararlara da az rastlanmaktadır.⁸³⁷ Gerekçe olarak ya hakemlerin konu ve amacın çok açık olduğunu düşünmeleri veya savlarını kendi görüşlerine dayandırmalarının olabileceği gösterilmektedir.⁸³⁸

Konu ve amacın nasıl tespit edileceği hususunda, başvuru yöntemleri arasında andlaşmanın başlığına⁸³⁹, girişine⁸⁴⁰, ilk maddesine⁸⁴¹ bakmak sıklıkla kullanılan usullerdir. Girişin, konu ve amacın belirlenmesinde önemine vurgu yapan pek çok karar vardır.⁸⁴² Konu ve amacın belirlenmesinde metne bakılması, yine çokça tercih edilen diğer bir usuldür.⁸⁴³ Nadir bir düzenleme olarak Enerji Şartında, girişte bahsedilen hedefin haricinde, “andlaşmanın amacı” başlığı ile konu ve amaca bağımsız bir madde ayrıldığı görülmektedir.⁸⁴⁴ Yanı sıra doktrine, içtihatlarla,

⁸³⁶ Örneğin, AAPL kararında, “*general spirit and objectives*”, Plama kararında “*aim*”, MTD kararında “*objective*” kavramları tercih edilmiştir. Bkz. AAPL, Award, para. 51; Plama Consortium Limited v Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008), para. 139; MTD, Award, 104.

⁸³⁷ Konu hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgi veren kararlar için örn. bkz. ADF, Award, para. 147.

⁸³⁸ Bkz. Fauchald, a.g.m., 2008, 322.

⁸³⁹ Örn. bkz. Continental Casualty, Decision on Jurisdiction, para. 80; Saluka, Partial Award, para. 299.

⁸⁴⁰ Örn. bkz. Tokios, Decision on Jurisdiction, para. 31; Continental Casualty, Decision on Jurisdiction, para. 80; Saluka, Partial Award, para. 299; Aguas del Tunari, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, para. 241, dipnot 216.

⁸⁴¹ Gazzini, a.g.e, 2016, 158.

⁸⁴² Örn. bkz. Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, 18 February 1977, Reports Of International Arbitral Awards, Volume XXI, 53-264, para. 19; Siemens v Argentina, Jurisdiction, para. 81; Aguas del Tunari, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, para. 216.

⁸⁴³ Örn. bkz. Tokios, Decision on Jurisdiction, para. 32; ADF, Award, para. 147.

⁸⁴⁴ Bkz. Enerji Şartı, m. 2: *Anlaşmanın Amacı: Bu Anlaşma, "Avrupa Enerji Şartı"nın amaçları ve prensipleri uyarınca, tamamlayıcılık ve karşılıklı faydalar prensibini baz alarak, enerji alanında uzun dönemli işbirliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmektedir.*

ulaşılabilir olduğu ve taraflarca itiraz edilmediği sũrece andlaşmaya ilişkin resmi belgelere de konu ve amacın aydınlatılması ve teyidi maksadı ile başvurulması tespit edilmiş diğer usullerdendir.⁸⁴⁵ En çok da ICSID Konvansiyonu’nun hazırlık çalışmalarına ve Yũrũtme Kurulu Raporuna atıf yapıldığı gũrũlmektedir. Mesela *Phoenix* tahkimi, ICSID sisteminin amacının vatandaşı kendi devletine karşı korumak değil, çekmek istediği daha geniş bir ȳzel uluslararası sermaye akışını arttırmak için devletler ve yabancı yatırımcılar arasında uyuşmazlıkların ȳzũmũ mekanizması tesis etmek olduğunu ilgili rapora dayanarak açıklamıştır.⁸⁴⁶

Andlaşmanın konu ve amacının, bağlamın unsurlarına bakılarak anlaşılmaya çalışılması, VAHS 31. maddedeki yorum araçlarının tabii bağlantısını gayet açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Ancak gũrũlen odur ki konu ve amacın belirlenmesinde bağlama hangi kapsamda ve derinlikte başvurulacağı konusunda, hakem kararları farklı yaklaşımlar sergilemektedir. Ayrıca genellikle, yalnızca bağlamın birkaç unsurundan yola çıkılmakta veya yatırım andlaşmalarının amacı “soyut bir şekilde”, yatırımların korunması gibi birtakım mũlahazalardan hareketle tespit edilmeye çalışılmaktadır. Kısacası ve daha doğru bir ifade ile bağlam kavramı hatalı yorumlanmaktadır ki, ilgili anlayışın eksik ve yanlış neticelere yol aması oldukça muhtemeldir. Bu minvalde ȳrneđin, bazı kararlarda konu ve amacın tespiti yalnızca “belli bir andlaşma maddesine” hasredilmiştir. *Bayındır* kararında yer alan, ilgili BIT’in VII. maddesinin gerçek anlamının, bu hũkmũn konusu ve amacı ışığında belirleneceğine dair ifade buna çok açık bir ȳrnektir.⁸⁴⁷

Yorum sũrecinin nispeten geniş şekilde izah edildiği kararlar da vardır. Mesela, *Aguas* kararında bağlamdan kasıt, metnin tũmũ olarak belirtilmiştir.⁸⁴⁸ *ADF* kararında konu ve amacın tespiti daha detaylı izah edilmiştir. Kararda konu ve amacın tespitinde giriş, ilgili paragrafın metni, genel bağlamın pek çok unsuru gȳzetilmeye çalışılmış; andlaşmanın genel amacı ile ȳzel konu ve amaç ayrımı olarak nitelendirilebilecek bir anlayış benimsemiştir. *ADF* tahkimi andlaşmanın bũtũnũne

⁸⁴⁵ Fauchald, a.g.m., 2008, 322.

⁸⁴⁶ *Phoenix*, Award, para. 88. Ayrıca bkz. *Vacuum Salt Products Limited v Ghana*, ICSID ARB/92/1, Award, 16 February 1994, para. 39.

⁸⁴⁷ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.ř. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005), para. 96. Ayrıca bkz. *Tokios Jurisdiction*, para. 46. Ayrıca bkz. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL (Energy Charter Treaty), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009), para. 37.

⁸⁴⁸ *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, para. 91.

dair genel bağlamı kenara itmeden ve fakat bunun diğer hükümleri de içerebileceği sebebiyle; ulusal muamele ilkesi, MFN kaydı gibi hükümlerin özel konu ve amacının önüne geçmemesi gerektiğini vurgulamıştır.⁸⁴⁹

Daha önce geniş şekilde incelendiği üzere; VAHS'nın 31. maddesinde, bağlamın kapsamı son derece geniş kapsamlı olarak hükme bağlanmıştır. O zaman, konu ve amacın doğru tespit edilebilmesinde bağlama başvurulması noktasında en yerinde yaklaşım, bağlamın kapsamına dahil olan unsurların hepsine bir bütün olarak başvurulmasından geçmektedir. *Plama* kararında, daha doğru ve kapsamlı bir yaklaşımla, bağlamın VAHS madde 31(2)'de tanımlandığına, taraflar arasında madde 31(3) ve 31(4) uyarınca müteakip uygulama ve anlaşma olmadığına ve 32. madde dahil yorumun nasıl yapılacağına bütün unsurları ile kısaca değinilmiştir.⁸⁵⁰

Daha önce de vurgulandığı gibi, yatırım andlaşmalarının konu ve amacının ne olduğu hususunda, hakem kararları üç genel sınıflandırmaya tabi tutulabilir. İlki, yatırım ve yatırımcının korunması; ikincisi, ekonomik gelişmenin sağlanması; son olarak ise yatırımcı ile ev sahibi devletin çıkarlarının dengelenmesini esas alan orta yoldur. Yatırımcı lehine yorum, en sıklıkla rastlanan⁸⁵¹ ve eleştirilen bir olgudur.⁸⁵² Örneğin en ihtilaflı standartlardan MFN kaydı bağlamında, uyuşmazlıkların çözümü yöntemlerine ilişkin lehe hükümlerin dahil edilmesi hususunda, konu ve amacın geniş yorumlanması doktrinde savunulmaktadır. Hatta, MFN kaydına istinaden üçüncü taraf andlaşmasından (*third party treaty*) bütünüyle yararlanma görüşlerine de dayanak teşkil etmektedir Mesela, Gaillard'a göre, yatırım andlaşmalarının başlıca faydalarından biri tahkime başvurma hakkıdır. Geniş MFN kayıtları da bu amacı ima eder.⁸⁵³

Maffezini ve Siemens gibi kararlara da yansımakla birlikte; *Plama* kararında, konu ve amaca aşırı vurgunun amaçsal (teleolojik) yorumu teşvik edeceğinden bahisle ilgili yaklaşım, tarafların niyeti ile alakasını inkar edecek düzeye taşabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve ikazda bulunulmuştur.⁸⁵⁴ Mesela MTD tahkimi, FET'in yatırımları korumak ve yatırımlar için elverişli koşullar yaratmaya yönelik BIT'in

⁸⁴⁹ ADF, Award, para. 147. Ayrıca bkz. Canadian Cattlemen, award on Jurisdiction, para. 160.

⁸⁵⁰ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 116 vd., 160 .

⁸⁵¹ Örn. bkz. Tokios, Decision on Jurisdiction, para. 31.

⁸⁵² Örn. bkz. Yen, *a.g.e.*, 2014, 98.

⁸⁵³ Bkz. Gaillard, E. (2005). Chronique des sentences arbitrales, *Journal Du Droit International*, 132, 163'dan aktaran Vesel, *a.g.m.*, 2007, 186, 187.

⁸⁵⁴ Bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 193.

amacını yerine getirmek için en elverişli şekilde yorumlanması gerektiğini beyan etmiştir.⁸⁵⁵ *SGS v Filipinler* kararında mahkeme, yatırımcı lehine yorum yapmanın meşru olduğunu vurgulamıştır.⁸⁵⁶ *Continental* kararında, konu ve amaç; yatırım andlaşmasının başlığından ve girişinden yola çıkarak, yatırımcı lehine olacak şekilde yorumlanmıştır.⁸⁵⁷ Ama aslında yatırımcı lehine yorumun abartılması; *Saluka* kararı gibi bazı kararlara yansıdığı üzere, tam tersine, devletleri yatırım andlaşmaları yapmaktan caydırır ve karşılıklı ekonomik ilişkilerin genişlemesi ve yoğunlaştırılması genel amacını baltalar.⁸⁵⁸ Uzun vadede yatırımların desteklenmesi, iyi dengelenmiş bir yorumla daha iyi garanti edilebilir.⁸⁵⁹

Elbette, konu ve amaçta korunan çıkarların sınırlarını her zaman net bir şekilde belirlemek kolay değildir. Aynı şekilde, doktrinde sıklıkla yinelenen, ev sahibi devlet ve yatırımcıların çıkarlarını dengelemek gerekliliği bir gerçek olmakla birlikte, niteliği gereği soyuttur. Denge, her bir andlaşmaya göre belli bir taraf lehine artıp azalabilir. Bunu belirlemek için yorum unsur ve kurallarının tümü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Mesela, bazı andlaşmalar klasik bir yaklaşımla konu ve amaçtan bahsettiği halde, devletin düzenleme hakkını sıkı bir şekilde koruyan hükümler de içerebilir. Elbette bu değerlendirmeler, bir yandan da andlaşmanın uygulanması-yorum ilişkisi bağlamında her bir olayın kendi özelliklerinin dikkatli bir şekilde ele alınması gerekliliği ile de alakalıdır.

Tüm bu nedenlerle, konu ve amacın doğru bir şekilde belirlenmesi için bağlamın tüm unsurlarının elverişli olduğu takdirde bütünüyle kullanılması zaruridir. Buna VAHS madde 31/2 ve 31/3 de girer. Fakat maalesef, *Československa Obchodni Banka* tahkiminde olduğu gibi bazı kararlarda, uyuşmazlık konusu BIT'ten bağımsız bir şekilde, genel olarak BIT'lerin ve ICSID'in konu ve amacından bahisle tespit yoluna gidilebilmektedir.⁸⁶⁰ Bu sorunlara rağmen, konu ve amacın tespitinde dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında önemli konulara temas eden kararlara da

⁸⁵⁵MTD, award, para. 104.

⁸⁵⁶ *SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, para. 116. Ayrıca bkz. *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction (5 January 2001), para. 50–53.

⁸⁵⁷ Bkz. *Continental Casualty*, Decision on Jurisdiction, para. 80.

⁸⁵⁸ Bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 300.

⁸⁵⁹ Bkz. *Renta 4*, Award on Preliminary Objections, para. 5. Ayrıca bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 300.

⁸⁶⁰ Bkz. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v Slovak Republic*, ICSID Case no ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999, para. 57.

rastlanmaktadır. Örneğin *Fraport* kararında, konu ve amaç unsurunun sınırlarının korunması gerekliliğine vurgu vardır.⁸⁶¹ Yine, *Canfor* kararına göre konu ve amaç, bir hükmü geçersiz kılamaz ve onun yerine geçemez.⁸⁶² Aslında bu sınır bir yanıyla, taraf devletlerin iradesine saygı ve yorum faaliyetinin gerçek anlamının ve sınırlarının idrakinden geçer.

Konu ve amacın belirlenmesi usulü haricinde, unsurun uygulanmasına dair daha pek çok soruna değinilebilir. Mesela, andlaşmalar genelde birden çok amaç içerir. Ancak, bunların bir kısmı çoğunlukla ihmal edilir. En temel amaçların dahi ihmal edildiği hakikati karşısında, yatırım tahkiminde bu durum maalesef sıradan bir yanlış halini almıştır. Bu manada *Adel A. Hamadi* kararı, olması gerekeni yansıtmaması açısından önemlidir. Zira kararda, ABD-Umman Serbest Ticaret Andlaşmasında⁸⁶³ geçen, çevreye ilişkin amaçlara etki verecek şekilde andlaşmanın yorumlanması gerekliliği gündeme gelmiştir.⁸⁶⁴ Bazen de konu ve amaçları birbirinden farklı, fakat uyumsuzlukla ilgili andlaşmalar yorum sürecinde karıştırılabilmektedir.⁸⁶⁵ Bazı mahkemeler, andlaşmanın konu ve amacına aykırı hususlara bile değerlendirmelerinde yer verebilmektedir.⁸⁶⁶ Bu da yorum sürecinin her zaman şuurlu bir şekilde yürütülmediğini başka bir yönden kanıtlamaktadır.

Konu ve amaç unsurunun kullanılması, bazen çeşitli gayelerle ilişkilendirilebilmektedir. Mesela *Feldman* kararında olduğu gibi bazı tahkim kararları konu ve amaç unsuruna, olağan anlama yardımcı olan bir rol biçer. Unsuru, yorumu belirleyici değil teyit edici nitelikte ele alır.⁸⁶⁷ Gazzini'ye göre genel yorum kuralı, bir hükmün diğer ilgisiz hükümlerin konu ve amacı ışığında yorumlanmasına cevaz verir görünmemektedir. Mesela, bir andlaşmada maddi hakların tanınmasından yorum yoluyla usuli hakların da tanındığı sonucu çıkarılamaz. Taraf devletlere yüklenen maddi yükümlülükler, ilgili uyumsuzluklarla alakalı tahkim yetkisinin

⁸⁶¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines* ICSID Case No ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*, (23 December 2010), para. 103.

⁸⁶² *Canfor*, Preliminary Question, para. 233. Ayrıca bkz. ADF, award, para. 147.

⁸⁶³ 2005 tarihli ABD-Umman Serbest Ticaret Andlaşması (*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area*, 2005).

⁸⁶⁴ Bkz. *Adel A. Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman*, ICSID ARB/11/33, Award (3 November 2015), para. 389, dipnot 777.

⁸⁶⁵ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 167.

⁸⁶⁶ Fauchald, *a.g.m.*, 2008, 323. Örn. bkz. CMS award, para. 353 – 356.

⁸⁶⁷ Örn. Bkz. *Feldman Award on the Merits*, para. 35. Ayrıca bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 68.

kurulmasından tamamen farklıdır.⁸⁶⁸ Bazı tahkim mercileri ise unsuru andlaşmanın açık metninin yerine geçecek veya zıt düşecek şekilde kullanmaktan kaçınılmaktadır.⁸⁶⁹ Örneğin *Fraport* kararı; andlaşmalar, konu ve amaç ışığında yorumlanırken diğer yorum unsurlarının ihlal edilebileceğine değinmiştir.⁸⁷⁰ *Austrian Airlines* kararı, her andlaşma ihlalinin tahkim hakkı sağlayıp sağlamadığı hususuyla alakalı olarak; konu ve amaç ışığında andlaşmayı yorumlarken, yatırımların korunması rejiminin taraf devletler tarafından kurulduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.⁸⁷¹ Bazı hallerde ise konu ve amaç unsuru, metinsel hataların düzeltilmesi için kullanılmaktadır.⁸⁷² Örneğin *American Manufacturing* kararında, uyuşmazlık konusu düzenlemenin lafzi yorumunun konu ve amaçla uyumlu olmadığından, böyle bir yorumun saçma ve kabul edilemez durumlara yol açacağından bahsetmiştir.⁸⁷³ Unsura, birden fazla farklı yorum söz konusu olduğunda da belirleyici unsur olarak başvurulabilmektedir.⁸⁷⁴

Aslında konu ve amaç unsurunun, yukarıda örnekleri verildiği gibi çeşitli gayelerle ilişkilendirilerek kullanılması, daha önce de bahsedildiği gibi hakem kararlarındaki yorum faaliyetinin icrasının bütün unsurlar bağlamında bütünüyle doğru, gerekçeli ve özenli bir şekilde yürütülmemesinin ve unsurların, bir bütünün sıkı sıkıya ayrılmaz parçaları oldukları gerçeğinin yeterince algılanmamış olmasının yansımalarıdır. Nitekim, VAHS madde 31(1)'deki unsurların hepsine başvurulsa dahi doktrin ve tahkimde, konu ve amaç unsuru çoğunlukla olağan anlama yardımcı nitelikte⁸⁷⁵ görülmektedir. Örneğin *Plama* ve *Kardassopoulos* kararlarında, önce düzenlemenin lafzi-sistematiği yorumu yapılarak sonra, konu ve amaç unsurunun

⁸⁶⁸ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 166, 167. Ayrıca bkz. *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA v. The Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal (16 July 2010), para. 65.

⁸⁶⁹ Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 68. Örn. bkz. *Plama*, award, para. 139.

⁸⁷⁰ *Fraport*, award, para. 340.

⁸⁷¹ *Austrian Airlines*, Final Award, para. 103.

⁸⁷² Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 177.

⁸⁷³ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (21 February 1997), para. 5.36.

⁸⁷⁴ Örn. bkz. *Tokios*, Decision on Jurisdiction, para. 46.

⁸⁷⁵ Buna yakın bir anlayış benimseyen bir görüş için örn. bkz. Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 180. Yazara göre konu ve amaç unsurunun yorum sürecindeki rolü çeşitli açılardan değerlendirilebilir. Şöyle ki, lafzi-sistematiği yorumla uyumlu olabilir ya da onu teyit edebilir. Yorumcuyu metindeki bir hatayı veya bir yanlışlığı düzeltmeye teşvik edebilir. Hangi olası lafzi-literal yorumun tarafların niyetini en iyi yansıttığının göstergesi olabilir veya lafzi-sistematiği yorumdan sapmaya gerekçe teşkil edebilir. Bkz. Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 175.

ilgili yorumu desteklediğinden bahsedilmiştir.⁸⁷⁶ *Wintershall* kararında da ne andlaşmanın bütününün ne de ilgili hükmünün konu ve amacının, olağan anlama dayalı yorumdan sapmayı haklı göstermediği ibaresine atıfla aynı yaklaşım benimsenmiştir.⁸⁷⁷ Bu noktada, tüm unsurların olağan anlamı ortaya çıkarmak noktasında kullanılması ile hepsinin bir hiyerarşiye tabi tutulmadan kullanılmasının sonucu değiştirmeyeceği ve aralarında bir fark olmadığı düşünülebilir ya da iddia edilebilirse de iki yöntem arasında önemli bir fark vardır. Çünkü, ikinci halde de metinden yola çıkılmakla birlikte; tüm unsurların uygulanması daha eş zamanlı seyretmektedir. İlkinde ise baştan varılmış bir kanının mihenk taşı olarak görülmesi ihtimali daha yüksektir. *Millicom* kararının haklı olarak belirttiği gibi VAHS'a göre yorum, içeriğini ifade eden ve açıklayan tüm unsurların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu faktörler arasında hiyerarşi yoktur; ortaya konulan sorunun çözümüne nesnel olarak en iyi karşılık gelen anlamı vermek için birbirleriyle birleşirler ve birbirlerini tamamlarlar.⁸⁷⁸

Millicom kararının yaklaşımından daha da öte ve yorum sürecinin tabii ve aynı zamanda olması gereken sürecini aktarması bakımından en yerinde karar, *Aguas*'tır. Buna göre VAHS; olağan anlam, bağlam ile konu ve amaç metotları arasında ayrıcalık gözetmez. Olağan anlam, salt sözlük anlamı dışında ve ancak bağlam ile konu ve amaç ışığında anlam ifade eder. Bu kısım özgün olmamakla birlikte, karardaki en önemli tespit: VAHS'ın 31. maddesinin; yorumcunun genel yorum kuralı kapsamında, olağan anlamdan başlayarak sırasıyla bağlam, konu ve amaçla ilerleyerek devam ettiği ve bu üç adımlı incelemenin tekrarlanarak doğru yorum ile kuşatıldığı dairesel bir süreç olarak ifade edilmesidir.⁸⁷⁹ Karardaki eksiklik ise yine 31. maddenin unsurlarından biri olan iyi niyetten bahsedilmemiş olmasıdır. İyi niyetli bir yaklaşımla, belki de "iyi niyet unsurunun" bütün sürece zaten hakim olması gereken bir unsur olması sebebiyle kararda bahsi geçmediği düşünülebilir. Kısacası ve kanaatimizce; *Aguas* kararının bu tespiti, yorum sürecini mantıksal olarak en iyi ve en özlü bir şekilde ortaya koyan yorumdur. Bununla birlikte, hayata geçirilmesi itibariyle yeterince kolay olduğu söylenemez.

⁸⁷⁶ Bkz. Plama, Decision on Jurisdiction, para. 147, 148; Ioannis Kardassopoulos, Decision on Jurisdiction, para. 212-124.

⁸⁷⁷ Bkz. *Wintershall*, award, para. 154, 155.

⁸⁷⁸ *Millicom*, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, para. 62.

⁸⁷⁹ Bkz. *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 91.

Bahsedilmesi gereken diğerk bir konu ise konu ve amacın belirlenmesinde izlenen eksik ya da hatalı yöntemlerin, somut andlaşmadakinin tam zıddı veya ondan son derece farklı konu ve amaçlara yol açabilmesi ihtimalidir. Mesela, *Société Générale* kararında yer alan; girişin, genel konu ve amacı ortaya koyacağı ancak, maddi yükümlölükler yaratamayacağı⁸⁸⁰ tespiti önemlidir. Zira, konu ve amaç belirlenirken tüm unsurların ayrıntılı olarak ele alınmadığı ve salt soyut bir yatırımcının korunmasını amacına dayanılarak yükümlölükler yükleyen kararlar çoktur.⁸⁸¹ Konu hakkında örneğin, *Total* kararı; girişte yer alan, yatırımlar için istikrarlı bir yapı sürdürme arzusu ifadesinin bağımsız yasal yükümlölükler yaratmayacağını, sadece konu ve amacı aydınatabileceğini vurgulamıştır.⁸⁸² *HICEE* kararına göre ise giriş bölümlerinde andlaşmanın hukuki korumasının amaçlandığı çok geniş bir dil kullanıldığı için normalden fazla değerk verilmemelidir. Çünkü örneğin, girişte dengenin nasıl sağlanacağına dair bir husustan bahsedilmemekle ve amaç olarak yatırımların karşılıklı teşvikinden bahsedilmekle birlikte, andlaşma devlet ve yatırımcı arasında denge gözetebilir.⁸⁸³ *Lemire* kararı ise önce girişe atıf yapsa da ana konu ve amacın geniş bağlamda yer aldığını belirtmiştir. Buna göre amaç, salt yatırımcının korunması değildir, fakat bunun ekonomik gelişmeye yardımcı olmasıdır. Bu manada yerel gelişmenin sağlanması, ev sahibi devletin egemen olarak kamu yararı bulunduğunu değerklendirdiği amaçlar için düzenleme yapma ve tedbirler alma hakkı ile yabancı yatırımcıya muamelenin dengelenmesini gerektirir.⁸⁸⁴ *Amco* kararında da ICSID bağlamında konu ve amacın yalnız yatırımcının korunması olmadığını beyan sadedinde: ICSID'in koruma amacının; yatırımcıyı korumanın, kalkınmanın ve gelişmekte olan ölkelerin genel çıkarlarını korumak olduğunu unutmadan, yatırımcıyı ve ev sahibi devleti aynı ölçüde ve aynı kuvvetle korumayı amaçlamak olduğu dile getirilmiştir.⁸⁸⁵ Bu itibarla, denge sağlamayı amaçlayan bir karar olması açısından önemli bir örnektir.

⁸⁸⁰ *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction (19 September 2008), para. 32.

⁸⁸¹ Örn. bkz. *Occidental, Award*, para. 183.

⁸⁸² *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability (27 December 2010), para. 116.

⁸⁸³ *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11, Partial Award (23 May 2011), para. 116.

⁸⁸⁴ *Joseph Charles Lemire*, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 273.

⁸⁸⁵ *Amco*, Decision on Jurisdiction, para. 23.

Diğer bir husussa, andlaşma metninin geniş kavramlarla belirlenmesinin andlaşma yapmayı kolaylaştıran bir yöntem olmakla birlikte; başta olağan anlamla konu ve amaç unsurunun belirlenmesi olmak üzere, uyumsuzluk halinde çözümü son derece zorlaştıran bir etkiye yol açmasıdır. Yatırım hukukunun gelişmekte olan yapısı, geniş kapsamlı düzenlemeleri ister istemez bir dereceye kadar zorunlu kılar. Ancak diğer gözden kaçırılmaması gereken durum, andlaşma tarafı devletlerin saikleridir. Mantıksal olarak; yatırım çekmek isteyen ve yapmak isteyen az gelişmiş ve gelişmiş devletlerin, karşılıklı yarara dayalı olarak ve dengelerin gözetilerek her iki tarafın da lehine olacak şekilde bir andlaşma imzaladıkları varsayımı hukuken doğrudur. Ama görünüşteki bir durumu yansıtmaktadır. Sonraki aşamada, mecburen bazı yükümlülükleri kabul etmiş az gelişmiş devletler ile daha güçlü sermaye sahibi devletin vatandaşı yatırımcıların çatışan çıkarları, dengeleri bozmakta; uyumsuzluk aşamasında durum daha çok karmaşıklaşmaktadır. Bu noktada gerek tarafların andlaşmayı iyi niyetle icra yükümlülüğü gerekse andlaşma maddelerinin iyi niyetle yorumlanmasının zarureti daha çok öne çıkmaktadır.

Son zamanlarda daha öne çıkan bir gelişme; artık hem gelişmiş hem de gelişmekte olan devletlerin, andlaşmaların kapsamına ve yatırımcıların hakları ile kamu yararı/düzenleme hakkı dengesine eskisinden çok daha fazla dikkat etmeleridir. Bazı devletler, ihtilaflı tahkim kararlarına istikrar getirmek için BIT'lerin diline açıklık kazandıracak değişikliklere gitmekte bazıları ise andlaşmaları sona erdirmektedir. Örneğin, bazı NAFTA tahkim kararlarından sonra yapılan 2001 tarihli Serbest Ticaret Komisyonu yorumu sonrasında Amerika ve Kanada, model BIT'leri revize etmiştir.⁸⁸⁶ *Saluka* kararına yansıyan; “yabancı yatırımlara sağlanacak korumayı abartan bir yorumun, ev sahibi devletleri yabancı yatırımları kabul etmekten caydırmaya hizmet edebileceği ve böylece tarafların ekonomik ilişkilerini karşılıklı genişletme ve yoğunlaştırma genel amacını baltalayabileceği”⁸⁸⁷ şeklindeki öngörüsü vuku bulmuş ve devletler, bazı yatırım andlaşmalarını sonlandırma dahil olmak üzere, artık bazı konularda iradelerini daha net ortaya koyma zarureti hissetmişlerdir.

Konuyu nihayete erdirirken, yatırım andlaşmalarının konu ve amacını genel olarak ve daha doğru bir şekilde yansıtmaları itibariyle yine *Saluka* kararından bir

⁸⁸⁶ Singh, İlge, *a.g.e.*, 2016, 3.

⁸⁸⁷ *Saluka*, Partial award, para. 300.

kısmı aktarmak yerinde olacaktır. Buna göre, yatırım andlaşmalarında yatırımcının korunması tek amaç değildir. Daha ziyade, yabancı yatırımı teşvik etme ve tarafların ekonomik ilişkilerini genişletme ve yoğunlaştırma genel amacının yanında zorunlu bir unsurdur.⁸⁸⁸ Muchlinski'ye göre *Salini* kararı, Birleşmiş Milletler Şartı madde 55(a) uyarınca ev sahibi ülkenin ekonomik durumunun iyileştirilmesine yönelik işbirlikçi yaklaşıma daha uygundur.⁸⁸⁹

4.4. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Bağlamının Yorumlanması ve Dinamik Yorumu/Tadili

4.4.1. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Bağlamının Yorumlanması

Yatırım tahkimi kararları, diğer benzeri uluslararası mahkeme kararlarından daha ziyade bağlam öğelerine dair geniş çeşitlilik içerir. Tahkim mercilerinin andlaşma terimlerini yorumlamada etkilendikleri bağlam unsurlarına örnek olarak şunlar verilebilir: İlgili terimlere çok yakın kelime veya cümleler, ilgili terimin yer aldığı maddenin diğer paragrafları, andlaşmanın diğer maddeleri, andlaşmanın diğer maddelerinde yer alan benzer veya aynı terimler, andlaşmanın çeşitli maddelerinde kullanılan zaman kipleri, diğer terimler için bağlamı sağlayan bir terimin tanımı, bir terimin olağan anlamının karşısı olarak yatırımcı-devlet tahkimi uyuşmazlığı bağlamında kullanımı, maddenin andlaşmadaki yeri, andlaşmanın bir bütün olarak dikkate alınması, andlaşmanın yapısının kapsamlı gelişimi,⁸⁹⁰ andlaşmanın başlığı, madde başlıkları, diğer ilgili andlaşma ve belgeler, andlaşmanın uzunluğu, andlaşmanın hukuki bağlamı, ilgili ticaret sektöründe ev sahibi devletin yatırımcının devleti ile olan anlaşmazlıklarının tüm arka planı, bütün devlet uygulamaları, andlaşmalar ve uluslararası hukuk davalarında söz konusu terimin hukuki yorumu, davaya taraf olmayan ancak ilgili andlaşmaya taraf olan devletten bilgi edinme.⁸⁹¹

Fakat, çalışma sırasında da muhtelif konularla bağlantılı olarak dile getirildiği üzere; yatırım tahkiminde bağlamın geniş çeşitlilik arz ediyor olmasından, bağlamın yorum sürecinde olması gerektiği şekilde her zaman uygulandığı anlaşılmamalıdır.

⁸⁸⁸ Saluka, Partial award, para. 300.

⁸⁸⁹ Muchlinski, P. (2013). Towards a Coherent International Investment System: Key Issues in The Reform Of International Investment Law. Sauvé, P., Echandi, R. (Eds.). *Prospects in International Investment Law and Policy : World Trade Forum*, Cambridge: Cambridge University Press., 411-442, 414.

⁸⁹⁰ ADF, award, para. 149.

⁸⁹¹ İlgili bağlam öğeleri ile ilgili karar örnekleri için bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 59-62.

Mesela bazı hallerde olağan anlam ve bağlam birbirine kaynaşmış bir şekilde tek kural olarak uygulanmaktadır.⁸⁹² Sorunların önemli bir kısmı ise salt başlığa ve girişe bakılarak ve amaçların sadece bir kısmı gözetilerek konu ve amacın belirlenmesinden doğmaktadır. Andlaşmaların giriş kısmı tabii olarak bağlayıcı yükümlülükler içermese de⁸⁹³ konu ve amacın belirlenmesinde ilk olarak bakılan yerlerdendir. Esas sorun, yatırım andlaşmalarının çoğunluğunda, girişlerin birden fazla amaçtan bahsetmesidir. Böyle bir durumda amaçlar arasında bir hiyerarşi veya değer farkından söz edilip edilemeyeceği noktası yeteri kadar dikkate alınmamaktadır.

Bağlam en az diğer unsurlar kadar etkili olmakla birlikte, özellikle konu ve amacın belirlenmesine vasıta olduğu üzere dolaylı etkiye sahiptir. Andlaşmaların yorumlanmasında yalnız başına belirleyici bir kriter değildir.⁸⁹⁴ Örneğin *Salini* kararında, davacılar tarafından bağlamdan çıkarılan tartışmaların, metnin genel lafzına üstün gelemeyeceği belirtilmiştir.⁸⁹⁵ *Plama* kararında ise yorumun diğer unsurları gözetilmeden bağlamın yalnız başına dikkate alınması sureti ile tarafların niyetini yansıttığı konusunda mahkemenin ikna olmadığı ifade edilmiştir.⁸⁹⁶ Dolayısıyla bağlam bir yanıyla olağan anlamla sıkı ilişkilidir. 31. maddenin tek ve sıkı sıkıya bütünleşmiş bir kural olduğu anlayışı çerçevesinde diğer unsurlar gibi değerli bir yere sahiptir. Bu itibarla, bağlama ait unsurların eksik veya yanlış değerlendirilmesi hak ve yükümlülüklerin tamamen farklı bir mecraya kaymasına neden olabilir.

Yatırım tahkiminde 31. maddedeki bağlamın unsurlarına atıf, bazen lafzi yorum kapsamında olabilirken⁸⁹⁷ bazen de bir tahkim tarafından açık olarak nitelenen benzer konu; başka bir tahkim tarafından açık olarak değerlendirilmeyebilmektedir.⁸⁹⁸ Bu durumda da tahkim kararlarının yaklaşımını tespit etmek zor olabilmektedir. Ancak kararlarda çoğunlukla bağlamın unsurlarına,

⁸⁹² Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 63.

⁸⁹³ Bayındır kararında muayyen bir hükmün yokluğunda sadece girişte FET kavramının geçmesinin bağlayıcı bir yükümlülüğe yol açmayacağı vurgulanmıştır. Bkz. Bayındır, Decision on Jurisdiction, para. 230.

⁸⁹⁴ Benzer görüş için bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 63. Ayrıca bkz. Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, 53-264, para. 19.

⁸⁹⁵ *Salini v Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, para. 77.

⁸⁹⁶ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 192.

⁸⁹⁷ Örn. bkz. Joseph Charles Lemire, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 259.

⁸⁹⁸ Bkz. Sureda, *a.g.e.*, 2012, 24.

en azından sadece bir kısmına değinilir. Bu kapsamda sıklıkla andlaşmanın başlığı ve girişine⁸⁹⁹ ya da bütününe⁹⁰⁰ atıf yapılmaktadır. *Saluka* kararında olduğu gibi andlaşmanın diğer maddelerine⁹⁰¹, hatta *Siemens* kararında olduğu gibi zarfların kullanılmasına, kelimelerin yerlerinin değerlendirilmesine, *AAPL* kararındaki gibi iç hukuka⁹⁰² yer verilebilir. Bazı kararlarda ise tek taraflı yorum beyanları değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir. Mesela *Plama* kararında, devletin tek taraflı yorum beyanı değerlendirmeye tabi tutularak, kendi kararında yargıç olmasına benzetilmiştir.⁹⁰³ Benzer şekilde *Impregilo* kararında, bir BIT'in kapsamının yalnızca o BIT'e taraf devletlerden birinin iç hukuku tarafından değiştirilemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁰⁴ *Aguas* kararı ise kaynak devlete yorum için başvurmuştur.⁹⁰⁵ Fakat çoğunlukla bağlama atıflar, kısmi atıflardır. Daha nadir bir uygulama olmakla birlikte bazı tahkim kararlarında, 31. maddenin unsurlarının hepsi veya çoğunluğu değerlendirmeye alınabilmektedir.⁹⁰⁶

Yine, *Fraport* kararında olduğu gibi VAHS madde 31/2-3 (a ve b) fıkralarına tarafların ortak yorumu bağlamında bakılabilmektedir.⁹⁰⁷ Örneğin *Methanex* kararı, NAFTA bağlamında yapılan tarafların gerçek yorumunu, madde 31(3) bağlamında müteakip anlaşma olarak niteleyip incelemeye gerek görmeden kabul etmiştir.⁹⁰⁸ Fakat, madde 31/2-3 (a ve b) cephesinden bağlamın yorumlanmasına bakarsak; taraf devletlerin NAFTA örneği benzeri yorumlayıcı beyanda bulunmalarına sarih müteakip anlaşmalar bağlamında çok rastlanmadığı gibi hakem kararlarının da⁹⁰⁹ bu nevi anlaşmalara atıfta bulunduğu örnekler az sayıdadır.⁹¹⁰ Müteakip uygulamalara başvurulması ise kıyasen daha sık vuku bulmaktadır.⁹¹¹ *Methanex* kararında, fıkranın lafzından müteakip anlaşmalar için bir andlaşma (*treaty*) için lüzumlu olan hukuki gerekliliklerin aranmadığı, aksi halde hükmün gereksiz olacağı ve doktrine atıfla;

⁸⁹⁹ *Saluka*, Partial Award, para. 298, 299.

⁹⁰⁰ *AWG Group*, Decision on Liability, para. 214.

⁹⁰¹ *Saluka*, Partial Award, para. 298.

⁹⁰² *AAPL*, Award, para. 21.

⁹⁰³ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 149.

⁹⁰⁴ *Impregilo S.p.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21 June 2011), para. 150.

⁹⁰⁵ *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 47, 249-263.

⁹⁰⁶ Örn. bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 297-308.

⁹⁰⁷ Bkz. *Fraport*, Award, para. 337-343, *Fraport*, Decision on the Application for Annulment of *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*, para. 98, 99, 107.

⁹⁰⁸ *Methanex*, Partial award, para. 130, 133, 134, 147.

⁹⁰⁹ *Fauchald*, a.g.m., 2008, 333. Ayrıca bkz. *National Grid*, Decision on Jurisdiction, para. 85.

⁹¹⁰ *Roberts*, a.g.m., April 2010, 215, 216.

⁹¹¹ *Weeramantry*, a.g.e., 2012, 81.

müteakip anlaşma, zımni olabileceği gibi tarafların andlaşmayı uyumlu şekilde uygulamalarının neticesinde de çıkabileceği değerlendirilmesi yapılmıştır. *Kasikili/Sedudu Adası* kararındaki yaklaşımda özel bir formalite aranmadığı belirtilmiştir.⁹¹² Tam aksine *Aguas* tahkimi, müteakip anlaşmalar için daha sıkı şartların varlığını aramıştır. Kararda, öne sürülen bildirilerin uyuşmuş olmasını anlaşma iradesi olmadığı gerekçesi ile ortak bildiri olarak kabul etmemiştir.⁹¹³ Müteakip anlaşmalar için aranan şartlardan biri, bütün tarafların üzerinde anlaşmış olmalarıdır. Taraflardan sadece birinin yorumu, *Sempre Enerji* kararında; tek tarafın görüşünün uluslararası hukuk yaratmayacağı gerekçesi ile kabul edilmemiştir. Önemli olan, tarafların hepsinin andlaşmayı imzalamadaki niyetidir. Bu sebeple kendi kendine yorum teyit edilemez.⁹¹⁴

Müteakip uygulamalar, uygulama temelli dinamik yorum için uygulanabilir hukukun tanımlanmadığı andlaşmalarda önemli rol oynamaktadır.⁹¹⁵ Örneğin *Mihaly* kararında, yatırım kavramının ICSID Konvansiyonu'nda tanımlanmaması ile alakalı olarak gelecekteki ilerlemelere izin vermesi, bütünlüğü ve esnekliği sağlaması açısından müteakip uygulamalara atıf yapılmıştır.⁹¹⁶ Benzer ve daha geniş bir şekilde *Autopista* kararı, Konvansiyon'un hukuki uyuşmazlık, yatırım, vatandaşlık ve yabancı kontrolü kavramlarını tanımlamamasını devletlere yetki verilmesi bağlamında kasıtlı bir tercih olarak değerlendirmiştir.⁹¹⁷ Fakat, müteakip anlaşmaların yorum niteliğini aşması ve andlaşmanın tadili boyutuna ulaşabilmesi mümkündür. Sınırın nasıl aşılmış sayılabileceği hususunda pek çok tanım yapılabilir. Ama somut olayların tümünün hangi hukuki tasnife girdiğini net olarak belirlemek her zaman mümkün olmayabilir. Aradaki sınırın belirsizliği hakem kararlarına da yansımıştır.⁹¹⁸ Esasında ilgili meselenin kendisi de bizatihi yorum sorunudur.

VAHS madde 31/3 (c)'ye geldiğimizde daha önce belirtildiği gibi, bölünmeye karşı bir araç olarak yorumcuya, andlaşma hükümlerini tarafların diğer

⁹¹² Methanex, Final Award, Part II Chapter B, para. 20. İlgili dava için bkz. *Kasikili/Sedudu Island*, para. 49.

⁹¹³ *Aguas del Tunari*, Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 251.

⁹¹⁴ *Sempre Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28 September 2007), para. 385.

⁹¹⁵ Nolte, *a.g.e.*, Subsequent Agreements 2013, 233, 234.

⁹¹⁶ Bkz. *Mihaly International*, Award, para. 33.

⁹¹⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction (27 September 2001), para. 97.

⁹¹⁸ Örn. bkz. *Methanex Final Award*, Part IV, chapter C, para. 20–23; *Gruslin*, award, para. 23.

yükümlülükleri ile uyumlu olarak yorumlamasına imkan verir. Ama pek çok kararda ilgili fıkra ya açıkça atıf yapıldığı belirtilmemekle birlikte, “uygulanabilecek ilgili kurallar” ibaresinin geniş kapsamından sayılabilecek farklı hususlara atıf yapılmaktadır.⁹¹⁹ Atıflar, uluslararası hukukla uyumlu olmak⁹²⁰ gibi şümüllü olabildiği gibi; andlaşmalar hukuku⁹²¹, uluslararası teamül hukuku kuralları⁹²² ya da en nihayetinde iyi niyet kavramı⁹²³ gibi hukukun genel ilkelerinden yalnız birine atıf şeklinde son derece geniş bir yelpazeye yayılabilmektedir. İlgili kapsamda diğer uluslararası andlaşmalara dayanan çok az karar vardır. Az sayıda kararda, tahkim mercileri insan hakları andlaşmalarına dayanmışlardır. Bu kararlarsa daha çok yargıya erişimle ilgili belgeler ve yorumları ile ilgilidir.⁹²⁴ Madde 31/3 (c) bağlamında teamül hukuku kuralı olarak görülen uluslararası asgari muamele ilkesine, yatırım tahkiminde nispeten daha fazla başvurulmaktadır. Mesela *ADF* tahkimi teamül hukuku ve uluslararası asgari standardın geliştiğini belirtmiştir.⁹²⁵ *Loewen* kararında *ELSI* kararına⁹²⁶ atıfla, uluslararası hukukun önemli bir ilkesinin uygulama dışı bırakılması için andlaşmada açık bir hükmün varlığını aramıştır.⁹²⁷ Bunun dışında örneğin, hukukun genel ilkelerine bağımsız bir şekilde dayanan *Inceysa* kararında, iyi niyet prensibine bağımsız bir kaynak olarak, merkezin yetkisini belirlemek için yorum ilkesi olarak başvurulmuştur.⁹²⁸

Yatırım tahkiminde, diğer mahkeme kararlarından da uygulanabilir kurallar bağlamında yararlanılabilmektedir. Çalışma kapsamında, diğer yatırım tahkimi kararlarına yapılan atıfların ağırlığı hakkında pek çok kez değerlendirmede bulunulmakla birlikte; konu bağlamında tekrar örnek vermek gerekirse: Mesela diğer yatırım tahkimi kararlarından, teamül hukuku kurallarının kapsamını belirlemeye

⁹¹⁹ Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 285.

⁹²⁰ Örn. bkz. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (14 January 2004), para. 46.

⁹²¹ Örn. bkz. *Československa Obchodni Banka*, Decision on Objection to Jurisdiction, para. 39.

⁹²² Örn. bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 254.

⁹²³ Örn. bkz. *Tecmed*, award, para. 154.

⁹²⁴ Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 285. Örnekler için bkz. *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award (8 May 2008), para. 662; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 September 2009), para. 157-163; *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, Final Award (12 November 2010), para. 328.

⁹²⁵ *ADF*, Award, para. 179, 183.

⁹²⁶ Bkz. *Elettronica S.p.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15. 42.

⁹²⁷ *Loewen Group*, Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction, para. 73; *Elettronica S.p.A. (ELSI)*, Judgment, 42.

⁹²⁸ Bkz. *Inceysa*, award, para. 179-183.

yönelik olarak yararlanılabilmektedir. Özellikle de NAFTA mahkemeleri arasında adil ve hakkaniyetli muamele ilkesiyle bağlantılı olarak uluslararası asgari muamele ilkesinin anlamının aydınlatılması için birbirine atıf yapılması rastlanılan bir durumdur.⁹²⁹ Bunun dışında, Dünya Ticaret Örgütü kararlarının yorumlarına da tahkim mercilerince başvurulabilmektedir. FET ilkesinin yorumlanması bağlamında çok az örnek verilebilirse⁹³⁰ de ulusal muamele ilkesi ve MFN kaydının yorumlanması bağlamında ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak GATT/Dünya Ticaret Örgütü ilkelerine artan bir şekilde bağlılık söz konusudur.⁹³¹

Son olarak, bir konuya daha temas etmek gerekirse; VAHS madde 31/3(c)'de düzenlenmiş bağlam unsuru, doktrinde çoğunlukla diğer bağlam unsurları ile eşit seviyede görülmektedir. Ancak tahkim kararlarında kendisine ikincil roller de biçilebilmektedir. Mesela, *Waste Management* kararında metnin birincil önemi gözetilmiş ve bir iddianın sürdürülmesi için gerekenlerin ayrıntılı ve açık olduğu hallerde, genel uluslararası hukukla ilgili bile olsa andlaşmaya ek gerekliliklere ihtiyaç olmadığı vurgulanmıştır.⁹³²

4.4.2. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarının Dinamik Yorumlanması ve Tadili

VAHS'ın 31. maddesinin yorum unsurları ve zaman unsuru; yatırım andlaşmalarının yorumlanması bağlamında, dinamik yoruma dair taraf devletlerin iradesinin tespitindeki önemi açısından da ayrıca değerlendirilmelidir. Çünkü, çalışma kapsamında “yorumda zaman unsuru” başlığında incelendiği üzere; VAHS'ın zımni olarak dinamik yoruma izin verdiği görüşü sıklıkla, konu ve amaç ışığında yorumlama ve VAHS madde 31/3(c) kapsamında uluslararası hukukun değişen uygulanabilir kuralları ışığında yorumlanmasına dayandırılmaktadır.⁹³³ Yine bu irade, olağan anlam ve müteakip uygulama ve anlaşmalardan da tespit edilebilir. Ama kimi hallerde müteakip anlaşma ve uygulamalar, tadil anlamına da gelebilir. Taraflar bazen gerçek yorum suretine bürünmüş bir tasarrufla andlaşmaları değiştirebilmektedir. Oellers-Frahm'a göre andlaşmaların formal uyumu veya

⁹²⁹ Yen, *a.g.e.*, 2014, 59.

⁹³⁰ Örneğin Total kararında yatırımcının meşru beklentisi tanımlanırken WTO'nun andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükleri esas alınmıştır. Bkz. Total, Decision on Liability, para. 123.

⁹³¹ Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020.

⁹³² Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, award (30 April 2004), para. 85.

⁹³³ Bkz. Arato, *a.g.m.*, 2010, 446. Örn. bkz. The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, para. 114.

değiştirilmesinde maruz kalınan zorluklar, andlaşmanın somutlaştırılması ve değiştirilmesi arasındaki sınırı teşkil eden andlaşmaların yorumlanması suretiyle aşılabilmektedir.⁹³⁴ Bu husus da elbette kendi içinde sorunlara yol açabilir. Ancak daha çok taraf devletlerin bizatihi tasarrufu olduğu için konumuzun kapsamını aşmaktadır. Konumuz açısından önemli olan ise yorum unsurlarının, yorum faaliyetinin icrası sırasında eksik ya da aşırı değer verilmek suretiyle kullanılarak; taraf devletlere ait olan andlaşmaları akdetme ve değiştirme yetkilerinin mahkemelerce ihlali, diğer bir anlatımla fiilen andlaşmalardaki hak ve yükümlülükleri değiştirebilmeleridir. Bu manada söylenmesi gereken, tahkim mercilerinin öncelikle yorum faaliyetinin kapsamını iyi anlamaları gerektiğidir. Gazzini'nin isabetli olarak değindiği üzere yorum faaliyeti, sözleşmeci tarafların andlaşmanın yapılması ile neyi amaçladıklarını andlaşma metni ve diğer ilgili dokümanlardan çıkarmayı amaçlar. Bu açıdan andlaşma, resmi olarak dengenin bulunmaya çalışıldığı bir araçtır. İlgili dengeyi yeniden düşünmekse andlaşmaya zarar verebileceğinden yorumcunun görevi değildir.⁹³⁵

Tarafların çıkarlarını belirleme yetkisinin taraf devletlerde olduğu *Urbaser* kararına da yansımıştır. Buna göre, eğer bir denge gözetilecekse tarafların belirledikleri üzerinden yapılmalıdır.⁹³⁶ *Wintershall* tahkimine yansıdığı ve UAD'nin pek çok defa beyan ettiği gibi yorum: Andlaşmaların değiştirilmesi meselesi olmadığı gibi açıkça açıklamadığı veya içermediklerinin zorunlu bir ima yoluyla okunması ya da bir yorum kuralının, andlaşma metninin lafzı veya ruhuna zıt bir sonuç üretecek şekilde uygulanması meselesi de değildir.⁹³⁷ *Daimler* kararı, hakemlerin yapay yorum yapmaması gerektiğine temas etmesi açısından önemlidir. Mahkemeye göre nihai amaç, andlaşma taraflarının gerçekte neye rıza gösterdiğini ispatlanmış ifadelerden belirlemektir. Buna göre, liberal veya sınırlayıcı yorum yapılamaz.⁹³⁸

⁹³⁴ Oellers-Frahm, *a.g.e.*, 2008, 184.

⁹³⁵ Gazzini, *a.g.e.*, 2016, 163.

⁹³⁶ Bkz. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction (19 December 2012), para. 147, 130.

⁹³⁷ *Wintershall*, award, para. 81; *Pope & Talbot*, Award on Damages, 43 vd.

⁹³⁸ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, award (22 August 2012), para. 172, 176.

Ancak yatırım tahkimi mercileri, gerek geniş yorum gerekse dinamik yorum yöntemlerine sıklıkla başvurmakta ve bu yorum yöntemlerinin sınırlarını da aşarak tadil neticesi verebilecek nitelikte andlaşmalardaki hak ve yükümlülükleri yorumlamaktadırlar. Söz konusu kapsamda, soyut bir yatırımcının korunması konu ve amacından hareket ederek verdikleri pek çok karar, yatırım tahkimi kararlarına getirilen eleştirilerden en başlıcalarını oluşturmaktadır. Bazı kararlarda ise dinamik veya geniş yorum yaparken belli verilere dayanılabilmektedir. Örneğin *Mondev* tahkimi, NAFTA madde 1105(1)'i yorumlarken hazırlık çalışmaları, normal yorum ilkeleri ve BIT'lerin kökeni ile uyumlu gördüğü dinamik yorum yöntemini uygulamıştır.⁹³⁹ Buradaki değerlendirme konumuz ise daha çok andlaşma terimlerinin aşırı amaçsal yorum temelinde dinamik yorumlanması sorunudur. Bu manadaki dinamik yorum, taraf devletlerin metne yansıyan dinamik yorum iradesini araştırmak yerine konu ve amaç temelinde andlaşmanın hükümlerinin dinamik yorumlanmasıdır.⁹⁴⁰ Bu halde, taraf devletlerin niyetinden bağımsız ve soyut bir şekilde kavramların dinamik yorumlanması ve buna da daha çok somut andlaşmanın konu ve amacı değerlendirilmeden; BIT'lerin amacının yatırımcının korunması olduğu yönünde soyut bir dayanak gösterilmesi, tahkim mercileri tarafından andlaşmaların fiilen değiştirilmesi anlamına gelecektir.

LG&E kararının vurguladığı gibi taraflar tadil üzerinde anlaşmadıkça; hükümler, andlaşmanın imzalanması sırasında verilen ve tarafların hepsinin verdiği anlama uygun olarak yorumlanacaktır.⁹⁴¹ *European Media Ventures* kararının belirttiği üzere olağan anlam, andlaşmanın akdedildiği sırada bu terimlere atfedilen anlamdır.⁹⁴² O zaman andlaşmanın akdedildiği zamana göre yorum yapılmalıdır.⁹⁴³ Taraf devletlerin, zamanın gereklerine göre hak ve yükümlülüklerin değişmesi yönünde iradeleri varsa gerek andlaşma metninden gerekse sonraki uygulamalar dahil bağlamın diğer unsurlarından; hatta daha doğru bir anlatımla, VAHS'ın yorum kuralları ile kuralları oluşturan unsurların hepsinin tam ve doğru olarak uygulanmasıyla bu irade zaten tespit edilebilir nitelikte olacaktır. Aslında, UDAD'ın

⁹³⁹ *Mondev*, award, para. 123-125.

⁹⁴⁰ Bkz. Arato, a.g.m, 2010, 473.

⁹⁴¹ *LG&E*, Decision on Liability, para. 213.

⁹⁴² *European Media Ventures SA v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Application to set aside Award on Jurisdiction (5 December 2007), para. 36.

⁹⁴³ Bkz. Choudhury, B. (2020). "International Investment law and Noneconomic Issues", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 53(1), 1-78, 63.

Jaworzina kararında uluslararası hukuktaki en temel bir meseleyi tekrar etmek lüzumu hissetmesi boşuna değildir. Buna göre; yerleşmiş bir kural olarak taraf devletler, andlaşmanın sahibi olmaları itibariyle hükümleri değiştirme yetkisine sahiptir. O sebeple, aynı zamanda gerçek yorum yapma yetkisine de sahiptirler.⁹⁴⁴ *Canadian Cattlemen* tahkiminde, ABD'nin dikkat çektiği gibi; bir andlaşmanın gerçek yorumu, müteakip uygulamalar yoluyla andlaşmayı açıkça veya zımnen inşa edebilecek olan taraf devletlerin münhasır yetki alanı olarak kalır.⁹⁴⁵

Gerçek yorum, bir yanıyla da ihtilaflı kararları istikrara kavuşturmakta çok önemlidir. Örneğin, Hindistan ve Bangladeş arasındaki 2017 tarihli BIT madde 4'te yer alan MFN kaydı, çok geniş düzenlendiği için usuli hükümleri kapsayacak veya tam zıddı şekilde yorumlanabilecek şekilde düzenlenmişti. Gerçekte de tahkim mercileri konu hakkında her iki türden de yorum yapmaktaydılar. O nedenle taraf devletler, maddenin düzenlenmesi hakkındaki gerçek niyetlerini aydınlatmışlar; gerçek yorum yoluyla, MFN kaydının uyuşmazlık çözümlerine uygulanmasını hariç bırakmışlardır.⁹⁴⁶

Sonuç olarak, kavramların dinamik yorumlanması bağlamında taraf devletlerce ortaya konulmuş bir iradenin varlığı olmadan yapılan herhangi bir yorum faaliyeti, yorumun hakiki manasına karşılık gelen bir faaliyet olmayacaktır. Taraf devletlerin ilgili iradesi ise ancak, bağlamın tüm unsurlarının bütünüyle kullanılması başta olmak üzere, VAHS'in mevcut yorum unsur ve kurallarının tümüyle, doğru olarak uygulanması suretiyle tespit edilebilir. Bu yolla elde edilen netice, kavramların dinamik bir şekilde yorumuna sebebiyet veriyorsa doğru bir yorumdur. O nedenle, doktrinde çeşitli temeller üzerine kurulmuş ve farklı şekillerde algılanan dinamik yorum yaklaşımları da bahsedilen ölçüte vurulmalıdır. Buna göre, VAHS'in yorum kurallarına bir alternatif olarak görülmemeli ya da yorum unsurlarının/kurallarının veya bağlam unsurunun yalnız bir kısmının uygulanması ya da yorum unsurlarının bir kısmının diğerlerine kıyasen ağırlık verilmek suretiyle kullanılarak belirlenmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Her durumda yorum faaliyetinin

⁹⁴⁴ Bkz. *Jaworzina Opinion* (1923), PCIJ Series B, No. 8, 37.

⁹⁴⁵ Bkz. *Canadian Cattlemen*, award on Jurisdiction, para. 171.

⁹⁴⁶ Bkz. Authentic Interpretation Of Art. 4 (MFN treatment) the BIT between India and Bangladesh contained in the 2017 Joint Interpretative Notes (<https://dea.gov.in/sites/default/files/Signed%20Copy%20of%20JIN.pdf> Erişim Tarihi: 17.04.2021). Ayrıca bkz. Gazzini, a.g.m., 17 August 2020.

icrası neticesinde ortaya çıkacak sonuç, taraf devletlerin iradesini ikame etmek değil; fakat, andlaşmaların yorumlanması faaliyetinin hakiki işlevi doğrultusunda, “ tarafların metne yansıyan gerçek iradesinin aydınlatılması” olmalıdır.

4.5. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarında Yatırım Kavramının Yorumlanması

4.5.1. Genel Bakış

Yatırım kavramı, andlaşmalara yeni girmiş bir kavramdır. Erken tarihli uluslararası andlaşmalarda, andlaşma taslaklarında ve teamül hukukunda bu kavram yerine yabancı mülkiyet kavramı, uluslararası hukukta yabancıların koruması bağlamında kullanılmakta idi.⁹⁴⁷ Tarihsel olarak bakıldığında mülkiyetin korunmasına ilişkin andlaşmalar; yatırım, mülkiyetin diğer türleri ve ekonomik faaliyetler arasında ayırım yapmamıştır. Ancak, yatırım ile ticarete karşı devletin yaptığı eylemlerin etkisi farklıdır.⁹⁴⁸ Bir görüşe göre belli bir süresi/devamlılığı ve hareketliliği olan yatırım kavramı, durağan bir kavram olan mülkiyetin yerine geçmiştir. Kavramın hukuki tanımı, yatırım enstrümanlarının konu ve hedefine göre değişkenlik göstermektedir.⁹⁴⁹

Kavramın hukuki perspektiften ortaya çıkışı, özellikle ICSID Konvansiyonu başta olmak üzere yatırım andlaşmalarının doğuşu ile olmuştur.⁹⁵⁰ Günümüzde iki taraflı yatırım andlaşmalarının, çok taraflı andlaşmaların ve ticaret andlaşmalarının yatırıma ilişkin bölümlerinin çoğu, çok geniş yatırım tanımları içerir. Bu tanımlar, “*her türlü varlığa (every kind of asset)*” atıfla, tahdidi olmayan örnekleyici listeler içerir. Tanımların ucu açıktır. Doğrudan ve dolaylı yatırımların her ikisini de kapsar. Bu yaklaşımın sebebi, yatırım şekillerinin değişen bir seyir izlediğinin tanınmasıdır.⁹⁵¹

Son zamanlardaki yatırım ve ticaret andlaşmaları, yatırımın geniş tanımlanması geleneğini devam ettirirken; yatırımın tanımı, andlaşmaların büyük bir bölümünü kapsamaktadır.⁹⁵² BIT’lerin hemen hemen hepsi, birbirine benzer ve çok yakın

⁹⁴⁷ Yannaca-Small, *a.g.e.*, 2010, 244; Sasson, M. (2010). *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer Law International, 29.

⁹⁴⁸ Rubins, N. (2004), The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration. Horn; N. (ed.). *Arbitrating Investment Disputes*, Netherlands: Kluwer Law International, 285.

⁹⁴⁹ Yannaca-Small, *a.g.e.*, 2010, 244.

⁹⁵⁰ Sasson, *a.g.e.*, 2010, 29.

⁹⁵¹ Yannaca-Small, *a.g.e.*, 2010, 245.

⁹⁵² Titi, *a.g.e.*, 2018, 5.

yatırım tanımları içerirler. Buna rağmen, hala ne olduğu ve kapsamına neler girdiği hakkında yeknesak bir tanıma rastlanmamaktadır. Genel kabul görmüş bir yatırım tanımının olmaması, tanım sorunu dahil pek çok meseleyi beraberinde getirmektedir.⁹⁵³ Meselenin başlıca sebebi, hakkındaki tartışmalar bir yana bırakılırsa, uluslararası bir yatırım andlaşmasının olmaması ile konu hakkında bir uluslararası teamül hukukunun yokluğudur. Dolayısıyla, kapsam hakkında ancak uluslararası, bölgesel ve iki taraflı andlaşmalarda yer alan yatırım tanımlarına ilişkin hükümlerin incelenmesi suretiyle bir değerlendirmeye varılabilmektedir.⁹⁵⁴ Bu yöntem, mevcut durumu ortaya koymakta faydalıdır. Ancak kavram daha çok, ihtilaflar ortaya çıktığında yargısal bağlamda yapılan yorumlarla netleşmekte ve sınırları belirginleşmektedir.

Yatırımın tanımı, takip edilen amaca göre değişmektedir. Sermaye ve kaynakların sınır ötesi hareketi ile ilgili enstrümanlar, genellikle yabancı yatırımları dar ifadelerle tanımlarken; yabancı yatırımların korunmasına yönelik olanlar, geniş tanımlamalarda bulunmaktadır. İzlenen tanımlama yöntemleri farklı olabilse de kapsayıcılıkları veya korumanın amacını karşılamak için ucu açık örnek listeleri vermeleri noktasında kesişmektedirler.⁹⁵⁵ Sasson'a göre, yatırım kavramının tek bir kabul edilmiş hukuki tanımının olmaması sebebiyle tarihi arka plan, yorumlamada ve ulusal hukukun yorumda rol oynayıp oynamaması ya da nasıl rol oynaması gerektiği hakkında karar vermede dikkate alınmalıdır.⁹⁵⁶

Aslında andlaşmalardaki yatırım tanımının ucu açık ve geniş olarak düzenlenmesi eğilimi; sermayenin misli olması ve yatırım sermayesinin çok farklı şekillerde tezahür edebilmesi gerçeğinin kabulü ve sermaye piyasalarının bitmek bilmeyen yeniliklerine ayak uydurma, mevcut ve gelecek yatırımları kapsama alacak şekilde yatırımların teşviki çabalarının yansımasıdır.⁹⁵⁷ Kavramın geniş ve açık tanımlanması usulünden sapan örneklerle de rastlanmakla beraber, bunlar çok sınırlı sayıdadır. Yatırımların kapalı liste halinde kesin ve tahdidi tanımlandığı

⁹⁵³ Benzer görüş için bkz. Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 25, 26; Sasson, *a.g.e.*, 2010, 31.

⁹⁵⁴ Örn. Bkz. Enerji şartı, m. 1139.

⁹⁵⁵ Sureta, *a.g.e.*, 2012, 56.

⁹⁵⁶ Sasson, *a.g.e.*, 2010, 29.

⁹⁵⁷ Legum, *a.g.e.*, 2005, 2, 3.

andlaşmalara örnek olarak 2004 tarihli Kanada model BIT ve NAFTA verilebilir.⁹⁵⁸ Fakat buradaki tanımlar o derece geniş kapsamlıdır ki liste içine girmeyen bir yatırımı düşünmek gayet zordur.⁹⁵⁹ Bazı yatırım andlaşmaları ise yatırım kavramına ilave unsurlar getirirler. Örneğin, Yunanistan-Meksika 2000 tarihli BIT’te yatırım tanımına ekonomik amaç için iktisap edilme veya kullanılma ifadesi eklenmiştir.⁹⁶⁰ Bazı yatırım andlaşmalarında, yatırım tanımına nelerin girmeyeceği de sayılabilmektedir.⁹⁶¹ Yatırım kavramı, andlaşmalarda açık ve kesin olarak tanımlansa dahi sorunların tamamı çözülmüş sayılamaz. Çünkü, yatırım faaliyetlerinin karmaşık ve ticari faaliyetlerle iç içe geçmiş olması, uyumsuzluk konusunun yatırım kavramına dahil olup olmadığı noktasında yorum zorluklarına neden olmaktadır. O sebeple bazı hakem kararları, yatırım kavramı için ekonomik gelişmeyi ek bir unsur olarak aramaktadır.⁹⁶²

Yatırımlar pek çok türde olabilmektedir. Yeni ekonomik durumları karşılayabilmek ve finansal amaçların gelişimi ile baş edebilmek için sürekli olarak, yeni türde ve formda yatırımlar ortaya çıkmaktadır. Yatırım türlerinin anlaşılması iç hukukta, ilgili akitlerde ve uluslararası andlaşmalarda yatırımın kapsamı ve yatırımcının hukuki haklarını doğru olarak belirlemek için önemli görülmektedir.⁹⁶³ Kullanılan en temel ayrım olması itibariyle doğrudan yatırımlar (*foreign direct investment*) ve dolaylı yani portföy yatırımlar olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Doğrudan yatırımlar doktrinde farklı şekillerde tanımlanmakta, kavram çeşitli açılardan ele alınmakta, kendisine çeşitli unsurlar eklenmekte veya çıkarılmaktadır.⁹⁶⁴ Dolayısıyla daha resmi bir tanım olması itibariyle OECD’nin

⁹⁵⁸ Legum, *a.g.e.*, 2005, 3; OECD Secretariat. (2005). *Novel Features in OECD Countries’ Recent Investment Agreements: An Overview*, Symposium Co-Organised By ICSID, OECD And UNCTAD Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda, 5, para. 14.

⁹⁵⁹ İste, C. (2013). *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları*, On İki Levha Yayıncılık, 14.

⁹⁶⁰ Yunanistan-Meksika 2000 tarihli BIT (Greece - Mexico BIT, 2000), m. 1.

⁹⁶¹ Örn. bkz. Kanada- Peru 2006 Tarihli BIT (*Canada - Peru BIT, 2006*), Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Meksika Devletleri ve Kanada arasındaki Serbest Ticaret Andlaşması (*Agreement Between The United States Of America, The United Mexican States, And Canada (USMCA)*), 30/11/2018. (<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> Erişim Tarihi: 11.05.2021), m. 1; bölüm 14, m.14.1.

⁹⁶² Örn. bkz. Helnan International Hotels A/S v Egypt, ICSID ARB/05/19, Jurisdiction, (17 October 2006), para. 77. Aykırı görüş için bkz. Victor Pey Casado, Award, para. 232.

⁹⁶³ Salacuse, *a.g.e.*, 2013, 4.

⁹⁶⁴ Örneğin, Tiryakioğluna göre kavram: “*Maddi ve gayri maddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen kontrolü altında, ev sahibi ülkenin refahını arttırmak amacıyla transfer edilmesi*” şeklinde tanımlanabilir. Bkz. Tiryakioğlu, B. (2003). *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara: Dayındarlı Hukuk Yayınları, 10’ndan aktaran

tanımını paylaşırsak: Bir ekonomide yerleşik bir kuruluşun (doğrudan yatırımcı), başka bir ekonomide yerleşik bir kuruluştaki (doğrudan yatırım işletmesi) kalıcı bir çıkar elde etme hedefini yansıtır. Kalıcı çıkar, doğrudan yatırımcı ile işletme arasında uzun vadeli bir ilişkinin ve işletmenin yönetimi üzerinde önemli derecede bir etkinin varlığını ifade eder.⁹⁶⁵ Doğrudan yatırımlar, ekonomilerin doğrudan, istikrarlı ve uzun süreli ekonomik ilişki kurmalarının yanı sıra yerel girişimlerin gelişmesine özellikle teknoloji ve know-how transferine, ev sahibi devletin uluslararası marketlere ulaşımına da katkı sağlar. Uluslararası ticaretin gelişimi ve sermaye kaynağı olarak da önemlidir.⁹⁶⁶ Dolaylı yatırımlar ise örneğin Sornarajah'ın tanımıyla; normalde başka bir ülkede kurulmuş veya faaliyette bulunan bir şirkette hisse satın almak amacıyla yapılan bir para hareketi ile temsil edilir. Girişimler için sermayenin arttırıldığı diğer güvenlik araçlarını da içerebilir.⁹⁶⁷ Diğer bir tanımla, sermaye sahiplerinin faiz geliri ve temettü elde etmek için başka ülkelerdeki menkul kıymetlere yatırım yapmalarıdır.⁹⁶⁸

Benzer zaman diliminde hazırlanmış çok taraflı sözleşme taslaklarından farklı olarak, mülkiyet yerine yatırım üzerine kurulmuş olan ilk modern BIT, 1959 tarihli Almanya ile Pakistan arasındakiidir. Andlaşmada tanım verilmemiş olsa da bazı çeşitlerine tahdidi olmayacak şekilde yer verilmiştir. Böyle bir yöntem izlenmesinin bir sebebi de mülkiyet haklarından daha geniş kapsamlı bir yatırımın amaçlanmasıdır. İlgili yaklaşım daha sonra pek çok BIT tarafından takip edilmiştir.⁹⁶⁹ BIT'lerde yatırımlar genellikle malvarlığı kategorilendirme esasına göre veya ekli liste halinde tek tek sayılmak sureti ile düzenlenmektedir.⁹⁷⁰ Bazı BIT'lerde ise ek olarak nelerin yatırım kapsamına girmeyeceği hüküm altına

Yılmaz, A. Ç. (2013). Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, XII Levha Yayınları, 12. Doktrinde konuya ilişkin yapılmış bir dizi tanıma değinmesi itibariyle örn. bkz. Kayıhan, Kaya, *a.g.e.*, 2017, 109-111. Örneğin, yazarlara göre bazı tanımlarda yer alan ev sahibi ülkenin refahını artırma unsuru tanımda yer almamalıdır. Bkz. Kayıhan, Kaya, *a.g.e.*, 2017, 111.

⁹⁶⁵ OECD. (1999). *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, third edition, 7, 8. Ayrıca bkz. UNCTAD. (2007). *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, United Nations Publication, 245.

⁹⁶⁶ OECD. (2008). *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Fourth Edition, 14.

⁹⁶⁷ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 11.

⁹⁶⁸ Afşar, M. (2004). "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Ve Bankacılık Sektörü", *Ege Academic Review* , 4 (1) , 85-101, 86.

⁹⁶⁹ Sasson, *a.g.e.*, 2010, 30. İlgili andlaşma maddesi için bkz. Almanya-Pakistan 1959 Tarihli BIT, m. 8.

⁹⁷⁰ Karaoğlu, *a.g.e.*, 2019, 84; UNCTAD, 2007, 7.

alınmaktadır.⁹⁷¹ Yatırım tahkimi mahkemelerinde bir BIT kapsamında yatırım kavramı incelenirken, ilgili andlaşmaların çoğunda tanım yer aldığı için genellikle yatırımın kriterlerine atıf yapılmaz. Ancak ICSID Konvansiyonu'nda tanım yer almadığı için uygulanırken tam tersi hareket edilmektedir.⁹⁷²

Çok taraflı andlaşmalar çerçevesinde yatırım kavramının tanımlanmasına Enerji Şartı bağlamında bir örnek verirse; Şart, yalnızca enerji sektörünü düzenleyen hükümler içermesi itibariyle yatırım kavramını enerji sektörüne ilişkin faaliyetlerle sınırlamıştır. Sözleşmede yatırım kavramı 1. Bölüm madde 1(6)'da tanımlanmıştır. Yatırım kapsamına dahil olanlar liste halinde sayılmıştır. Hüküm, Şartın yürürlüğünden önceki ve sonraki bütün yatırımları kapsama alır. Enerji sektöründeki yatırımlarla ilişkili her türlü ekonomik faaliyet ile şart verimlilik projeleri gibi alanında sözleşmeciler tarafından dizayn edilen ve Sekreterliğe bildirilen yatırımlar ve yatırım sınıflarına işaret eder.⁹⁷³

4.5.2. ICSID Tahkiminde Yatırım Kavramının Yorumlanması

Yatırım kavramı, ICSID'in yetkisinin belirlenmesi hususunda en ihtilaflı konulardan biri olarak görülmektedir.⁹⁷⁴ Yatırım kavramının andlaşmalarda geniş ve belirsiz olarak tanımlanmaları, andlaşmanın sağladığı hukuki korumanın kapsamına dair pek çok ihtilafa yol açmaktadır. Hatta ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi kapsamında yatırım kavramının gündeme getirilmediği hemen hemen hiçbir uyuşmazlığın olmadığı söylenmektedir.⁹⁷⁵ Merkez'in yetkisini düzenleyen 25. maddeye⁹⁷⁶ göre ve kararlarda da dile getirildiği üzere, Merkez'in konu bakımından

⁹⁷¹ Örn. bkz. Kanada 2004 tarihli model BIT (Canada model FIPA, 2004) (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download> Erişim Tarihi 22.03.2021), m.1.

⁹⁷² Cabrol, E. (2010). Pren Nreka v. Czech Republic and The Notion of Investment Under Bilateral Investment Treaties Does "Investment" Really Mean "Every Kind of Asset"? Sauvart, K. P. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*, 217-232, 218.

⁹⁷³ Ayrıca bkz. Happold, M., Roe, T. (2012). *The Energy Charter Treaty*. Brabandere, E., Gazzini, T. (Ed.). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 69-98, 73.

⁹⁷⁴ Örn. bkz. Gaillard, E. (2009). Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., Wittich, S. (Eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 403-416, 403.

⁹⁷⁵ Bkz. Salini v Morocco, Decision on Jurisdiction, para. 52.

⁹⁷⁶ ICSID Konvansiyonu, madde 25/1'in orijinal metni şu şekildedir: *The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to*

yetkili olduğu uyuşmazlıklar; akit devletler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da akit devlet tarafından Merkez’e atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık halinde ilgili yazılı rızasını Merkez’e sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan doğrudan kaynaklanan her türlü hukuki uyuşmazlıklardır.⁹⁷⁷ Ancak Konvansiyon’da herhangi bir yatırım tanımı yapılmamıştır.⁹⁷⁸ Bir diğer husus ise ICSID’in yargı yetkisinin, “yatırımdan doğrudan kaynaklanan” uyuşmazlıklardan mı yoksa “doğrudan yatırımlar”dan kaynaklanan uyuşmazlıklar mı olduğuna dair Merkez’in yetkisini düzenleyen 25. maddenin yorumlanmasına yönelik ihtilaflardır.⁹⁷⁹

Fedax kararında; Konvansiyon’un 25/1. maddesinin orijinal metninde geçen “any legal dispute arising directly out of an investment” ifadesindeki “directly (doğrudan)” kelimesinin yatırımlara değil uyuşmazlıklara atıf yaptığı; dolayısıyla, dolaylı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da ICSID’in yetkisi altında olduğu ifade edilmiştir. Yani kararda, düzenleme; “bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlık” şeklinde algılanmıştır. *Fedax* tahkimi, konuyu bir lafzi yorum sorunu olarak görmüş; ilgili yorumun hazırlık çalışmaları ışığında, yatırıma verilmesi gereken geniş anlamla da uyumlu olduğunu vurgulamıştır. Yorum, *Fedax* kararına atıfla diğer mahkemelerce de kabul edilmekte ve yapılmaktadır.⁹⁸⁰

Örneğin, *Mihaly* kararında ICSID’in konu bakımından yetkisi; uyuşmazlığın olması (1), uyuşmazlığın hukuki olması (2), uyuşmazlığın dolaylı olarak değil yatırımdan doğrudan kaynaklanması (3) ve yatırımın varlığı (4) olmak üzere dört basamakta ele alınmıştır. Doğrudan kaynaklanma (*arises directly*) ifadesi altı çizilerek özel olarak vurgulanmıştır.⁹⁸¹ Mesela, *Amco* kararı da yatırımcının vergi

submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

⁹⁷⁷ Örn. bkz. *Mihaly International, Award*, para. 29.

⁹⁷⁸ Yatırım kavramının tanımlanması hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Legum, B., Mouawad, C. (2010). The meaning of ‘investment’ in the ICSID Convention. Waibel, M., Vagts, D. F., Bekker, P. H. F., Dolzer, R. (eds.). *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge: Cambridge University Press, 326-356. Tanım hakkında bir dizi tartışmalı karar için bkz. *Biwater Gauff Ltd v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008); *Phoenix*, award, para. 114; *Malaysian Historical Salvors*, Decision on the Application for Annulment, para. 62; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB 108/8, Decision on Jurisdiction, (8 March 2010), para. 129–30.

⁹⁷⁹ Bkz. Yılmaz, *a.g.e.*, 2013, 34, 35.

⁹⁸⁰ Bkz. Decision on Objections to Jurisdiction, para. 24. Ayrıca bkz. Schreuer, C. H., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 107, 108.

⁹⁸¹ *Mihaly International, Award*, para. 31.

kaçakçılığı yaptığı hakkındaki karşı iddiayı, ilgili suçun iç hukuka tabi olduğu, yatırım andlaşmasında belirtilmediği; dolayısıyla yatırımdan doğrudan kaynaklanan uyuşmazlık olmadığı gerekçesine dayandırmıştır.⁹⁸² Uyuşmazlığın yatırımdan doğrudan kaynaklanması, yatırım ile uyuşmazlık arasında doğrudan illiyet bağına gerektirir. ICSID Konvansiyonu'nun hazırlanmasında dolaylı uyuşmazlıklardan devletin sorumluluğu amaçlanmamıştır.⁹⁸³

Fedax kararına da yansıdığı üzere⁹⁸⁴; ICSID Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmalarında yatırımı tanımlamak için çeşitli girişimlerde bulunulmuş ve pek çok tartışma yapılmış olmasına rağmen, hiçbirisi umumiyetle kabul edilmemiş ve Sözleşme metnine herhangi bir tanım yansıtılamamıştır. Nihayetinde tanımlama, devletlerin rızasına bırakılmıştır. ICSID Konvansiyonu'nda yatırım tanımının yer almamasının gerekçesi; Yürütme Kurulu Raporunda (*Report of the Executive Directors*) Merkez'in yetkisinde devletlerin rızasının köşe taşı olduğunun vurgulandığı⁹⁸⁵ üzere, konunun devletlerin müteakip uygulamaları ile çözmelerine imkan vermenin daha iyi olacağının düşünüldüğü şeklinde izah edilmiştir. Yine, açık bir tanıma gerek olmaması ve böyle bir tanım yapmanın son derece zor olduğu, ayrıca istenmeyen yargısal ihtilaflara yol açabileceği ileri sürülmüştür. Konvansiyon'un giriş kısmına da yansıdığı üzere, kapsamının; siyasi, ekonomik ve salt ticari uyuşmazlıklardan ayrılarak hukuki yatırım uyuşmazlıklarına hasredilmesine karar verilmiştir. Merkez'in yetkisi hakkında gündeme getirilen asgari 100,000 ABD Dolarlık uyuşmazlık iddiaları ile Konvansiyon'un yürürlüğe girmesinden sonra yapılan yatırımlar hakkındaki uyuşmazlıkların kabulüne dair hususlar kabul edilmemiştir.⁹⁸⁶ *Mihaly* kararında; böylece, bütünlüğün ve esnekliğin

⁹⁸² Bkz. *Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding (English) (10 May 1988), para. 126.

⁹⁸³ Garcia-Bolivar, O. E. (2010). "Protected investments and protected investors: The outer limits of icSID's reach". *Trade, Law and Development*, 2(1), 145-168, 149.

⁹⁸⁴ Bkz. *Fedax*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 21.

⁹⁸⁵ Bkz. International Centre for Settlement of Investment Disputes. (April 2006). *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ICSID Convention, Regulations and Rules, 35-50, para. 23.

⁹⁸⁶ ICSID. (1968). *The History of the ICSID Convention*, vol II-1, Washington, 34, 83, 149; International Centre for Settlement of Investment Disputes, April 2006, para. 26, 27; Schreuer, Malintoppi, Reinisch, *a.g.e.*, 2009, 115, 116; Gaillard, 2009, 403; Burger, L. (2013). "Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)", *ASA Bulletin*, 31(3), 521-536, 521.

korunduğu ve yatırım konusu hakkında uluslararası hukuktaki gelecek gelişmelere izin verilmiş olduğu ifade edilmiştir.⁹⁸⁷

Dolayısıyla Konvansiyonu'nun 25. maddesine istinaden yatırımın tanımında taraflar serbesttir. Bir bildirimle istedikleri sınıf uyumsuzluk türlerini çıkarıp dahil edebilirler.⁹⁸⁸ Buna rağmen devletler, tamamen özgür de bırakılmamıştır. Çünkü, Yürütme Kurulu Raporunda; Sözleşmenin girişinde yer alan “*ekonomik gelişme için uluslararası işbirliği ihtiyacı ve bunda özel uluslararası yatırımın rolü*” ifadesinin, andlaşmanın konu ve amacını yansıttığı teyit edilmiş ve tarafların niyeti “temel bir şartla (*essential requirement*)” sınırlanmıştır. Bu doğrultuda yatırım kavramının, salt tarafların ortak niyeti olmaktan çıkarılıp objektif hale büründürülmesi amaçlanmıştır. Hazırlık çalışmalarından da açıkça anlaşıldığı üzere tarafların istedikleri her uyumsuzluğu, ICSID tahkimine sunmaları mümkün değildir. Özellikle de sıradan ticari muamelelerin, taraflar ne kadar geniş düzenlerse düzenlensinler, ICSID'in yargı yetkisinde olmadığı kesindir.⁹⁸⁹ ICSID Konvansiyonu'nda yatırım tanımının taraf devletlere bırakılmasının, bu konuda devletlerin tamamen özgür bırakıldıkları anlamına gelmediği, ilgili mekanizmanın yetkisine tabi olmak için bu konuda özgürlüklerinin sınırlandığı hususu *Joy Mining* kararında da dile getirilmiştir.⁹⁹⁰

ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin müstakil ve bağımsız bir yatırım tanımı içermemesi ve bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan her türlü hukuki uyumsuzluğa yetkisi kapsamında yaptığı atıf; eğer devletlerce yatırım andlaşmasında açık bir tanım verilmemişse, ulusal hukuktaki esas düzenlemelere atıf demektir. Bir yatırım andlaşmasının kapsamı, yatırım tanımı veya yatırımla ilgili uyulması gereken birtakım şartlar içeren taraf devletlerin birinin iç hukuku ile sınırlandırılabilir. Bu durumda yatırım andlaşması, doğrudan iç hukukla bağlantılı hale gelir.⁹⁹¹ Devletlerin kayda değer bir bölümü, iç hukukta yatırım kavramının tanımını ihtiva eden yabancı yatırım hukuku düzenlemelerine sahiptir. Bu düzenlemeler bazen kendi yatırım tanımlarına yer verirken, sıklıkla bir işlemin yatırım olarak kabul edilebilmesi veya

⁹⁸⁷ Bkz. Mihaly International, Award, para. 33.

⁹⁸⁸ Sasson, *a.g.e.*, 2010, 33.

⁹⁸⁹ Schreuer, Malintoppi, Reinisch, Sinclair, *a.g.e.*, 2009, 116, 117.

⁹⁹⁰ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Award on Jurisdiction ICSID Case No. ARB/03/11, (6 August 2004), 49.

⁹⁹¹ Sasson, *a.g.e.*, 2010, 34.

foyda ve ayrıcalıklardan istifade edilebilmesi için taşıması gereken şartları ve özellikleri belirtir.⁹⁹²

Kısacası; Konvansiyon'a konulan rızaya vurgu, ilk önce tarafların ICSID'e sunacakları anlaşmazlığın kategorisini belirlemeleri, sonra ICSID'in amaçlarından anladıkları doğrultuda yatırımı belirlemeleri imkanı anlamına gelir. Ancak sonraki aşamada, Konvansiyon'un girişindeki amaçlara atfen, tarafların rızasına çizilen objektif sınır⁹⁹³ sebebiyle nihai olarak yatırım kavramının yorumlanması hususu, ICSID hakem heyetlerine kalmakta ve her zaman istikrarlı kararlar ortaya çıkmamaktadır. Bu minvalde kavramın dar yorumlanması, pek çok uyuşmazlığın Merkez'e sunulmasını engelleyecek; geniş yorumlanması ise çoğunu Merkez'in yetkisine tabi kılacaktır.⁹⁹⁴ Mesela, ICSID'in ticaretle ilgili yatırıma ilişkin uyuşmazlıklarda kendini yetkili gördüğü kararlara dahi rastlanabilmektedir.⁹⁹⁵ Halihazırda yatırım andlaşmalarının yatırım kavramlarını çok geniş yorumlamaları da sorunları arttırmakta, ICSID'in iki basamaklı analizi de Merkez'in yetkisini belirlemekte her zaman tümüyle uygulanmamaktadır.⁹⁹⁶

Yatırım kavramı hakkında, yatırım tahkiminde en önemli ve dönüm noktası olarak görülen karar *Salini* kararıdır. Kararda, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin amaçları kapsamında bir yatırımın olup olmadığı hususunda yatırım kavramının tespiti için dört unsur/kriterin varlığı aranmış ve yatırım kavramı konusunda objektif bir tanım verilmiştir. Bunlar: Para veya ekonomik değeri olan diğer varlıklarla katkı, belli bir süre, risk unsuru ve ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkısıdır.⁹⁹⁷ Ancak İtalya-Fas arasındaki ilgili BIT'te⁹⁹⁸, ev sahibi devletin hukuku ve düzenlemelerine uygunluk düzenlenmişken; hakem heyeti, yatırımın varlığı için aranan kriterlere iç hukuka uygunluk konusunu almamıştır.⁹⁹⁹ *Salini*

⁹⁹² Schlemmer, *a.g.e.*, 2008, 52.

⁹⁹³ Sureda, *a.g.e.*, 2012, 57. Ayrıca bkz. Aşşar, M. (2017). "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı: The Concept of Investment Under The ICSID Convention", *MHB*, 37(2), 95–140, 95.

⁹⁹⁴ Legum, Mouawad, *a.g.e.*, 2010, 326.

⁹⁹⁵ Bkz. S.D. Myers, Inc. v Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), First Partial Award (13 November 2000).

⁹⁹⁶ Sureda, *a.g.e.*, 2012, 57.

⁹⁹⁷ Bkz. *Salini v Morocco*, Decision on Jurisdiction, para. 52.

⁹⁹⁸ Bkz. İtalya-Fas 1990 tarihli BIT (*Italy-Morocco BIT 1990*).

⁹⁹⁹ Bkz. Colaiuta, V. (2011). When does a violation of the domestic law of the host state amount to a violation of a public international law principle in determining protection of investors' claims? Coop, G. (Ed.). *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*, Juris, 3-22, 4.

kararında mahkeme, hukuka uygun olma kriterine işaretle, kriterin yatırımın tanımı olmamakla birlikte geçerliliği ile ilgili olduğunu; kriterin amacının BIT'leri, özellikle de hukuka aykırı olabilecek olan ve korunmaması gereken yatırımları korumaktan engellemek olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁰⁰ *Salini* kriterlerine, diğer tahkim kararlarının yaklaşımı farklı farklıdır. Bazı kararlar ilgili unsurları kabul ederken, bazıları temel olarak kabul etmekle birlikte birtakım değişikliklere gitmekte; bazıları ise birtakım ilaveler veya eksiltmeler yapmaktadır. Örneğin, *Saba Fakes* kararında katkı, belli bir süre ve risk unsuru olmak üzere üç unsur ICSID kapsamında yatırımın tanımlanması için gerekli ve yeterli görülerek yatırım kavramının olağan anlamı olarak vasıflandırılmıştır.¹⁰⁰¹

Salini testini destekleyen kararlardan biri *Jan de Nul N.V.* kararıdır. Mahkeme, ICSID içtihatlarına ufak birtakım farklılıklarla beraber uyduğunu ve *Salini* testi olarak anılan unsurlara dayandığını beyan etmiştir. Unsurların birbiriyle yakından ilişkili olabileceğini, bütünlükleri içinde incelenmesi gerekliliğini ve esasen her davanın koşullarına göre değişeceğini belirtmiştir.¹⁰⁰² *L.E.S.I.* kararında mahkeme, dördüncü unsurun ayrı bir unsur olduğu görüşünü reddederek diğer unsurların içine dahil etmiştir.¹⁰⁰³ *Biwater* kararı ise yatırım tanımının daha esnek ve yararlı bir yaklaşıma tabi tutulmasını daha uygun bulmuştur. ICSID'e rızayı içeren belgenin doğasını da içerecek şekilde, davanın bütün şartları ile birlikte *Salini* unsurlarını dikkate almıştır.¹⁰⁰⁴

Bir BIT'e dayanan *Phoenix* kararında ve hukuka uygun olarak yatırımların kurulması gerekliliği hakkında hüküm ihtiva etmeyen Enerji Şartı ile ilgili olarak verilen *Plama* kararlarında, hakkında açık bir şekilde hüküm bulunmayan hukuka uygunluk kriteri hakkında; gerek ulusal gerekse uluslararası hukuka kısacası, hukuka aykırı olarak kurulan yatırımların yatırım andlaşmalarında sağlanan temel korumalardan yararlanamayacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁰⁵ *Phoenix* tahkimi, bu manada

¹⁰⁰⁰Salini v Morocco, Decision on Jurisdiction, para. 46.

¹⁰⁰¹Saba Fakes, award, para. 110.

¹⁰⁰²Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (16 June 2006), para. 91.

¹⁰⁰³İlgili ifade *Phoenix* kararında geçmektedir. Bkz. *Phoenix*, Award, para. 84 L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. kararının Fransızca metni için bkz. L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3 (Italy/Algeria BIT), Decision, July 12, 2006 (French), para. 72(iv).

¹⁰⁰⁴Biwater Gauff Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008), para. 316:

¹⁰⁰⁵Bkz. *Plama*, Award, para. 138-139; *Phoenix*, Award, para. 101.

Salini testindeki unsurlara birtakım eklemeler yapmıştır.¹⁰⁰⁶ Özetle ifade etmek gerekirse; tüm bu örneklerin işaret ettiği üzere, ICSID nezdinde kullanılan yatırım kavramının tanımlanmasına ilişkin unsurlar hakkında tam bir mutakabattan bahsedilememektedir.¹⁰⁰⁷

4.6. Uluslararası Yatırım Andlaşmalarında Genel Muamele Standartlarının Yorumlanması

Uluslararası yatırım andlaşmalarında yatırımcılara sağlanması öngörülen genel muamele standartları, ev sahibi devlet tarafından yatırım aktivitelerinin bütününe uygulanan standartlardır. Para transferi, kamulaştırma gibi spesifik muamele standartları ise sadece yatırımlarla ilgili özel meselelere uygulanırlar. Genel ve maddi muamele/koruma standartları ikiye ayrılır. Bunlar mutlak ve göreceli standartlardır. Mutlak standartlar (*non-contingent*); belirli faktörlere, olaylara veya devletin diğer yatırımcılara veya kişilere muamelesine bağımlı olmayan standartlardır. Göreceli (*contingent*) standartlar ise ev sahibi devletin, diğer yatırım ve yatırımcılara yaptığı muameleye göre değişir.¹⁰⁰⁸

Mutlak/göreceli olmayan standartlar; adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi (*FET*), tam koruma ve güvenlik ilkesi (*FPS*) ve uluslararası asgari muamele (*UAM*) ilkesiyken, göreceli standartlar; ayrımcılık yasağı, en çok gözetilen ulus (*MFN*) kaydı ve ulusal muamele ilkesidir. Ayrımcılık yasağı BIT’lerde genellikle keyfi davranmama yükümlülüğü ile birlikte ve sıkça “keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermemeye¹⁰⁰⁹” şeklinde düzenlenmektedir. Çalışmada hem en çok ihtilaflı muamele standartlarından olmaları hem de tüm muamelelerle ilgili olmaları sebebiyle genel muamele/koruma standartlarından ulusal muamele ilkesi, en çok gözetilen ulus kaydı, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi ile tam koruma ve güvenlik ilkesinin yorumlanması tahkim kararları temelinde incelenmiştir.

¹⁰⁰⁶ Bkz. Phoenix, Award, para. 101-105.

¹⁰⁰⁷ Benzer görüş için bkz. Karaoğlu, *a.g.e.*, 2019, 106.

¹⁰⁰⁸ Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 229.

¹⁰⁰⁹ Örn. bkz. Sri Lanka-ABD 1991 tarihli BIT (*Sri Lanka - United States of America BIT, 1991*), m. II/2(b).

4.6.1. Ulusal Muamele İlkesinin Yorumlanması

4.6.1.1. Genel bakış

Uluslararası ticaret ve yatırım hukukunun temel amaçlarından biri; devletlerin yabancı kişiler, mallar, hizmetler ve yatırımlara dair ayrımcılık temelli tedbirlerini sınırlamaktır. Bu yolla politik birtakım amaçların yanı sıra, iç pazarın uluslararası fiyat yarışından izole edilmediğinin garantisi verilmektedir. Vatandaşlık temelli ayrımcılığın sınırlanması iki farklı ayırım gözetmeme muamelesine ilişkin yükümlülükten doğar. Bunlar: Ulusal muamele ilkesi ve en çok gözetilen ulus kaydırıdır.¹⁰¹⁰ BIT’lerde sıklıkla keyfi davranmama yükümlülüğü ile birlikte tezahür eden “ayrımcılık yasağı” ise yalnız vatandaşlık temelinde değil daha genel kapsamlı bir ayrımcılık yasağına işaret etmesi itibarıyla daha farklı bir koruma standardıdır.

Ulusal muamele ilkesi en basit tanımla, bir ev sahibi devletin kendi vatandaşlarını yararlandığı muamelenin aynısını yabancı yatırımcıya da sağlamakla yükümlenmesidir.¹⁰¹¹ En çok gözetilen ulus kaydı ise diğer tarafın yatırımcılarına, üçüncü bir devletin yatırımcılarına teminat verilenden daha az lehe muamele tanınmayacağını garanti edilmesidir.¹⁰¹² İki ilkenin çoğunlukla yatırım andlaşmalarında beraber düzenlenmesinin sebebi de yabancı yatırımcının diğer yabancı yatırımcılara karşı olduğu gibi yerli yatırımcılara karşı da daha az elverişli muameleye tabi tutulmadığı takdirde, gerçek manada ayrımcılığın önlenilebileceği anlayışıdır. Dolayısıyla iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir.¹⁰¹³ İki ilkenin aralarındaki ortak özellikler bazı kararlarda dile getirilmekte, bazen ortak değerlendirmelere konu olmakta veya bir ilkeden yola çıkılarak diğer ilkeye katkı sağlanabilmektedir.¹⁰¹⁴

Ulusal muamele ilkesi; genel ayrımcılık yasağı ve en çok gözetilen ulus kaydı ile temel birtakım hukuki unsurları paylaşırsa da teori ve uygulamada daha karmaşıktır. Zira, devletlerin ilk vazifesi neticede kendi vatandaşlarına karşıdır.

¹⁰¹⁰ Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 147, 148.

¹⁰¹¹ Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 63.

¹⁰¹² UNCTAD. (2010). *Most-Favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, United Nations Publication, 13, 14

¹⁰¹³ Reinisch, A. (2015). *Most Favoured Nation Treatment*. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (eds.), *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 808; UNCTAD. (2004). *International Investment Agreements: Key Issues Volume I*, United Nations, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol. I), 202.

¹⁰¹⁴ Örn. Bkz. Parkerings, award, para. 367, 368

Devletleri, vatandaşlarına ayrıcalıklı ticari koşullar sunmasından men etmek ise istisnai bir durumdur.¹⁰¹⁵ İlke esasen, andlaşma temelli olarak görülmektedir.¹⁰¹⁶ Fakat, bazı yatırım andlaşmaları ilkeyi ulusal hukuklarına atıf yaparak düzenlemektedir. Böylece yükümlülükler hafifletilmeye çalışılmaktadır.¹⁰¹⁷ İlkenin hiç yer almadığı yatırım andlaşmaları da mevcuttur.¹⁰¹⁸

Yabancıların ulusal muamele ilkesinden, uluslararası asgari muamele ilkesi kapsamında yararlanıp yararlanamayacağı tartışılan bir konudur. Hatta bir kısım doktrin ilgili görüşü, teamül hukuku kuralına dahil edecek şekilde ileri gitmektedir. Ancak, böyle görüşler isabetli değildir. İlke, eski bir kökene sahip olmasına rağmen andlaşma temelli bir yükümlülük olarak kalmış ve teamül hukuku kuralı oluşturamamıştır. Vatandaşlara kıyasla yabancılara muamelelerde bir derece ayrımcılık yapılmasına, genel olarak teamül hukukunda izin verilmektedir.¹⁰¹⁹ Devletler vatandaşlarına, kendi ülkesindeki yabancılardan daha lehe muamele tanımakta özgürdür. Bu yetkileri ise ancak, örneğin Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasında (GATT) yer alan ayrımcılık yasağı veya ulusal muamele gibi somut bir andlaşma hükmünün varlığı halinde sınırlandırılabilir veya ortadan kaldırılabılır.¹⁰²⁰ *Methanex* tahkiminde de açıkça, taraf devletleri uluslararası hukukta bağlayan aykırı bir kuralın yokluğu halinde andlaşmasal veya teamüli kaynaklı olsun, devletin vatandaşlarına ve yabancılara muamelelerini farklılaştırabileceği ifade edilmiştir.¹⁰²¹

Aslında ulusal muamele ilkesi ilk olarak, yabancıların vatandaşlardan daha iyi muamele görmesini engellemek için ortaya çıkmıştır.¹⁰²² 19. yüzyılda Latin Amerika devletlerinde uluslararası asgari muamele ilkesinin pekişmesini önlemek için Calvo

¹⁰¹⁵ Schefer, *a.g.e.*, 2016, 353.

¹⁰¹⁶ Örn. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 1995 (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/kanuntbmmc080/kanuntbmmc08004196.pdf Erişim Tarihi: 08.05. 2021), m. II(2).

¹⁰¹⁷ Örn. bkz. Ruanda-Birleşik Arap Emirlikleri 2017 tarihli BIT (*Rwanda - United Arab Emirates BIT*, 2017), m. 5.

¹⁰¹⁸ Örn. bkz. Nijerya-Singapur 2016 tarihli BIT (*Nigeria - Singapore BIT*, 2016).

¹⁰¹⁹ Bjorklund, A. K. (2008). National Treatment. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 29-58, 31, 32.

¹⁰²⁰ Hobe, *a.g.e.*, 2015, 15.

¹⁰²¹ *Methanex*, Final Award, para. 25.

¹⁰²² Radi, *a.g.e.*, 2020, 109.

Doktrinin bir parçası olarak kullanılmakta idi.¹⁰²³ İlke, modern yatırım andlaşmalarında diğer standartlarla birlikte yer almaktadır. Fakat, ilk ortaya çıkış amacı tersine dönmüştür. Şöyle ki, yatırım andlaşmalarına ilkenin dahil edilmesi ile yabancı yatırım ve yatırımcılara, yerel yatırım ve yatırımcılara sunulandan daha az lehe muamelede bulunulmasını engellemek; böylece, yerel ve yabancı yatırımcıların eşit şartlar altında yarışmalarını sağlama amaçlanmaktadır.¹⁰²⁴ *Corn Products* kararında standardın, hem uluslararası ticaret hem de uluslararası yatırım hukukunda asli öneme sahip bir ilke olan ayrımcılık yasağı ilkesini cisimleştirdiği belirtilmiştir.¹⁰²⁵ İlkenin amacı; ev sahibi devleti kural ve düzenlemeler koyarken ve uygularken yabancı ve yerel yatırımcı arasında negatif bir farklılık getirmemek konusunda yükümlendirmek ve böylece, yabancı yatırımcının konumunu yerel yatırımcıya sağlanan korumaya yükseltmektir. Bununla birlikte pozitif ayrımcılık yapılması mümkündür. Hatta uluslararası hukukun genel standartları vatandaşlara uygulanandan daha yüksek koruma öngördüğünde zorunlu olacaktır.¹⁰²⁶

Ulusal muamelenin; kamulaştırma, adil ve hakkaniyetli muamele gibi mutlak veya asgari muamele standardı gibi hakiki maddi bir içeriği olmadığı gibi tek bir tanımı da yoktur. Bunlara nazaran dolaylı, göreceli ve formel maddi standartlar belirler. Çünkü devletin yabancı yatırımcı ve yatırımlarına karşı yükümlü olduğu muamele, aynı veya benzer durumdaki kendi vatandaşlarının ve onların yatırımlarının durumuna göre belirlenir. Dolayısıyla ilkenin uygulanabilmesi için ev sahibi devletin, yabancı yatırım ve yatırımcılara uyguladığı muameleye benzer konumda yerli yatırımcı veya yatırımın varlığı; diğer bir anlatımla, daha az lehe muamelenin ölçülmesi için uygun bir mukayese konusu olacak yatırım ya da yatırımcının belirlenmesi gerekir. “Benzer durumlar”¹⁰²⁷ olarak adlandırılan ilgili

¹⁰²³ Sarzo, M. (2018). The National Treatment Obligation. Gattini, A., Tanzi, A., Fontanelli, F. (ed.) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill | Nijhoff, 378-397, 378.

¹⁰²⁴ Radi, *a.g.e.*, 2020, 109. Ayrıca bkz. Chauvel, *a.g.m.*, 2017, 142.

¹⁰²⁵ *Corn Products*, Decision on Responsibility, para. 109.

¹⁰²⁶ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 178.

¹⁰²⁷ Benzer durumlar ibaresinin atıf yaptığı husus, esasen yatırımcı veya yatırımdan ziyade “muamele”dir. Benzer görüş için bkz. Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 39. Yatırım andlaşmalarındaki hükümlerden de bu şekilde anlaşılmaktadır. Fakat gerek doktrinde gerekse yatırım tahkiminde bunlar arasında bir fark gözetilmemektedir. Yatırım hukukunda, benzer durumlar kavramını açıklamak için kullanılan ve İngilizcesi “*comparator*” olan lakin Türkçe’de tam olarak karşılığı olmamakla birlikte birebir çevrildiğinde “karşılaştırıcı” kelimesi ile ifade edilebilecek yabancı yatırımcının maruz kaldığı muamelenin mukayese edileceği yerli yatırım/yatırımcı unsurları ile bunlara uygulanan muamelenin belirlenmesinde ilgili unsurlar ve tabi tutuldukları muameleler arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. O yüzden çalışmada zaman zaman muameleye atıfla benzer

mukayese unsurlarının/varlıklarının yokluğu halinde davacının iddiası düşer.¹⁰²⁸ Görecelilik, diğer bir açıdan yabancı ve vatandaş olan yatırımcılara sağlanan muamelenin nispi etkisini detaylı bir sorgulamayı gerekli kılar.¹⁰²⁹ Kaydın göreceli nitelik taşımasının, kaydın ihlaline ilişkin sınırlı sayıda içtihat oluşmasına ve uyuşmazlıkların çoğunlukla, koruma kapsamı mukayese gerektirmeyen ve ispat yükünün nispeten hafif olduğu adil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik ilkesi gibi koruma standartları üzerine tesis edilmesine yol açtığı belirtilmektedir.¹⁰³⁰

4.6.1.2. Ulusal muamele ilkesinin uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi

İlkenin uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi ve kapsamı andlaşmadan andlaşmaya değişmektedir. Bağımsız bir madde olarak¹⁰³¹ veya en çok gözetilen ulus kaydı gibi diğer koruma standartları ile birlikte aynı maddenin aynı paragrafında¹⁰³² ya da aynı maddenin farklı paragrafında¹⁰³³ yer alabilmektedir. Bazı andlaşmalar yalnızca yatırımlar için koruma öngörürken bazıları hem yatırımcılar hem de yatırımları için ulusal muamele ilkesini tanıır. İlgili ayırım daha çok korumanın sadece kurulmuş yatırımlar için mi tanındığı yoksa ilaveten kurulacak yatırımlar için de koruma sağlayıp sağlamadığı ile ilgilidir. Dolayısıyla ikinci tür düzenlemede, henüz yatırımların mevcut olmadığı bir aşamada yatırımcıya da koruma sağlanacaktır.¹⁰³⁴ Yatırım andlaşmalarının çoğunun ulusal muamele ilkesi kapsamında sağladığı koruma, kurulmuş yatırımlar içindir.¹⁰³⁵ Böylece, yatırımların kurulmasına ilişkin kabul ve şartlara dair ev sahibi devletin yetkisi sınırlanmamış olur.

durumlar zaman zaman da yerli yatırım ve yatırımcıya atıfla benzer durumlardakiler ifadeleri herhangi bir ayırım gözetilmeden kullanılmıştır.

¹⁰²⁸ Sarzo, *a.g.e.*, 2018, 379, 382; Bjorklund, *a.g.e.*, 2008, 29, 30; Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 148, 149.

¹⁰²⁹ McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 336.

¹⁰³⁰ Bkz. Sarzo, *a.g.e.*, 2018, 396

¹⁰³¹ Avustralya-Endonezya 2019 tarihli BIT (*Australia - Indonesia BIT*, 2019), m.14.4; İsrail-Japonya 2017 tarihli BIT , m. 2.

¹⁰³² Japonya-İran 2016 tarihli BIT (*Iran, Islamic Republic of - Japan BIT*, 2016), m. 4.

¹⁰³³ Meksika- Birleşik Arap Emirlikleri 2016 tarihli BIT (*Mexico - United Arab Emirates BIT*, 2016), m. 3; Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT (*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma*, 2017), m. 4 (<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0950.pdf> Erişim Tarihi: 23.05.2021).

¹⁰³⁴ Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 32.

¹⁰³⁵ Örn. bkz. Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT, m. 4/2.

ABD 2004 tarihli model BIT¹⁰³⁶, Kanada 2021 tarihli model Yabancı Yatırımı Teşvik ve Koruma Anlaşması (*Foreign Investment Promotion and Protection Agreement-FIPA*)¹⁰³⁷, bir serbest ticaret andlaşması olarak NAFTA gibi bazıları ise yatırımların kurulması ve iktisabını da kapsama alacak geniş bir koruma içermektedir. Yine bazı andlaşmalar, yatırım sürecinin aşamalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar getirecek düzenleme tercih ederler. Örneğin Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT¹⁰³⁸ “kurulmuş olan bu yatırımlara, bunların yönetilmesine, sürdürülmesine, kullanımına, işletilmesine, faydalanılmasına, genişletilmesine, satışına, tasfiyesine veya elden çıkarılmasına” ifadesiyle uygulanacak muamelenin konusu olan yatırım süreçlerini detaylandırmış ve tahdidi olarak saymıştır. Bazılarıysa, İsrail-Japonya 2017 tarihli¹⁰³⁹ ve Japonya-İran 2016 tarihli¹⁰⁴⁰ BIT’te olduğu gibi “yatırım aktiviteleri ile ilgili olarak” ulusal muamele ilkesini tanıdığını beyan eden ucu açık ve genel bir anlayış benimsemiştir.

Bazı yatırım andlaşmalarında ilkeye dair istisna veya çekincelere rastlanabilmektedir. İstisnalar, daha çok yatırım öncesi aşamalara ilişkin koyulmaktadır. Bunlar kamu sağlığı, ulusal güvenlik gibi genel istisnalar ya da vergilendirme gibi konu bazlı istisnalar şeklinde olabilir. Yine, ulusal ekonomi ve sosyal politikalar gereği belli faaliyet ve endüstrilerde farklı muameleyi saklı tutan (örneğin enerji üretimi, demiryolları vb.) endüstri bazlı olabilir. Bazılarında ise ulusal muamele korumasının sağlanması, karşılıklılık ilkesine bağlanabilmektedir.¹⁰⁴¹ Örneğin, Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT; “toprak, gayrimenkul ve bunlar üzerindeki aynı hakların edinimi bakımından” ilkeye istisna getirmiştir.¹⁰⁴² Böyle hükümler, meşru kamu yararı amaçlı alınan tedbirleri güvence altına almak ve kaydın konu bakımından uygulanmasını sınırlamayı amaçlamaktadır.¹⁰⁴³ İstisnalara dair diğer konu ise günümüzde azalmış olmakla birlikte; gelişmekte olan devletlerde özel durumlara yani, “gelişme istisnası (*development exception*)”na ayrıca dikkat

¹⁰³⁶ Bkz. ABD 2004 tarihli model BIT , m. 3/2.

¹⁰³⁷ Kanada 2021 tarihli Model Yabancı Yatırımı Teşvik ve Koruma Anlaşması (*Foreign Investment Promotion and Protection Agreement-FIPA*, 2021), m. 5.

¹⁰³⁸ Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT, m. 4/2.

¹⁰³⁹ Bkz. İsrail-Japonya 2017 tarihli BIT (*Israel - Japan BIT 2017*), m. 2.

¹⁰⁴⁰ Bkz. Japonya-İran 2016 tarihli BIT, m. 4.

¹⁰⁴¹ UNCTAD. (1999). *National Treatment*. UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), United Nations Publication, 43-47.

¹⁰⁴² Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT, m. 3/3 (d).

¹⁰⁴³ Sarzo, *a.g.e.*, 2018, 383, 384.

etmeyi gerektirebilmesidir. Zira ulusal muamele ilkesi, hususen bu tür devletlerde, yerel girişimlerin gelişimini zorlaştırabilmektedir. Dolayısıyla bazı gelişmekte olan devletler, zaman zaman görüşmeler sırasında, ilkenin uygulanmasını hafifletmek ve sınırlandırmak için “*gelişme kaydı (development clause)*” koyarak, zayıf olan ekonomik durumlarına ve gelişmelerinin daha özel ve farklı muameleye ihtiyaç duyduğuna dikkat çekmiş olurlar. Ayrıca, ulusal muamele kaydının uygulanması gerektiğinde yeterli esnekliği elde etmiş olurlar.¹⁰⁴⁴

Son olarak, ulusal muamele ilkesinin yatırım andlaşmalarında diğer standartlarla beraber düzenlenişinden kısaca bahsetmek uygun olacaktır. İlke, yatırım andlaşmalarının hemen hemen hepsinde en çok gözetilen ulus kaydı ile beraber sıklıkla kaynaşmış bir halde yer almakta ve birlikte, yabancı yatırımcı ve yatırımlarına daha az lehe muamelede bulunulmaması hakkı sağlamaktadır. Ancak, aralarındaki fark aynı zamanda çok açıktır. Konunun başında da belirtildiği gibi ulusal muamele ilkesi, yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcı arasındaki muamelenin mukayesesini gerektirirken; en çok gözetilen ulus kaydında yabancı yatırımcıya yapılan muamele, ev sahibi devletin diğer yabancı yatırımcılara yaptığı muamele ile kıyaslanır. Ulusal muamele ile ilgili diğer bir formülasyon ise aralarındaki ayrımın net olmadığı, ayrımcı ve keyfi muamele yasağı ile beraber düzenlenmesi halidir.¹⁰⁴⁵ Dolzer ve Stevens’a göre; uluslararası hukukta genel olarak devletlerin yabancılara ayrımcı muamelede bulunmaktan sakınmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Fakat, ayrımcı muamelenin içeriğini gerçekte nelerin oluşturduğu daha az açıktır. Zira, salt vatandaşlarla yabancılar ve yabancı grupların kendi aralarındaki farklı muameleler uluslararası hukuk standartlarının ihlaline yol açmaz. Bir fiilin ayrımcılığa yol açabilmesi için yabancıya gerçek (*actual*) bir zarar vermesi ve fiilin, mağdur yabancıya zarar verme kastıyla yapılması olmak üzere iki koşulu taşıması gerekir.¹⁰⁴⁶ İki ilkenin beraber düzenlendiği hallerde, etkili yorum ilkesi gereği, her iki ilkenin anlam taşıyacak şekilde yorumlanması uygun olacaktır.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁴ UNCTAD, 1999 National Treatment, 47-50. Örn. bkz. İtalya-Fas 1990 tarihli BIT, m. 3/3.

¹⁰⁴⁵ Örn. bkz. Bolivya-Hollanda 1992 tarihli BIT (*Bolivia, Plurinational State of - Netherlands BIT, 1992*), m. 3/1.

¹⁰⁴⁶ Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 61, 62.

¹⁰⁴⁷ Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 34.

4.6.1.3. Ulusal muamele ilkesinin uluslararası yatırım tahkiminde yorumlanması

Ulusal muamele standardının yatırım tahkiminde yorumlanması sadece yatırım andlaşmalarında nasıl düzenlendiğine göre değişmemekte, aynı zamanda ilgili uyumsuzluğun hususi olgularına göre de değişmektedir. İlkenin uygulanışı, örneğin adil ve hakkaniyetli muamele gibi standartları konu alan davalara göre hayli olgusal temelli hususiyetler taşımaktadır.¹⁰⁴⁸ Tanımdan yola çıkıldığında, ilk bakışta ilkenin diğerlerine nazaran daha basitçe ve sorunsuzca uygulanabileceği ve yorumlanabileceği zannı edinilmektedir. Fakat kaydın nispi niteliği, yani yabancı yatırımcıya uygulanacak muamelenin belirlenmesinin kıyas gerektirmesi sebebiyle uyumsuzluk konusu davanın şartlarının daha ziyade dikkate alınması zarureti, konuyu daha da karmaşık bir hale sokmaktadır. Kaydın yorumlanmasında davaların kendine özgü şartlarının önemi *Total* kararına da yansıdığı gibi sık rastlanılan bir durumdur.¹⁰⁴⁹ Onun dışında, yatırım tahkiminde ilkenin yorumlanması hakkındaki sorunlar ve zorluklar, yatırım andlaşmalarının uygulanmasında karşılaşılan diğer zorluk ve sorunlarla temelde aynıdır. Yani, diğer yatırım andlaşmalarında yer alan kavram ve koruma standartlarında olduğu gibi ulusal muamele ilkesi de genel ve belirsiz ifadelerle düzenlenmektedir. Bu da uygulanması ve kapsamının yorumlanmasında zorluk ve ihtilaflara yol açmaktadır. Ayrıca yatırım andlaşmalarında ilkenin hükme bağlanmaları, ilk bakışta genel itibarıyla aynıymış gibi görünse de ayrıntılarda farklılaşmakta; andlaşmalara eklenen ufak farklılıklar dahi ilkenin öngördüğü yükümlülüklerin kapsamını önemli ölçüde değiştirebilmektedir.¹⁰⁵⁰

İlkenin uygulanmasındaki diğer bir sorun ise tahkim mercilerinin kaydın yorumlanmasında çoğunlukla istikrarlı bir yol izlemediği gibi yoruma ilişkin önemli hususları da her zaman ayrıntılı bir şekilde izah etmemeleridir. Bununla birlikte tahkim mahkemeleri, ilkenin getirdiği yükümlülüklerle ev sahibi devletin riayet edip etmediğini incelerken uygulamak amacıyla, bazı temel basamaklar tespit etmişlerdir. Bunları sırasıyla incelemek çalışmamızda bize önemli bir yol haritası çizecektir. İlgili basamaklar doktrinde ve bazı yargı kararlarında kısaca ve sırasıyla, benzer

¹⁰⁴⁸ Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 277.

¹⁰⁴⁹ Bkz. *Total*, Decision on Liability, para. 210.

¹⁰⁵⁰ Benzer görüş için bkz. Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 229, 276, 330.

durumdaki yerli yatırımcının/yatırımın tayin edilmesi, belirlenen yerli yatırımcı/yatırıma göre daha az lehe muamelenin varlığı ve son olarak ev sahibi devletin ayrımcı muamelede bulunmasının kamu yararı amaçlı meşru bir gerekçesinin olup olmadığı şeklinde üçlü bir tasnifle aktarılmaktadır.¹⁰⁵¹

Çalışmada ise nispeten yeni kararlardan biri olan ve ayrıntılı izahat içeren *United Parcel Service of America (UPS)* kararının izlediği basamaklar konunun incelenmesinde esas alınacaktır. Kararda mahkeme, yukarıda sayılan unsurların önüne başka bir unsur daha eklemiştir. Şöyle ki; ilkenin ihlal edildiğini iddia eden yabancı yatırımcının üç unsuru ispatlaması gerekir. Bunlar; 1. Ev sahibi devletin yatırım ile ilgili kurulma, yürütülme, yönetme vb. tasarruflara ilişkin muamelede bulunduğu (kısaca, muamelenin varlığı); 2. Yabancı yatırımcının veya yatırımının, yerel yatırımcı ve yatırımları ile benzer şartlar (durumlar) altında olduğu; 3. Ev sahibi devletin yerel yatırımcı ve yatırımlarına kıyasla yabancı yatırımcı veya yatırımlarına daha az lehe (avantajlı) muamelede bulunduğu.¹⁰⁵² Yatırımcı üç hususun hepsini kanıtlamalıdır.¹⁰⁵³ *UPS* kararında tespit edilen üç unsur ışığında müteakiben yukarıdaki tasnifin üçüncü unsuru olan makul hükümet politikalarının gerekçelendirilmesi (ayrımcı muamelenin kamu yararı amaçlı meşru gerekçesi) bu doğrultuda incelenecektir.

4.6.1.3.1. Muamelenin varlığı

İlkenin ihlaline karar verilebilmesi için ilk adım olarak, yabancı yatırımcı veya yatırımının ev sahibi devletin muamelesine tabi tutulmuş olması gerekir. Muamele, yabancı yatırımcının iş faaliyetini ilgilendiren devlet tedbirlerinin bütününe kapsayan geniş bir kavramdır.¹⁰⁵⁴ *Alpha Projektholding* kararında, kaydın ihlali için ilk ve her şeyden önce hükümetin yabancı yatırımcı ve yerli yatırımcı arasında ayrımcı eylem veya eylemsizlikte bulunması gerektiği beyan edilmiştir.¹⁰⁵⁵ İlgili muamele *de jure*

¹⁰⁵¹ Örn. bkz. S.D. Myers, First Partial Award, para. 250; Pope & Talbot, Award on the Merits of Phase 2, para. 78; Feldman, Award on the Merits, para. 171; ADF, award, para. 155; Archer Daniels, award, para. 196-198; Corn Products, decision on responsibility, para. 120.

¹⁰⁵² United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award (24 May 2007), para. 83.

¹⁰⁵³ United Parcel Service of America Inc., award, para. 84.

¹⁰⁵⁴ McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 338. Ayrıca bkz. ADF, award, para. 152, 153.

¹⁰⁵⁵ Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award (8 November 2010), para. 426.

veya *de facto* olabilir.¹⁰⁵⁶ Ayrımcılık bu manada, *Parkerings*¹⁰⁵⁷ ve *Alpha Projektholding*¹⁰⁵⁸ kararlarında geçtiği gibi açıkça ayrımcılık içeren hukuk kuralları veya düzenlemelerden kaynaklı *de jure* olabilir ya da kurallar açıkça farklı bir muamele içermese de haksız muamelenin görüldüğü vakalardan yani uygulanma şeklinden kaynaklanabilir. *Bayındır* kararında konu değerlendirilmiş; kaydın yalnızca düzenleme temelli muamelelerle sınırlı olmadığı; düzenlemelerin yerli yatırımcılarla eşit muameleyi içerdiği, fakat uygulama aşamasında aynı şekilde davranılmadığı halleri de kapsadığına işaret edilmiştir.¹⁰⁵⁹ Uygulamada *de jure* ayrımcılık temelli davaların çok sınırlı sayıda vuku bulduğu söylenmektedir.¹⁰⁶⁰ *De jure* ayrımcı bir muamelenin varlığı halinde yabancı yatırımcı yerli pazarda benzer durumda bir yatırım veya yatırımcının gerçek varlığını kanıtlamak zorunda değildir. *De facto* bir ayrımcılığın varlığı halinde ise ispatlamakla yükümlüdür.¹⁰⁶¹

4.6.1.3.2. Benzer durumlar (*the comparator*)

Ulusal muamele ilkesinin uygulanmasında izlenecek her bir basamağın doğru yorumlanması, ilkenin doğru yorumlanması için hiç şüphesiz kaçınılmaz bir gerekliliktir. Fakat müteakip unsurların doğrudan kendisine bağlı olması sebebiyle “benzer durumların” tespit edilmesi; yani yabancı yatırımcı ve yerli yatırımcının benzer durumda olması gerekliliği ya da diğer bir tabirle, mukayese edilecek en uygun yerli yatırım ve yatırımcının belirlenmesi zarureti kendisini en önemli unsur yapmaktadır. Çünkü, böyle bir tespitin yapılamaması halinde diğer basamaklara geçilmesine gerek kalmadan davacı yabancı yatırımcının iddiası reddedilecektir. Kaydın uygulanmasında en karmaşık kısmın, bahsedilen unsur olduğu ifade edilmektedir.

Yatırım andlaşmalarında, ilkenin uygulanmasının ve koruma kapsamının ev sahibi devletin “benzer durumlarda” kendi yatırım ve yatırımcılarına uyguladığı muameleye göre belirleneceği, birbirine yakın ifadelerle genellikle yer almaktadır. En sıklıkla kullanılan tabirin Türkiye-ABD 1985 tarihli BIT’te düzenlendiği gibi

¹⁰⁵⁶ Corn Products, Decision on Responsibility, para. 115. Ayrıca bkz. Feldman, Award on the Merits, para. 166.

¹⁰⁵⁷ Bkz. Parkerings, award, para. 368.

¹⁰⁵⁸ Bkz. Alpha Projektholding, award, para. 426.

¹⁰⁵⁹ Bayındır, Decision on Jurisdiction, para. 338.

¹⁰⁶⁰ Bkz. Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 30.

¹⁰⁶¹ Sarzo, *a.g.e.*, 2018, 380, dipnot. 8. Ayrıca bkz. Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 38.

“benzer durumlar (*like situations*)” olduğu¹⁰⁶² ifade edilmektedir. Fakat örneğin, İtalya-İran 1999 tarihli¹⁰⁶³ BIT’te olduğu gibi bazı andlaşmalarda buna dair bir sınıflandırmaya rastlanmayabilir. Bazı andlaşmalarda ise mesela; NAFTA, “benzer şartlarda (*in like circumstances*)”¹⁰⁶⁴, Türkiye-Pakistan 1995 tarihli BIT “aynı durumlarda (*similar situations*)”¹⁰⁶⁵ yine, daha farklı örnekler olarak Slovakya-İran 2016 tarihli BIT “karşılaştırılabilir durumlar (*comparable situations*)”¹⁰⁶⁶, Almanya-Kenya 1964 tarihli BIT “benzer faaliyetler”¹⁰⁶⁷ ifadelerini tercih ederlerken; “benzer girişimler” ve “benzer yatırımlar” gibi ibarelere de rastlanmaktadır.¹⁰⁶⁸

Benzer durumlar ifadesinin nasıl yorumlanacağı konusu görüldüğünden zor olduğu gibi yatırım tahkimi kararlarına yansıyan boyutlarıyla gayet ihtilaflıdır. Bazı kararlarda, sadece bir tane mukayese konusu olacak benzer durum belirlenebilmekle beraber, bu noktada sayının herhangi bir önemi olmadığı da vurgulanmaktadır. Mahkemeler tespitte tek bir usul uygulamadıkları gibi ifadenin yorumlanmasında ilgili davanın bütün şartlarının dikkate alınması ve devlet tedbirlerinde izlenen amaca dikkat edilmesi gerektiği sıklıkla yer verilen ifadeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Davanın şartlarının dikkate alınması gerekliliği her koruma standardı için önemli olsa da göreceli bir standart olan ulusal muamele ilkesi için daha fazla hususiyet arz eder. Çünkü, yine göreceli bir ilke olan en çok gözetilen ulus kaydı ile birlikte hem uygulanmaları için alan kurulması hem de kapsamalarının tayini, her davadaki olgular ve şartlarla alakalıdır.¹⁰⁶⁹ Apotex kararına da isabetle yansıdığı üzere benzer durumdaki yatırım ve yatırımcıların belirlenmesi hayli olguya özgü soruşturma içerir.¹⁰⁷⁰ Pope & Talbot kararı benzer durumlar kavramını tanımlarken,

¹⁰⁶² Türkiye-ABD 1985 tarihli BIT (*Türkiye Cumhuriyeti İle Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma, 1985* (<https://www.kanunum.com/files/3533-1.pdf> Erişim Tarihi: 07.04 2021)) , m. II (1).

¹⁰⁶³ İtalya-İran 1999 tarihli BIT, m. 3(1) (*Iran, Islamic Republic of - Italy BIT 1999*). Ayrıca bkz. Arjantin-Katar 2016 tarihli BIT (*Argentina-Qatar BIT, 2016*), m. 4.

¹⁰⁶⁴ NAFTA, m. 1102/1.

¹⁰⁶⁵ Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma, 1995, m. II(2).

¹⁰⁶⁶ Slovakya-İran 2016 tarihli BIT (*Iran, Islamic Republic of - Slovakia BIT, 2016*), m. 4.

¹⁰⁶⁷ Almanya-Kenya 1964 tarihli BIT (*Germany-Kenya BIT, 1964*), m. 10. İlgili madde için bkz. Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 63.

¹⁰⁶⁸ Bkz. Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 63.

¹⁰⁶⁹ Bkz. Radi, *a.g.e.*, 2020, 111, 113.

¹⁰⁷⁰ Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (25 August 2014), para. 8.15.

davanın olgularına göre anlamın çeşitleneceğini belirttikten başka; doğası gereği “şartlar (circumstances)” kavramının bağlama bağımlı (context-dependent) olduğunu ve olgusal durumlar yelpazesi karşısında değişmez olmadığını beyanla; benzer (like) kavramının aynı (similar)’dan tamamen aynıya (identical) kadar bir dizi anlama sahip olabileceğini eklemiştir.¹⁰⁷¹ Bu anlayış yatırım andlaşmalarına dahi zaman zaman yansımaktadır. Örneğin, ABD, Birleşik Meksika Devletleri ve Kanada arasındaki andlaşmada (*Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada/UMSCA*), muamelenin "benzer koşullarda" uygulanıp uygulanmayacağı; ilgili muamelenin, meşru kamu refahı hedefleri temelinde yatırımcılar veya yatırımlar arasında ayırım yapıp yapmadığı dahil olmak üzere, koşulların bütününe bağlı olduğu ifadesi ile düzenlenmiştir.¹⁰⁷² Bunun daha da ötesinde Fas-Nijerya 2016 tarihli BIT, benzer şartlar ifadesinin her davada yatırımın şartlarının etrafıca incelenmesini gerektirdiğini belirttikten sonra, dikkate alınması gereken birtakım unsurları ayrıntılarıyla sıralayıp tahdidi olmadıklarını da kaydederek detaylı bir düzenleme getirmiştir.¹⁰⁷³

Apotex tahkimi, mukayese edilecek yatırım ve yatırımcıları belirlemek için üç unsura bakılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Bunlar: 1) Aynı ekonomi veya iş sektöründe olmak 2) Yabancı yatırımcı ve mukayese edilecekler arasında mal ve servisler bakımından yarışın kapsamını belirlemek 3) Karşılaştırılabilir hukuki veya düzenleyici rejime tabi olmaktır.¹⁰⁷⁴ Belirlenen bu üç unsur, elbette kendi içinde pek çok yorum ihtilafı ve sorun barındıran konular olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin ilk basamağa baktığımızda; karşılaştırmaya tabi tutulacak olan yerel yatırımcının tayin edilmesi için hangi faaliyetin temel alınması gerektiği yani, aynı işi mi yapması gerektiği yoksa aynı işte olmasa da aynı ekonomik sektörde mi olacağı ve işle, sektör kavramlarının nasıl tanımlanacağı¹⁰⁷⁵ sorunu bizi karşılamaktadır. Kısacası benzer durumlar kavramı; kapsamı net olmayan, tahkim kararlarında dar ve geniş yorumlara konu olabilen bir ifadedir. NAFTA kararlarında genellikle dar yorumlanmadığı dile getirilmektedir.¹⁰⁷⁶ Yargı kararlarında, temel alınan faaliyetler hakkında da yorum

¹⁰⁷¹ Pope & Talbot, Award on the Merits of Phase 2, para. 75.

¹⁰⁷² Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Meksika Devletleri ve Kanada arasındaki Serbest Ticaret Andlaşması (USMCA)), m. 14.4.4.

¹⁰⁷³ Fas-Nijerya 2016 tarihli BIT, m. 6.3.

¹⁰⁷⁴ *Apotex*, award, para. 8.15. Ayrıca bkz. McLachlan, Shore and Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 339.

¹⁰⁷⁵ Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 180.

¹⁰⁷⁶ Bkz. Sarzo, *a.g.e.*, 2018, 391.

farklılıkları söz konusudur. Örneğin *Feldman* kararında benzer şartlar sigara ihracatına atıfla “aynı iş” olarak yorumlanırken¹⁰⁷⁷, *Occidental* tahkimi, tam zıddı bir anlayışla konuya yaklaşmıştır. Mahkeme, kaydın amacının yerel yatırımcıya kıyasla yabancı yatırımcının korunması olduğunu beyan ederek “benzer durumlarda” ifadesinin dar yoruma tabi tutulamayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla münhasıran belli bir faaliyetin yürütüldüğü sektörün esas alınamayacağını belirtmiştir.¹⁰⁷⁸ *Methanex* kararında ise benzer durumdakilerin tespitinde rekabet temelli yaklaşım kabul edilmemiştir.¹⁰⁷⁹

Benzer durumlara ilişkin hiçbir düzenleme getirmeyen yatırım andlaşmalarında, ulusal muamele kaydının nasıl yorumlanacağı ve benzerlik testinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. Böyle andlaşmalarda davacıların, kendilerine daha geniş haklar sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiğine dair iddialarına rastlanmakla birlikte, tahkim mercilerince genellikle talepleri kabul edilmemektedir.¹⁰⁸⁰ *Total* kararında hakemler, bir muamelenin ayrımcı olup olmadığına karar vermek için karşılaştırılabilir durumdaki kişi ve şeylere yapılan muameleyle karşılaştırılması gerektiğini ve ayrıca doktrine atıfla, genel uluslararası hukuktaki “ayrımcılık” kavramının kendi içinde zaten “benzer durumlar”ın saklı olduğunu belirtmişlerdir. Bu manada benzer kelimesinin yokluğunu zaruri bir unsur olarak görmemişlerdir. Davacı *Total*’ın, ilgili kelimenin yokluğuna dayanarak ayrımcılık yükümlülüğünün geniş yorumlanmasına yönelik iddialarını redderek, kaydın ihlalinin değerlendirilmesine dair benzerlik testinin tüm basamaklarına değinerek ispatlanması gerekliliğine temas etmiştir.¹⁰⁸¹

S. D. Myers kararı “benzer durumlar” kavramının, daha az lehe muameleyle maruz kaldığından şikayet eden yabancı yatırımcıyla aynı iş veya ekonomik sektörde bulunan yerel yatırımcıyı araştırmayı gerekli kıldığını açıkça beyan etmiştir.¹⁰⁸² Fakat bazı hallerde aynı ürünü üretme ve servisi sağlama, benzer durumda sayılmak için yeterli görülmemektedir. Örneğin, *GAMI* ve *Pope & Talbot* kararlarında, yabancı

¹⁰⁷⁷ *Feldman*, Award on the Merits, para. 171, 172.

¹⁰⁷⁸ *Occidental*, Award, para. 173. Ayrıca bkz. *Pope&Talbot Award on the Merits of Phase 2*, para. 35, 36.

¹⁰⁷⁹ *Methanex Final Award*, Section 17, Part iv – Chapter B – Page 8.

¹⁰⁸⁰ Örn. bkz. *Occidental*, Award, para. 170; *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, award (22December 2003), para. 53.

¹⁰⁸¹ *Total*, Decision on Liability, para. 210-214.

¹⁰⁸² *S.D. Myers*, First Partial Award, para. 250.

ve yerli yatırımcılar aynı ürünü üretmeleri ve aynı pazarda yarışmalarına rağmen “benzer durumda” olarak kabul edilmemişlerdir.¹⁰⁸³ Sebebi ise mal ticareti ile yatırım kavramının tabiatındaki ve niteliğindeki farklılıklar ve bilhassa yatırımların uzun dönem ekonomik çıkar içermesiyle alakalıdır.¹⁰⁸⁴ Uygun bir mukayese için ilgili iş ve ekonomik sektöre odaklanılmıştır.¹⁰⁸⁵ Bahsedilen iki karardaki sorun, daha sonra muhtelif kararlarda dile getirilmiş ve değerlendirmelere tabi tutulmuştur.¹⁰⁸⁶ Bunların içinde *Cargill* kararı, yorum sürecine ilişkin ayrıntılı izahatta bulunması sebebiyle önemlidir. Karar, NAFTA’nın ulusal muameleyle ilgili maddesinin (madde 1102) kendi terimleri ile yorumlanacağını, “benzer durumlar” ifadesinin yorumlanmasına GATT hukukundaki “benzer ürünler” ifadesinin transfer edilemeyeceğini belirtmiştir. NAFTA’nın yatırımlara ilişkin 11. Bölümünün tasarlanmasında böyle bir niyet gözetilse idi zaten yapılacağını ifade ederek, tarafların VAHS’ın 31(4). maddesi kapsamında “benzer durumlar” ifadesi hakkında özel bir niyet taşımadıkları gerekçesi ile VAHS 31(1). madde çerçevesinde genel yorum kuralı bağlamında yorum yaptığını beyan etmiştir.¹⁰⁸⁷

Mukayese edilecek benzer durumdaki yatırım ve yatırımcıları belirlemek için gerekli olan diğer unsur, bunlara uygulanacak “hukuki ve düzenleyici rejimin” tespit edilmesidir. *Grand River* kararı; NAFTA mahkemelerinin benzer durumdakilerin belirlenmesinde, uygulanabilir hukuki rejimlere kayda değer bir ağırlık verdiklerini belirtmiştir.¹⁰⁸⁸ İlgili davanın da atıf yaptığı, *ADF, Pope & Talbot, Feldman* ve *Methanex* kararlarında, her bir davanın kendine has şartları çerçevesinde yabancı yatırımcı veya yatırımları ile mukayeseye konu olan yerli yatırım veya yatırımcıların aynı hükümlere¹⁰⁸⁹, aynı sınırlayıcı hukuki rejimlere¹⁰⁹⁰, aynı hukuki gerekliliklere¹⁰⁹¹, benzer düzenleyici gerekliliklere¹⁰⁹² konu olduklarına ilişkin

¹⁰⁸³ *Cargill*, Award, para. 195. Ayrıca bkz. *Gami Investments Inc. v. Mexico*, UNCITRAL. Award (15 November 2004), para. 91.

¹⁰⁸⁴ McLachlan, Shore and Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 340.

¹⁰⁸⁵ Bkz. *Archer*, award, para. 198.

¹⁰⁸⁶ Bkz. *Corn Products*, Decision on Responsibility; *Cargill*, award.

¹⁰⁸⁷ Bkz. *Cargill*, award, para. 193. Uluslararası yatırım anlaşmaları ile uluslararası ticaret anlaşmalarının konu ve amacının birbirlerinden farklı olması sebebiyle bunlarda yer alan ulusal muamele ilkesinin de amaçlarının ilgili rejimlere göre farklılaşacağına ilişkin görüş için bkz. Chauvel, *a.g.m.*, 2017, 141 vd.

¹⁰⁸⁸ Bkz. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, (12 January 2011), para. 166.

¹⁰⁸⁹ Bkz. *ADF*, award, para. 156.

¹⁰⁹⁰ Bkz. *Pope & Talbot*, Award on the Merits of Phase 2, para. 88.

¹⁰⁹¹ Bkz. *Feldman*, Award on the Merits, para. 171-172.

değerlendirmeler yapılmıştır. Uygulanabilir hukuki rejim *Bayındır* kararına göre akitsel de olabilir.¹⁰⁹³

4.6.1.3.3. Daha az lehe muamelede bulunmama

Yabancı yatırımcı, ilkenin korumasından yararlanmak için benzer durumlarda bulunan yerli yatırım veya yatırımcıya yapılan muameleye kıyasen daha az lehe muameleye tabi tutulduğunu kanıtlamalıdır. İlkenin yatırım andlaşmalarında düzenlenişinde en çok tercih edilen ifade, “*daha az lehe muamelede bulunmama (no less favourable)*” ifadesidir.¹⁰⁹⁴ Kapsamı ise yabancı yatırımcıya, ev sahibi devletin kendi yatırımcısına sağladığı muamele kadar elverişli muamele imkanı vermesidir. Ancak, yabancı yatırımcıya yerli yatırımcıya nazaran daha lehe muamelede bulunulması kapısını da açık bırakır. Bazı andlaşmalarda ilgili ifadelerin yerine “*aynı (same)*” ya da “*kadar lehe (as favourable)*” muamele kavramları kullanılsa da daha az lehe muamelede bulunmama tabiri gibi yabancı yatırımcıyı yerliye nazaran daha fazla elverişli konuma taşıma imkanını zorunlu olarak sağlamamaktadır.¹⁰⁹⁵ Mesela, Çok Taraflı Yatırım Andlaşması tasarı metninde “*aynı (same)*” veya “*kıyaslanabilir (comparable)*” muamele kavramlarının kullanılması hakkında tartışmalar yapılmışsa da yatırımcı açısından ilkeyi zayıflatacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁰⁹⁶ *Pope & Talbot* kararında mahkeme, NAFTA’nın 1102/3. maddesinde geçen “*en ziyade lehe muameleden daha az (less than the most favorable treatment)*” ifadesinin lafzından ülkesindeki herhangi bir yatırıma uygulanan en iyi muamelenin yabancı yatırımcıya sağlanmasının amaçlandığının anlaşıldığını belirtmiştir.¹⁰⁹⁷ İlgili karara göre, daha az lehe muamelede bulunmama, mukayese edilen benzer durumdaki yatırım ve yatırımcıya uygulanan “*en iyi*” muameleye eşdeğer muamele olup ne bundan daha iyi ne de daha kötü olmalıdır.¹⁰⁹⁸

İlkenin yorumlanması kapsamında “*en çok gözetilen yerel yatırımcı (most favored investor)*” gerekliliğinin tartışıldığı yine bir NAFTA mahkemesi olan

¹⁰⁹² Methanex Final Award, Part IV-Chapter B, VI para. 18-19.

¹⁰⁹³ Bkz. *Bayındır*, award, para. 400, 411.

¹⁰⁹⁴ Örn. bkz. NAFTA, m. 1102; Kanada-Şili 1996 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması (*Canada-Chile Free Trade Agreement*, 1996) (<https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/Canada-Chile.pdf> Erişim Tarihi: 3.04.2021), m. G-02.

¹⁰⁹⁵ UNCTAD, 1999 National Treatment, 35-37; Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 49.

¹⁰⁹⁶ UNCTAD, 1999 National Treatment, 39.

¹⁰⁹⁷ *Pope & Talbot*, Award on the Merits of Phase 2, para. 41.

¹⁰⁹⁸ *Pope & Talbot*, Award on the Merits of Phase 2, para. 42.

Feldman tahkimiyse farklı bir yorum getirmiştir. Şöyle ki NAFTA'nın, yabancı yatırımcının; en ziyade elverişli konumda olan herhangi bir yerli yatırımcıya mı yoksa yalnız genel olarak muamelenin sağlandığı yerli yatırımcılara mı veya hatta en az lehe muamelede bulunan yerli yatırımcıya göre mi kıyaslanacağını ilk bakışta belirsiz olduğunu dile getirmiştir. Zira, NAFTA 11. bölüm, en çok gözetilen ulus kaydının düzenlendiği 1103. maddedekine paralel şekilde yabancı yatırımcının en çok gözetilen yerel yatırımcı gibi lehe muameleye tabi tutulması gerekliliğini düzenlememektedir (yabancı yatırımcıyla eşit şekilde daha az muameleye tabi tutulan yerel yatırımcılar olsa bile). Birden fazla yerli yatırımcının içinde en ziyade lehe muameleye tabi tutulana eşit seviyede muamele görmesi gerekliliğini de düzenlememektedir.¹⁰⁹⁹ *UPS* kararında Dean Ronald A. Cass tarafından ileri sürülen ayrı görüşte (*Separate Statement*), konuya etkililik prensibinden yaklaşılmıştır. Buna göre ilke, yabancıyla yerli yatırımcılar/yatırımları arasında “*etkili bir denklik (effective parity)*” emreder.¹¹⁰⁰ Bir NAFTA tarafının, bir vatandaşına diğer yatırım ve yatırımcılara nazaran daha lehe davranması halinde denkliğin var olamayacağını belirtmiştir.¹¹⁰¹

4.6.1.3.4. Ayrımcı-kasti niyetin ulusal muamele ilkesinin yorumlanmasındaki yeri

Konu kapsamında diğer bir önemli mesele, kaydın ihlal edilmesi için ev sahibi devletin daha az lehe muamelede bulunurken ayrımcı veya vatandaşlık temelli kasti bir ayrımcı niyet ile hareket etmesi, daha ayrıntılı bir izahla; yerli yatırımcısını koruma veya yabancı yatırımcıya ayrımcılık yapma niyeti ile hareket etmesi gerekip gerekmediğine dair tartışmadır. Konu, tahkim kararlarına sıkça yansımaktadır.¹¹⁰² Andlaşma hükümlerinde genellikle ilkenin ihlali için bir niyetin varlığı aranmamaktadır. Tahkim kararları bağlamında, genel bir değerlendirmeye konuya baktığımızda da ilkenin ihlal edilmesi için tahkim mercilerinin çoğunlukla böyle bir

¹⁰⁹⁹ Feldman, Award on the Merits, para. 185.

¹¹⁰⁰ United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award (24 May 2007). Award on merits Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, para. 59.

¹¹⁰¹ United Parcel Service of America Inc., Award on merits Separate Statement of Dean Ronald A. Cass para. 60.

¹¹⁰² Örn. bkz. Feldman, Award on the Merits, para. 181-184.

niyeti şart koşmadıkları anlaşılmaktadır.¹¹⁰³ Örneğin, ayrıntılı olarak konuya temas eden *S.D. Myers* kararı, niyeti önemli görse de yerli yatırımcı lehine ve fakat yabancı yatırımcı aleyhine korumacı niyeti yalnız başına zorunlu olarak belirleyici görmemiştir. Pratik olarak olumsuz etki doğurmayan bir tedbirin olmadığı halde, niyetin veya saikin yalnız başına varlığının belirleyici olmadığını ve ihlal olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir.¹¹⁰⁴ Niyeti daha ziyade, ilkenin ihlalinin kanıtlanmasında önemli görmüş¹¹⁰⁵, niyetten çok pratik etkiye önem vermiştir. Bir tedbirin ilkeye aykırılığının değerlendirilmesi için iki faktörün dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bunlar: Tedbirin pratik etkisinin vatandaş olmayanlar üzerinde vatandaşlar için orantısız bir fayda meydana getirip getirmediği ve tedbirin ilk bakışta vatandaş olanları, andlaşmada korunan vatandaş olmayanlara karşı kayırıyor gibi görünmesidir.¹¹⁰⁶

S.D. Myers kararına benzer yaklaşımı, konunun gündeme geldiği daha sonraki kararlarda da görmekteyiz. Mesela *Consortium RFCC* kararında, ev sahibi devletin davranışı kasti ayrımcı bir niyet taşımaya bile ilkenin ihlalinin söz konusu olabileceği belirtilmiştir.¹¹⁰⁷ *Siemens* kararında da ayrımcılığın bulunması için niyetin zaruri veya gerekli olmadığı, muamelenin ayrımcı bir şekilde sonuçlanıp sonuçlanmadığını açığa çıkarmak için tedbirin yatırım üzerindeki etkisinin belirleyici unsur olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁰⁸ Fakat, tam zıt bir anlayışla ilkeyi yorumlayan kararlara da rastlanabilmektedir. Örneğin, *Genin* kararında ayrımcı niyetin varlığı, ilkenin ihlali için koşul olarak kabul edilmiştir.¹¹⁰⁹

Ayrımcı niyetin varlığının aranmaması, *Feldman* kararında bir dizi gerekçe ile açıklanmıştır. En başta gelen sebep, ispat zorluğudur. Çünkü, delillerin yalnızca hükümetin elinde olması halinde ispatı davacıya bırakmak, üstesinden gelinmez bir yük olur. Ayrıca, ulusal muamele iddialarını etkin olması bağlamında sadece *de jure*

¹¹⁰³ Yatırım tahkiminin çoğunluğunun daha az lehe muamelenin vatandaşlık mülahazaları ile yapılması zarureti doğrulamakta; nötr bir kriter olduğunu düşünmemekte olduklarına dair karşıt görüş için bkz. Bjorklund, *a.g.e.*, 2008 National Treatment, 49, 58.

¹¹⁰⁴ *S.D. Myers*, First Partial Award, para. 254.

¹¹⁰⁵ Bkz. Alpha Projektholding award, para. 427.

¹¹⁰⁶ *S.D. Myers*, First Partial Award, para. 252.

¹¹⁰⁷ *Consortium RFCC*, award, para. 74.

¹¹⁰⁸ *Siemens A.G. v. The Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007), para. 321

¹¹⁰⁹ Örn. bkz. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (25 June 2001), para. 369. Ayrıca bkz. Methanex, Final Award, part IV, Chapter B, para. 12. Fakat yine aynı kararda (chapter B para. 1'de), NAFTA'nın ilgili maddesinin (m. 1102) kötü niyetin ispatını aramadığı belirtilmiştir.

ihlallerle sınırlamış ve ilkenin yabancı yatırımcıları koruma kapsamının etkililiğini ciddi bir şekilde daraltmış olur.¹¹¹⁰ Kararlarda bu doğrultuda dikkat çeken bir açıklama türü, ulusal muamele ilkesini düzenleyen maddelerin niyeti gerekli kılmadığına dair metne dayalı bir yorum yöntemiyle yapılan değerlendirmelerdir. Mesela *Thunderbird* kararı daha az lehe muamelenin ayrıca vatandaşlık temelli bir gerekçe ile işlendiğinin gösterilmesini beklememe gerekçesini madde metnine dayandırmıştır. Metnin böyle bir gereklilik gerektirmediğini, aksine yabancı yatırımcının daha az lehe muameleye uğradığına ilişkin olgunun varlığını yeterli görür şekilde tasarlandığını belirtmiştir.¹¹¹¹

4.6.1.3.5. Makul hükümet politikalarının yeri

İlkenin uygulanmasını gerektiren unsurların hepsinin teşekkül etmiş olmasına rağmen bazı hallerde ihlal ortaya çıkmayabilir. Mahkemeler, kamu yararı sebebiyle hükümetlerin yaptıkları düzenlemeleri belli koşulların varlığı halinde, farklı muamele ortaya çıksa dahi andlaşmaya aykırılık olarak değerlendirmemektedirler. Bu durum, daha az lehe muamelede bulunulmasına rağmen, muamelenin makul hükümet politikalarının varlığı ile açıklanması ile alakalıdır. Örneğin *ADF* kararında, eşit olarak yerli ve yabancı müteahhitlere uygulanan hükümet politikaları için yerel üretim çeliklerin kullanılması gerekliliği ulusal muamele ilkesine aykırı görülmemiştir.¹¹¹² *SD Myers* kararı açıkça, benzer durumların belirlenmesinde, kamu yararını korumak için farklı muamelede bulunan hükümet düzenlemelerini haklı gösterecek koşulların da dikkate alınması gerektiğinden bahsetmiştir.¹¹¹³

Pope & Talbot tahkimi, muameledeki farklılıklarla “akılcı (*rational*)” hükümet politikaları arasında “makul (*reasonable*)” bir bağ kurulması halinde ilkeyi ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Ancak bunun şartlarını, yabancı sermayeli ve yerli şirketler arasında gerçek veya fiili olarak ayırım yapmamak ve haksız yere NAFTA’nın liberalleşme amaçlarını zayıflatmamak olarak açıklamıştır.¹¹¹⁴ Akılcı hükümet politikaları ile bağ kurulmasına dair kamu yararı merkezli ilgili yaklaşım, daha sonraki süreçte bazı tahkim mercilerince takip edilmiştir. Örneğin, *UPS* ve *Apotex*

¹¹¹⁰ Feldman, Award on the Merits, para. 183.

¹¹¹¹ International Thunderbird Gaming, Award, para. 177. Ayrıca bkz. Feldman, Award on the Merits, para. 181.

¹¹¹² ADF, award, para. 156-158.

¹¹¹³ Bkz. S.D., Myers, First Partial Award, para. 250.

¹¹¹⁴ Pope & Talbot, Award on the Merits of Phase 2, para. 78.

kararlarının her ikisi de olayın kendi şartları içinde yaptıkları değerlendirmede, hükümetlerin politikaları ile bağı tespit ettikten sonra politikaların uygulanma aşamasında yerel ve yabancı yatırımcılar arasında bir ayrımcılık gözetilip gözetilmediğine dair sorgulamaya giderek neticeye varmışlardır.¹¹¹⁵

4.6.2. En Çok Gözetilen Ulus Kaydının (MFN Kaydı) Yorumlanması

4.6.2.1. MFN kaydının kapsamı, niteliği ve uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi

En çok gözetilen ulus (*most favoured nation/MFN clause*) kaydı, tarihsel olarak ticari tercihler bağlamında en önemli ilkelerden olmuştur. Hala, GATT'ın liberalleşme hükmünün çekirdeği niteliğinde görülmekte ve ulusal muamele ilkesi ile birlikte ayrımcılık yasağının iki temel direğinden birini teşkil etmektedir. Dünya Ticaret Örgütü sistemi içerisinde de ekonomik liberalleşmenin önemli bir aracı olmaya devam etmektedir.¹¹¹⁶ MFN kaydı, yatırım andlaşmalarının büyük çoğunluğunda yer almaktadır. Yalnız başına düzenlendiği gibi çoğunlukla ulusal muamele kaydı ile birlikte kaynaşmış olarak aynı madde veya paragraflarda yer almaktadır. Fakat, MFN kaydı içermeyen andlaşmalara da rastlanabilmektedir.

Kayıt, diğer yatırımların korunması standartlarından farklı olarak UHK düzeyinde yapılan bir dizi çalışmaya konu olmuştur. Komisyon, 1964-1978 yılları arasında yaptığı andlaşmalar hukuku üzerine çalışmasında MFN kaydına da başlık açmış; 1978 yılında MFN kaydı hakkında, şerhiyle birlikte taslak maddeler kabul etmiştir.¹¹¹⁷ 2006 yılında ise UHK Çalışma Grubu tarafından konu tekrar ele alınmıştır. Çalışma Grubu, 2007 yılında kabul edilen raporda; Komisyon'un, MFN kaydının yatırım andlaşmaları alanındaki etkisi ve anlamının aydınlatılmasını sağlamada faydalı bir rol oynayabileceği sonucuna vardığını beyan etmiştir.¹¹¹⁸

UHK'nin 1978 tarihli MFN kaydı hakkındaki şerhi madde 5'e göre MFN muamelesi: İmtiyaz tanıyan devlet tarafından; faydalanan devlete veya o devletle

¹¹¹⁵ United Parcel Service of America Inc., Award, para. 175-177; Apotex, award, para. 8.56.

¹¹¹⁶ Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 686; Chukwumerije, O. (2007). "Interpreting most-favoured-nation clauses in investment treaty arbitrations". *Journal of World Investment & Trade*, 8(5), 597-646, 608, 609.

¹¹¹⁷ Bkz. International Law Commission. (1978). *Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries 1978* in Yearbook of the International Law Commission 1978, vol. II, Part Two.

¹¹¹⁸ Bkz. International Law Commission. (20 July 2007). *Most-Favoured-Nation Clause: Report of the Working Group*, UN Doc. A/CN.4/L.719, para. 4.

belirlenmiş bir ilişki dahilindeki kişilere veya şeylere, üçüncü devlete veya üçüncü devletle aynı ilişki içindeki kişilere veya şeylere sağladığı muameleden daha az lehe muamelede bulunmayacağını taahhüt etmesidir.¹¹¹⁹ MFN kaydı ise madde 4'te: Devletin, kararlaştırılan bir ilişkiler sahasında diğer devlete en çok gözetilen ulus muamelesi sağlayacağına dair üstlendiği yükümlülük olarak tanımlanmıştır.¹¹²⁰ Yatırım andlaşmaları bağlamında tanımlanırsa; diğer tarafın yatırımcısı ve/veya yatırımcılarına, üçüncü bir devletin yatırımcıları ve/veya yatırımlarına teminat verilenden daha az lehe muamele tanınmayacağını garanti edilmesidir. Amacı ise, ev sahibi devlette bir yatırım kurmak isteyen veya bunu işleten farklı milliyetlerden yabancı yatırımcılar arasındaki rekabet koşullarının eşitliğini garanti etmektir. Böylece, çeşitli yabancı devletlerin yatırımcıları arasındaki rekabet eşitliği sağlandığı gibi vatandaşlık mülahazalarına dayalı ayrımcılıktan kaynaklı rekabetten zarar görülmesi de engellenmiş olur.¹¹²¹

UAD, *Fas'taki ABD Vatandaşlarının Haklarıyla ilgili* kararda, MFN kaydının amacının; ilgili tüm ülkeler arasında daima, ayrımcılık olmadan esas eşitliği kurmak ve sürdürmek olduğunu belirtmiştir.¹¹²² Bazı görüşlere göre ise MFN kaydının, ayrımcılığı önlemek dışında uluslararası yatırım hukukunu uyumlaştırmak şeklinde ikinci bir amacı vardır.¹¹²³ Schill'e göre bazı hallerde devletin aldığı tedbir aynı olmakla birlikte, iki farklı uyrukluktaki yatırımcı için ayrı yatırım andlaşmaları farklı neticelere yol açabilir. Buradaki uyumsuzluk kaynakların bölünmüşlüğünden kaynaklanır. MFN Şartı, söz konusu farklılığı kapatmaya yardımcı olur.¹¹²⁴ Çok taraflı sözleşme girişimlerinin neticesiz kaldığı yatırım hukuku alanında¹¹²⁵ MFN ilkesinin uygulanması sonucu muamelelerin eşitlenmesi ile birlikte, yabancı yatırımcılara uygulanan muamelelerin ve dolayısıyla, uluslararası yatırım hukukunun uyumlu hale gelmesine katkı sağlanabilir. Ancak bunu yalnızca bir netice olarak

¹¹¹⁹ Bkz. International Law Commission, 1978, m. 5, 21.

¹¹²⁰ Bkz. International Law Commission, 1978, m. 4, 18.

¹¹²¹ UNCTAD, 2010, 13, 14.

¹¹²² Case concerning rights of nations of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C. J. Reports 1952, p. 176, 192.

¹¹²³ Gaillard, a.g.m., 2005, 162'den aktaran Vesel, a.g.m., 2007, 142, dipnot 83.

¹¹²⁴ Schill, a.g.e, 2005, 285.

¹¹²⁵ Yatırım hukuku alanında çok taraflı sözleşme girişimleri örnekleri için bkz. Maupin, J. A. (2010). *MFN-based jurisdiction in investor-state arbitration: is there any hope for a consistent approach?*, Working Paper for the Centre for Trade and Economic Integration (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1633012 ErişimTarihi: 09.01. 2021), 2, 3, dipnot. 70.

algılamak daha doğru olacaktır. MFN kaydına dair yorumların, yatırım hukukunun ahengini sağlamak maksadıyla kullanılması yanlıştır. Çünkü, MFN kaydının birinci amacı bu değildir. Ama mesela *Siemens* kararında, MFN kaydının yorumu kısmen, yabancı yatırımcılara muamelenin uyumlaştırılmasını sağlamak amacına dayandırılmıştır.¹¹²⁶

MFN kaydı, akit devletler arasında yapılan “*ana andlaşma (basic treaty)*” ile uluslararası yükümlülükler doğuran bir kayıttır. Fakat, işlevi bununla sınırlı değildir. Bunun yanı sıra akit devletlerle diğer devletler (*üçüncü devletler*) arasında, sıklıkla “*üçüncü taraf andlaşması (third party treaty)*” olarak anılan andlaşmaların yapılmasıyla da uluslararası yükümlülükler meydana getirir. Bu sebeple MFN kaydı, sadece andlaşmada yer alan sıradan bir kayıt da değildir. Ana andlaşmada yer almasının haricinde de bir uluslararası yükümlülük kaynağıdır. Ana andlaşma yapıldığında belirlendiği için içeriği tamamen öngörülemeyen, sonrasında yapılan andlaşmalara göre bazen değişebilen hukuki yükümlülükler öngörür.¹¹²⁷ MFN kaydıyla birlikte ana andlaşma; özellikle sonraki andlaşmalarla alakalı olarak, tarafların uygulamasıyla bir dereceye kadar dinamik bir hukuk kaynağı haline gelmektedir. MFN kaydı, üçüncü devletlere sağlanan ayrıcalıkları ana andlaşmanın taraflarına da teşmil edecek ön bir rıza tesis eder.¹¹²⁸ Temelde yatırımcıya, ev sahibi devletin üçüncü devlet vatandaşına garanti ettiği daha yüksek koruma standardını iddia etme hakkı tanır.¹¹²⁹ Kaydın tanımından da açıkça anlaşıldığı gibi uygulanan muamelenin aynı olması şart değildir. Aynı veya daha lehe olabilir. Önemli olan daha az elverişli olmamasıdır.¹¹³⁰

MFN kaydı, yatırım andlaşmalarının konu ve amacı ile yakından ilgilidir. Şemsiye kaydı ile birlikte, yatırım andlaşmalarının yorumlanmasında en bariz istikrarsız kararlar bağlamında örnek gösterilen standarttır. 2000 tarihli *Maffezini* kararıyla birlikte, ilkenin kapsamının nasıl yorumlanacağına ilişkin tartışmalar;

¹¹²⁶ Chukwumerije, a.g.m, 2007, 611.

¹¹²⁷ Ziegler, A. R. (2008). Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 59-86, 64; Acconci, P. (2008). Most-Favoured-Nation-Treatment. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 363-406, 402.

¹¹²⁸ Ziegler, a.g.e., 2008, 65; Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, m. 4, 21.

¹¹²⁹ Bkz. Mortenson, a.g.e., 2018, 658.

¹¹³⁰ Benzer görüş için bkz. Baklacı, P. (2009). *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi*, Beta, 37.

doktrin ve yatırım tahkiminde, yatırım andlaşmalarının yorumlanması sorunlarının köşe taşlarından birini oluşturmıştır. Karar, uluslararası bir mahkemenin yargı yetkisini değiştirmek için bir tarafın MFN maddesine dayanmasına izin verildiği ilk karardır.¹¹³¹ İlkenin ihlaline ilişkin ihtilaflar daha çok usuli konularda olup maddi içerikle ilgili uyuşmazlıklara daha az rastlanmaktadır. Doktrinde, *Maffezini* kararı ve akabinde diğer ICSID mahkemelerinin yaptığı ihtilaflı yorumların, ICSID tahkimine yönelik süregiden eleştiriler ve reform tartışmalarına katkı sağladığı dile getirilmektedir.¹¹³²

MFN kaydı, andlaşma temelli bir yükümlülüktür.¹¹³³ Ancak, MFN kaydı hakkındaki taslak metinde kaynak ve kapsam bağlamında andlaşmalar dışında tek taraflı, düzenleyici işlemler veya diğer fiil veya yalnızca uygulamalar da sayılmaktadır.¹¹³⁴ Burada ilkenin hukuki niteliği, “devletlerin egemenliği prensibi” bağlamında devletlerin faaliyetlerinde ve diğer devletlere özel ayrıcalık tanımakta özgür oldukları; ilgili ayrıcalıkları ayrıca başkalarına da tanımak zorunda olduklarına dair teamül hukuku kuralı olmadığı şeklinde izah edilmiştir.¹¹³⁵ Kaydın mutlaka andlaşmaya bağlı olarak tesis edildiği ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarının bu anlamda kaynaklık edemeyeceği *MTD* kararına yansımıştır.¹¹³⁶

Kayıt, çeşitli şekillerde düzenlenebilir. Genellikle karşılıklı, şarta bağlı olmayan ve yatırımla ilgili bütün konulara uygulanabilir nitelikte düzenlenir. Ancak, karşılıklı olarak tanınabilmesinin yanı sıra tek taraflı olarak tanınabilmesi de mümkündür. Yine, şarta bağlı olarak da konulabilir. Şartlı olması halinde şarttan faydalanan devletin öncelikle şartı yerine getirmesi gerekir. Ancak bu husus tartışmalı olduğu için kayıt çoğunlukla şartsız olarak düzenlenmektedir.¹¹³⁷ Kayıta hangi konulara uygulanacağı ve zaman bakımından uygulama alanı belirtilebilir. Bazı hallerde uygulama kapsamı dışında bırakılan konular da belirtilebilmektedir.

¹¹³¹ Douglas, Z. (February 2011). “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2(1), 97–113, 100.

¹¹³² Bkz. Acconci, *a.g.e.*, 2008, 367.

¹¹³³ Calamita, N. J., Zelezna, E. (2018). Most-Favoured-Nation Clauses and the Centrality and Limits of General Principles. Gattini, A., Tanzi, A., Fontanelli, F. (Eds.). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 398-428, 399.

¹¹³⁴ Bkz. Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, m. 8, 25.

¹¹³⁵ Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, m. 7, 24.

¹¹³⁶ Bkz. *MTD*, Award, para. 113.

¹¹³⁷ Gürsu, A. (2018). *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*, Ankara: Astana Yayınları, 27; UNCTAD, 2004 International Investment Agreements: Key Issues Volume I, 191.

Çoğunlukla, andlaşma metninde ilke için “*daha az lehe muamelede bulunmama*” ibaresi tercih edilmektedir. Ancak, “*muamele*” kavramının nitelenmesinde ve düzenlenişinde BIT’lerde pek çok farklılıklara rastlanmaktadır. Örneğin, Almanya-Tayland 2002 tarihli BIT, eşitsiz muameleler kapsamında tahdidi olmayacak şekilde MFN ilkesini ihlal edecek muameleleri saymıştır.¹¹³⁸

Aynı şekilde ekseriyetle, MFN kaydı kapsamına dahil olacak muamelelerin sadece maddi konuları mı has olduğu, yoksa uyuşmazlık çözüm hükümlerini de mi garanti ettiği konusu andlaşmalarda düzenlenmemektedir. Ama uyuşmazlıkların çoğunluğu usuli konular etrafında dönmektedir. Mesela *Plama* kararı, MFN kaydındaki muamele kavramının “olağan anlamının” uyuşmazlık çözüm hükümlerini dahil mi ettiği yoksa hariç mi bıraktığı noktasında açık olmadığını belirtmiştir.¹¹³⁹ *Plama* tahkimine göre hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta yerleşik olan ilkeye göre, tahkim anlaşmanın açık ve net olması gereklidir.¹¹⁴⁰ *Siemens* tahkimi ise tam tersine, muamele kavramının çok geniş olduğunu; taraflar özel olarak kararlaştırmadıkça, mahkemenin uygulamasını sınırlandırmayacağını belirtmiştir.¹¹⁴¹

4.6.2.2. MFN kaydının uygulanması

MFN kaydı da ulusal muamele ilkesi gibi göreceli olduğundan, ev sahibi devletin kayıttan yararlandırılan devlete yaptığı muamele ile üçüncü devlete yaptığı muamelenin karşılaştırılmasını gerektirir ki; böylece ihlalin var olup olmadığı tespit edilebilsin. Bu manada, ulusal muamele ilkesi ile alakalı pek çok konu MFN kaydı için de geçerlidir. Nitekim, iki standart arasındaki temel amaç farkı; birinin, diğer yabancı yatırımcılara diğerinin ise yerli yatırımcılara karşı yabancı yatırımcının ayrımcı muameleye maruz bırakılmasının önlenmesidir.

Kaydın uygulanmasına geri dönersek; öncelikle, harekete geçirecek nitelikte bir devlet fiilinin (düzenleyici, yargısal, idari vb.) varlığı gerekir. Üçüncü devlete karşı üstlenilen andlaşmasal yükümlülük de MFN kaydı kapsamında muamele anlamına gelebilir.¹¹⁴² Ev sahibi devlet tarafından, yabancı yatırımcıya sağlanan her tür muamele kaydın kapsamına girmez. Muamelenin “genel” olması gerekliliği

¹¹³⁸ Bkz. Almanya-Tayland 2002 tarihli BIT (*Germany - Thailand BIT, 2002*), m. 3/2.

¹¹³⁹ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 189.

¹¹⁴⁰ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 198.

¹¹⁴¹ *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 106.

¹¹⁴² McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 345. Ayrıca bkz. International Law Commission, 1978, m. 6, 23, 24.

vardır. Diğer bir anlatımla; bir yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında, yatırım akdi çerçevesinde tanınmış özel imtiyaz ve teşvikler; diğer yatırımcılara da eşit şekilde davranılması gerekeceği yönünde bir yükümlülük yüklemes. Akit özgürlüğü bu manada, MFN standardının önüne geçer. Fakat eğer bireysel davranışlar, ev sahibi devlette genel uygulama haline gelirse MFN kaydı kapsamında ileri sürülebilir.¹¹⁴³

Kayıt, yatırımcının ev sahibi devletteki somut faaliyetine bakılmaksızın eşit şekilde muameleye tabi tutulacağı anlamına gelmemektedir. Farklı ülkelere mensup yatırımcılara uygulanan farklı muameleler, objektif statüleri farklı ise ilkenin ihlali anlamına gelmeyebilir.¹¹⁴⁴ Bu noktada karşımıza, muameleye tabi tutulan kaydın yararlanıcısı şey ve kişiler ile kıyas edilen üçüncü devletteki kişiler ve şeylerin durumu ve tespiti çıkmaktadır. Zira, MFN kaydının uygulanması da ulusal muamele ilkesinde olduğu gibi benzer durumlar ve şartlar için geçerlidir. Üçüncü taraf andlaşmasındaki andlaşma hükmünden yararlanabilmek için başvuru ana andlaşmadaki MFN kaydının uygulanması “*Ejusdem Generis*” ilkesiyle ilgilidir.

Ejusdem Generis ilkesi, UAD nezdinde görülmüş olan *Ambatielos* kararına yansıdığı üzere MFN kaydının yorumlanması ve uygulanmasında merkez konumdadır. Manası ise üçüncü taraf andlaşmasının ana andlaşma ile aynı konuyu (*subject-matter*) veya konunun aynı kategorisini düzenlemesi gerekliliğine işaret eder. Aksi halde “benzer durumlar ve şartlara” uyum sağlamaz. Kaydın konusunun sınırlarıyla uyuşmayan hiçbir hakka dayanılarak iddiada bulunulamaz.¹¹⁴⁵ Benzer durumlar hususu *Maffezini ve Suez* kararlarında ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Kaydın benzer durumlar ve şartlar halinde uygulanabilmesi; ana andlaşmada yazmasa dahi, halihazırda MFN standardının içinde saklı bir ilkedir¹¹⁴⁶ ve kaydın doğasından kaynaklanır.¹¹⁴⁷

Kavram, yatırım andlaşmalarında farklı ve birbirine yakın ifadelerle geçmektedir. Bazı andlaşmalar “*benzer andlaşmalar*”¹¹⁴⁸, “*benzer durumlar*”¹¹⁴⁹,

¹¹⁴³ Bkz. UNCTAD, 2004 International Investment Agreements: Key Issues Volume I, 192, 193.

¹¹⁴⁴ UNCTAD, 2004 International Investment Agreements: Key Issues Volume I, 193.

¹¹⁴⁵ Calamita, Zelezná, *a.g.e.*, 2018, 402; Ziegler, *a.g.e.*, 2008, 74; OECD (2004). *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing, 9, 10.

¹¹⁴⁶ Ziegler, *a.g.e.*, 2008, 75; Calamita, Zelezná, *a.g.e.*, 2018, 407.

¹¹⁴⁷ International Law Commission. (1973). *Special Rapporteur Endre Ustor, Fourth Report on the Most-Favoured-Nation Clause*, Yearbook of the International Law Commission 1973, vol II, 106.

¹¹⁴⁸ Almanya-Romanya, 1979 tarihli BIT (*Germany-Romania BIT*, 1979), m. 2.

“benzer şartlar” gibi gereklilikler öngörmektedir. Bazı andlaşmalar, MFN kaydının uygulanmasını “eşit/müsavı (equivalent) şartların” varlığına bağlamıştır.¹¹⁵⁰ Bazıları ise bu manada hiçbir gereklilik aramamaktadır.¹¹⁵¹ Yatırım andlaşmalarının çoğunluğunda “benzer şartlar” ifadesi düzenlenmektedir.¹¹⁵² Kaydın kapsamı ve kayıt bağlamında hakların iktisap edilmesine ilişkin hususların düzenlendiği Taslağın 9. ve 10. maddeleri ve şerhi de *Ejusdem Generis* ilkesine işaret etmiştir. Buna göre, MFN kaydından yararlanmak için kaydın konusunun sınırları içinde kalınması ve yararlanıcı devletle ilişkili kişi ve şeylerin; muameleye tabi olan üçüncü devletle ilişkili kişi ve şeylerle aynı kategoride olması gerektiğini ifade etmiştir.¹¹⁵³

Dolayısıyla, tahkim mercileri için öncelikle belirlenmesi gereken andlaşmanın kapsamı ve sınırlarıdır. Örneğin *Mezzanine* kararında tahkim, kayıt kapsamında aranan haklar ve çıkarlar için ana andlaşmanın yargısal kapsamını araştırmıştır. Kapsamı “kamulaştırma” olarak belirledikten sonra, davacıların ancak “kamulaştırma” ile ilgili olarak BIT’teki MFN kaydına dayanma hakları olduğunu beyan etmiştir.¹¹⁵⁴ Sonrasında ise kıyaslanacak olan aynı kategorideki kişi ve şeylerin belirlenmesi lazımdır.¹¹⁵⁵ Mesela *Parkerings* kararında, ulusal muamele ilkesinde geliştirilen kıstaslar uygulanmıştır. Aynı ekonomik ve iş sektöründe bulunmaya ilaveten iki şirket arasındaki muamelenin farklılığı gerekçelendirilemediği için ihlal kararı verilmiştir.¹¹⁵⁶ *Maffezini* tahkimi de kaydın yalnızca, kendisinin alakalı olduğu aynı konu kategorisindeki meseleleri celp edeceğini teyit etmiştir.¹¹⁵⁷ Üçüncü taraf andlaşmasının ana andlaşma ile aynı konuda olması gerektiğini; çünkü uyumsuzluk çözüm hükümlerinin bu bağlamda işleyebileceğini, aksi halde ilgili ilkenin çığneneceğini beyan etmiştir.¹¹⁵⁸

¹¹⁴⁹ Bahreyn-ABD 1999 tarihli BIT (*Bahrain - United States of America BIT*, 1999), m. 2/1; 2002 tarihli EFTA-Singapur Serbest Ticaret Andlaşması (*Agreement Between The EFTA States And Singapore*, 2002), m. 40/1.

¹¹⁵⁰ Barbados-Almanya, 1994 tarihli BIT (*Barbados-Germany BIT*, 1994), m 3/1.

¹¹⁵¹ Örn. bkz. Avustralya-Vietnam 1991 tarihli BIT (*Australia - Viet Nam BIT*, 1991), m. 4.

¹¹⁵² NAFTA, m. 1103

¹¹⁵³ International Law Commission, 1978, m. 9, 10, 27.

¹¹⁵⁴ Accession *Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Decision on Respondent's Objection under Arbitration Rule 41(5) (16 January 2013), para. 74.

¹¹⁵⁵ McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 346.

¹¹⁵⁶ *Parkerings*, award, para. 371-375.

¹¹⁵⁷ Emilio Agustín *Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (25 January 2000), para. 49.

¹¹⁵⁸ *Maffezini*, Decision on Jurisdiction, para. 56.

4.6.2.3. MFN kaydı ile ilgili temel yorum zorlukları

MFN kaydı sıkça, tanımı ve anlamı kolay; fakat uygulanması ve yorumlanması o kadar da kolay olmayan bir standart olarak anılmaktadır.¹¹⁵⁹ MFN kaydının yorumlanmasındaki ihtilafların sebebi her şeyden önce, diğer ilke ve kavramlarda olduğu gibi geniş şekilde düzenlenmeleridir. Onun dışında, kapsam ve içeriklerinin çok çeşitli olması sebep olarak sayılmaktadır.¹¹⁶⁰ Yatırım andlaşmalarında MFN kaydının düzenlenişi de diğer koruma ilkelerinde olduğu gibi tek tip değildir. Kapsamının andlaşmadan andlaşmaya değiştiği görülür. Bu çeşitlilik, hiç şüphesiz yorumlanması bağlamında önemli farklılıklara yol açar.

Andlaşmaların çoğu, konu bakımından yatırımlar için MFN kaydı öngörür.¹¹⁶¹ Bazıları hem yatırımcıları hem de yatırımlarını konu alırken¹¹⁶², bazıları sadece yatırımcıları konu alır.¹¹⁶³ BIT'lerin büyük çoğunluğu yatırım sonrası için MFN kaydını tanırlar.¹¹⁶⁴ Fakat istisnai olarak; NAFTA madde 1103'de ya da ABD ve Kanada'nın yaptığı bazı BIT'lerde olduğu gibi yatırım sonrasının yanında, öncesi için de MFN kaydını tanıyan hükümlere rastlanmaktadır.¹¹⁶⁵ Yine mesela; Bahreyn-ABD 1999 tarihli BIT, açık bir ifade ile daha lehe ulusal muamele ve MFN kaydının, yatırıma giriş ve giriş sonrası dönemi garanti ettiğini düzenlemiştir.¹¹⁶⁶

Bazı yatırım andlaşmaları; standardın kapsamına dair sınır çizmezken, bir kısmı korumanın kapsamını belli konularla sınırlamıştır. Örneğin, ABD-Nikaragua 1995 tarihli BIT; ulusal muamele ilkesi ile beraber MFN kaydını: Savaş veya diğer silahlı çatışma, devrim, ulusal olağanüstü hal, ayaklanma, sivil kargaşa veya benzeri olaylar nedeniyle uğradığı kayıplarla ilgili önlemler hususunda tanımaktadır.¹¹⁶⁷ Yatırım hukuku aynı zamanda devletlerin egemen haklarını muhafaza etmek istedikleri bir alandır. Ekonomik yapılarının geleneksel çeşitliliği doğrultusunda

¹¹⁵⁹ Örn. bkz. OECD, 2004 Fair and Equitable Treatment, 10.

¹¹⁶⁰ Tawil, G. S. (2009). Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., Wittich, S. (Eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 9-30, Ziegler, a.g.e., 2008, 66.

¹¹⁶¹ Örn. bkz. Avustralya-Vietnam 1991 tarihli BIT, m. 4.

¹¹⁶² Örn. bkz. Kanada ve ABD 2004 tarihli model BIT'ler m. 4; NAFTA, m. 1103; Kanada-Şili 1996 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması, m. G-03.

¹¹⁶³ Örn. bkz. Almanya-Kuveyt, 1994 tarihli BIT (*Germany - Kuwait BIT*, 1994), m. 3/2.

¹¹⁶⁴ Örn. bkz. Enerji Şartı, m. 10/7; Çin-Slovenya 1993 tarihli BIT (*China - Slovenia BIT*, 1993), m. 3.

¹¹⁶⁵ Örn. bkz. Kanada-Tayland 1997 tarihli BIT (*Canada- Thailand BIT*, 1997), m. 2/3.

¹¹⁶⁶ Bahreyn-ABD 1999 tarihli BIT, m. 2/1.

¹¹⁶⁷ ABD-Nikaragua 1995 tarihli BIT (*Nicaragua - United States of America BIT*, 1995), m. 4/1. Ayrıca bkz. Çin-Uruguay 1993 tarihli BIT (*China - Uruguay BIT*, 1993), m. 5.

devletler, yatırım andlaşmalarına MFN kaydına ilişkin çekinceler ve istisnalar getirmektedirler. Böylelikle muhtemel çeşitli çıkarlarla ayrımcılık yasağı ilkeleri arasında denge sağlanabilmektedir.¹¹⁶⁸

MFN kaydı; kapsamı geniş, sınırlarının belirlenmesi ve yorumlanması hayli güç bir standarttır. Özellikle de üçüncü taraflarla yapılan üçüncü taraf andlaşmalarının içeriği ile yakın alakalı olması sebebiyle devletlerin ana andlaşmayı akdederken, kayda getirilecek istisna ve sınırlamalar hususunda son derece dikkatli davranmaları zaruridir. Nitekim uygulamada; kamu yararı, kamu düzeni¹¹⁶⁹, çevrenin korunması gibi genel istisnalara ve yine vergilendirme¹¹⁷⁰, fikri ve sınai haklar¹¹⁷¹ gibi düzenleme alanlarına ve sektörlerle ilişkin istisnalara sıklıkla yer verilmektedir. Bazı andlaşmalarda ise üçüncü taraflarla yapılacak belli bazı andlaşmaların MFN kaydından hariç tutulacağı düzenlenebilmektedir.¹¹⁷² Buna benzer hüküm taşıyan EFTA-Singapur Andlaşması, üçüncü taraflarla akdedilen bazı andlaşmalar için MFN kaydının uygulanamayabileceğini hükme bağlarken, onlarda garanti edilen faydalar hakkında görüşme imkanını saklı tutması itibariyle çok farklı bir düzenleme getirmektedir.¹¹⁷³

Tüm bu hususiyetler MFN kaydının yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken önemli konulardır. Ancak bunların ötesinde yorum sorunlarının ekseriyeti, kaydın çok geniş şekilde kaleme alınmalarından vuku bulmaktadır. Örneğin, *Maffezini* davasına konu olan Arjantin-İspanya 1991 tarihli BIT bu türdendir. Andlaşma, ucu açık ve belirsiz bir düzenleme getirmiştir. 4. maddede, andlaşmaya konu olan tüm meselelerle ilgili olarak muamele tanınmış ve “benzer durumlar” ifadesi yer almamıştır.¹¹⁷⁴ Bununla birlikte, muamelenin sağlanacağı yatırıma ilişkin süreçleri

¹¹⁶⁸ Acconci, a.g.e., 2008, 368.

¹¹⁶⁹ Örn. bkz. Enerji Şartı m. 24/3(c).

¹¹⁷⁰ Örn. bkz. Bolivya-Peru BIT 1993 tarihli BIT (*Bolivia, Plurinational State of - Peru BIT*, 1993), m. 3.

¹¹⁷¹ Örn. bkz. ABD-Azerbaycan 1997 tarihli BIT (*Azerbaijan - United States of America BIT*, 1997), m. 2/2(b); ABD-Nikaragua 1995 tarihli BIT, m. 2/2(b).

¹¹⁷² Örn. bkz. Guyana-Almanya 1989 tarihli BIT (*Germany - Guyana BIT*, 1989), m. 3/3-4.

¹¹⁷³ 2002 tarihli EFTA-Singapur Serbest Ticaret Andlaşması, m. 40/2.

¹¹⁷⁴ Arjantin-İspanya 1991 Tarihli BIT (*Argentina-Spain BIT*, 1991), m. 4: *Bu andlaşmaya konu olan tüm meselelerle ilgili olarak, muamele üçüncü bir ülkenin yatırımcıları tarafından her bir taraf devletin ülkelerinde yapılan yatırımlarına sağlanandan daha az olamaz.* İlgili maddenin İngilizce çevirisi için bkz. Ziegler, a.g.e., 2008, 75. Ayrıca bkz. Belçika-Lüksemburg-SSCB Arasındaki 1989 Tarihli Yatırım Andlaşması (*Agreement between the Governments of the Royal Kingdom of Belgium and the Grand Duchy of Luxembourg and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, 1989), m. 2.

ayrıntılı olarak açıklayan andlaşmalar da mevcuttur.¹¹⁷⁵ Bazı andlaşmalar ise yatırımlarla ilgili aktivite ibaresini kullanarak daha genel ifadeli bir düzenlemeye gitmeyi tercih etmişlerdir.¹¹⁷⁶ *Maffezini* kararına müteakiben; MFN kaydının kapsamına yönelik istikrarsız yorumlara maruz kalmaktan çekinen ve kaydın geniş yorumlamasını istemeyen devletlerin bir kısmı, yatırım andlaşmalarının hazırlık çalışmalarında durumu açıkça belirtmeyi tercih etmişlerdir.¹¹⁷⁷ Bir kısmı ise akdettikleri andlaşmalarla model andlaşmalardaki ilgili hükümleri; örneğin, 2004 tarihli Kanada Model BIT’te¹¹⁷⁸ olduğu gibi, daha ihtiyatlı ve açık bir şekilde düzenlemeye başlamışlardır.¹¹⁷⁹ Birtakım devletler ise MFN kaydını içermeyen andlaşmalar yapmaya başlamışlardır.¹¹⁸⁰

Maffezini yorumuna bir tepki olması itibariyle dikkate şayan bir örnek, Amerikalılar Serbest Ticaret Alanı Taslak Andlaşmasıdır. Taslakta yer alıp nihai halinde silineceği belirtilen kayda dair 5. maddeye eklenen dipnotta taraflar; hazırlık çalışmalarına yansıyan *Maffezini* kararının, MFN kaydını uluslararası uyuşmazlık çözüm yollarını kapsayacak şekilde karara bağlanmasını, olağan dışı şekilde geniş bulduklarına dair fikirlerini not etmişlerdir.¹¹⁸¹ Dominik Cumhuriyeti-Amerika 2004 tarihli Serbest Ticaret Andlaşmasının hazırlık çalışmalarında da taraflar taslak metne; kaydın uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kapsamadığına yönelik düşünce ve niyetlerini belirterek, dolayısıyla da *Maffezini* kararına benzer sonuçlara yol açmayacağını dipnot düşmüşlerdir.¹¹⁸² İsviçre-Kolombiya 2006 tarihli BIT’te ise

¹¹⁷⁵ Örn. bkz. NAFTA, m. 1103; 2002 tarihli EFTA-Singapur Serbest Ticaret Andlaşması, m. 40/1.

¹¹⁷⁶ Örn. bkz. Barbados-Almanya, 1994 tarihli BIT , m. 7.

¹¹⁷⁷ Örn. Bkz. Dominik Cumhuriyeti-Amerika 2004 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması (*Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement, 2004*).

¹¹⁷⁸ 2004 tarihli Kanada Model BIT’te MFN kaydına istisnaları düzenleyen m. 4’e Ek (Annex) III’ 1. fıkrada kaydın, ilgili andlaşmanın yürürlüğünden önce yürürlükte olan veya imzalanan iki ve çok taraflı andlaşmalarla sağlanan muamelelere uygulanmayacağı düzenlenmiştir. 2. fıkrada ise örneğin balıkçılık gibi konusu itibariyle bazı andlaşmalar istisnaya tabi tutulmuştur. Bkz. Kanada 2004 tarihli model BIT.

¹¹⁷⁹ Örn. İsviçre-Kolombiya 2006 tarihli BIT, m. 4’e ek fıkra 2’de açıkça uluslararası andlaşmalarda öngörülen MFN kaydının yatırım uyuşmazlıkları çözüm mekanizmalarını kapsamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. (*Colombia - Switzerland BIT, 2006*).

¹¹⁸⁰ Örn. bkz. Ürdün-Singapur 2004 tarihli Serbest Ticaret Alanının Kurulmasına İlişkin Andlaşma (*Free Trade Agreement between the Hashemite Kingdom Jordan and the Republic of Singapore, 2004*); EFTA-Lübnan 2004 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması (*Free Trade Agreement Between The EFTA States And The Republic Of Lebanon, 2004*).

¹¹⁸¹ Amerikalılar Serbest Ticaret Alanı Taslak Andlaşması (*Free Trade Area of the Americas Draft Agreement, 21 November 2003*), Chapter XVII Investment, m. 5 dipnot 13. Andlaşmanın İngilizce metnine ulaşmak için bkz. (http://www.ftaa-alca.org/ftaadraft03/index_e.asp Erişim Tarihi 03.05.2021)

¹¹⁸² Ziegler, *a.g.e.*, 2008, 82.

yine pek rastlanmayan bir örnek olarak, ulusal muamele ve MFN kaydı için olgusal durumların farklılığı halinde muamelenin farklılaşmasına izin verilebileceği hükmüne bağlanmıştır.¹¹⁸³ Dolayısıyla, ortaya konulan bu çeşitlilik karşısında genel yorum kurallarının uygulanmasının önemi ayrıca vurgulanmalıdır. Bu sebeple, her andlaşmanın bağımsız olarak incelenmesi, yorum unsur ve kurallarının bir bütün halinde doğru bir usulle uygulanmasına daha ziyade riayet edilmesi¹¹⁸⁴ ve somut andlaşmaya dayanmayan, soyut birtakım mülahazalardan yola çıkılmaması gerekir.

4.6.2.4. MFN kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanması sorunu

Son zamanlarda devletlerin yaklaşımlarında değişiklikler gözlemlenmekle birlikte süregelen süreçte genellikle BIT'ler, MFN kaydının uyuşmazlık çözümlerine uygulanıp uygulanmayacağına dair hüküm getirmemişti. Zaten geniş ve belirsiz ifadelerle düzenlenen koruma standartlarının içinde, daha ziyade belirsiz olması açısından MFN kaydının başta geldiği düşünüldüğünde bu durum normal karşılanmalıdır. *Maffezini* davası, konunun davaya yansımaları itibarıyla bir başlangıç teşkil etmiştir. Sonraki süreçte, ilkenin yorumlanması ile ilgili temel ihtilaflar en çok usuli kurallara yönelik olmuştur. Usule ilişkin kurallar kapsamında sıklıkla, daha lehe usul hükümleri içeren üçüncü taraf andlaşmalarından yararlanma iddiaları gündeme gelmekte; bunun yanı sıra şemsiye kaydı, zaman bakımından geçmişe dönük uygulanma gibi birtakım iddialara da rastlanmaktadır.¹¹⁸⁵

Elbette, MFN kaydının yatırım andlaşmalarındaki maddi içerikli hükümlere uygulanabilmesi de mümkündür. Ancak usuli uyuşmazlıklara nazaran çok seyrek vuku bulmaktadır. Bu bağlamda, ortaya çıkan uyuşmazlıklardan örnek vermek gerekirse; ana andlaşmadaki yatırımcı olma şartlarını taşımayan kişinin, MFN kaydından yararlanarak yatırımcı olma isteği yargı kararlarında kabul edilmemektedir. Aynı şey, yatırımların kapsamı hakkında konu bakımından yetki için de geçerlidir. Örneğin, *HICEE* kararında MFN kaydının açıkça, uygun yatırım ve yatırımcıya uygulanacak muamele ile ilgili olduğu, yoksa yatırım ve yatırımcı tanımının genişletilmesi için kullanılamayacağı belirtilmiştir. Yanı sıra MFN kaydına

¹¹⁸³ Bkz. İsviçre-Kolombiya 2006 tarihli BIT, m. 4'e ek fıkra 1.

¹¹⁸⁴ Benzer görüş için bkz. Vesel, a.g.m., 2007, 137.

¹¹⁸⁵ Bkz. Ziegler, a.g.e., 2008, 84.

dayanılarak andlaşmanın zaman bakımından uygulanmasının değiştirilemeyeceği de kabul edilmektedir.¹¹⁸⁶

MFN kaydı kapsamına, usuli konuların girip girmediği hakkında yatırım tahkimine konu ihtilaflar, aynı BIT'in aynı vaka ve sorunlar hakkında uygulanmasında dahi vuku bulmaktadır. *Wintershall* ve *Siemens*'in Arjantin'e karşı açtığı davalar bunun en bariz örneklerindendir.¹¹⁸⁷ *Renta 4* kararı açıkça yatırım tahkimindeki bu ihtilaflara dikkat çekerek henüz genel uygulanabilirliği olan istikrarlı bir içtihat (*jurisprudence constante*) oluşmadığını vurgulamıştır.¹¹⁸⁸

Maffezini davası kısaca şu şekilde özetlenebilir: Arjantin-İspanya 1991 tarihli BIT'e dayanarak dava açan Arjantinli yatırımcıya karşı, BIT kapsamında iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasında bulunulmuştur.¹¹⁸⁹ Yatırımcı ana andlaşmada (Arjantin-İspanya 1991 tarihli BIT¹¹⁹⁰) yer alan MFN kaydı kapsamında Şili-İspanya 1991 tarihli BIT'e¹¹⁹¹ göre bunlara gerek olmadığını savunmuştur. Arjantin-İspanya yatırım andlaşmasında MFN kaydı, sözleşmeye tabi tüm konular (*in all matters subject to*) hakkında kaydı tanımaktadır. *Maffezini* tahkimine göre; MFN kaydı gereği yatırımcı, Şili-İspanya 1991 tarihli BIT'te yer alan daha lehe uyuşmazlık çözüm hükümleri kapsamında, iç hukuk yollarını tüketmeden uluslararası tahkime başvurabilir. Tahkim mahkemesi, *ejusdem generis* ilkesine de değindiği kararında; ana andlaşmadaki MFN kaydı uyuşmazlık çözümüne açıkça yer vermese de uyuşmazlık çözümünün ayrılmaz bir şekilde yatırımların korunmasıyla bağlantılı olduğunu belirtmiş,¹¹⁹² MFN kaydı kapsamına uyuşmazlıkların çözüm yollarının girdiğine karar vermiştir. İspanya, MFN kaydının uygulanmasında *ejusdem generis* ilkesi kapsamında, “*aynı konulardan (same matters)*” anlaşılması gerekenin yalnız muamelenin maddi konularına atıf yaptığını, usuli ya da yargısal konulara teşmil edilemeyeceğini savunmuştur.¹¹⁹³ Ayrıca MFN ilkesinin amacının ayrımcılığı önlemek olduğunu; ayrımcılığın sadece esaslı ekonomik maddi muamelelerde söz

¹¹⁸⁶ Bkz. HICEE, Partial Award, para. 149. Ayrıca bkz. *Société Générale In respect of DR Energy Holdings*, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, para. 41; *Tecmed*, award, para. 69; *Austrian Airlines*, Final Award, para. 135; *Renta 4*, Award on Preliminary Objections, para. 119.

¹¹⁸⁷ Bkz. *Wintershall*, award; *Siemens*, Decision on Jurisdiction.

¹¹⁸⁸ Bkz. *Renta 4*, Award on Preliminary Objections, para. 94.

¹¹⁸⁹ Bkz. *Maffezini*, Decision on Jurisdiction.

¹¹⁹⁰ Arjantin-İspanya 1991 tarihli BIT.

¹¹⁹¹ Şili-İspanya 1991 Tarihli BIT (Chile - Spain BIT, 1991).

¹¹⁹² *Maffezini*, Decision on Jurisdiction, para. 54.

¹¹⁹³ *Maffezini*, Decision on Jurisdiction, para. 41.

konusu olabileceğini, usuli konularda olamayacağını savunmuştur.¹¹⁹⁴ Mahkeme ise bu iddiayı kabul etmemiştir.

UHK'nin 2007 tarihli raporu; *Maffezini* kararına ayrıntılı olarak yer ayırarak, MFN kaydının yorumlanması sorunlarına ve istikrarsız yorumlara konu olduğuna tahkim kararları bağlamında temas etmiştir.¹¹⁹⁵ Yine 2015 tarihinde “*MFN kaydı üzerine Çalışma Grubu Final raporu*” yayınlanmış ve “yatırım andlaşmalarındaki MFN hükümleri ile ilgili yorum konuları” başlığından itibaren esaslı bir bölüm, MFN kaydının yorumlanması ve yorumu sorunlarına ayrılmıştır.¹¹⁹⁶ Bu çalışma, devletlere kayıt hakkında görüşlerini açıklama imkanı vermiştir. Bazı devletler, maddi koruma standartlarına MFN kaydının uygulanmasına itiraz etseler de büyük çoğunluğu kabul etmiştir. Fakat devletlerin asıl dikkat çektikleri konu MFN kaydının uygulama kapsamının maddi standartlarla ilgili olacak şekilde dar yorumlanması gerektiği olmuştur.¹¹⁹⁷

Maffezini kararında usul konularına ilişkin yürütülen muhakeme, sonrasında bazı ICSID kararlarında da benimsenmiştir. Örneğin *Siemens* davasında; MFN kaydına dayanılarak, bekleme süresi öngörmeyen Arjantin-Şili arasındaki BIT'ten yararlanılmak istenmiştir. Tahkim mahkemesi kayıt kapsamında, yatırımcının diğer çeşitli andlaşmalardaki daha lehe uyuşmazlık çözüm hükümlerinden birini seçme hakkı olduğunu belirtmiştir.¹¹⁹⁸ Tahkim, üçüncü taraf andlaşmasının lehe hükümlerinden yararlanmak suretiyle 18 aylık yerel mahkemelere başvuru süresine uymadan doğrudan ICSID tahkimine başvuran yatırımcı hakkında; ana andlaşma, uyuşmazlığa ilişkin MFN kaydında bir düzenleme öngörmemesine rağmen, “muamele” kavramı ve “yatırımla ilgili her türlü faaliyet” ibaresinden yola çıkarak, kaydı uyuşmazlık çözümlerini içerecek şekilde yeterli genişlikte telakki etmiştir.¹¹⁹⁹ Arjantin ise üçüncü taraf andlaşmasındaki dezavantajlı hükümlerin varlığına dair itirazda bulunmuştur. Mahkeme bu iddiaları, MFN kaydının yalnız lehe hükümlerle ilgili olduğu, dezavantajlı hükümlerin de iktisabı anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle

¹¹⁹⁴ *Maffezini*, Decision on Jurisdiction, para. 42.

¹¹⁹⁵ Bkz. International Law Commission, 20 July 2007, para. 23-28.

¹¹⁹⁶ Bkz. International Law Commission. (2015). Annex: Final report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, UN Doc. A/70/10, para. 67 vd.

¹¹⁹⁷ Devletlerin konuya ilişkin beyanları hakkında örnekler için bkz. Paparinskis, M. (2018). “MFN Clauses and Substantive Treatment: A Law of Treaties Perspective of the 'Conventional Wisdom'”, *AJIL Unbound*, 112, 49-54, 50, 51.

¹¹⁹⁸ Bkz. *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 21. Ayrıca bkz. Ziegler, *a.g.e.*, 2008, 70.

¹¹⁹⁹ *Siemens*, Decision on Jurisdiction, para. 82, 103.

reddetmiştir.¹²⁰⁰ Fakat Mahkemenin gerekçesi; mantık, adalet ve hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmekte; hiçbir yararın veya hakkın ona karşılık gelen yükümlülükler ve sorumluluklar olmadan yalnız başına var olamayacağı sebebiyle eleştirilmektedir.¹²⁰¹

Dahası; Snyder'in ifadesi ile kaydın her zaman amacı, andlaşma taraflarına herhangi bir üçüncü ülkenin yararlandığı muameleye eşit muameleyi sağlamak suretiyle¹²⁰² rekabet şartlarını eşitlemeyi garanti etmek için yararlanıcıya, üçüncü bir devletin vatandaş veya şirketlerine uygulanan muameleden daha az elverişli muamelede bulunmamaktır. Diğer bir anlatımla, ev sahibi devletin yükümlülüğü; üçüncü devlete yaptığı elverişli muameleyi, yararlanan devlete de sağlamaktır. Yoksa bunu aşan derecede lehe muamelede bulunmak zorunda değildir.¹²⁰³ Bunun ötesine geçen bir uygulama, kaydın yorumlanması değil; yorum sınırlarının aşılması olacaktır.

MFN kaydını geniş yorumlayarak (andlaşma terimlerine göre değişebileceği kaydını koymakla birlikte), üçüncü taraf andlaşmasının yararlanıcının lehine olması şartıyla, “bütünüyle” uygulanmasını öngören *Siemens* kararında dahi ilgili anlayışın yararlanıcı tarafını, üçüncü tarafın yatırımcısından daha lehe duruma sokması anlamına gelmeyeceğini ve kaydın iki taraflı işlediğini, benzer faydalardan yararlanacağı ifade edilmiştir.¹²⁰⁴ Doktrinde olduğu gibi *Maffezini* kararında da işaret edilen¹²⁰⁵ MFN kaydının uyuşmazlık çözüm yollarına uygulanmasının yatırım hukukunun uyumlu hale getirilmesine hizmet edeceği anlayışı, *Maffezini* kararında öngörülen; üçüncü taraf andlaşmasındaki lehe usuli hükümlerden yatırımcının istediğini seçip, istediğini bırakması yoluyla pek mümkün görünmemektedir. *Plama* kararı bu gerçeğe işaretle, bir çözüm olarak; böyle bir yöntemden ziyade, paket

¹²⁰⁰ Siemens, Decision on Jurisdiction, para. 118-121.

¹²⁰¹ Thulasidhass, P. R. (2015). “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertain the Limits through Interpretative Principles”, *Amsterdam Law Forum*, 7(1), 3-24, 7. Ayıca bkz. Acconci, a.g.e., 2008, 393.

¹²⁰² Snyder, R. (1948). *The Most favored-Nation Clause: An Analysis With Particular Reference To Recent Treaty Practice And Tariffs*, King's Crown Press, 48'den aktaran Vesel, a.g.m., 2007, 143, 144.

¹²⁰³ UNCTAD, 2010, 13, 14; Vesel, a.g.m., 2007, 142; Thulasidhass, a.g.m., 2015, 4, 7, 8; International Law Commission, 1978, m. 5, 21.

¹²⁰⁴ Siemens, Decision on Jurisdiction, para. 108.

¹²⁰⁵ Maffezini, Decision on Jurisdiction, para. 62.

olarak muamelenin uygulanmasının ilgili amacı gerçekleştirmeye daha uygun olduğunu, aksinin uyumlaştırmaya ters etki yapacağını öne sürmüştür.¹²⁰⁶

Çoğunlukla düzenlendiği hali ile daha az lehe muamelede bulunmama yükümlülüğünün ihlal edildiğini iddia eden yatırımcı, üçüncü tarafa yapılan muamelenin daha lehe olduğunu ispat etme yükümlülüğü altındadır. Mesela AAPL kararı yatırımcının, ana andlaşmaya kıyasla üçüncü taraf andlaşmasının daha lehe hükümler sağladığını kanıtlayamadığı hususunu kararında esas almıştır.¹²⁰⁷ Bir görüşe göre kaydın uygulanmasını salt avantajlara hasretmek; yatırımcıların sadece kelimelere, ibarelere ya da sadece hükümlerin faydalı kısımlarına dayanarak iddiada bulunmasına imkan vererek tehlikeli sonuçlara yol açacağı gibi; kaydı üçüncü taraf andlaşmasını bütünüyle celp edecek şekilde uygulamak¹²⁰⁸ da kaydın konu ve amacını, andlaşma çerçevesinde faydasız hale sokacaktır. *Ejusdem generis* ilkesine uygun olarak madde madde konuya yaklaşmak, böylece dayanılan maddeyi paket olarak uygulamak orta yol olacaktır. Örnek vermek gerekirse; kamulaştırmaya ilişkin bir madde, üçüncü taraf andlaşmasından alınmak istendiğinde sadece faydalı kısımlarını veya tüm andlaşmayı almak yerine maddenin bütünü alınmalıdır.¹²⁰⁹ Ancak, bu çözüm teklifi de sorunları tam anlamıyla çözecek nitelikte değildir. Zira MFN kaydına dayanarak bir hükmün toptan alınması; daha az lehe muameleye maruz kalındığı iddia edilen diğer yabancı yatırımcıyla davacıyı aynı seviyeye taşımayacaktır. Çünkü, diğer yabancı yatırımcıya uygulanan üçüncü taraf andlaşmasının tümüdür. Ayrıca tek bir maddenin bir andlaşmadan koparılarak yorumlanması da yorum kurallarındaki bağlam unsurunun ve dolayısıyla tüm yorum kurallarının eksik uygulanmasına neden olacaktır.

Maffezini kararında varılan neticeye paralel sonuca ulaşan pek çok tahkim kararı örneği vermek mümkündür. Bununla birlikte takip edilen yorum yöntemlerinde farklılıklar mevcuttur. Mesela *Impregilo* kararında tahkim, “*bu andlaşma tarafından düzenlenen diğer bütün konularda*” ifadesini içeren MFN

¹²⁰⁶ Plama, Decision on Jurisdiction, para. 219.

¹²⁰⁷ AAPL, award, para. 54.

¹²⁰⁸ Örneğin Gaillard’a göre bir devletin, bir devletin vatandaşları ile tahkime gitmeye rıza gösterdiğinde, diğer devletlerin vatandaşlarına MFN muamelesi verme konusundaki önceki taahhütlerinin farkında olduğunun ve dolayısıyla bu üçüncü devlet vatandaşları ile tahkime zımnen rıza gösterdiği varsayılmalıdır. Bkz. Gaillard, E. (2006). “Chronique des sentences arbitrales”, *Journal De Droit International*, 133, 221, 285’den aktaran Vesel, a.g.m., 2007, 185, dipnot 273.

¹²⁰⁹ Thulasidhass, a.g.m., 2015, 5.

kaydını yorumlarken; lafza özel ehemmiyet vererek, uyuşmazlık çözüm hükümlerini de kapsama dahil etmiştir. *Gas Natural, Camuzzi, Suez* kararlarına da atıf yaparak, geniş hacimdeki içtihatların “bütün meselelere” uygulanan MFN kaydının daha lehe uyuşmazlık çözüm kayıtlarını da dahil edecek şekilde ele aldığını vurgulamıştır.¹²¹⁰ *Maffezini* kararı ise günümüzde uyuşmazlık çözüm düzenlemelerinin ayrılmaz bir şekilde yabancı yatırımcıların korunması ile bağlantılı olduğu gerekçesinden yola çıkarak aslında amaçsal yorumdan hareket etmiştir.¹²¹¹ Hatta mahkemenin dinamik yorumu tercih ettiği dahi söylenebilir. Çünkü, modern gelişmeler bağlamında değerlendirdiği uluslararası tahkim ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarını bahsedilen sebeple zaruri görmüş ve yatırımcıların ulusal mahkemelere nazaran haklarının bu yollarla daha iyi korunacağına geleneksel olarak inandıklarına değinmiştir.¹²¹²

MFN kaydının yorum sorunları hakkında, *Maffezini* kararından sonra ona zıt olması itibariyle en çok verilen ikinci örnek *Plama* kararıdır. Son derece ayrıntılı olarak ve *Maffezini* kararına nispeten çok sıkı olarak konuyu yorumlayan kararda; uyuşmazlık çözüm yollarının MFN standardı kapsamında ileri sürülmesi için ana andlaşmanın, akit devletlerin niyetinin uyuşmazlık çözüm hükümlerini de dahil etmeyi amaçladığı hakkında açıkça ve hiçbir şüpheye yer bırakmadık şekilde açıklanması gerektiği belirtilmiştir.¹²¹³ Mahkemeye göre bazı BIT’lerde yer alan “bütün konularla ilgili (with respect to all matters)” ifadesi dahi, *Siemens* kararında işaret edildiği gibi şüpheyi haklı göstermeyecektir.¹²¹⁴ *Kılıç* kararında, *Plama* kararına paralel olarak; madde metninden andlaşmayı hazırlayanların amacına atıfla, muamelenin yalnızca maddi standartlar ile ilgili olduğu vurgulanmıştır.¹²¹⁵

ICS Inspection tahkimi her ne kadar uyuşmazlık çözüm yollarını MFN kaydı kapsamında yorumlamamışsa da¹²¹⁶, *Plama* kararının MFN kaydını yorumlarken

¹²¹⁰ Impregilo S.p.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21 June 2011), para. 103, 104.

¹²¹¹ Bkz. *Maffezini*, Decision on Jurisdiction, para. 54.

¹²¹² Bkz. *Maffezini*, Decision on Jurisdiction, para. 55. Kararda dinamik yorumun kullanıldığına ilişkin benzer görüş için bkz. Mbengue, M. M., Florou, A. F. (2019). Evolutionary Interpretation in Investment Arbitration: About a Judicial Taboo. Abi-Saab, G., Keith, K., Marceau, G., Marquet, C. (Eds.). *Evolutionary Interpretation and International Law*, Hart Publishing, 253-266, 260.

¹²¹³ Bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 204, 232. Ayrıca bkz. *Salini v Morocco*, Decision on Jurisdiction, para. 102-109.

¹²¹⁴ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 205. Bkz. *Siemens*, decision on jurisdiction, para. 91, 92.

¹²¹⁵ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, award (2 July 2013), para. 7.3.9.

¹²¹⁶ *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction (10 February 2012), para. 296.

diğer hükümlere nazaran dar yorum yöntemine dayanmasını eleştirmiş; her türlü dar yorum kuralının VAHS ve teamül hukukuyla çatıştığını belirtmiştir.¹²¹⁷ Mahkeme, kaydı yorumlarken olağan anlama vurgu yapmıştır. MFN kaydının, uyuşmazlık çözümüne uygulanmasının genişletilmesi hakkında sessiz kaldığını ve aynı BIT'in; andlaşmadan doğan bütün yatırım uyuşmazlıkları hakkında yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında bir mekanizma öngördüğünü belirtmiştir. Bu hükmün bağlamını, MFN kaydının olağan anlamını açığa çıkarmada belirleyici kabul etmiştir. Diğer unsurların sonucu teyit ettiğini ise sadece ifade olarak belirtmiştir.¹²¹⁸ Dolayısıyla ICS tahkimi, *Plama* kararı ile aynı neticeye varsa da olağan anlamla gerekçelendirmeye gitmiştir. Aslında *Plama* kararı da diğer tüm tahkim kararları gibi uygulanacak hukuk kapsamında, VAHS 31. ve 32. maddeye atıf yapmış¹²¹⁹ ve zaman zaman yorum sürecine ilişkin unsur ve konulara temas ederek¹²²⁰, tarafların niyetinin uyuşmazlık çözüm hükümlerinin MFN kaydı yoluyla genişletilmemesine yönelik olduğuna vurgu yapmıştır.¹²²¹

Daimler kararı taahhütlerin niteliğine bakılmaksızın hükümlerin hepsinin VAHS kapsamında yorumlanması gerektiğini, UHK'nin tek bir konvansiyonda kuralları tedvin etmesi ile açıklamıştır.¹²²² *Daimler* kararı, devletin iradesine geniş şekilde vurgu yaptıktan sonra; VAHS 31. ve 32. maddeler doğrultusunda MFN kaydını yorumladığını beyan etmiştir. Ancak 32. maddeye özel vurgu yapmıştır.¹²²³ Diğer bazı tahkim kararlarında da uyuşmazlık çözüm hükümlerinin, diğer BIT hükümlerinden farklı yorumlanmaması gerektiği¹²²⁴ vurgulanan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. *Amco* kararında, tahkim andlaşmalarının dar veya geniş/liberal yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemeye göre, tarafların ortak iradesini bulmaya ve bunlara saygı duymaya götüren bir şekilde yorumlanmalıdır. Böyle bir yorumlama yöntemi, *pacta sunt servanda* temel ilkesinin uygulanmasıdır ki aslında tüm sistemlerde ortak bir ilkedir.¹²²⁵ *Mondev* kararında da

¹²¹⁷ ICS Inspection, Award on Jurisdiction, para. 282.

¹²¹⁸ ICS Inspection, Award on Jurisdiction, para. 296.

¹²¹⁹ Bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 117.

¹²²⁰ Yorum kuralları bağlamında, bağlam ve hazırlık çalışmalarına temas edilmesi açısından bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 192; konu ve amaç unsuru için örn. bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 193; özel anlam için örn. bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 194 .

¹²²¹ Bkz. *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 197.

¹²²² *Daimler*, award, para. 169.

¹²²³ *Daimler*, award, para. 178.

¹²²⁴ *Daimler*, award, para. 170.

¹²²⁵ *Amco*, decision on jurisdiction, para. 14.

uymazlık çözüm hükümlerinin dar ve geniş yorumlanmaması, andlaşmaların yorumlanması hakkındaki kurallara göre yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.¹²²⁶

Özetle, MFN kaydı kapsamında üçüncü taraf andlaşmasındaki daha lehe uluslararası uymazlık çözüm kurallarından yararlanmaya taalluk eden ihtilaflar ya *Maffezini*¹²²⁷ ya da *Plama* kararları paralelinde¹²²⁸ gidip gelmekte; kaydın nasıl yorumlanacağı hususunda ortak bir payda elde edilememektedir. *Maffezini* kararını takip eden *Impregilo* kararı; kararını destekleyen içtihatlarla temas ettikten sonra, diğer bazı kararların MFN kaydı kapsamına uymazlık çözüm kurallarını dahil etmediğine örnekler vererek sorunların ihtilaflı kalmaya devam ettiği ve evrensel olarak kabul edilen bir içtihadın olmadığı gerçeğine işaret etmiştir.¹²²⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki; devletlerin uygulamalarındaki eğilim, artan bir şekilde usuli konuların MFN kaydı kapsamına alınmaması gerektiği yönündedir. Bu sebeple gerek yatırım andlaşmalarının metinlerinde, gerekse hazırlık çalışması aşamalarında ilgili niyetlerini yansıtan ifadeler kullanmaktadırlar. Ayrıca; ICSID tahkim yargılaması kapsamında devletin iradesine, konu bağlamında hususen değinilmesi gerekir. Çünkü Yürütme Kurulu Raporunda (*Report of the Executive Directors*), Merkez'in yetkisinde devletlerin rızasının köşe taşı olduğu vurgulanmıştır. Çeşitli yargı kararlarında da bu değerlendirmeye atıf yapılmaktadır.¹²³⁰ Doktrinde de tahkim anlaşmalarının kendini ihtiva eden andlaşmadan bağımsız varlığı olduğu; uluslararası tahkim hukukunun genel bir ilkesi olarak, maddi yükümlülüklerden ayrılabilir olduğu görüşü yer almaktadır. İlgili ilke, ticari tahkimin yanı sıra yatırım tahkimi için de geçerli kabul edilmektedir.¹²³¹ Benzer şekilde *Elf* kararında, tahkim kaydının bağımsızlığına dair uluslararası hukuk

¹²²⁶ Mondev, award, para. 43; Ethyl Corporation v. Canada, UNCITRAL/NAFTA, Award on Jurisdiction (24 June 1998), para. 55.

¹²²⁷ Maffezini kararını takip eden kararlar için ayrıca bkz. Gas Natural, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, para. 41-49; Camuzzi, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 120-121; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction (16 May 2006), para. 52-66; RosInvestCo, Award on Jurisdiction, para. 124-139; National Grid, Decision on Jurisdiction, para. 79-94.

¹²²⁸ Plama, Decision on Jurisdiction, para. 183-227. Benzeri kararlar için ayrıca bkz. Salini v Morocco, Decision on Jurisdiction, para. 116-119; Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (13 September 2006), para. 83-101; Wintershall, award, para. 161-168.

¹²²⁹ Impregilo, award, para. 107.

¹²³⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes, April 2006, para. 23.

¹²³¹ Schreuer, Malintoppi, Reinisch, *a.g.e.*, 2009, 260, para. 262; McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 351.

prensibinin uluslararası tahkimde istikrarlı bir şekilde uygulandığı, uluslararası örgütler ve andlaşmalarla kabul edilen tahkim kuralları ve doktrin tarafından ilgili hususun kabul edildiğinden bahsedilmiştir.¹²³²

Yine, tahkime yönelik uyuşmazlık çözüm hükümlerinin diğer hükümlerden ayrı bir anlaşma teşkil etmesi sebebiyle özerk ve bağımsız olduğuna değinen *Plama* kararı; tahkim kayıtlarının ayrılabilirliği ilkesinin bir parçası olarak gördüğü,¹²³³ uluslararası hukukun en genel kurallarından birine değinmesi itibariyle daha dikkat çekicidir. Mahkeme, tahkim için ana ön şart olan tarafların tahkim için anlaşmasının ortadan kaldırılamayacağını beyanla, hem ulusal hem uluslararası hukukta yerleşmiş bir kural olduğundan ve tahkim anlaşmasının açık ve belirsizliğe yer vermeyecek şekilde yapılması gerekliliğinden bahsetmiştir.¹²³⁴ Yine diğer bir paragrafta; bir andlaşmadaki uyuşmazlık hükümlerinin o andlaşma altındaki uyuşmazlıkların çözümü için kararlaştırıldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla tarafların; ilgili hükümlerin, tamamen farklı bir bağlamda müzakere edilen diğer andlaşmaların ihtilaf çözüm hükümleriyle birleştirilerek genişletilebileceğini kabul ettiği varsayılmaz.¹²³⁵ Ancak, İngiltere model BIT örneğinde olduğu gibi tarafların bunu açıkça kararlaştırması gerekir.¹²³⁶ Uyuşmazlık çözüm yolları için açık rızanın varlığının aranması UAD ve UDAD kararlarına da yansıyan bir husustur.¹²³⁷

Son olarak MFN ilkesinin yorumlanması bağlamında değinilmesi gereken nokta; kaydın çok geniş çeşitlilikle düzenlenmesi özelliği bir yana, kaydın yorumlanmasında tüm andlaşmalar için geçerli olan VAHS hükümlerinin doğru uygulanması gerekliliğidir. İlgili gerçek *HICEE* kararına da yansımıştır. Kararda, kaydın yorumlanmasında kendi terimlerine dikkat edilmesi gerektiği, buna rağmen

¹²³² Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Co, Preliminary award, XI YB Comm. Arb. 97, 14 January 1982, para. 256. Elf kararının ilgili paragrafı için bkz. McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 351. Ayrıca bkz. Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, decision on annulment (1 March 2011), para. 131. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 3 February 2006, para. 125.

¹²³³ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 212.

¹²³⁴ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 198, 199.

¹²³⁵ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 207.

¹²³⁶ *Plama*, Decision on Jurisdiction, para. 212.

¹²³⁷ Örn bkz. Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, 42; Chorzow Factory Case (Ger. v. Pol.), Jurisdiction, 1928 P.C.I.J. (ser. B), No. 3, 32. Ayrıca bkz. Vesel, *a.g.m.*, 2007, 185.

kapsamını belirlemek için devreye sokulabilecek bazı genel kavramların var olduğunu varsaymanın bir yanılığı olduğu vurgulanmıştır.¹²³⁸

Konuyu 2015 tarihli MFN kaydı üzerine Çalışma Grubu Final Raporu’nun değerlendirmeleri ile nihayete erdirirsek, Raporda şunlar geçmektedir: MFN kaydına dair temel yorum konuları; kaydın kapsamı ve *ejusdem generis* ilkesinin uygulanması ile ilgilidir. Bir MFN hükmü kapsamında elde edilebilecek faydanın kapsamı ve niteliği, MFN hükmünün kendisinin yorumlanmasına bağlı olarak değişebilir.¹²³⁹ Belki de taraf devletlerin, müzakereler sırasında maddi yükümlülüklerle kaydı sınırlama noktasında öngörülü olamamaları neticesinde, diğer bir yorum sorunu da kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanması ile alakalı olarak sürmektedir.¹²⁴⁰ MFN hükümlerinin uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsayıp kapsamadığı hususu nihai olarak, bu tür maddeleri müzakere eden devletlere bağlıdır. Kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanmasına dair açık bir hükmün andlaşmalara koyulmasıyla konu çözüme kavuşturabilir. Aksi halde sorun, mahkemelerin kaydı dava dava yorumlamalarına kalacaktır.¹²⁴¹

4.6.3.Adil ve Hakkaniyetli Muamele (FET) İlkesinin Yorumlanması

4.6.3.1.Genel bakış

Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi (*Fair and Equitable Treatment/FET*)¹²⁴², çağdaş yatırım andlaşmalarının anahtar bir unsuru olarak kabul edilmekte ve senelerdir, yatırımcılar tarafından yatırım uyuşmazlıklarında en çok dayanan ve başarılı bir temel sağlayan ilke olarak görülmektedir.¹²⁴³ İlke, ev sahibi devletin iç hukuku ile ilgili değildir.¹²⁴⁴ Bir uluslararası hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir. Yani devletin yatırımcıya muamelesi, kendi vatandaşlarına yaptığı muamele ile aynı olsa dahi ilkenin ihlali mümkün olabilir.¹²⁴⁵ Pek çok yatırım andlaşması, ev sahibi devletin yabancı yatırım ve yatırımcılarına andlaşma kapsamında adil ve hakkaniyetli muamele sağlamakla yükümlü olduğunu düzenler. Muamele, uluslararası hukukta

¹²³⁸ HICEE, Partial Award, para. 149.

¹²³⁹ International Law Commission, 2015, para. 214.

¹²⁴⁰ International Law Commission, 2015, para. 215.

¹²⁴¹ International Law Commission, 2015, para. 216.

¹²⁴² Standardın kısaltılmasında sıkça kullanılması sebebiyle İngilizce’de karşılığı olan “*Fair and Equitable Treatment*” ifadesinin kısaltılmış hali olan “FET” ifadesi tercih edilmiştir.

¹²⁴³ UNCTAD. (2012). *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 1.

¹²⁴⁴ Aust, *a.g.e.*, 2010, 348.

¹²⁴⁵ Schreuer, *a.g.e.*, Investments, International Protection, para. 50.

klasik bir formülasyondur. Ama pek çok şerhe ve devlet uygulamasına konu olduğu gibi ifadenin açık anlamı her bir davada çeşitli yorumlamalara açıktır.¹²⁴⁶

Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi sıklıkla kabul edildiği üzere, koruma standartları içinde tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi en zor ilkedir. “Adil” ve “hakkaniyetli” kelimelerinin tek ve birleşik bir standarda işaret ettiği kabul edilmektedir.¹²⁴⁷ Hükümetlerin, OECD nezdinde 1967’deki ilk teşebbüsünden itibaren süreçte; uluslararası teamül hukuku ile ilişkili asgari standart mı veya uluslararası hukukun genel bir ilkesi mi olduğu gibi kapsamını aydınlatmaya yönelik çeşitli teşebbüslere başvurulmuştur. Fakat, *Metalclad* kararı¹²⁴⁸ ile birlikte yeniden alevlenen tartışmalar, ilkenin gerçek niteliğinin devletler tarafından tam olarak anlaşılamadığını kanıtlamıştır.¹²⁴⁹ Doktrinde çok çeşitli ifadelerle belirsizliğine vurgu yapıldığı gibi,¹²⁵⁰ kapsamının yorumlanması sorunlarının gündeme geldiği yatırım tahkiminde de ilgili hususa sıklıkla atıf yapılmaktadır.¹²⁵¹ *Flemingo* kararında değinildiği üzere adil ve hakkaniyetli muamele terimleri hiçbir zaman tek bir tanıma sahip olmamıştır.¹²⁵² Bazı taraf devletler, kapsamını belirginleştirmenin de ötesine geçerek FET standardını tamamen yatırım andlaşmalarından çıkarmışlardır. Ruanda-Fas 2016 tarihli BIT¹²⁵³ bu türden bir örnektir. Brezilya-Surinam 2018 tarihli BIT¹²⁵⁴ ise eşine pek rastlanmayan bir düzenleme getirmektedir. Öyle ki, madde 4/3’te andlaşmanın FET ile tam koruma ve güvenlik standardını kapsamadığını, ayrıca uyuşmazlık çözümü usulünde yorumlayıcı araç olarak kullanılamayacağını açıkça beyan etmiştir.

¹²⁴⁶ Salacuse, a.g.m., 1990, 667.

¹²⁴⁷ Dolzer, R. (2005). “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, *Int’l L*, 39(1), 87-106, 91.

¹²⁴⁸ Bkz. *Metalclad Corporation v the United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, (NAFTA) Award (30 August 2000).

¹²⁴⁹ Yannaca-Small, K. (2008). *Fair and Equitable Standard: Recent Developments*, Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 111-130, 112.

¹²⁵⁰ Örn. bkz. Yannaca-Small, a.g.e., 2008 *Fair and Equitable Standard*, 111.

¹²⁵¹ Örn. bkz. *Suez, Decision on Liability*, para. 213.

¹²⁵² *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (12 August 2016), para. 530.

¹²⁵³ Ruanda-Fas 2016 tarihli BIT (Rwanda-Morocco BIT, 2016).

¹²⁵⁴ Brezilya-Surinam 2018 tarihli BIT (Brazil - Suriname BIT, 2018), m. 4/3.

4.6.3.2. FET İlkesinin niteliği ve kapsamı

FET standardı ile ilgili tartışmaların en merkezinde yer alan konulardan biri, niteliği ve kapsamı bağlamında uluslararası asgari muamele (UAM)¹²⁵⁵ ilkesi ile bağlıdır. Bazı görüşlere göre FET ilkesi, çağdaş andlaşmalar hukukundaki yatırımlara uygulanan UAM ilkesi ile işlevsel olarak eşittir.¹²⁵⁶ Mesela Vesel'e göre FET, teamüli UAM'yi andlaşmaya dahil ederek; onun ihlalini andlaşma ihlali haline sokar ve uyuşmazlık çözüm hükümlerine dahil eder.¹²⁵⁷ İki ilkenin beraber anılmasının temelinde yatan sebep, yabancı yatırımcı ve yatırımlarına karşı belirli bir koruma seviyesinin altına düşmemeyi garanti etmeleri noktasında benzer bir amacı paylaşmalarıdır.¹²⁵⁸ FET ile yakın ilişkili olması sebebiyle öncelikle UAM hakkında kısaca bilgi vermek; sonrasında ise UAM merkez olmak üzere FET'in niteliği, andlaşmalarda düzenlenişi ve tahkim kararları ışığında kapsamını incelemek uygun olacaktır.

UAM ilkesi; yabancılara muameleyle ilgili teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen, iç hukuktaki düzenlemelere rağmen devletlerin yabancılara ve mallarına saygı duymakla yükümlü olduğu bir dizi asgari ilke sağlar.¹²⁵⁹ Devletler, teamül hukuku gereği, yabancılara ve mallarına asgari muamele ilkesi kapsamında davranmalıdır. Yatırım andlaşmasının yokluğu halinde ilke, diplomatik koruma iddialarıyla alakalanır. Newcombe ve Paradell'e göre, andlaşma temelli yatırım tahkiminde yükümlülüklerin yorumlanmasıyla fazlası ile ilgilidir. İlk olarak, bazı yatırım andlaşmaları, açıkça UAM'yi andlaşma temelli ilke olarak dahil eder ya da muamelenin uluslararası hukuka uygun olmasını gerektirir. İkinci olarak FET, en azından UAM'nin sağladığı korumayı içine alacak şekilde yorumlanır. Yine diğer koruma standartları da asgari muamele ilkesinin unsurlarını yansıtabilir.¹²⁶⁰ Özellikle

¹²⁵⁵ Çalışmada, “uluslararası asgari muamele” ilkesinin kısaltması olarak “UAM” ifadesi kullanılmıştır.

¹²⁵⁶ McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 355.

¹²⁵⁷ Vesel, *a.g.m.*, 2007, 141.

¹²⁵⁸ Radi, *a.g.e.*, 2020, 70, 71.

¹²⁵⁹ OECD, 2004 Fair and Equitable Treatment, 8; Small, *a.g.e.*, 2008, 113, 114 dipnot: 18.

¹²⁶⁰ Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 235. Bir yoruma göre, devletler ülkesindeki yerleşik yabancılara en azından UAM standardını karşılayacak derecede yeterli ve en az kanun önünde vatandaşlarına ve mallarına sağladığı garantiye dair eşitliği temin etmelidir. Bkz. Jennings, Watts, *a.g.e.*, 1992 parts 2 to 4, 910. UAM ilkesinin kapsamı zamanla gelişen bir seyir izlemiştir. Bkz. Paparinskis, M. (2013). *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford: Oxford University Press, 165, 169.

de UAM, FET'in yanında tam koruma ve güvenlik ilkesi ile beraber de düzenlenebilmektedir.

FET'in niteliği ile ilgili tartışma esas olarak; standardın uluslararası teamüli asgari standart ile mi mukayese edilmesi gerektiği veya genellikle andlaşmalarda bulunan, yatırımlara dair koruma yükümlülükleri ve genel ilkeler gibi diğer kaynakları içeren daha geniş bir uluslararası hukuk standardı mı olduğu ya da standardın uluslararası hukukla açıkça bağı olmayan, andlaşmalarda özerk ve müstakil olarak yer alan bir kavram mı olduğu noktasında cereyan etmektedir.¹²⁶¹ Dolzer'e göre bu noktada, FET'in şartlarının teamül hukukunun bir parçası olup olmadığı açık değildir.¹²⁶² Doktrindeki farklı görüşler de ilgili hususu zaten ispatlamaktadır. Yine de en özet bir değerlendirmeye, ilkenin andlaşmasal çerçeve dışında bağlayıcı bir yükümlülük öngördüğünü söylemek çok zordur.¹²⁶³

BIT'ler aslında, geleneksel olarak FET ile UAM arasında bağ içermemekte ve FET'i, UAM'ye atıf yapmadan düzenlemektedirler.¹²⁶⁴ Ayrıca büyük çoğunluğunda, bağımsız bir yatırım koruma standardı olarak kabul edilmektedir.¹²⁶⁵ Aynı zamanda, doktrinde ve yargı kararlarında kaydın “mutlak” bir niteliğe sahip olduğu ifade edilmektedir. Mutlaklığın manası; göreceli standartlar olan ulusal muamele ilkesi ve MFN kaydı hilafına, kendisinin bizatihi anlama sahip olması ve ev sahibi devletin kendi vatandaşlarına veya yabancı yatırımcılara muamelesine bağlı olmamasıdır. Diğer bir yandan “esnek” olarak da nitelendirilebilmektedir. İlkenin belirsizliğinin yanı sıra esnekliği, sürekli olarak normatif içeriğe yeni unsurlar katar.¹²⁶⁶ Ancak ilkenin esnekliği de tartışmalı olup ileride ele alınacaktır.

UNCTAD, ilkenin andlaşmalarda dört farklı yaklaşımla ele alınıp düzenlendiğini dile getirmektedir. Buna göre bazı devletler, Çin-İsviçre 2009 tarihli BIT'te olduğu gibi standardı bağımsız/özerk bir şekilde uluslararası hukuka veya diğer kriterlere referans yapmaya gerek duymadan düzenlemekte¹²⁶⁷; bazıları

¹²⁶¹ Örn. bkz. OECD, 2004 Fair and Equitable Treatment, 2. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin niteliği hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Pehlivan, O. K. (2018). “Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil Ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği”, *TBB Dergisi*, (139), 239-256.

¹²⁶² Dolzer, a.g.m, 2005 Fair and Equitable Treatment, 87.

¹²⁶³ McLachlan, Shore, Weiniger, a.g.e., 2017, 355.

¹²⁶⁴ Radi, a.g.e., 2020, 71. Örn. bkz. Almanya-Tanzanya 1965 tarihli BIT (Germany - United Republic of Tanzania BIT, 1965); Avusturya-Kırgızistan 2016 tarihli BIT (Austria - Kyrgyzstan BIT, 2016).

¹²⁶⁵ Örn. bkz. Saluka, Partial Award, para. 294, 339.

¹²⁶⁶ Örn. bkz. Yannaca-Small, a.g.e., 2008 Fair and Equitable Standard, 111.

¹²⁶⁷ Bkz. Çin-İsviçre 2009 tarihli BIT (China – Switzerland BIT, 2009).

Kanada-Uruguay 1997 tarihli BIT’teki gibi “uluslararası hukuka uygun olarak” kaydı ile;¹²⁶⁸ bazıları, NAFTA’da olduğu gibi teamül hukuku bağlamında yabancılara asgari muamele¹²⁶⁹; bazıları ise adaletten imtina (*denial of justice*) gibi maddi yükümlülöklere açık bir atıfla düzenlemektedirler.¹²⁷⁰ İlke, diğör koruma standartları ile beraber de düzenlenebilmektedir. Örneğın, genellikle ilkeye atıf; tarafların yatırımlara tam koruma ve güvenlik sağlaması ile yabancı yatırımların yönetimine, sürdürölmesine, kullanımına, yararlanılmasına veya elden çıkarılmasına makul olmayan veya ayrımcı önlemlerle zarar verilmemesi ifadeleriyle birlikte yer almaktadır.¹²⁷¹ Bazı BIT’ler, FET standardının içini doldurmak için listeler halinde haksız tedbirlere karşı koruma sağlayacak faaliyetleri saymaktadırlar.¹²⁷²

OECD’ye göre; FET standardının anlamı, yatırım andlaşmalarının hepsinde aynı olmak zorunda değildir. Mevcut ilkenin yorumu her bir andlaşmanın metni, bağlamı, konu ve amacı, hazırlık çalışmaları ve tarafların niyetini yansıtan diğör unsurlardan etkilenebilir. İlkenin normatif içeriğini aydınlatma girişimleri şimdiye kadar az olmuştur.¹²⁷³ İfadenin muğlaklığının kasıtlı olarak tasarlandığı da söylenmektedir. Böylece davanın konu ve amacının gereklerini yerine getirmek için hakemlere, kendilerine çeşitli ilkeleri kullanarak ifade etme imkanı verebilecek yarı düzenleyici yetki verilmesinin amaçlandığı yönünde görüş vardır.¹²⁷⁴ FET, ilkenin belirsiz ve elastik doğası nedeniyle yatırımcılar tarafından ev sahibi devletin ihlali iddialarıyla tazminat talep etmelerinde gözde bir standart haline gelmiştir. Tazminatla sonuçlanan iddiaların önemli bir bölümünün FET standardına dayandırıldığı ileri sürölmektedir.¹²⁷⁵ İlke, en çok ihlal edildiğı iddiasında bulunulan

¹²⁶⁸ Kanada-Uruguay 1997 tarihli BIT (Canada - Uruguay BIT, 1997), m. II. Ayrıca bkz. El Salvador-ABD 1999 tarihli BIT (El Salvador - United States of America BIT, 1999), m. II.

¹²⁶⁹ Örn. bkz. NAFTA m. 1105 (1). NAFTA’nın ilgili maddesi FET’i asgari standartla ilişkilendirmesi ve Serbest Ticaret Komisyonu’nun yaptığı bağlayıcı yorum sebebiyle tahkim mercileri; ilkenin bu niteliğini kabul etmektedirler. Ancak bazı mahkemeler, bu anlayışın da ötesine geçecek şekilde bağımsız bir ilke olarak ve geniş bir yorumla yorum yapmaktadır. Bazı tahkim kararlarında teamüli asgari muamele, zaman bakımından sabit bir zamandaki anlayışa değil, dinamik bir teamül hukukuna işaret etmesi bağlanmında anlaşılmaktadır. Bkz. Small, Reinisch, *a.g.e.*, 2008, 114, 129. Örneğın Mondev kararında teamüli uluslararası hukukun zamanla değıştiğine açıkça atıf yapılmıştır. Bkz. Mondev, Award, para. 125.

¹²⁷⁰ UNCTAD, 2012 Fair and Equitable Treatment, 1, 2.

¹²⁷¹ Bkz. UNCTAD. (2004). *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, 80.

¹²⁷² Bkz. Aust, *a.g.e.*, 2010, 348.

¹²⁷³ OECD, 2004 Fair and Equitable Treatment Standard, 2.

¹²⁷⁴ Bkz. Brower, C. H. (2003). “Structure, legitimacy and NAFTA’s investment chapter”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 37–94, 66, dipnot 163.

¹²⁷⁵ Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 241.

ve diğer standartların ihlaline karar verilmediği takdirde, alternatif olarak her zaman dile getirilen bir nitelik taşır. *PSEG*¹²⁷⁶ kararında bu gerçek, uluslararası hukukun geleneksel olarak sağladığı diğer standartların her bir davanın şartlarına tamamen uygun olmayabilmesinin bir sonucu olarak, yatırım tahkiminde önem kazandığı ifadesi ile yer almaktadır. Özellikle de başarılı olmayan kamulaştırma iddialarından sonra başvuru ve dikkate değer derecede başarı kaydedilen bir standarttır.¹²⁷⁷ *Sempra* kararında, dolaylı kamulaştırmanın açık bir gerekçelendirmesinin bulunmadığı hallerde adalete hizmet eden, hukuka aykırı ve aksi halde ihmal edilmiş olacak zararların karşılanmasına hizmet eden bir ilke olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, önemli olan, sonunda hukukun istikrarının ve yasal yükümlülüklerin riayetinin güvence altına alınması ve böylece andlaşmanın konu ve amacının korunmasıdır.¹²⁷⁸

Yatırım andlaşmalarında FET standardının; teamül hukuku, teamüli asgari muamele ilkesi, uluslararası hukuka uygun olarak, uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak vb. ifadelerle beraber düzenlenmesi halinde yorumlamanın nasıl yapılacağı hakkında belirli ve açık izahlarda bulunmak zor görünmektedir. Çünkü, andlaşmalarda düzenlenişlerinde çok farklılıklara rastlanmaktadır. Örneğin bazı andlaşmalar, “*FET ilkesini de içerecek şekilde teamüli asgari muamele ilkesine uygun davranma*” yükümlülüğü getirmektedir.¹²⁷⁹ Bazıları, “*uluslararası hukuka uygun olarak FET standardını sağlamayı*” düzenlemektedir. Bu tür düzenlemeler içinde en meşhuru NAFTA madde 1105(1)’dir. Madde, FET ve FPS dahil olmak üzere muamelenin uluslararası hukuka uygun olmasını düzenlemektedir. Madde hakkındaki tahkim kararlarının yorumlarına karşı, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu yaptığı yorumlayıcı beyanında; maddenin, teamüli UAM’nin gereklerinin ötesinde veya ona ek bir muamele sağlamadığını ifade ederek, ilkeyi aslında UAM ile eşit yorumlamıştır.¹²⁸⁰

¹²⁷⁶ Bkz. *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19 January 2007), para. 238.

¹²⁷⁷ Jacob, M., Schill, S. W. (2015). Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 700-763, 702.

¹²⁷⁸ *Sempra*, Award, para. 300.

¹²⁷⁹ Örn. bkz. 2019 tarihli Avustralya-Uruguay BIT, m. 4.1.

¹²⁸⁰ NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001, B/2.

Bir andlaşmada, FET standardıyla birlikte uluslararası hukuk kavramı yer alsın bile andlaşmalarda düzenlenişleri yine kendi içinde çeşitlenmektedir. Örneğin Hırvatistan-Umman 2004 tarihli BIT’te olduğu gibi, andlaşmalarda sıkça kullanılan “uluslararası hukuka uygun olarak FET standardının sağlanması”¹²⁸¹ ifadesinden, yorumcunun teamül hukukunu garanti edecek ama onunla sınırlı olmamak üzere uluslararası hukuk ilkelerini kullanacağı anlaşılmaktadır. Yorumcu, böyle bir durumda uluslararası hukuk kaynaklarının sınırlarının ötesine geçmemelidir. Ulusal hukuklardan neşet eden hukukun genel ilkeleri de FET yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesinde faydalı olabilir.¹²⁸² Başka bir örnek olarak; Bahreyn-ABD 1999 Tarihli BIT’te, yatırımlara FET ve FPS standartlarının uygulanacağını ancak muamelenin “hiçbir suretle uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha az lehe olamayacağını” düzenlemiştir.¹²⁸³ Bu formülasyon türü, yatırımcı için uluslararası hukuk iddiasını dayandırabileceği bir asgari koruma zemini (*taban koruma-floor protection*) teşkil eder. Sağlanacak muamele bu alt sınırın altına inemez. Ama üstüne çıkabilir. Andlaşmada “uluslararası hukukun gerektirdiği” ifadesinin yer alması, yorum konusunda hakemlere daha fazla alan açarak büyük bir özgürlük tanıır.¹²⁸⁴ Bu tür ifadeler, ilkenin yorumlanmasına daha çok açıklık getirebileceği gibi bazen tam aksine, daha da belirsizleştirebilmektedir.¹²⁸⁵ Mesela Fas-ABD 2004 tarihli Serbest Ticaret Andlaşmasındaki hüküm UAM’yi, hem FET hem de FPS ilkesini kapsar bir anlama gelecek şekilde düzenlemiş; ona rağmen, andlaşmanın bütünü içinde UAM ve FET hakkında ek ve birtakım çelişkili düzenlemeler de getirmiştir.¹²⁸⁶

Doktrinde ilkenin niteliğinin ne olduğu tartışmalı olduğu gibi, yargı kararlarında da tartışmalıdır. *Tecmed* kararında FET’in ihlali için *Mondev* kararına atıfla, kötü niyetin varlığı aranmasa da¹²⁸⁷; iyi niyet ilkesinin yansıması olarak

¹²⁸¹ Hırvatistan-Umman 2004 tarihli BIT (Croatia-Oman BIT, 2004), m. 3/2.

¹²⁸² Bkz. UNCTAD, 2012 Fair and Equitable Treatment, 22, 23.

¹²⁸³ Bahreyn-ABD 1999 tarihli BIT, m. 2(3)(a) .

¹²⁸⁴ Bkz. UNCTAD, 2012 Fair and Equitable Treatment, 23.

¹²⁸⁵ Örn. bkz. *Azurix Corp. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), para. 361.

¹²⁸⁶ 2004 tarihli ABD-Fas Serbest Ticaret Andlaşması (United States-Morocco Free Trade Agreement 2004), m. 10.5. Anlaşma çelişkili hükümler içermektedir. Çünkü, m. 10.5/2’de FET ve FPS ilkesinin, UAM ilkesinin ötesine geçmemesi gerektiği ancak; m. 15/2(a)’da, FET’in neler içerdiğini sayarak UAM’nin ötesinde bir FET tanımladığı gibi; EK 10-A m. 10.5 de ise, UAM hakkında yabancıların ekonomik hak ve çıkarlarını koruyan tüm uluslararası teamül hukuku prensiplerine atıf yapmıştır.

¹²⁸⁷ *Mondev*, award, para. 116.

görüldüğü beyan edilmiştir.¹²⁸⁸ Özellikle de ilkenin, teamüli UAM ilkesi ile aynı anlamı taşıdığını düşünen tahkim kararları pek çoktur. Mesela Rumeli kararında, mahkeme diğer bir dizi yargı kararıyla aynı görüşü paylaştığına vurguyla, FET’in teamüli UAM ilkesinden esaslı bir farkının olmadığını beyan etmiştir.¹²⁸⁹

Tahkim kararlarında ve doktrinde, FET ile beraber düzenlenen “uluslararası hukuka uygun olarak” ifadesi de genellikle UAM ilkesiyle eş anlamlı algılanmaktadır. Glamis kararında ilgili husus, NAFTA 1105. madde bağlamında tartışılmıştır. Muamelenin FET ve FPS ilkesini de içerecek şekilde uluslararası hukuka uygun olması ifadesi; NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu’nun yaptığı yorum ve taraf devletlerin uzlaşılmasına paralel olarak, teamüli UAM ilkesi ile eş görülmüştür.¹²⁹⁰ NAFTA bağlamındaki ilgili yorum, gerçek yorum bağlamında değerlendirilebileceği için kısmen farklı bir örnek olarak değerlendirilebilir. Ancak, FET’le beraber yer alan uluslararası hukuk kavramı kararlarda, teamüli UAM ilkesi ile genellikle eş anlamlı olarak görülmektedirler. Halbuki, “uluslararası hukuka uygun olarak” veya “uluslararası hukuk ilkeleri” kavramları, UAM’dan daha geniş bir kavram olup uluslararası hukukun tüm kaynaklarını içine alır şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla tahkim mercileri, yakın ifadeler içeren FET ilkesini yorumlarken ifadelerdeki metinsel farklılıklara yeterince dikkat etmemektedirler.¹²⁹¹ Ama yukarıdaki andlaşma örneklerinden de açıkça anlaşıldığı gibi düzenlenişlerdeki farklılıklar kapsamı önemli şekilde değiştirmektedir. İlkenin düzenlenişindeki çeşitlilik, incelememizin bu kısmı için zorunlu olarak metinsel düzlemde aktarılmışsa da yorum unsur ve kurallarının hepsinin davanın şartları temelinde dikkate alınması gerekliliği, hiç şüphesiz her zaman bakidir. İlgili gerçeğin kısmi bir yansıması olarak, ilkenin “uluslararası hukukun gerekleri” ile beraber düzenlenmesinin yorumlandığı Azurix kararında; sonuca hükümlerin metinsel analizi yoluyla varılsa da davanın

¹²⁸⁸ Tecmed, award, para. 153.

¹²⁸⁹ Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan, ICSID ARB/05/16, Award (29 July 2008), para. 611. Ayrıca bkz. Azurix, Award, para. 361; CMS, award, para. 284.

¹²⁹⁰ Glamis Gold, award, para. 599

¹²⁹¹ Benzer görüş için bkz. Schill, S. W. (2010). Fair and equitable treatment, the rule of law and comparative public law. Schill, S. W. (ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 151-182, 152.

şartlarının FET'in uygulanmasındaki esaslı önemini mahkemenin yadsımadığı belirtilmiştir.¹²⁹²

FET ilkesi ile bu derece özdeşleşmiş olan UAM ilkesinin, teamül hukuku kuralı olduğu ekseriyetle kabul edilmekle birlikte, içeriği belirsizdir. Konu hakkında en eski tanım 1926 tarihli “*Neer*” kararında geliştirilmiştir. Tanım; ihlal için kötü niyet, kast gibi sıkı koşulların varlığını aramıştır. *Neer* kararındaki tanıma göre yabancıya yapılacak muamelenin uluslararası sorumluluğa yol açması için; zorbaca (*outrage*), kötü niyetli, kasıtlı görev ihmali veya her makul ve tarafsız insanın yetersizliğini kolayca kabul edebileceği uluslararası standartların çok altında bir hükümet eyleminin sonucu olmalıdır.¹²⁹³ İlkenin tanım ve kapsamının belirlenmesinde; “*Neer standardı*” olarak anılan testin mi uygulanacağı, yoksa standardın tekamül mü ettiği hakkında ihtilaflar vardır.¹²⁹⁴ Kararda eşğin yüksek tutulması sebebiyle hükümetler, FET'in tanımlanmasında hala ilgili ölçütlere atıf yapmaktadır.¹²⁹⁵ *Glamis* tahkimine göre uluslararası teamül hukukunun değişmesi çok zordur. Özellikle de devletlerin istikrarlı uygulamaları belirlenebilse bile arkasında yatan niyete karar verilmesinin zor olduğu belirtilmiştir.¹²⁹⁶ *Windstream* kararı aslında belirsizliğe işaretlerle, teamül hukukunun varlığını iddia edenin ispatla yükümlü olması kuralını; UAM bağlamında, kuralın varlığının yanı sıra kapsamının içeriğine de teşmil etmiştir.¹²⁹⁷ *Mondev* tahkimine göreyse sayısı 2000’i aşmış yatırım andlaşmalarının hepsi neredeyse tekdüze FET hükmü içermekte ve büyük çoğunluğu da yine FPS muamelesi içermektedir. Devletler, dikkate değer yaygınlıkta ve defaatle muamelelere uymaya kendilerini zorlamaktadırlar. Bu türden uyumlu uygulamalar, zorunlu olarak güncel uluslararası hukukta hüküm süren yabancılara muameleyle ilgili kurallara etki edecektir.¹²⁹⁸ *ADF* tahkimi, *Mondev* kararında olduğu gibi BIT’lerin uyumlu devlet uygulamaları olması gerekçesiyle teamül

¹²⁹² Azurix, award, para. 361.

¹²⁹³ Bkz. L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports Of International Arbitral Awards, Volume IV 15, October 1926, pp.60-66, 61, 62. Kararda eşğin yüksek tutulması sebebiyle hükümetler FET'in tanımlanmasında hala ilgili standartlara atıf yapmaktadırlar. Bkz. Choudhury, B. (2005). “Evolution or devolution: Defining fair and equitable treatment in international investment law”, *Journal of World Investment & Trade*, 6(2), 297-320, 298.

¹²⁹⁴ Örn. bkz. *Glamis*, award, para. 600.

¹²⁹⁵ Bkz. Choudhury, B. (2005). “Evolution or devolution: Defining fair and equitable treatment in international investment law”, *Journal of World Investment & Trade*, 6(2), 297-320, 298.

¹²⁹⁶ *Glamis*, award, para. 600.

¹²⁹⁷ *Windstream*, Award, para. 350.

¹²⁹⁸ *Mondev*, award, para. 117. BIT’lerin teamül hukuku oluşturduğu görüşü hakkında diğer bir örnek için bkz. Pope & Talbot, Award on Damages, para. 62.

hukuku oluşturduğu görüşünden bağımsız olarak; NAFTA madde 1105/1'e atıfla teamül hukukunun (UAM standardının), zaman içinde donmuş değil gelişen bir seyir izlediğini vurgulamıştır.¹²⁹⁹

Kısacası; teamüli UAM ilkesi, açık içerikten yoksundur ve yorumlanmaya muhtaçtır. Tahkim mercileri, genellikle diğer kararlara atıflar yaparak FET standardını somutlaştırmaya çalışmakta; ancak, bunu yaparken de özerk andlaşma standardı mı olduğu yoksa teamüli bir ilke mi olduğuna bakmamaktadırlar. Mahkemeler, teamüli UAM ilkesinin içeriği ile bağımsız bir andlaşma maddesi olarak düzenlenen FET ilkesi arasında sınıfsal farklılık görmemekte, eşit olarak değerlendirmektedirler.¹³⁰⁰ FET ilkesinin yalnız başına ya da “uluslararası hukuk” kavramıyla beraber hükme bağlanabilmesi; hatta bazen “uluslararası hukukun gerektirdiğinin üstünde bir koruma”¹³⁰¹ içerecek şekilde düzenlenebilmesi gibi çeşitlilikleri, UAM ilkesi ile aynı anlama gelmediği ve bağımsız bir standart ve içeriğe sahip olduğu gerçeğini kanıtlamaktadır. Ancak FET'in, UAM ilkesi ile arasında bir bağ olsa da olmasa da ya da tamamen bağımsız düzenlense de aksi belirtilmediği müddetçe; UAM'nin, taraflara uluslararası hukuktaki kaynaklararası ilişki bağlamında teamül hukuku olarak uygulanması hali ile VAHS kapsamında ilgili yatırım andlaşmasının yorumlanmasında madde 31/3(c) kapsamında, kendisine bağlamın bir unsuru olarak başvurulması gerektiği gerçeği saklıdır.¹³⁰²

FET'in, andlaşmalara dahil edilme amaçları farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Örneğin Dolzer'e göre amaç, andlaşmalarda yatırımcılara sağlanması amaçlanan ama daha spesifik standartların boş bırakabileceği koruma seviyesini doldurmaktır. Hatta bazı andlaşmalar, hukuki istikrar temel amacıyla FET arasında doğrudan bağ kurmaktadır. Örneğin, ABD-Arjantin 1991 tarihli BIT girişinde, istikrarlı bir yapıyı sürdürmek ve ekonomik kaynakları etkili kullanmak için yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamelenin arzu edildiğini düzenlemiştir.¹³⁰³ Ama FET'in, diğer standartlara nazaran daha genel ve belirsiz olsa da, diğer tümünü gölgede bırakacak veya ikame edecek şekilde yorumlanması iyi niyete uygun bir

¹²⁹⁹ ADF, award, para. 179.

¹³⁰⁰ Schill, *a.g.e.*, 2010, 153-154. Bkz. Sempra, award, para. 302.

¹³⁰¹ Örn. bkz. ABD-Grenada 1986 tarihli BIT (United States-Grenada BIT, 1986), m. II(2).

¹³⁰² Benzer görüş için bkz. Paparinskis, *a.g.e.*, 2013, 166; Radi, *a.g.e.*, 2020, 71. Ayrıca bkz. Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, Award of the Tribunal (31 August 2018), para. 9.51.

¹³⁰³ Dolzer, *a.g.m.*, 2005 Fair and Equitable Treatment, 90.

yorum olmayacaktır. Aynı şekilde, diğer koruma standartlarının varlığını anlamsız kılarak, etkili yorum ilkesine de ters düşecektir. Özellikle de yatırımcının her hal ve şartta korunması gibi mevcut andlaşmadan bağımsız olarak, “soyut bir amaçtan” hareketle ilgili ilkeye yönelen bir faaliyet; yorumun konusu olan “somut andlaşmayı yorumlamak” olmayacağı gibi, tahkim mercilerinin bizatihi kendileri tarafından somut yatırım andlaşması dışında yatırımcılara hak tesis edilmesi manasına gelecektir.

4.6.3.3. FET ilkesinin tanımının ve kapsamına dahil olan unsurların yorumlanması

4.6.3.3.1.Tanımın yorumlanması

FET ilkesi, UAM ve uluslararası hukukla olan bağı haricinde; başka açılardan da farklı düzenlemelere konu olmaktadır. Bazı andlaşmalarda yalnız girişte yer almakta, bazı andlaşmalarda ise madde hükmü olarak emredici veya emredici olmayan şekillerde düzenlenmektedir. Yine bazı hallerde diğer ilkelerle beraber anılırken, bazı hallerde bağımsız olarak yer almaktadır. Yatırım andlaşmalarının çoğunda ilke yer almakla birlikte, istisnai durumlara da rastlanmaktadır.¹³⁰⁴

Adil ve hakkaniyetli muamele kavramının, andlaşmalarda çok farklı düzenlenmesi ile tanımlanmamasının sebep olduğu boşluk; yatırımcıların ve hükümetlerin, kavramın açık kapsamı hakkında zıt görüşler ileri sürmelerine imkan sağlamaktadır. Hükümetler, kavramın dar yorumlanması gerektiğini; yatırımcılar, geniş açıdan ele alınması gerektiğini iddia etmektedir. Choudhury, devlet-yatırımcı arasında süregiden FET’in tanımlanmasına dair dar ve geniş yorum çekişmesini, durağan olduğu mu yoksa geliştiği mi noktasında özetlemektedir. Buna göre yatırımcılar, FET’in tanımının dinamik; ev sahibi devletler ise tarihi anlamıyla tanımlanabilecek durağan bir kavram olduğu hakkında ısrarcı davranmaktadırlar.¹³⁰⁵

Aynı yorum farklılıkları hiç şüphesiz, tahkim kararlarına daha fazlasıyla yansımaktadır. Daha önce değinildiği üzere, ihtilaflar en çok UAM ile bağı noktasında vuku bulmakta, ilgili soruna ayrıca yorum yöntemlerinin farklı farklı uygulanmaları eklenmektedir. Mesela tahkim mercileri bazı kararlarda, FET standardının NAFTA kapsamında hakim olan teamüli UAM ilkesi ile eşit manaya

¹³⁰⁴ Gürsu, *a.g.e.*, 2018, 99-102.

¹³⁰⁵ Choudhury, *a.g.m*, 2005, 297.

gelmediğini belirtmek maksadı ile olağan anlamına vurgu yapmışlardır.¹³⁰⁶ *Suez* kararında “uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak” ifadesini birebir olağan anlamıyla değerlendirmiş; UAM ilkesi ile sınırlı görmeyerek, uluslararası hukukun bütün kaynaklarından doğan hukuki ilkeler olarak kabul etmiştir.¹³⁰⁷ *Siemens* kararında ise uyuşmazlık konusu andlaşmada uluslararası hukuk ve UAM’ye atıf yapılmamış olmasına rağmen mahkeme kendini; terimlerin anlamını, uluslararası hukuk gereğince olağan anlamı, uluslararası hukukun gelişimi ve ilgili bağlamı dikkate alarak bulmakla yükümlü görmüştür.¹³⁰⁸

İlkenin anlamı ve kapsamı tayin edilirken, ilkeyi oluşturan kavramların sözlük anlamına başvurma, yatırım tahkiminde sıklıkla başvurulmuş bir yöntemdir. Ancak salt lafzi yorum metodunun kullanılmasının sakıncaları, bazı kararlarda ev sahibi devlete uygun ve gerçekçi olmayan yükümlülükler getireceğinden bahisle eleştirilmiştir.¹³⁰⁹ Nitekim *MTD* kararında, ilkenin sözlük karşılığının tespitinden sonra, andlaşmanın konu ve amacına değinilerek; ilke, yatırımların korunmasının teşvikine yol açacak şekilde “tarafsız (*even-handed*)” muamele kavramı ile açıklanmıştır.¹³¹⁰ Bazı kararlarda ise önceki tahkim kararlarının, kavramın kapsamına yönelik yorumları aynen benimsenmektedir.¹³¹¹ Bazılarında ise önceki kararlar eleştirilmektedir. Örneğin, *Parkerings* kararında FET’in mahkemeler tarafından geniş yorumlandığı, sonuç olarak da “adil (*fair*)” ve “makul (*reasonable*)” kelimelerinin yorum farklılıklarının belirsizleştiği belirtilmiştir.¹³¹² NAFTA dışındaki mahkemelerin, uluslararası hukuka atıf yapmayan andlaşmalarda yer alan hükümleri sıklıkla bağımsız bir şekilde, yorum kurallarına ve uluslararası hukuka dayanarak daha geniş yorumladıkları söylenmektedir.¹³¹³ Örneğin *Tecmed* kararında, ilgili ilkenin yer aldığı madde metni dikkate alınarak, olağan anlamı veya uluslararası hukuk ve iyi niyet ilkesine göre bağımsız bir yorumla andlaşmada öngörülen yükümlülükler ve bunlara riayete dair faaliyetler temelinde değerlendirildiği ifade edilmiştir.¹³¹⁴

¹³⁰⁶ Reinisch, *a.g.e.*, 2015, 381.

¹³⁰⁷ *Suez*, Decision on Liability, para. 185.

¹³⁰⁸ *Siemens*, Award, para. 291.

¹³⁰⁹ Örn. bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 304.

¹³¹⁰ *MTD*, Award, para. 113.

¹³¹¹ Bkz. *Tecmed* kararına atıfla *MTD*, Award, para. 114; *Tecmed*, award, para. 154. Ayrıca bkz. *Waste Management*, award, para. 98.

¹³¹² *Parkerings*, Award, para. 277.

¹³¹³ *Small*, *a.g.e.*, 2008, 115.

¹³¹⁴ *Tecmed*, Award, para. 155.

4.6.3.3.2. Kapsamı belirlemeye yönelik unsurların yorumlanması

FET standardının ana amacının, ev sahibi devletin tedbirlerine karşı asgari bir hukuki korumayı sağlamak olduğu geniş bir şekilde kabul edilmekle birlikte, korumanın açık içeriğinin belirsizliği sebebiyle; geniş ve belirsiz standartların yorumlanmasında, temellerini dikkate almak yararlıdır. Tahkim mercileri ve yorumcular, FET'in kapsamı altındaki kavramlar hakkında çeşitli görüşler öne sürmektedir. Bir kısmı bunların kökenini iyi niyet ilkesine, bir kısmı teamüli UAM ilkesine, bir kısmı hukukun genel ilkelerine, bir kısmı ise genel veya spesifik olarak *rule of law*' a dayandırmaktadır.¹³¹⁵ Fakat, ilke her şeyden önce hukuki bir standarttır.¹³¹⁶ Hakemlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu farz edilen “*ex aequo et bono*” kapsamında verilen yetki ile karıştırılmamalıdır.¹³¹⁷

Yatırım tahkiminde ve doktrinde, standardın hukuki kapsam ve sınırlarının aydınlatılması noktasında pek çok unsura sahip olduğu ifade edilmektedir.¹³¹⁸ Mahkemeler önlerindeki konuyu analiz ederken, yol gösterebilmek için standarda dahil edilebilecek bazı tipik yükümlülüklerin yanı sıra standardı ihlal edecek davranış türlerini belirlemeye çalışmışlardır.¹³¹⁹ Bunlar tahdidi olmamakla birlikte, temel olarak; şeffaflık, istikrar, meşru beklenti, adaletten imtina edilmemesi ve hukuka uygun süreç (*due process*), keyfi ve ayrımcı muamele yasağı ile iyi niyettir.¹³²⁰ İlgili unsurların incelenmesi FET'in ihlaline karar verilirken mahkemeler tarafından başvuru kriterleri hükmündedir. FET standardının yorum unsurları arasındaki şeffaflık, istikrar ve meşru beklenti; teamül hukuku içinde yeteri kadar temellendirilmemiş fakat genel ilkelerden ve tahkim kararlarının yinelenmesinden kaynaklanan unsurlardır. FET ilkesinin içtihatlarla hala gelişmeye devam etmesi sebebiyle unsurları hakkında kesin bir liste vermek için erkendir.¹³²¹ OECD'nin 2004 yılı raporundaki değerlendirmeye göre, FET'in kesin bir yorumunu bu aşamada

¹³¹⁵ Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 295.

¹³¹⁶ Schill, *a.g.e.*, 2010, 151.

¹³¹⁷ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, award (31 July 2007), para. 370.

¹³¹⁸ Benzer görüş için bkz. Gürsu, *a.g.e.*, 2018, 54.

¹³¹⁹ Total, Decision on Liability, para. 109.

¹³²⁰ Muamelenin kapsamında yer alan unsurlar çalışmalarda daha da artırılabilir. Örneğin bazı yazarlar, cebir ve tacizden uzak olmayı da konuya dahil etmiştir. Bkz. Gürsu, *a.g.e.*, 2018, 91-93. Ayrıca bkz. Walde, T., Kolo, A. (2008). Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties. Reinisch, A. (Ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 205-244, 236. Konuya dair dava örnekleri için örn. bkz. BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, award (24 December 2007), para. 349; Siemens, award, para. 306.

¹³²¹ Small, Reinisch, *a.g.e.*, 2008, 130.

ortaya koymak uygun değildir. Onu uygulayan ve normatif içeriğinin unsurlarını tanımlayan içtihatlar nispeten yenidir. Tek tip değildir ve bu nedenle kesin bir listeye izin vermez.¹³²²

FET kapsamındaki unsurlar, aslında birbirinden ayrılmaya çok da müsait olamayan iç içe geçmiş unsurlar gibidir. Tahkim kararlarından bir örnek verirse konuyu daha iyi yansıtabiliriz. *Tecmed* kararında ve ona atıfla *MTD* kararında, “yabancı yatırımcının, ev sahibi devletin idaresinden; istikrarlı, belirsizlikten uzak ve ilişkilerde tamamen şeffaf davranmasını beklediği; ayrıca ev sahibi devletin istikrarlı hareket etmesini bekleme bağlamında; örneğin, keyfi davranmamaya ilişkin devlet tarafından önceden verilen kararların veya izinlerin keyfi olarak iptal edilmemesi” örneği, unsurlar arasındaki sıkı bağları net bir şekilde ortaya koymaktadır.¹³²³ Standardın belirsiz niteliği sebebiyle kapsamının açıklığa kavuşturulması ancak FET’i oluşturan unsurların sırasıyla incelenmesi suretiyle mümkün olduğundan, bunların tahkim kararlarında nasıl yorumlandığının incelenmesine yöntem olarak başvurulmuştur.

Belirtildiği gibi ilke, pek çok unsurdan müteşekkildir. *Glamis* tahkiminin ifadesiyle FET standardı bir ilkeler evrenidir.¹³²⁴ Mesela, *Rumeli* kararında FET’in kapsadığı ilkeler; devletin şeffaf davranması; iyi niyetle hareket etmesi; keyfi, büyük ölçüde haksız, adaletsiz, kendine özgü (*idiosyncratic*), ayrımcı veya hukuki süreçlere riayette eksik davranmaması gerektiği, prosedürel uygunluğa ve hukuki sürece saygı göstermesi gerektiği ve son olarak da yatırımcının meşru ve makul beklentisinin korunması gerektiği şeklinde sayılmıştır.¹³²⁵ Mahkeme tüm ilkeleri sıraladıktan sonra, FET kavramının açıkça tanımlanmadığını vurgulayarak doktrine atıfla; standardın genel çıkış noktasının ayrımcı ve diğer adaletsiz tedbirler yoluyla yabancı yatırımcının çıkarlarına karşı iyi davranılmaması olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla da içeriğindeki spesifik olguların yorumuna bağlı olan bir kavramdır.¹³²⁶ Diğer pek çok tahkim kararı, misal verdiğimiz *Rumeli* kararında sayılan unsurları; daha az veya daha çok olmakla birlikte, birbirine yakın şekilde sıralamaktadır.¹³²⁷ Unsurlar

¹³²² OECD, 2004 Fair and Equitable Treatment, 40.

¹³²³ Bkz. *Tecmed*, award, para. 154; *MTD*, award, para. 114. Ayrıca bkz. *Waste Management*, award, para. 98.

¹³²⁴ Bkz. *Glamis Gold*, award, para. 605.

¹³²⁵ *Rumeli*, award, para. 609.

¹³²⁶ *Rumeli*, award, para. 610.

¹³²⁷ Örn. bkz. *Glamis Gold*, award, para. 605.

hususunda ekseriyetle öne çıkan nokta ise davanın vaka ve şartları hep saklı tutularak, bu temelde yorumlanması gerekliliğine dair açıklamalardır.¹³²⁸

Şeffaflık ve istikrar

Şeffaflık ve istikrar; FET'in kapsamı içine girip girmedikleri tartışmalı olan unsurlardan olarak görülmektedir.¹³²⁹ Ev sahibi devletin, yatırımcıya şeffaf bir şekilde davranma hakkındaki noksanlıkları FET yükümlülüğünün ihlali neticesine yol açabilir. UNCTAD'a göre şeffaflığın, FET ile örtüşen iki yönü vardır. Birincisi, yatırımcıya hukuk kuralları ve düzenlemeler dayatılacaksa adaletin öncelikle bilgilendirmeyi gerektirmesidir. Dolayısıyla şeffaflık FET'in içinde zaten saklıdır. İkincisi ise, yatırımcının bir muamelenin adil ve hakkaniyetli olup olmadığına karar vermesi için ilgili kuralın açık olması gerekliliğidir.¹³³⁰

Şeffaflık, genellikle iyi yönetişimin önemli bir unsuru olarak görülmektedir. Ayrıca, yatırımcı cephesinden bakıldığında; uygulanabilir hukuk kurallarını bilmesi, etkili yatırım kararları alması için ve yatırımcının meşru beklentisinin oluşması açısından çok önemlidir.¹³³¹ Bu sebeple şeffaflık, meşru beklentiyle sıkı ilişkilidir. Unsur, yatırımcıyla ilgili hukuki, yargısal ve idari kararların kendisi tarafından ulaşılabilir olmasını gerektirir. Temel amacı; yatırımcının, fiillerin ve yönetimin tabiatının hukuki olup olmadığına ilişkin belli bir zamanda, belli bir yerde uygulanacak kurallar hakkında hiçbir şüpheye düşmemesi ve sonuç olarak hukuki kesinliği garanti etmektir. Ev sahibi devlet, şeffaf ve açık muamelede bulunmalı; hukuk kurallarının istikrarsızlıklarının ve farklı yorumlamaların arkasına sığınmamalıdır. Yatırımcı, adaletsiz sürprizlerle karşı karşıya kalmamalıdır.¹³³² Meşru beklenti aynı zamanda istikrarlı, dolayısıyla güvenli bir hukuki düzenle sıkı ilişkilidir. *Merril & Ring* kararına göre iyi niyet ilkesinin, güvenli hukuki çevre ve belki de şeffaflıkla yakın bir bağı vardır.¹³³³

Kararlarda, yatırımcının meşru beklentisi ve yatırıma karar vermesinde şeffaflık ve istikrara sıklıkla vurgu yapılmasının sebebi, yatırımcıların çok büyük

¹³²⁸ UNCTAD, 2012 Fair And Equitable Treatment, 62.

¹³²⁹ Bkz. UNCTAD, 2012 Fair And Equitable Treatment, 63.

¹³³⁰ UNCTAD. (1999). *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III). United Nations Publication, 51.

¹³³¹ Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 260.

¹³³² Walde, Kolo, *a.g.e.*, 2008, 235.

¹³³³ *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, award (31 March 2010), para. 187.

meblağlarla yatırım yapmaları ve bu sebeple yüksek risklerle karşı karşıya olmalarıdır. İlgili gerçeğe temas eden *Tecmed* kararında, yatırım faaliyetlerini kolaylaştırmak için ve dolayısıyla, bir yatırıma karar vermek için; bir dizi şeffaf, istikrarlı ve öngörülebilir kural ve etkili uyumsuzluk çözüm prosedürleri içeren elverişli düzenleyici politika koşulları gerekliliğinin, belirleyici bir faktör olduğu vurgulanmıştır.¹³³⁴ Bu nedenle, özellikle yatırım andlaşmalarının konu ve amacı bağlamında, yabancı yatırımların teşviki için şeffaflık ve istikrar zaruri görünmektedir. *CMS* kararının değerlendirmesiyle: İstikrarlı bir hukuk ve iş çevresi FET'in olmazsa olmaz unsurudur.¹³³⁵ Pek çok kararda belirtildiği üzere, FET'in anahtar unsurlarından biri yatırım için istikrarlı bir yapı gerekliliğidir.¹³³⁶ Bu itibarla *LG&E* tahkimi, unsuru FET'in yeni bir ilkesi olarak yorumlamıştır.¹³³⁷

GAMI kararının ifadesiyle; NAFTA tahkimlerinin, yabancı bir yatırımcının yatırım kararından önceki yasaları, düzenlemeleri tartma/değerlendirme yetkisi yoktur.¹³³⁸ Ancak yabancı yatırımcının, yatırımı elde ettiği anda yürürlükte olan ev sahibi devletin hukuku, FET bağlamında çok önemlidir. Çünkü FET korumasının kaynağını oluşturur ve kapsamını tayin etmeye yardımcı olur. Ayrıca yatırımcının gelecekte dayanak olarak gösterebileceği hukuki düzenlemeler niteliğini taşır.¹³³⁹ *PSEG* tahkimine göre; istikrar, hukukun yorumu ve uygulanmasında olduğu gibi durmadan sürekli değiştiği bir durumda var olamaz¹³⁴⁰ ve elbette hiçbir yatırımcı, mantık çerçevesinde yatırım yaptığı zamandaki şartların hiç değişmeyeceğini bekleyemez.¹³⁴¹ Bu anlamda FET, “istikrar kaydı” olarak anlaşılmamalıdır. Devletin düzenleme yapma hakkını ortadan kaldırmaz. Fakat, yatırımları çekmek için gereken takdir ve düzenleme hakkını daraltır.¹³⁴² Ancak istikrarın gerekliliği, hukuk sisteminin dondurulması ve devletin düzenleme gücünün kaybolması anlamına

¹³³⁴ Wolf, S . (2011). The Regulation of Foreign Direct Investment under Selected WTO Agreements – Is there still a Case for a Multilateral Agreement on Investment? Tietje, C. (Ed.). *International Investment, Protection and Arbitration: Theoretical and Practical Perspectives*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 71-106, 71.

¹³³⁵ Bkz. *CMS*, award, para. 274.

¹³³⁶ Örn. bkz. *CMS*, award, para. 274-276; *Enron*, award, para. 260; *LG&E*, decision on liability, para. 124.

¹³³⁷ Bkz. *LG&E*, decision on liability, para. 125.

¹³³⁸ *GAMI*, award, para. 93.

¹³³⁹ Dolzer, a.g.m, 2005 Fair and Equitable Treatment, 100, 103.

¹³⁴⁰ *PSEG*, award, para. 254

¹³⁴¹ *PSEG*, award, para. 255.

¹³⁴² Dolzer, a.g.m, 2005 Fair and Equitable Treatment, 105.

gelmez.¹³⁴³ Çünkü, hukuki çerçeve her zaman değişebilir ve değişen şartlara uyum sağlayabilir.¹³⁴⁴ Ama yatırım kararı, yatırımın yapıldığı tarihteki kanuni durumun ve iş ortamının bütünlüğünün bir değerlendirmesine dayandığından; yatırımcı, ev sahibi devletin müteakip muamelelerinin adil ve hakkaniyetli olmasını bekleyebilir.¹³⁴⁵

Dolzer'e göre yabancı yatırım hukukunun iki temel direği vardır: (1) ev sahibi devletin ekonomik bağımsızlığına saygı ve (2) yatırımcının meşru beklentisinin korunması.¹³⁴⁶ Fakat istikrarlı muamele, yatırımcıyı; devletin aldığı kararların zıddını belirlemesine, devlet organların istikrarsız hareketlerine ve keyfi hukuk değiştirmelerine karşı bir koruma öngörse de korumanın kapsam ve sınırları belirsizdir.¹³⁴⁷

Meşru beklenti

Muhtelif tahkim kararlarında meşru beklenti kavramı, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesini tanımlamak için kullanılmaktadır.¹³⁴⁸ *Tecmed* kararında adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi tanımlanırken, yatırım yapmak için yabancı yatırımcı tarafından dikkate alınan temel beklentileri etkilememesi hususuna değinilmiştir.¹³⁴⁹ *Saluka* kararında ise yatırımcının meşru beklentisi, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi ile sıkı ilişkili ve onun baskın unsuru olarak değerlendirilmiştir.¹³⁵⁰ Meşru beklentinin kapsamı geniş bir şekilde *Tecmed* kararında ifade edilmiştir. Kararda; öngörülebilirlik, böylece yatırım politikaları ve kurallara uymak için devletin istikrarlı, ilişkilerinde tamamen şeffaf, belirsizlikten uzak davranması ile keyfi olarak önceki karar ve izinleri değiştirmemesi meşru beklenti tanımı kapsamında sayılarak; diğer bazı kararlarda da bahsedildiği gibi, uluslararası hukukta iyi niyet ilkesinin gereği olarak açıklanmıştır.¹³⁵¹ Meşru beklenti kavramı artık sadece FET'in tanımlanmasındaki unsurlardan biri olmaktan çıkmış gibidir. Bunun da ötesinde pek çok davada ve artan bir şekilde, FET'in tanımlanmasında yatırımcının meşru

¹³⁴³ Enron, award, para. 261.

¹³⁴⁴ CMS, award, para. 277.

¹³⁴⁵ PSEG, award, para. 255; *Saluka*, Partial Award, para. 301, 305.

¹³⁴⁶ Dolzer, a.g.m, 2005 Fair and Equitable Treatment, 106.

¹³⁴⁷ Schreuer, a.g.m., 2005, 386.

¹³⁴⁸ Lorz, a.g.e., 2013, 487 dipnot 16. Örn. bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 301, 302.

¹³⁴⁹ *Tecmed*, award, para. 154.

¹³⁵⁰ *Saluka*, Partial Award, para. 302.

¹³⁵¹ *Tecmed*, award, para. 154.

beklentisine merkezi rol biçilmekte ve iyi niyet yükümlülüğünden kaynaklandığı ısrarla vurgulanmaktadır.¹³⁵²

Yatırım hukukundaki tüm kavram ve standartlar gibi yatırımcının meşru beklentisinin tanımı, kapsam ve sınırları tartışmalıdır. Tahkim kararlarında dar ve geniş yorumlara konu olmaktadır. *Duke Energy* kararında, sınırları bağlamında konunun önemi vurgulanarak; yatırımcının beklentisinin korunması için yatırımın yapıldığı sırada, makul ve meşru olması gerektiği belirtilmiştir.¹³⁵³ Makulluk ve meşruiyet değerlendirilirken davanın tüm şartları nazara alınmalıdır. Şartlar kapsamında sadece yatırımı çevreleyen değil; aynı zamanda politik, sosyo-ekonomik, ev sahibi devlette hüküm süren kültürel ve tarihi koşullar da değerlendirilmelidir. Beklentiler, devletin yatırımcıya sunduğu koşullardan kaynaklanmalıdır. Ayrıca yatırım yapmaya karar verirken, onlara güvenmiş olmalıdır.¹³⁵⁴ Yatırımcının ev sahibi devlette daha önce yaşamış olduğu tecrübeler de dikkate alınmalıdır.¹³⁵⁵

Unsur ile ilgili önemli bir diğer sorun ekonomik kriz, sosyal kargaşa ve diğer olağanüstü hallerde yatırımcının meşru beklentisinden söz edilip edilemeyeceği veya edilecekse kapsamının nasıl tayin edileceğidir. Tahkim mercileri meşru beklenti kavramını değerlendirirken, ekonomik kriz gibi ev sahibi devletin ekonomik durumlarını dikkate almaktadırlar.¹³⁵⁶ Örneğin, *El paso* kararına göre, son derece şiddetli bir ekonomik kriz karşısında hukuki çerçevenin değişmeden kalmasına dair hiç kimsenin meşru bir beklentisi olamaz. İstisnası ise yatırımcıya spesifik bir taahhütte bulunulması veya hukuki çerçevede toptan bir değişiklik yapılmasıdır.¹³⁵⁷ *National Grid* kararında ise mahkeme, Arjantin'in muamelesinin FET'in ihlaline yol açtığı konusunda şüphe duymasa da davanın tüm şartları dahilinde, ekonomik kriz

¹³⁵² Örn. bkz. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011), para. 348. Saluka kararında meşru beklenti FET'e sıkıca bağlı baskın bir unsur olarak nitelenmiştir. Bkz. Saluka, partial award, para. 302.

¹³⁵³ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, award (18 August 2008), para. 340. Ayrıca bkz. Tecmed, award, para. 154; Occidental, Award, para. 185; LG&E, Decision on Liability, para. 127.

¹³⁵⁴ Ayrıca bkz. *Southern Pacific Properties (Middle East) and Southern Pacific Properties Ltd v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992), para. 82; LG&E Decision on Liability, para. 127-130; Tecmed, award, para. 154; Duke Energy, award, para. 340.

¹³⁵⁵ Bkz. Bayındır, award, para. 193.

¹³⁵⁶ Örn. bkz. *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award (6 July 2001), para. 65, 70, 75; LG&E, Decision on Liability, para. 139. Ayrıca bkz. Kriebaum, *a.g.e.*, 2013, 335-338.

¹³⁵⁷ *El Paso*, award, para. 374.

şartlarını dikkate alarak sorumluluğuna hükmetmemiştir. Çünkü, normal koşullarda adaletsiz ve hakkaniyetsiz olan şey, ekonomik ve sosyal kriz durumunda böyle olmayabilir. Yatırımcı tamamen durumlardan izole edilmemiş olabilir.¹³⁵⁸

Sosyal karışıklık halinde de yatırımcının meşru beklentisi hakkında sınırlamalara gidilebilmektedir. Örneğin, *Toto* tahkimi, yatırımcının sosyal karışıklıkların yaşandığı bir ortamda, yargının düzgün işleyişini beklememesi gerektiğini¹³⁵⁹; ayrıca Lübnan'da savaş sonrası durumda, önemli ekonomik zorluklar ve devasa yeniden inşa çabalarının, gümrük vergilerinin değişmeyeceğine dair meşru beklentiyi gerekçelendiremeyeceğini *Parkerings* kararına atıfla beyan etmiştir.¹³⁶⁰ Aksine, olası yasal ve siyasi istikrarsızlığa rağmen yatırımcının yatırım yapmak için iş riski almış olduğu kabul edilir. Bir devletteki geçiş döneminde yatırım ortamının istikrarı hakkında meşru beklenti korunmamaktadır.¹³⁶¹ Ancak *Pantechniki* davasında, tam koruma ve güvenlik ilkesi ile de bağlantılı olarak farklı bir karar verilmiştir. Mahkeme, yaygın iç savaş durumunda yatırımcının uğradığı zararları telafi hakkındaki uyuşmazlıkta, adaletten imtina ile şiddete karşı koruma arasında ayrımı gitmiştir. Adaletten imtinayı mutlak bir eşik olarak görerek, gelişmişlik seviyesinden etkilenmeyeceğini ancak; fiziki korumanın devletin kaynaklarıyla alakalı olduğuna dikkat çekmiştir.¹³⁶²

Artık eskisine kıyasla kararlarda, FET'in ihlali daha sıkı koşullara bağlanmaya başlamıştır. Keyfi olarak hukuki düzenlemeleri değiştirerek yatırımcıların meşru beklentisini boşa çıkarmama anlayışı değişmektedir. Mahkemeler istikrar koşulunun mutlak olmadığını, devletin bir egemen güç olarak düzenleme ve değişen koşullara hukuk sistemlerini uyarlama hakkını kullanmasının etkilenmeyeceği yönündeki görüşlerini artan bir şekilde vurgulamaktadırlar.¹³⁶³ *MCI* tahkimine göre, FET kapsamında yatırımcının beklentisi ve iyi niyet, BIT'e uygun olarak, meşru bir amaçla eşleşmelidir. Bir yabancı yatırımcıya sağlanan uygun muamele beklentilerinin meşruiyeti, yalnızca tarafların niyetine değil, uygulanabilir

¹³⁵⁸ National Grid, Decision on Jurisdiction, para. 180.

¹³⁵⁹ Toto, Decision on Jurisdiction, para. 139–144. Ayrıca bkz. Kriebaum, *a.g.e.*, 2013, 337.

¹³⁶⁰ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (7 June 2012), para. 245.

¹³⁶¹ Bkz. *Parkerings*, award, para. 335, 336. Ayrıca bkz. Bayındır, award, para. 192–195, 197–199.

¹³⁶² *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award (30 July 2009), para. 82.

¹³⁶³ Schreuer, *a.g.e.*, 2015, 1906.

yükümlülüklerin içeriğine ilişkin kesinliğe de bağlıdır.¹³⁶⁴ Dolzer'e göre hukuk; yabancı yatırımcının beklentilerini korurken, bunu yalnızca söz konusu beklentilerin, ev sahibi devlet tarafından bölgesel egemenlik ve ekonomik kendi kaderini tayin etme ilkelerine uygun olarak belirlenen ev sahibi devletin yasal düzenine dayandırıldığı ölçüde yapar.¹³⁶⁵

Yatırımcının beklentisinin oluşmasında; yatırımı yaptıkları zamandaki hukuki çerçeve, şartlar, yatırımcının o zamanda bildiği ve bilmesi gerektiği şeyler esas alınır. Tahkim kararlarında, devletin düzenleme hakkı kapsamında; yatırımcının gelecekte kendini hukuki bakımdan etkileyecek potansiyel değişiklikleri araştırma yükümlülüğüne değinilmektedir.¹³⁶⁶ Örneğin *Philip Morris* kararında, yatırım zamanı hüküm süren ve gelecekte makul olarak beklenen sosyal ve ekonomik şartlardaki değişiklikler ışığında muhtemel hukuki değişiklikleri araştırma yükümüne dikkat çekmiştir.¹³⁶⁷ Dolayısıyla, yatırımcının meşru beklentisi sınırsız bir şekilde korunmamaktadır. Devletin değişen şartlara ayak uydurmak maksadıyla hak ve yükümlülükleri kapsamında aldığı düzenleyici tedbirlerle dengelenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Fakat devlet tedbirlerinde; ölçülülük, ayrımcılık yasağı ve karşı çıkarların göreceli ağırlığı göz önünde bulundurulmalıdır.¹³⁶⁸ Özetle; bir muamelenin adil ve hakkaniyetli olmadığına karar verilirken, münhasıran yatırımcının şahsi istek ve düşüncelerine göre karar verilemez. Beklentilerin korunması için şartlar ışığında, meşru ve makul bir seviyede olmalıdır. Bu manada hiçbir yatırımcı, makul olarak yatırımın yapıldığı şartların hiç değişmeden kalmasını beklememelidir.¹³⁶⁹

Yatırımcının donmuş bir hukuki düzen beklememesi gerekliliğine rağmen; tahkim mercileri bazı hallerde, hukuki düzenleme ve değişiklikleri FET'in ihlali kapsamında görebilmektedirler.¹³⁷⁰ Mesela *Charanne* tahkimi; makul, ölçülü olmayan ve kamu yararına aykırı bulduğu devletin düzenleme değişikliği karşısında,

¹³⁶⁴ M.C.I. power, award, para. 278.

¹³⁶⁵ Dolzer, a.g.m, 2005 Fair and Equitable Treatment, 103.

¹³⁶⁶ Radi, a.g.e., 2020, 93. Örn. bkz. Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, award (16 May 2018), para. 494.

¹³⁶⁷ Bkz. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), award (8 July 2016), para. 427.

¹³⁶⁸ Bkz. Walde, Kolo, a.g.e., 2008, 235.

¹³⁶⁹ Saluka, Partial Award, para. 304. Ayrıca bkz. BG Group, award, para. 295-299, 305.

¹³⁷⁰ Radi, a.g.e., 2020, 92.

yatırımcının meşru beklentisini korumuştur.¹³⁷¹ Dolayısıyla, ihlalin varlığına hükmetmek için yatırımcının meşru beklentisi ile devletin meşru düzenlemeye dair çıkarının tartılması gerekir.¹³⁷² *LG&E* kararında da yatırım ile düzenleme hakkı arasında denge yaklaşımı takip edilmiştir.¹³⁷³ *S.D. Myers* kararına göre FET yükümlülüğünün ihlalinin belirlenmesi, uluslararası hukukun genel olarak genişlettiği ulusal makamların meseleleri kendi sınırları içinde düzenleme haklarına riayete dair yüksek tedbirlere göre yapılmalıdır.¹³⁷⁴ Yani, FET kavramı sadece yatırımcının beklentilerini değil; aynı zamanda ev sahibi devletin kamu yararı gibi meşru çıkarlarını, düzenleme hakkını ve sosyal, ekonomik, tarihi vb. şartlarını da dikkate almayı gerektirir. Özellikle, gelişmekte olan devletler bağlamında kamu yararının önemi daha çok ön planda olacaktır. O zaman, FET ilkesi kapsamında ev sahibi devletin çıkarı ve yatırımcının beklentisi arasında denge sağlanması gerekliliği anahtar unsurdur denilebilir. Ancak tabii ki, bu halde de her iki taraf açısından iyi niyet ilkesi önemlidir ve devletin kamu yararını bahane ederek keyfi ve ayrımcı şekilde davranmaması gerekir.¹³⁷⁵ Güncel bir gelişme olarak COVID bağlamında konuyu değerlendirdiğimizde; UNCTAD, yatırım andlaşmalarının reforme edilmesinin yanı sıra, devletlerin pandemik politik tedbirleri ayrımcı olmayacak bir şekilde ve iyi niyetle; açık niyetlerini ve zaman dilimini belirtir bir şekilde almalarını tavsiye ederek¹³⁷⁶, bir yandan da şeffaflığa işaret etmiştir.

Keyfi ve/veya ayrımcı muamelede bulunmama

BIT’lerde keyfiliğe veya ayrımcılığa karşı koruma, aynı zamanda bağımsız bir standart olarak da yer alabilmektedir. Yani, bağımsız bir şekilde ya da FET, FPS ilkesi gibi ilkelerle birlikte aynı madde ve paragraflarda da düzenlenebilmektedir. Örneğin, *Avusturya-Hong Kong 1996 tarihli BIT*’te¹³⁷⁷, yine *Enerji Şartı*nda; makul olmayan ve ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme şeklinde FPS ve FET’le birlikte aynı maddede düzenlenmiştir.¹³⁷⁸ Bazı kararlarda keyfiliğe ve ayrımcılığa ilişkin standart,

¹³⁷¹ Bkz. *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award (21 January 2016), para. 514, 517.

¹³⁷² *Charanne*, Final Award, para. 305, 306.

¹³⁷³ Bkz. *LG&E*, Decision on Liability.

¹³⁷⁴ *S.D. Myers*, First Partial Award, para. 263; *Saluka*, Partial Award, para. 305.

¹³⁷⁵ Benzer görüş için bkz. UNCTAD, 2012 Fair And Equitable Treatment, 77.

¹³⁷⁶ UNCTAD, May 2020, 12.

¹³⁷⁷ *Avusturya- Hong Kong, Çin SAR 1996 Tarihli BIT* (Austria - Hong Kong, China SAR BIT, 1996), m. 2.

¹³⁷⁸ *Enerji Şartı*, m. 10/1.

FET standardının bir parçası olarak görülmekte ise de o derece büyük bir çoğunluk iki standardı ayrı ayrı ele almakta¹³⁷⁹ ve ayrı ayrı tanımlamaktadır.¹³⁸⁰ Ama standartların ayrı olmaları bazı durumlarda örtüşebileceği ve sıkı ilişkili oldukları gerçeğini değiştirmez.¹³⁸¹ Örneğin CMS kararında, ayrımcılık ve keyfilığe karşı koruma standardının adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi ile ilişkili olduğu ve her türlü tedbirin, ilgili muamelenin hilafına kendi içinde ayrımcılık ve keyfilik içerebileceği belirtilmiştir.¹³⁸²

İki ilkenin bağlantılı olmasının da ötesine geçildiğinde; keyfi ve ayrımcı şekilde davranmama, aynı zamanda FET standardının bir unsuru olarak doktrin ve içtihatlarla kabul edilmektedir. Bazı BIT’lerde de FET’in kapsamını aydınlatma bağlamında ek maddi içerik olarak FET’le beraber hükme bağlanmaktadır.¹³⁸³ FET, subjektif ve ciddi şekilde olgusal bağlamla ilgilidir. Ayrımcılığın ve keyfilğin şartlar çerçevesinde adaletsiz veya hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabileceği hallerde, standarttan yararlanan yatırımcıyı koruyacaktır.¹³⁸⁴ Muamelenin ayrımcılık içermemesi gerektiği açıkça belirtilmese dahi tedbirin ayrımcılık içermesi halinde, keyfi olacağı kendi içinde saklıdır.¹³⁸⁵ Örneğin, *Lauder* tahkimi FET’in keyfi ve ayrımcı fiillerle ihlal edilebileceğini özellikle vurgulamıştır.¹³⁸⁶ Yargı kararlarında genel yaklaşım, kötü niyet ya da kast içermese bile keyfi ve ayrımcı muamelenin FET’in ihlali sonucunu doğurduğuna yöneliktir.¹³⁸⁷ Ancak kötü niyetin varlığını bir şart olarak görüp, dar bir yorumla unsuru tanımlayan kararlar da vardır.¹³⁸⁸ Devletlerin genellikle ayrımcı ve keyfi bir muamelede bulunurken kamu yararını koruma gerekçesinin arkasına sığındıkları söylenmektedir.¹³⁸⁹

¹³⁷⁹ Kriebaum, U. (2015). Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (eds.). *International Investment Law*, Nomos, 790-806, 797.

¹³⁸⁰ Örn. bkz. *Plama*, award, para. 183, 184.

¹³⁸¹ Kriebaum, *a.g.e.*, 2015, 797. Schreuer, C. (2009). ‘Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures’, Alford, R. P., Rogers, C. A. (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 183-198, 192.

¹³⁸² CMS, Award, para. 290. Ayrıca bkz. *Parkerings*, Award, para. 287.

¹³⁸³ Ayrıca bkz. *Dumberry*, *a.g.e.*, 2016, 142, 143; UNCTAD, 2012 Fair And Equitable Treatment, 29. Örn. bkz. Meksika-Almanya 1998 tarihli BIT (Germany - Mexico BIT, 1998).

¹³⁸⁴ UNCTAD, 1999 Fair And Equitable Treatment, 10, 15; *Lauder*, Final Award, para. 292.

¹³⁸⁵ Walde, Kolo, *a.g.e.*, 2008, 238. Ayrıca bkz. *Eureko B.V.*, partial award, para. 233.

¹³⁸⁶ *Lauder*, Final Award, para. 293, 294.

¹³⁸⁷ Bkz. *Merrill and Ring Forestry*, award, para. 208; *S.D. Myers*, First Partial Award, para. 263; *Waste Management*, Award, para. 98 .

¹³⁸⁸ Örn. bkz. *Alex Genin*, award, para. 371.

¹³⁸⁹ *Salacuse*, *a.g.e.*, 2015, 261.

Bir muamele FET bağlamında hem keyfilik hem de ayrımcılık içermemelidir. İki kavram birbirinden farklı anlamlara sahiptir ve yalnız birinin ihlali yeterlidir.¹³⁹⁰ O nedenle iki kavramın da yorumlanması ve anlamının belirlenmesi önemlidir. Kavramlar genellikle andlaşmalarda tanımlanmamaktadır. Tahkim kararlarını incelersek; keyfiliğin tanımlanmasında sıklıkla hukuki bir temele dayanmamayı esas aldıkları görülmektedir.¹³⁹¹ Diğer bir tanım, yatırımcıyı mahrum bırakma niyetidir.¹³⁹² *Lauder* kararına göre ise sözlüğe atıfla keyfilik: Muamelenin şahsi takdire göre değişmesi, bir olgu ya da sebebe değil ön yargı veya tercihe dayanmasıdır.¹³⁹³ Bazı kararlarda ise keyfilik, FET'in yorumlanması bağlamında tartışılmıştır.¹³⁹⁴ Kısacası keyfi muamele, meşru bir amaca hizmet etmeksizin keyfi tedbirlerle yabancı yatırımcıya zarar verdiği için açıkça olumsuz bir çağrışıma sahiptir veya hükümet tarafından alınan tedbirle, tedbirin iddia edilen amacı arasında makul bir alakadan yoksundur. Tahkim mahkemeleri gerek UAD kararlarına¹³⁹⁵ gerekse sözlüklere dayanarak¹³⁹⁶ keyfiliği daha farklı şekillerde de tanımlamaktadırlar. Mesela; “değişken”, “aşırı”, “despotik” “yeterli belirleyici ilkeye dayanmadan” gibi...¹³⁹⁷

“Ayrımcı” muamele sebebiyle FET'in ihlaline dair iddialara da yatırım tahkiminde rastlanmaktadır.¹³⁹⁸ Ayrımcı muamelede, benzer yatırımlara makul bir sebep olmadan farklı davranmak söz konusudur.¹³⁹⁹ Sebebi dini, ırksal, politik vb.

¹³⁹⁰ Örn. bkz. *Azurix*, award, para. 391. Tam zıttı bir yorum için bkz. *Lauder*, final award, para. 219. Mahkeme bu yoruma hatayla “veya” yerine “ve” bağlacının kullanılmasını gerekçe göstererek salt metinsel bir analizle varmıştır.

¹³⁹¹ Örn. bkz. *Azurix*, award, para. 393.

¹³⁹² Bkz. *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award (13 september 2001), para. 612.

¹³⁹³ *Lauder*, final award, para. 221.

¹³⁹⁴ Örn. bkz. *Pope & Talbot*, award on damages, para. 64.

¹³⁹⁵ Örn. bkz. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, 76. Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 266, 284.

¹³⁹⁶ Sözlüğe atıf yapan bir karar örneği için bkz. *Siemens*, Award, para. 318.

¹³⁹⁷ Gazzini, T. (29 April 2017). *Rethinking the Promotion and Protection of Foreign Investments: The 2015 South Africa's Protection Investment Act*. (<https://ssrn.com/abstract=2960567> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2960567> Erişim Tarihi: 11.12.2020), 13, 14. Ayrıca bkz. *Dumberry*, D. (2014). ‘The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105’, *JWI&T*, 15, 117-151, 122-123; UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, 2012, 78; Heiskanen, V. (2008). *Arbitrary and Unreasonable Measures*. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 87-110, 87; Stone, J. (2012) ‘Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment’, *Leiden Jour. Int'l Law*, 25, 77-107, 77, 78.

¹³⁹⁸ Örn. bkz. *Lauder*, final award, para. 291; *ADF*, award, para. 191, *Waste Management*, award, para. 98.

¹³⁹⁹ *Kriebaum*, a.g.e., 2015, 802.

olabilir. Çoğunlukla vatandaşlık temelinde vuku bulmaktadır. Bu manada MFN ve ulusal muamele kaydı ile de örtüşebilmektedir.¹⁴⁰⁰ Ayrımcı muamele yasağı esasen iç hukuktan bağımsız bir yükümlülüktür.¹⁴⁰¹ Ayrımcılık yoluyla ilgili ilkenin ihlal edildiğine karar vermek için aynı durumdaki diğer yatırımcı ile karşılaştırma yapmak gerekir.¹⁴⁰²

Bazı mahkemeler, ayrımcı ve keyfi muamele yasağı ile FET arasında tam net bir ayırım yapmamaktadır. Örneğin *PSEG* kararında, uyuşmazlık konusu BIT, standartlar hakkında ayrı hükümler içermesine rağmen FET'in ihlaline karar vermiş; ayrı bir başlıkta keyfiliği değerlendirmeye gerek görmemiştir.¹⁴⁰³ Bazı kararlarda iki ilke birbirinden farklı olarak değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Mesela *LG&E* kararı, bir tedbirin keyfi olmamasının adaletli ve hakkaniyetli olacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir.¹⁴⁰⁴ FET'in birden fazla unsuru olması nedeniyle mahkemenin yaklaşımı doğru görünmektedir. Bazılarında ise aynı olgulara dayanarak hem ulusal muamele hem de FET'in ihlaline karar verilmiştir.¹⁴⁰⁵ NAFTA bağlamında konuya baktığımızda Serbest Ticaret Komisyonu'nun; NAFTA'nın başka bir hükmünün veya ayrı bir uluslararası andlaşmanın ihlalinin NAFTA madde 1105(1)'in ihlali anlamına gelmeyeceği yorumu karşısında, gerek ayrı bir standart olarak düzenlenen ayrımcı ve keyfi muamele yasağının gerekse başka standartların ihlaline dayanarak madde 1105(1) üzerinden hüküm tesis edilmesi doğru bir yorum olmayacaktır.¹⁴⁰⁶

İyi niyet

İyi niyet ilkesi, *Canfor* kararının tanımıyla; andlaşma tarafı devletlerin andlaşma yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmelerini, dolayısıyla bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini kasten baltalayacak adımlar atmamasını zorunlu kılar.¹⁴⁰⁷ *Micula* kararına göre ise *estoppel* yasağına benzer bir kavram olan iyi niyet, asgari olarak hiçbir taraf devletin, kasten önceki davranışının içeriğiyle çelişecek şekilde davranmamasını gerektirir.¹⁴⁰⁸ Buna benzer nitelikte daha pek çok tanım

¹⁴⁰⁰ Schreuer, *a.g.e.*, 2009, 193.

¹⁴⁰¹ Lauder, final award, para. 220.

¹⁴⁰² Parkerings, award, para. 288.

¹⁴⁰³ PSEG, award, para. 261. Ayrıca bkz. MTD, award, para. 196.

¹⁴⁰⁴ LG&E, decision on liability, para. 162.

¹⁴⁰⁵ S.D. Myers, First Partial Award, para. 266

¹⁴⁰⁶ Bkz. NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001, 3(B).

¹⁴⁰⁷ Bkz. *Canfor*, Decision of on Preliminary Question, para. 323.

¹⁴⁰⁸ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20, award (11 December 2013), para. 831.

yapmak mümkündür. Ayrıca, uluslararası hukukta iyi niyet kavramı çok yönü olan bir kavramdır. FET bağlamında ise pek çok tahkim merci, standardın taraflara iyi niyetle davranma yükümlülüğü yüklediğini kabul etmektedir. Örneğin *Waste Management* kararında; FET yükümlülüğü, iyi niyetle hareket etmek ve uygun olmayan yollarla yatırımı kasti olarak yok etmemek veya engellemek olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁰⁹ FET bağlamında iyi niyet, yabancı yatırımcının temel meşru beklentisini etkilemeyecek surette davranma gerekliliğini içerecek şekilde de yorumlanmaktadır.¹⁴¹⁰ Yukarıda *Tecmed* kararının yansıttığı üzere iyi niyet, FET ilkesine mündemiçtir. Yine, *UAB E Energija* kararında iyi niyetin, FET'in esaslı bir parçası olarak genel olarak kabul edildiği belirtilmiştir.¹⁴¹¹ Hatta, aktardığımız bazı görüşlere göre FET, iyi niyet ilkesinin bir tezahürüdür. Dolayısıyla; iyi niyet ilkesinin uluslararası hukuktaki özel yerinin ötesinde, FET bağlamındaki yeri tartışmasızdır. Mesela, *Waste Management* kararı iyi niyetle davranma yükümlülüğünden temel bir yükümlülük olarak bahsetmiştir.¹⁴¹² Bununla birlikte *ADF* kararı gibi FET'in tanımlanmasında ve kapsamının tayin edilmesinde iyi niyet ilkesini ihmal edilebilir bir yardımcı olarak gören kararlar da vardır.¹⁴¹³

İyi niyet ilkesi bağlamında zikredilmesi gereken bir konu da kötü niyetin, FET'in uygulanmasında yerinin ne olduğudur. Mahkemeler genel olarak iyi niyet yükümlülüğünü tanımakla birlikte, ilkenin ihlali için kötü niyetin varlığını zorunlu görmemekte ve ilgili anlayışı kararlara açıkça ve sıkça almaktadırlar. *Biwater Gauff* kararında, ilkenin ihlalinin kötü niyetin varlığını gerektirmediği açıkça belirtilmiştir.¹⁴¹⁴ *Loewen* kararı; devlet uygulamalarının, hakem mahkemelerinin ve yorumcuların yaklaşımının kötü niyeti esaslı bir unsur olarak görmediğini açıkça beyan etmektedir.¹⁴¹⁵ *Enron* kararı da aynı yaklaşımı benimsemekle birlikte, farklı olarak iyi niyeti FET'in esaslı bir unsuru olarak görmemektedir.¹⁴¹⁶ *CMS* kararı ise

¹⁴⁰⁹ Bkz. *Waste Management*, award , para. 138.

¹⁴¹⁰ Bkz. Choudhury, a.g.m, 2005, 315.

¹⁴¹¹ *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award (22 December 2017), para. 839.

¹⁴¹² Bkz. *Waste Management*, award, para. 138. Ayrıca bkz. *Biwater*, award, para. 602; S.D. Myers, First Partial Award, 134.

¹⁴¹³ *ADF*, award, para. 191.

¹⁴¹⁴ *Biwater*, Award, para. 602. Ayrıca bkz. *LG&E*, Decision on Liability, para. 129; *Tecmed*, Award, para. 153; *Mondev*, award, para. 116.

¹⁴¹⁵ Bkz. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Award (26 June 2003), para. 132.

¹⁴¹⁶ Bkz. *Enron* award, para. 263.

kötü niyetin oynadığı rolü; davalının kasti niyeti veya kötü niyetinin standardın esaslı bir unsuru olmamakla birlikte, durumu ağırlaştırdığı şeklinde ele almıştır.¹⁴¹⁷ *Siemens* kararı ise ihlalin yalnız kötü niyetin varlığı ile bağdaştırılmasını, andlaşmanın amacı olan yatırımların korunması ve teşviki ile uyumsuz bulmuştur.¹⁴¹⁸

PSEG kararında, daha da ileri gidilerek, iyi niyete uygun hareketlerin dahi Andlaşma ve Türk Hukukuna göre FET standardını ihlal edebileceği belirtilmiştir.¹⁴¹⁹ Kötü niyetin varlığı ihlal için zorunlu görülmemekle birlikte; bunun tespitinin, FET'in ihlal edildiğinin güçlü bir delili olduğu ve tabii olarak ilkenin ihlali sonucunu doğuracak şekilde yorumlanabileceği doktrinde dile getirilmektedir.¹⁴²⁰ Hakem kararlarında buna işaret eden daha pek çok örneğe rastlanmaktadır. Örneğin *Invesmart* kararında, kötü niyetli hareketlerin FET'i ihlal etmekle birlikte standardın ihlalinin ispat etmek için gerekli olmadığı belirtilmiştir.¹⁴²¹ *Cargill* kararında ise kötü niyet veya vazifenin kasten ihmali gerekli olmasa da ilgili şartların varlığının elbette yeterli olduğu, mahkeme tarafından vurgulanmıştır.¹⁴²² Kısacası, ev sahibi devletin fiili kötü niyet içermese de adaletsiz ve hakkaniyetsiz olabilir.¹⁴²³ Dolayısıyla ilke objektif bir gereklilik içerir.¹⁴²⁴

Usule uygunluk (*procedural propriety*), hukuka uygun süreç/hukuk kurallarının gereği (*due process*) ve adaletten imtina (*denial of justice*)

FET bağlamında en temel unsurlardan olan hukuka uygun sürece ilişkin gereklilikler hakkında fazla tartışma olmadığı gibi üzerinde büyük oranda uzlaşma vardır. Önceleri sadece usule ilişkin bir ilke olarak görülürken, artık maddi hakların bir teminatı olarak görülmektedir.¹⁴²⁵ Hukuka uygunluk kısaca; adil yargılanma ilkesinin gözetilmesi, yabancı yatırımcıya karşı adaletten imtina edilmemesi, yatırımcı ile ilişkilerde idari kurumlar ve mahkemelerin hukuka uygun davranması olarak tanımlanabilir.¹⁴²⁶ Bazı yatırım andlaşmalarında ilgili unsurlar, FET'e ek maddi unsur olarak açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenebilmektedir. Örneğin ABD

¹⁴¹⁷ Bkz. CMS, award, para. 280

¹⁴¹⁸ Siemens, award, para. 300.

¹⁴¹⁹ PSEG, award, para. 265.

¹⁴²⁰ Örn. bkz. Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 300.

¹⁴²¹ Invesmart v. Czech Republic, UNCITRAL, Award (26 June 2009), para. 419.

¹⁴²² Cargill, award, para. 296. Ayrıca bkz. Fleming, award, para. 301.

¹⁴²³ Bkz. Mondev, award, para. 116.

¹⁴²⁴ Bkz. Occidental, award, para. 175.

¹⁴²⁵ Gürsu, *a.g.e.*, 2018, 59; Choudhury, *a.g.m.*, 2005, 305.

¹⁴²⁶ Walde, Kolo, *a.g.e.*, 2008, 237.

2004 tarihli Model BITFET'in, dünyadaki hukuk sistemlerinde şekillenen hukuka uygun süreç ilkesine uygun olarak; cezai, sivil ve idari süreçlerde adaletten imtina etmeme yükümlülüğünü de içerdiğini hükme bağlamıştır.¹⁴²⁷

Unsurların tahkim kararlarında yorumlanmasına ilişkin birkaç örnek vermek gerekirse; *Waste Management* kararında, hukuka uygun sürecin eksikliği; yargısal süreçlerde doğal yargıç ilkesinde ciddi kusur veya şeffaflık ile idari süreçteki samimiyette tam bir eksiklik olarak tanımlanmıştır.¹⁴²⁸ *Metalclad* kararında Mahkeme inşaat ruhsatının, yapısal yönlerine veya fiziki tesisin kusurlarına dair herhangi bir değerlendirme veya özel referans yapılmaksızın reddedilmesini FET'in ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁴²⁹ *Azinian* kararında, daha çok yargısal bağlamda olmak üzere; mahkemelerin bir davaya bakmayı reddetmesi, aşırı gecikmeye maruz bırakmaları veya adaleti ciddi şekilde yetersiz bir şekilde uygulamaları, adaletten imtinaya dair örnekler olarak verilmiştir.¹⁴³⁰ *Loewen* kararında FET'in ihlali, ulusal mahkemede yürütülen yargı faaliyetinin çok kusurlu olması sebebiyle apaçık bir adaletsizliğin varlığı gerekçesiyle verilmiştir.¹⁴³¹ Dolayısıyla somut uyuşmazlığın şartları çerçevesinde gerek idari gerekse yargısal muameleler bağlamında tahkim kararlarından unsurların uygulanmasına dair pek çok benzeri örnek vermek mümkündür.

Konuyu nihayete erdirirken, FET ilkesinin yorumlanması hakkında genel birtakım değerlendirmeler yapmak gerekirse; FET standardının tanımı ve kapsamı tüm doktrin ve yargısal çabalara rağmen netleşmemiştir. Sebebi ise öncelikle, yatırım anlaşmalarındaki düzenleniş farklılıklarıdır. Farklılıklar ilk bakışta ince ve önemsiz olarak algılanabilirse de hakikatte çok farklı yorumlara yol açabilmektedir. FET'in yalnız başına düzenlenmesi ya da uluslararası hukuk/UAM ile beraber düzenlenmesi ile ikinci türdeki hükme bağlanmasındaki geniş çeşitlilik, farklılıkların asıl sebebidir. Ancak taraf devletlerle tahkim kararları nezdinde; FET'in niteliği, gerek uluslararası hukuk veya UAM ile ilişkisi gerekse yakın ilişkili olduğu bu iki kavramın FET ile birlikte ne anlam ifade ettiği ve kapsamlarının ne olduğunun yeterince anlaşıldığı

¹⁴²⁷ ABD 2004 tarihli Model BIT, m. 5/2(b).

¹⁴²⁸ *Waste Management*, award, para. 98.

¹⁴²⁹ *Metalclad*, award, para. 91-93.

¹⁴³⁰ Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, award (1 November 1999), para. 102.

¹⁴³¹ *Loewen*, award, para. 54.

söylenemez. Bu manada, devletlerin BIT'leri yeterince dikkatli bir şekilde hazırlamamaları veya söz konusu inceliğin yeterince farkına varamamaları ile tahkim mercilerince yorum kuralları/unsurlarının uygulanmasındaki hata ve farklılıklar sonucu ortaya birbirinden ayrı FET tanımları çıkmaktadır. Dolayısıyla devletlerin ve mahkemelerin yaklaşımlarını ve görüş farklılıklarını netleştirmeden, FET ilkesinin kapsamını açıklığa kavuşturmak çok zor görünmektedir. Buradaki sorun, FET'in tanımının genel ve belirsiz olmasının ötesine geçmiş gibidir. *Tecmed* kararına da benzeri ifadelerle yansıdığı gibi, her bir FET düzenlemesi bağımsız yorumlanmalıdır. Zira, her bir andlaşmanın bağlamı, konu ve amacıyla lafzı değişebilir.¹⁴³² İlgili meseleden sonraki ikinci sorun, FET'in dinamik mi yoksa statik mi olduğu noktasında vuku bulmaktadır. Kararlarda, neden sürekli davanın şartlarının öneminin vurgulandığı bu manada biraz anlaşılabilir olmakla birlikte, bunun kaçış ve çıkış noktası bulma amacına hizmet edecek bir gerekçelendirme olarak görülmemesi gerekir.

Değerlendirme bağlamında son birkaç hususa daha değinecek olursak; FET'in tanımlanmasında yargı kararları her zaman aynı ölçütleri kullanmamaktadır. Mesela pek çok kararda; ilkeyi oluşturan 'adil', 'hakkaniyetli muamele', 'muamele' kavramları sözlük karşılığı araştırılmak suretiyle yorumlanmaya çalışılmıştır.¹⁴³³ İlkenin sözlük karşılığının, aynı derecede belirsiz terimlerle ikame edilmesinden başka bir anlam taşımadığı diğer bir çok kararda eleştirilmiştir.¹⁴³⁴ *Lemire* kararında da aynı tespit, ilkenin sanatsal bir terim olduğu gerekçesi ile ifade edilmiştir. Onun yerine, ilkenin yer aldığı maddenin literal manası daha yararlıdır.¹⁴³⁵ *Oko* tahkimine göre ilke, önemli ölçüde sarıh ve kesin olmadığından sözlükle anlamı belirlenemez.¹⁴³⁶ Çünkü; mesela MTD kararında olduğu gibi, bazı kararlarda

¹⁴³² Bkz. *Tecmed*, award, para. 155.

¹⁴³³ Örn. bkz. *National Grid PLC v Argentine Republic*, UNCITRAL, Award (3 November 2008), para. 167; *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15 June 2018), para. 518; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award (21 July 2017), para. 665. İlkenin sözlük anlamı ile yorumlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reinisch, A., Schreuer, C. (2020). *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge: Cambridge University Press, 274-277.

¹⁴³⁴ Bkz. (MTD kararındaki yaklaşıma atıfla) *Saluka*, Partial Award, para. 297.

¹⁴³⁵ Bkz. Joseph Charles *Lemire*, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 258, 259.

¹⁴³⁶ *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6 (formerly OKO Osuuspankki Keskuspankki Oyj and others v. Republic of Estonia), Award (19 November 2007), para. 238.

ayrımcılık gibi unsurlar önemli birer ölçüt olarak görülmektedir.¹⁴³⁷ Bazı tahkim mercileri ise ilkeyi yorumlarken; davanın olgularını çok geniş şekilde aktarmakta, ancak basitçe ilkenin ihlali olarak niteleyip geçmektedir.¹⁴³⁸ Bazıları ise çok basitçe, FET'in bir parçası olarak özet bir standart ele alarak, alt kapsamına davanın olgularını sıralamaktadır.¹⁴³⁹ Her iki tür yaklaşım da FET'in normatif olarak gerekçelendirilmesi noktasında zayıf kalmaktadır. Üçüncü ve en yaygın yöntem de tahkim kararlarına atıf yoluyla ilkenin uygulanmasıdır.¹⁴⁴⁰

Mondev kararının haklı olarak temas ettiği gibi FET'in değerlendirilmesinde bir özete ulaşılamaz. Olgulara ve her davanın kendine has şartlarına bağlıdır.¹⁴⁴¹ FET'in olgusal temelli olması hemen hemen tüm kararlarda vurgulanan bir husustur. Belki de FET, *Waste Management*'in ifadesiyle davaların şartlarına uyum sağlaması gerektiği için bir dereceye kadar esnekler.¹⁴⁴² Ancak ilkenin bu özelliklerinin, yatırımcıyı koruma saikiyle hareket için yedek bir gerekçe veya ihlalin varlığına hükmetmek için her durumda başvurulabilecek yedek bir düzenlemeymiş gibi kullanılması; yorum kurallarının uygulanması bağlamında, konu ve amaç unsuru başta olmak üzere pek çok unsura ve nihai olarak da iyi niyetle yoruma aykırı olacaktır. Schill'in ifadesiyle FET mutlak bir garanti olarak değil, onun yerine yatırımların korunması ve diğer çıkarlar arasında münasip bir denge kurmaya izin veren bir ilke olarak anlaşılmalıdır.¹⁴⁴³

FET'in yorumu bağlamında diğer bağlantılı bir konu, FET'in tanım ve unsurlarının genişliği sebebiyle her andlaşma ihlalinin, FET ihlali olarak görülmemesi gerekliliğidir. Çünkü, mesela MFN kaydı ve ulusal muamele ilkesinin ihlali için benzer durumların varlığı gerekir. FET'in ihlali için ise her zaman bu şart gerekli değildir. Yabancıya benzer muamelenin yapıldığı hallerde bile FET'in ihlali söz konusu olabilir. O yüzden, her standart bağımsız olarak algılanmalıdır.¹⁴⁴⁴ Bu aynı zamanda etkili yorumun da bir gereğidir. Örneğin *UPS* kararında, MFN kaydı ve ulusal muamele ilkesinin göreceli standartlar olup yerli ve diğer yabancı

¹⁴³⁷ Örn. bkz. MTD, award, para. 196.

¹⁴³⁸ Örn. bkz. Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award (27 March 2007), para. 222-343.

¹⁴³⁹ Örn. bkz. SD Myers, first partial award, 134.

¹⁴⁴⁰ Schill, *a.g.e.*, 2010, 156. Örn. bkz. Waste management, award, para. 89 vd.

¹⁴⁴¹ Mondev, award, para. 118.

¹⁴⁴² Waste Management, award, para. 99. Ayrıca bkz. GAMI, award, para. 96.

¹⁴⁴³ Schill, *a.g.e.*, 2010, 155.

¹⁴⁴⁴ Örn. bkz. CME, partial award, para. 611.

yatırımcılara yapılan muameleye bağlı olduğuna dikkat çekilerek; UAM bağlamında FET'in ise tam aksine (NAFTA madde 1105) daha ziyade şarta bağlı olarak değişebileceği belirtilmiştir.¹⁴⁴⁵

Yargı kararlarının genel seyrine bakıldığında, diğer bir önemli konu ise FET'in tanımı kapsamında değerlendirilen unsurların hem arttığı hem de sınırlarının kararlarda farklı yorumlara konu olduğudur. Hala bazı devletlerin iddiaları *Neer* standardı lehine olsa da kararın verildiği 1926 yılına nazaran, yatırımların korunması anlayışının günümüzde çok değiştiği görüşü kararlara sıkça yansımaktadır. Buna en iyi örnek ise “kötü niyetin varlığının”, *Neer* standardında aranan bir unsur olmasına rağmen FET'in ihlali için çoğu kararda artık zaruri görülmemesidir.¹⁴⁴⁶ Daha önce konusu geçtiği üzere, FET tanımı kapsamında bahsedilen unsurlar tahdidi değildir. İlgili artış daha çok yargı kararları nezdinde olsa da yadsınamaz bir vakıayı yansıtmaktadır. Unsurların zaman içinde yargı kararları vasıtası ile daha da artacağı savunulmakla birlikte,¹⁴⁴⁷ bazı unsurlar bağlamında tartışmalar halen devam etmektedir. Nitekim, devletler cephesindeki yaklaşım, her zaman söz konusu gelişmeleri kabul etme yönünde olmamaktadır. İlgili tartışmalar özellikle dar-geniş yorum yöntemi bağlamında önemli sorunlara yol açmaktadır. Ancak, Çin-Japonya-Kore üç taraflı yatırım andlaşmasındaki gibi¹⁴⁴⁸ şeffaflık unsuru vb. birtakım unsurların andlaşmalarda yer alması halinde, mahkeme tarafından o unsurun FET'in tanımı kapsamına dahil edilmesinin bir zorunluluk olacağı kuşkusuzdur.¹⁴⁴⁹ Yine, yargı kararlarının yatırım hukukundaki örtülü ağırlığı bağlamında konuya bakarsak; devletlerin FET'in kapsamının genişletilmesine dair kararları istemeyerek dahi olsa bir şekilde benimsemeleri, zamanla kapsamını genişletecektir.

Özetle, FET ilkesi yatırım tahkiminde en çok ihlali ileri sürülen, incelenen, eleştirilen ve dahi yatırımcıların en çok netice aldığı ilke olarak anılmayı hak etmektedir. Fakat o derecede de içeriği belirsiz, geniş ve en çok tartışılan koruma standartlarının başını çekmektedir. Belki de belirsizliğini, bir konunun ne kadar çok tartışılırsa o derece belirsizleşmesinde aramak gerekir. Yine de olumlu bir gelişme

¹⁴⁴⁵ UPS, award on jurisdiction, para. 80.

¹⁴⁴⁶ Örn. bkz. *Mondev*, award, para. 116. Ayrıca bkz. *Waste Management*, award, para. 93.

¹⁴⁴⁷ Schreuer, *a.g.e.*, 2005, 386.

¹⁴⁴⁸ Çin-Japonya-Kore üç taraflı yatırım andlaşması (*Investment promotion and protection agreement between Japan, Republic of Korea and China (China - Japan - Korea, Republic of Trilateral Investment Agreement, 2012)*), m. 10.

¹⁴⁴⁹ Benzer görüş için bkz. Salacuse, *a.g.e.*, 2015, 268.

olarak; eskiye kıyasla tahkim mercileri, ilkeyi yedek bir hüküm olarak algılama ve geniş yorumlama anlayışından yavaş yavaş vazgeçmeye ve daha dengeli kararlar vermeye başlamıştır. Bunda hiç şüphesiz, kararlara yönelik eleştiriler ile devletlerin andlaşmalara FET ilkesi ile alakalı olarak daha sınırlayıcı hükümler koymaya başlamalarının etkisi olmuştur.

4.6.4. Tam Koruma ve Güvenlik (FPS) İlkesinin Yorumlanması

Tam koruma ve güvenlik ilkesi¹⁴⁵⁰ (*full protection and security/FPS*¹⁴⁵¹) uluslararası teamül hukuku temelli köklü bir ilke olarak görülen, ancak diğer koruma standartlarına nazaran yargı kararlarında ve doktrinde kendine daha az yer bulan bir ilkedir. İlke, yabancı yatırımcıların şahsını ve yatırımlarını¹⁴⁵² gerek üçüncü şahıslardan gerekse, tartışmalı olmakla birlikte, devlet gücünden gelebilecek öncelikle fiziksel zararlara karşı koruma hususunda gereken özenin (*due diligence*) gösterilmesini gerektirir. Devlet, yatırımcıyı işçilerin ayaklanmalarına, sivil kargaşalara karşı korumakla ve tehditten imtina etmekle yükümlüdür. Korumadaki zafiyet ise ev sahibi devletin sorumluluğuna yol açar.¹⁴⁵³ Koruma ve güvenliğe ilişkin hükümler, bazı görüşlere göre yatırım andlaşmalarının en eski birincil yükümlülüklerindendir.¹⁴⁵⁴ Standardın ilk örneklerine DTD andlaşmalarında rastlanmaktadır. FET ile bir arada düzenlenmesi ise modern döneme denk gelmektedir. İlkenin andlaşmalarda yaygın olarak yer alması; 19. yüzyılda yapılan DTD andlaşmaları ile 2. Dünya Savaşı sonrası yatırım ensrümanları ve DTD andlaşmaları ile olmuştur.¹⁴⁵⁵ Hemen hemen tüm yatırım andlaşmalarında tam

¹⁴⁵⁰ İlkeye karşılık gelen pek çok ifade kullanılmakla birlikte, günümüzde en yaygın kullanımının “*tam koruma ve güvenlik*” şeklinde olmasından ötürü çalışmada bu ifadenin kullanılması tercih edilmiştir.

¹⁴⁵¹ Standardın kısaltılmasında, sıkça kullanılması sebebiyle İngilizce’de karşılığı olan “*full protection and security*” ifadesinin kısaltılmış hali olan “*FPS*” ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁴⁵² Genel olarak kabul edilen anlayışın yansıması olarak AWG kararında korumanın hem yatırımcıları hem de yatırımlarını kapsadığı belirtilmiştir. Bkz. AWG Group, Decision on Liability, para. 179. Ama, mesela Hesham kararı, korumanın sadece yatırımları kapsadığını belirtmiştir. Bkz. Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, award (15 December 2014), para. 629.

¹⁴⁵³ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 426, 427; Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 307, 308; Moss, C. G. (2008). Full Protection and Security. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 131-150, 131, Schefer, *a.g.e.*, 2016, 360, 361.

¹⁴⁵⁴ Bkz. Weiler, *a.g.e.*, 2013, 59.

¹⁴⁵⁵ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 426, 427; Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 307, 308; McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 330.

koruma ve güvenlik ilkesi çeşitli ibarelerle düzenlenmektedir. Yine de ilkeye yer vermeyen bazı yatırım andlaşmalarına rastlanabilmektedir.¹⁴⁵⁶

İlke, yabancıların mallarının korunmasına dair devletin sorumluluğuna yönelik iddialar ve diplomatik koruma ile bağlantılı olması itibariyle¹⁴⁵⁷ andlaşmasal temelinin yanı sıra teamüli karakteriyle de anılmaktadır. Ancak teamüli güvenlik yükümlülüğünün açık kapsam ve içeriğinin de bir dereceye kadar belirsiz olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁵⁸ FPS ilkesinin andlaşmalarda düzenlenmediği hallerde¹⁴⁵⁹ eğer MFN kaydı varsa, boşluğun davalı devletin FPS ilkesi öngören başka bir yatırım andlaşmasına dayanarak doldurulabileceği ileri sürülmektedir.¹⁴⁶⁰ Örneğin *Rumeli* kararında MFN kaydına dayanılarak özellikle İngiltere-Kazakistan arasındaki yatırım andlaşmalarında yer alan yükümlülüklerden davalı devlet sorumlu tutulmuştur. Bu yükümlülüklerin içinde FPS ilkesi de yer almıştır.¹⁴⁶¹

4.6.4.1. FPS ilkesinin uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenlenişi ve niteliğinin yorumlanması

Standardın BIT’lerde düzenleniş şekilleri; “*tam koruma (full protection)*”, “*koruma ve güvenlik (protection and security)*”, “*devamlı koruma ve güvenlik (constant protection and security)*”, “*yeterli koruma ve güvenlik (adequate protection and security)*”, “*tam fiziki koruma ve güvenlik (full physical security and protection)*” vb. ifadelerle yer almaktadır. Tarihsel olarak en sık kullanılan ifade ise “*en devamlı koruma ve güvenlik (most constant protection and security)*” olarak belirtilmektedir. Ancak günümüzde genel olarak en sık kullanılan şekli “*tam koruma ve güvenlidir (full protection and security)*”.¹⁴⁶² Bu manada en çok kavram çeşitliliği arz eden standartların başında FPS ilkesi gelmektedir. Tüm bu ifade farklılıklarının genel olarak ilkenin yorumlanmasında bir etkisi olmadığı veya

¹⁴⁵⁶ İlkenin yer almadığı andlaşma örnekleri için örn. bkz. 2006 tarihli Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Finans ve Yatırım Protokolü (*Southern African Development Community (SADC) Protocol on Finance and Investment, 2006*); 2007 tarihli Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Yatırım Andlaşması (*Investment Agreement for the Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area, 23/05/2007*).

¹⁴⁵⁷ McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 330.

¹⁴⁵⁸ Blanco, S. M. (2019). *Full Protection and Security in International Investment Law*, Springer, 10.

¹⁴⁵⁹ Örn. bkz. Arjantin-Yeni Zelanda 1999 tarihli BIT (Argentina–New Zealand BIT, 1999).

¹⁴⁶⁰ Bkz. Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 542.

¹⁴⁶¹ Bkz. Rumeli, award, para. 575.

¹⁴⁶² Daha fazla örnek ve ilgili ifadelerin geçtiği BIT örnekleri için bkz. Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 308; Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 542.

uygulamada dikkate alınmadığı doktrinde dile getirilmektedir.¹⁴⁶³ Fakat tam (*full*), devamlı (*constant*), yeterli (*adequate*) vb. sıfatlara atıf yapılmasındaki eksiklik, ilkenin teamüli UAM standardını yansıtacak şekilde mi yoksa daha yüksek, bağımsız bir andlaşma standardı olarak mı yorumlanacağı hakkında tartışmalarla alakalıdır.¹⁴⁶⁴

İlkenin UAM standardına atıf yapmadığı ve fakat yalnız başına düzenlendiği durumlarda dahi anlamının, UAM standardını içerecek şekilde yorumlanması gerektiğine dair anlayış geniş bir destek görmektedir. Ama aksi görüşü paylaşılanlar da vardır.¹⁴⁶⁵ Nitekim, birbirine yakın kavramlarla kurulan ve çoğunlukla aynı ilkeye işaret ettiği söylenen düzenlemelerin her zaman tartışmasız bir şekilde kabul görmediği; mahkemelerin, kavramların değerlendirilmesinde farklı hukuki neticelere ulaşmalarından kolayca anlaşılmaktadır. Mesela, *Parkerings* kararında, tek kelime olarak “koruma” kelimesi, *Siemens* kararında ilkenin türdeşi kabul edilmişken “güvenlik” kelimesi “hukuka uygun (*legal*)” kavramı ile özdeşleştirilmiş ve kavramın fiziki korumayı içerip içermediği tartışılmıştır. *Bogdanov* kararında, Rusya-Moldova 1998 tarihli BIT¹⁴⁶⁶ m. 2/2’de ev sahibi devletin yatırımları hakkında yükümlenilen “*kendi düzenlemelerine uygun olarak tam ve şartsız hukuki koruma*” kavramının ilkeyi yansıtsa da ulusal hukuka atıf sebebiyle teamül hukuku ile birleştirilemeyeceği; devletin düzenlemelerini düzeltici işlev görmeyeceği, ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak uygulanacağı belirtilmiş ve Moldova’nın eylemleri kendi hukukuna uygun bulunmuştur.¹⁴⁶⁷

Yine, *AAPL* kararında koruma ve güvenliğe eklenen “*tam*”, “*en çok*” gibi sıfatların, taraf devletlerin asgari muamelenin ötesine geçecek şekilde özen yükümlülüğü öngörmek için mi kullanıldığı araştırılmıştır. Ancak salt böyle kelimelerin eklenmesi, ilgili niyetin varlığı için yeterli görülmemiştir.¹⁴⁶⁸ *Azurix* ve ona atıfla *Biwater Gauff* kararı, koruma ve güvenlik kavramlarının “*tam (full)*”

¹⁴⁶³ Örn. bkz. Schreuer, C. (2010). “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 353–369, 353.

¹⁴⁶⁴ Bkz. Malik, M. (2011). *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*. The International Institute for Sustainable Development, 2.

¹⁴⁶⁵ Gallus, N. (2005). “The influence of the host state's level of development on international investment treaty standards of protection”, *Journal of World Investment & Trade*, 6(5), 711-730, 712, 713.

¹⁴⁶⁶ Bkz. Rusya-Moldova 1998 tarihli BIT (Moldova, Republic of - Russian Federation BIT, 1998).

¹⁴⁶⁷ Bkz. Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova, SCC, Arbitral Award (22 September 2005), para. 4.2.3. Ayrıca bkz. Vandevelde, *a.g.e.*, 2010 256.

¹⁴⁶⁸ Bkz. AAPL, award, para. 50.

kelimesi ile nitelenmesini, olağan anlamıyla ve korumayı fiziki korumanın ötesine geçecek şekilde genişleterek yorumlamıştır.¹⁴⁶⁹ MNSS kararı, “*en devamlı (most constant)*” kelimesinin değişmeyen aynı kalan anlamına geldiğini, böylelikle koruma ve güvenlik seviyesinin yatırım sırasınca değişmemesi gerektiğini; “*en devamlı*” kavramının, uluslararası hukukta anlaşılan koruma ve güvenlik ilkesinin koruma seviyesini yükseltmeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁷⁰ Bu manada bazı andlaşmalar için belirsizliklere son verip FPS ilkesinin anlamını aydınlatmak için birtakım girişimlerde bulunulmuştur. Örneğin, FET ilkesi bağlamında incelediğimiz Serbest Ticaret Komisyonu yorumu, hükme dahil edilmiş olan FPS için de geçerli bir yorumdur.¹⁴⁷¹

Standart kapsamında önemli tartışmalardan biri, bütün diğerlerinde olduğu gibi niteliğidir. FPS ilkesinin andlaşma temelli ya da teamüli vasıfta olması gibi niteliğine ilişkin hususların tahkim mercileri önünde bir kıymet ifade etmediği, yalnızca doktrin seviyesinde anlam taşıdığına dair eleştirilere rağmen¹⁴⁷²; niteliğe ilişkin teorik ve yargısal değerlendirmeler, gelecekteki yorum sorunlarının çözümüne yardımcı olması bağlamında dikkate alınması ve netleştirilmesi gereken konulardır. Çünkü, hak ve yükümlülüklerin kapsamını doğrudan etkilemektedir. Doktrinde FPS ilkesinin tarihi olarak bağı teamül hukuku ile özdeşleştirilmekle birlikte; ilkenin FET ile bağlantılı olması, andlaşma temelli veya UAM/uluslararası hukuk temelli olması farklı yorumlara yol açacaktır. Ancak getirilen eleştirilere göre bu hususlara, tahkim mercileri tarafından gerekli değer atfedilmemekte ve hükmedilen neticeyi de etkilememektedir.¹⁴⁷³ FPS ilkesi andlaşmalarda yalnız başına, FET standardı ya da ayrımcı muameleden kaçınma yükümlülüğü ile birlikte¹⁴⁷⁴ veya sonraki yükümlülüğün belirtilmesi sureti¹⁴⁷⁵ ile düzenlenebilmektedir. Çoğunlukla FET ilkesi ile birlikte aynı kayıt altında düzenlendiği ve FET’in gölgesinde kaldığı sıklıkla anılan bir husustur. Yine, yalnız başına veya UAM, uluslararası hukukun gerekleri, uluslararası hukuk ifadeleri ile beraber de zikredilebilir. Bazı hallerde de birden fazla

¹⁴⁶⁹ Bkz. Azurix, award, para. 408; Biwater, award, para. 729.

¹⁴⁷⁰ Bkz. MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, award (4 May 2016), para. 351.

¹⁴⁷¹ Bkz. NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001, B/2. Ayrıca bkz. Malik, *a.g.e.*, 2011, 2 vd.

¹⁴⁷² Örn. bkz. Moss, *a.g.e.*, 2008, 136.

¹⁴⁷³ Moss, *a.g.e.*, 2008, 134.

¹⁴⁷⁴ Örn. bkz. Hollanda-Polonya 1992 tarihli BIT (*Netherlands-Poland BIT*, 1992), m. 3.2.

¹⁴⁷⁵ Örn. bkz. Fransa-Arjantin 1991 tarihli BIT (*France- Argentina BIT* 1991), m. 5.1: “*FET ilkesine uygun olarak tam koruma ve güvenlik ilkesi*” ifadesiyle düzenlenmiştir.

koşulu bir araya getirerek mesela, ABD-Arjantin 1991 tarihli BIT’te olduğu gibi hem FET ilkesi hem de uluslararası hukukun gereklerine uygun olma ifadeleriyle birlikte hükme bağlanabilir.¹⁴⁷⁶

Standart misal olarak, Kanada-Venezuela 1996 tarihli BIT’te “uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak” ifadesiyle yer almakta¹⁴⁷⁷; Türkiye-ABD 1985 tarihli BIT’te “uluslararası hukukla uyumlu olarak” ifadesiyle yer almaktadır.¹⁴⁷⁸ Bazı andlaşmalarda da teamül hukukuyla özdeşleştirilmiştir. Mesela, ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT 5. maddede ilke; FET standardı ile birlikte, UAM ilkesinin içinde ele alınmış ve yükümlülüğün kapsamının sınırları uluslararası teamül hukukunun gerektirdiği polis gücü seviyesinde olacak şekilde çizilmiştir. Dolayısıyla, andlaşmada muamelenin kapsamına iki cihetten açık sınırlamalar getirilmiştir.¹⁴⁷⁹ Mesela 2004 tarihli Kanada model BIT 5. maddede, ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT’e benzer bir şekilde ve fakat ilkeyi fiziki koruma ile sınırlandırmadan, teamüli UAM ilkesi ile bunun ötesinde bir muamele gerektirmeyecek kapsamda düzenlemiştir.¹⁴⁸⁰ 2004 tarihli Kanada model BIT gibi 2004 tarihli ABD model BIT¹⁴⁸¹ ve NAFTA’nın yorumlayıcı beyanında¹⁴⁸², ilkenin teamül hukukunda belirtilen korumanın ötesinde koruma getirmeyeceği belirtilmiştir. NAFTA mahkemeleri bu doğrultuda hareket edip uluslararası teamül hukukunu uygulamışlardır. Ancak NAFTA dışındaki mahkemelerde, ilkenin teamül hukuku ile sınırlı olmadığı ve bunun ötesinde bağımsız bir andlaşma standardı olduğuna dair yaklaşımlara da rastlanmaktadır. Örneğin, Azurix kararında, “uluslararası hukukun gerekliliklerinden az olmama” ibaresiyle beraber düzenlenen FPS ilkesi UAM’nin üstünde bir koruma sağlayacak şekilde yorumlanmıştır. İbare ile FPS ilkesi ayrı muamele standartları olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁸³ Özetle FPS ilkesinin niteliğini,

¹⁴⁷⁶ Bkz. ABD-Arjantin 1991 tarihli BIT, m. 2/2(a).

¹⁴⁷⁷ Bkz. Kanada-Venezuela 1996 tarihli BIT (*Canada-Venezuela, Bolivarian Republic of BIT*, 1996), m. II (2).

¹⁴⁷⁸ Bkz. Türkiye-ABD 1985 tarihli BIT , m. II(3).

¹⁴⁷⁹ Bkz. ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT (United States of America - Uruguay BIT, 2005). Ayrıca bkz. ABD model BIT (2004).

¹⁴⁸⁰ ABD ve Kanada 2004 tarihli model BIT’ler, NAFTA’da yer alan gerekliliklerden esinlenerek hazırlanmıştır. Bkz. OECD. (2006). “Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties”, *International Investment Perspectives*, 143-181, 154. Ancak örneğin, Arjantin-Yeni Zelanda 1999 tarihli BIT ve Mısır-Kazakistan 1993 tarihli BIT (Egypt - Kazakhstan BIT, 1993)’lerde ilke için herhangi bir açık izahata rastlanmamaktadır.

¹⁴⁸¹ Bkz. 2004 tarihli ABD model BIT, m. 5.

¹⁴⁸² Bkz. NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001, B/2.

¹⁴⁸³ Bkz. Azurix, award, para. 361.

bağımsız olarak değerlendirenlerin¹⁴⁸⁴ yanı sıra UAM, FET¹⁴⁸⁵ gibi diğer koruma standartlarının içinde değerlendiren BIT'ler ve kararlar mevcuttur. Bazı BIT'lerde ilkenin niteliği ve hukuki kapsamı açıkça belirtilmekte, bazılarında ise ilkeye yalnızca isim olarak yer verilmektedir. Ancak her bir FPS hükmü, salt lafzi manada bakıldığında bile görülebilecek ve genelleştirme yapmaya imkan vermeyecek şekilde farklılıklar içermektedir.

Kararlarda FPS ilkesinin kapsamının nasıl yorumlandığına dair örneklerle geçerseniz; Mesela *Amco* kararı, devletin yatırım ve yatırımcıları koruma yükümlülüğünü ilgili BIT'e bakmadan, uluslararası hukukun genel kabul ettiği bir kural olarak görmüştür. Açıkça uluslararası yargıya yansıdığını ve içtihatlarda da kabul edildiğini beyan etmiştir.¹⁴⁸⁶ Bazı kararlarda ise tam koruma ve güvenlik ilkesi ile uluslararası teamül hukuku tamamen farklı olarak kabul edilmiştir. Şöyle ki *Frontier Petroleum* kararında, ilgili BIT'te "*uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak*" ibaresinin FET'i tamamlayıp ayrı bir maddede yer alan FPS ilkesini nitelendirmemesi, mahkemeyi ilkeyi teamül hukukundan ayrı olarak değerlendirecek bir yoruma itmiştir.¹⁴⁸⁷ *Crystallex* kararında, "*uluslararası hukuk ilkelerine uygun olmak*" ibaresinin de bulunduğu ve aynı maddede FET ile birlikte yer alan tam koruma ve güvenlik ilkesinin yorumlanmasında, ilkenin içeriği UAM ilkesinden farklı görülmüştür.¹⁴⁸⁸ Tam zıttı görüşlerin varlığına rağmen,¹⁴⁸⁹ Schreuer'in isabetli ifadesiyle FET'te olduğu gibi FPS ilkesinin teamülü UAM'den ayrı bir standart olması daha tercihe şayandır.¹⁴⁹⁰ Tarihi kökeninin teamül hukukuna dayanıyor olması bağımsızlığını değiştirmez. Bu noktada FPS ilkesinin teamül hukuku, uluslararası hukuk gibi kayıtlarla beraber düzenlenmediği hallerde bağımsız bir standart olarak daha düşük bir korumayı ifade ettiği de savunulabilir.¹⁴⁹¹ Zira daha

¹⁴⁸⁴ Örn. bkz. *Enron*, award, para. 251–268, 284–286.

¹⁴⁸⁵ Örn. bkz. *Occidental*, award, para. 187.

¹⁴⁸⁶ Bkz. *Amco*, award, para. 172.

¹⁴⁸⁷ Bkz. *Frontier Petroleum*, final award, para. 268.

¹⁴⁸⁸ Bkz. *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (4 April 2016), para. 632. İlgili andlaşma için bkz. Kanada-Venezuela 1996 tarihli BIT, m. II(2).

¹⁴⁸⁹ Örn. bkz. Foster, K., G. (2012). "Recovering Protection and Security: The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45(4), 1095–1156, 1113.

¹⁴⁹⁰ Schreuer, a.g.m., 2010 Full Protection and Security, 364.

¹⁴⁹¹ Miljenić, O. (2019). "Full Protection And Security Standard in International Investment Law", *Pravni Vjesnik*, 35(3-4), 35–62, 55.

sonra inceleneceği üzere sorumluluğun kapsamının özen yükümlülüğüne dayanması bir manada buna da işaret edebilir.

İlkeyle FET standardının bağlantısının ne olduğu hakkındaki görüşler tahkim kararlarında çeşitli şekillerde tezahür etmektedir. Bazı kararlarda ilke tamamen bağımsız olarak görülmüştür.¹⁴⁹² *Liman Caspian* kararında, ilkenin anlamının FET'ten ayrı ve daha öte bir mana taşıması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁴⁹³ Bazı kararlar, iki koruma standardını beraber ele alarak bağlantıları hakkında açık bir izahat yapmaktan kaçınmaktadır.¹⁴⁹⁴ Bazılarında iki standardın birden ihlaline karar verilmiştir.¹⁴⁹⁵ Bazı kararlarda ise iki ilke birleşik olarak ele alınmıştır. Örneğin, *Occidental* kararında FET'in ihlali FPS ilkesinin ihlali olarak görülerek FPS ilkesini kapsar bir mantıkla konuya yaklaşılmıştır.¹⁴⁹⁶ Bunun gibi iki standardı aynı gören başka kararlara da rastlanmaktadır.¹⁴⁹⁷ *Occidental* kararına atıf yapan *Azurix* kararı ise ikisini farklı standartlar olarak gördüğünü beyan etmiştir.¹⁴⁹⁸ Ancak, FPS ilkesini FET standardının bir alt başlığı olarak ya da ikisini aynı bağlamda ele almak, daha dar bir düzenleme olması itibarı ile FPS ilkesini atıl duruma sokacaktır. Devletlerin işlevsiz bir madde öngörmeleri ve etkililik ilkesi çerçevesinde terimlerin anlamsız olması beklenemeyeceğinden ilgili yorumlar yerinde görünmemektedir.¹⁴⁹⁹

Doktrin ve yargı kararlarının çoğunda da FPS ilkesinin FET'ten ayrı bir standart olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁰⁰ Nitekim, FPS ilkesinin FET standardının gölgesinde kalması ve çok seyrek olarak kullanılması anlayışı günümüzde değişime uğramakta ve FPS ilkesini konu alan dava sayısında bir yükseliş görünmektedir.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹² Örn. bkz. Enron, award, para. 251–268, 284–286.

¹⁴⁹³ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award (22 June 2010), para. 289.

¹⁴⁹⁴ Örn. bkz. Siemens, Award, para. 274; Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011), para. 32.

¹⁴⁹⁵ National Grid, award, para. 190.

¹⁴⁹⁶ Occidental, award, para. 187.

¹⁴⁹⁷ Örn. bkz. Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5. Award (22 August 2016), para. 548

¹⁴⁹⁸ Azurix, award, para. 407. Kararda iki ilkenin ihlal edildiği de ayrıca belirtilmiştir. Bkz. Azurix, award, para. 408.

¹⁴⁹⁹ Benzer görüş için bkz. Lorz, R. A. (2015). Protection and Security (Including the NAFTA Approach). Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 764–789, 787; McLachlan, Shore, Weiniger, a.g.e., 2017, 334, 335.

¹⁵⁰⁰ Örn. bkz. Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, (30 November 2012), para. 7.83.

¹⁵⁰¹ Gerek ICSID gerekse diğer hakemlikler nezdinde açılan FPS ilkesi hakkındaki dava örnekleri için bkz. Blanco, a.g.e., 2019, 6–8, dipnot: 25, 26.

AAPL, *AMT* ve *Wena Hotels* davalarında karşılaşılan durumlar, güç kullanılmasına karşı yatırımların korunması için ev sahibi devletin gereken özeni göstermesini garanti edecek bağımsız bir standarda ihtiyaç olduğunu kanıtlamıştır.¹⁵⁰² Bir yükümlülüğü, FPS ilkesinin ya da FET ilkesinin kapsamına dahil etmek bu manada farklı neticeler doğurabilir. Çünkü iki standardın uygulanma şartları farklıdır.¹⁵⁰³ FPS ilkesinin mutlak bir ilke olduğundan şüphe duyulmamakla birlikte, bazı açılardan iç hukuktaki hukuki koruma hakkındaki tartışmaların, göreceli olan ulusal muameleye benzetilmesine sebep olduğu da belirtilmektedir.¹⁵⁰⁴

4.6.4.2. FPS ilkesinin koruma kapsamının yorumlanması

4.6.4.2.1. FPS ilkesinin koruduğu çıkarların yorumlanması

FPS ilkesinin koruma kapsamına taalluk eden diğer bir konu; korunacak çıkarlar ve değerlerin neler olduğudur. Sorun, korumanın fiziki şiddete karşı bir korumaya mı has olduğu yoksa daha ötesinde (hukuki/ticari) bir korumadan bahsedilip bahsedilemeyeceğidir. Yatırım andlaşmalarının çoğu, ilkenin uygulanmasına dair ayrıntılı hüküm içermemektedir. Bu da devletlerin yükümlülüğü hakkında mahkemelere geniş bir takdir yetkisi verilmesi anlamına gelir. Bazı yatırım andlaşmalarında kapsamını açıklamaya yönelik düzenlemeler nadir de olsa yer almaktadır.¹⁵⁰⁵ Özellikle de yatırım tahkimindeki istikrarsız kararlar ve devletlerin kararlardan memnuniyetsizlikleri bu tür somutlaştırma çabalarını arttırmaya başlamıştır.

İlkenin koruduğu çıkarlar hakkında tarihi süreç zaman içinde genişler bir seyir izlemiştir. Ancak; standart her şeyden önce ve temelde, taraf devletlere yatırımcı ve yatırımları hakkında “fiziki koruma yükümlülüğü” getirir. Fiziki koruma yükümlülüğü, neredeyse tartışmasızdır. Bir dizi kararda, standardın münhasıran ve ağırlıklı olarak fiziki güvenliği kapsadığı ve devletten veya özel kişilerden gelebilecek şiddete karşı ev sahibi devletin koruma yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Devlet, fiziki koruma yükümlülüğünü tehdit eden, bozan fiilleri engellemek ve ayrıca failleri yargılamakla yükümlüdür. Hem polis gücünün hem

¹⁵⁰² McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 335.

¹⁵⁰³ Benzer görüş için bkz. Schreuer, *a.g.m.*, 2010 Full Protection and Security, 369.

¹⁵⁰⁴ Bkz. Reinisch, Schreuer, *a.g.e.*, 2020, 540.

¹⁵⁰⁵ Örn. bkz. ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT (United States of America - Uruguay BIT, 2005).

hukuki hem de idari sistemin bu noktada ortak çalışması gerekir.¹⁵⁰⁶ Fakat bunun ötesinde; yatırımcıya, fiziki olmayan daha çok hukuki istikrar olarak algılanan hukuki koruma ya da ticari vb. başka birtakım haklar sağlayıp sağlamadığı hususları ise ilkenin niteliği gibi yorum farklılıkları ile dolu ve tartışmalıdır.¹⁵⁰⁷ Bazı kararlar, fiziki korumanın yanı sıra hukuki korumayı da kapsama dahil edecek şekilde hüküm vermişlerdir.¹⁵⁰⁸ Bazı BIT’ler, bu tür ihtilaflara yol vermemek amacıyla açıkça Hollanda-Malavi 2003 Tarihli BIT’te olduğu gibi “*tam fiziki koruma ve güvenlik*”¹⁵⁰⁹ ya da ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT’te olduğu gibi “*polis koruması*”¹⁵¹⁰ türünden kapsamı netleştirecek şekilde ilkeyi hükme bağlama yoluna gitmişlerdir.

Fiziki koruma

Korunan çıkarların kararlarda yorumlanması bağlamında konuya baktığımızda; tartışmasız olduğu üzere, kapsamın “ilk olarak” fiziki korumayı (polis koruması) kapsadığı sıklıkla yer alan bir husustur.¹⁵¹¹ Bazı kararlar ise korumanın “sadece ve münhasıran” fiziki korumadan ibaret olduğunu savunmaktadır.¹⁵¹² Korumanın fiziki korumayı kapsadığına dair bir yorum, hiç şüphesiz ilgili yatırım andlaşmasında açıkça “*fiziki*” ibaresinin yer alması neticesinde yapılabilir. *OI European* kararında mahkeme, Hollanda-Venezuela 1991 tarihli BIT’te¹⁵¹³ geçen “*tam fiziki koruma ve güvenlik*” kavramının yorumunda, VAHS madde 31(1)’de tercih edilen literal yorumla, andlaşmanın sadece fiziki koruma ve güvenliği temin etmekle sınırlı olduğunu beyan etmiştir.¹⁵¹⁴

¹⁵⁰⁶ Blanco, *a.g.e.*, 2019, 354; Lorz, *a.g.e.*, 2015, 766, 767, 775.

¹⁵⁰⁷ Örn. bkz. PSEG, Award, para. 257–259; Enron, Award, para. 284–287; BG Group, Award, para. 323–328; Sempra, Award, para. 321–324; Plama, Award, para. 180.

¹⁵⁰⁸ Moss, *a.g.e.*, 2008, 131, 132; Foster, *a.g.m.*, 2012, 1098. Fiziki korumanın yanı sıra hukuki korumayı da kapsama dahil eden kararlar için örn. bkz. AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23 September 2010), para. 13.3.2; Azurix, award, para. 310, 311; Occidental, Award, para. 183, 187; CME, Partial Award, para. 159, 160.

¹⁵⁰⁹ Bkz. Hollanda-Malavi 2003 Tarihli BIT (Malawi - Netherlands BIT, 2003), m. 3(1).

¹⁵¹⁰ ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT, m.5/2(b).

¹⁵¹¹ Bkz. PSEG, Award, para. 257–259; Enron, Award, para. 284–287; BG Group, award, para. 323–328; Sempra, Award, para. 321–324; Plama, award, para. 180.

¹⁵¹² Örn. bkz. Suez v, Decision on Liability, para. 167–169; Saluka, Partial Award, para. 483, 484.

¹⁵¹³ Bkz. Hollanda-Venezuela 1991 tarihli BIT (Netherlands - Venezuela, Bolivarian Republic of BIT, 1991).

¹⁵¹⁴ Bkz. OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award (10 March 2015), para. 576.

Onun dışında kararlarda, “fiziki” sıfatının nitelemesine sahip olmayan “tam koruma ve güvenlik” kavramının münhasıran fiziki olarak yatırım ve yatırımcının şiddete karşı korunmasının sağlanması olduğuna yönelik yorumlara da rastlanmaktadır. Örneğin *Rumeli* kararında, “tam koruma ve güvenlik” kavramı devletin yabancı yatırımları belirli bir düzeyde fiziksel hasardan korumakla yükümlü olduğu ifadesi ile yorumlanmıştır.¹⁵¹⁵ Yine *Saluka* kararında, ilkenin her türlü zararı kapsamadığı; daha belirgin olarak, yatırımın fiziki bütünlüğüne karşı güç kullanarak yapılanları kapsadığı belirtilmiştir.¹⁵¹⁶ *Crystallex* kararı da ilkenin salt fiziki koruma ve güvenlik olarak yorumunun “koruma” ve “güvenlik” kelimelerinin olağan anlamına en çok uyacağını belirtmiştir.¹⁵¹⁷

Fiziki koruma yükümlülüğünün esasen iki yönü vardır. İlki, yatırımcının şahsına veya yatırımlarına gelebilecek zararların meydana gelmeden önlenmesidir.¹⁵¹⁸ Diğerisi ise zarar önlenemediği takdirde kontrol altına alınmasıdır. Bunun içine suçluların takibatı ve yargılanması konusunda gereken özenin gösterilmesi de girmektedir.¹⁵¹⁹ Fiziki koruma hakkında tahkim kararlarına yansıyan örnekler olarak; iç karışıklıklar, ayaklanma ve yağmalar, yatırımlara saldırı, işgal ve tehditler, yatırımların zorla kamulaştırılması hatta yeni bir örnek olarak yatırımlara çevresel zarar verilmesi¹⁵²⁰ vb. verilebilir.¹⁵²¹

Hukuki koruma

Sonraki süreçte ilkenin hukuki korumayı içerecek şekilde kapsamının genişletilmesi, daha geniş bir koruma standardı olan FET ilkesi veya teamül hukuku ile aynı mı olduğu yoksa bağımsız ve ek bir standart mı olduğunu kararlarda tartışmalı hale getirmiştir.¹⁵²² İlke, ilk zamandaki teamüli bağlarından koparılmış; yatırımların istikrarının desteklenmesi yönünde anlam yüklenmeye başlanmıştır.

¹⁵¹⁵ *Rumeli*, award, para. 668.

¹⁵¹⁶ *Saluka*, partial award, para. 483, 484. Ayrıca bkz. *BG Group*, award, para. 324.

¹⁵¹⁷ *Crystallex*, award, para. 632. Ayrıca bkz. *BG Group*, award, para. 323-328; *AWG Group*, Decision on Liability, para. 174-177; *PSEG*, award, para. 258.

¹⁵¹⁸ Örn. bkz. *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss (21 February 2017).

¹⁵¹⁹ *Radi*, a.g.e., 2020, 105.

¹⁵²⁰ Bkz. *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, para. 252.

¹⁵²¹ İlgili örnekler ve daha fazlası için bkz. *Junngam*, N. (2018). "The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured From?". *American University Business Law Review*, 7(1), 1-100, 61, 62.

¹⁵²² *Schreuer*, a.g.m., 2010 Full Protection and Security, 353. Örn. bkz. *Parkerings*, award, para. 356, 357, 360.

Geniş bir yorumlama ile FET standardındaki istikrar unsuru hakkındaki benzer eğilim ile örtüşürülmesi bazı tahkim mercilerince eleştirilmiş, yatırım ikliminin istikrarının FET standardı olduğu ileri sürülmüştür. Bu minvalde kararlarda, varlıklara zarar gelmese bile yatırımların istikrarının zarar görmesi ihlal olarak değerlendirilebilmektedir.¹⁵²³ Mesela, *Azurix* tahkimine göre, fiziki bir şiddet veya zarar olmasa bile FPS ilkesi ihlal edilebilir.¹⁵²⁴ Sornarajah’a göre ise andlaşmaların olağan anlamından fiziki varlığın etkilenmediği durumlarda böyle bir yorum çıkarılması mülkiyetin korunması ile bağdaşmaz.¹⁵²⁵

FPS ilkesinin hukuki korumayı da içerecek şekilde yorumlanması halinde, ev sahibi devlete; yatırımları korumaya imkan veren hukuki bir çerçeve, istikrarlı hukuki rejim ve zamanında yargısal başvuru yollarına müracaat imkanı sağlaması için etkili adımlar atması yükümlülüğü yüklenmiş olur.¹⁵²⁶ FET başta olmak üzere diğer standartlarla örtüşmesi sonucunu doğurur ve devletin düzenleme yetkisine sınırlama getirir. Yatırımcıların genellikle ileri sürdüğü hukuki güvenlik lehine yoruma karşı ev sahibi devletler; birinci olarak, ilkenin geleneksel veya teamüli olarak fiziki korumayı garanti ettiğini, ikinci olarak ise özel-kamu şiddeti ayrımı yaparak ilkenin teamül hukuku gereği özel kişilerin faaliyetlerinden doğan zararı kapsamına aldığını savunmaktadırlar.¹⁵²⁷

Bazı yargı kararlarında, farklı yorum yöntemleri kullanılarak ilkenin kapsamına hukuki koruma dahil edilmektedir. Gerek sınırlayıcı kelimelerin andlaşmalarda yer almaması gerekse FET’le ayrımcı veya keyfi muameleye karşı koruma standartlarının ilkeyle birleştirilmesinin buna katkısı vardır.¹⁵²⁸ Örneğin, yukarıdaki *Crystallex* kararına nazaran daha eski olan *Vivendi* kararında, metinden yola çıkan mahkeme; zıt bir yorumla, terimlerin fiziki müdahalelerle sınırlı bir korumayı yansıtacak ifade içermediğinden hareketle tam koruma ve güvenlik kavramını, hukuki korumayı da kapsayacak şekilde yorumlamıştır.¹⁵²⁹ *Biwater* kararında, “fiziki” ve “hukuki” korumanın da ötesine geçilerek bunlara “ticari”

¹⁵²³ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 427.

¹⁵²⁴ *Azurix*, award, para. 406.

¹⁵²⁵ Sornarajah, *a.g.e.*, 2017, 427.

¹⁵²⁶ Schreuer, *a.g.m.*, 2010 Full Protection and Security, 369; Schefer, *a.g.e.*, 2016, 361.

¹⁵²⁷ Blanco, *a.g.e.*, 2019, 10.

¹⁵²⁸ McLachlan, Shore and Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 334.

¹⁵²⁹ *Compania de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007), para. 7.4.15.

istikrarın da dahil edildiği güvenli bir çevreyle devletler yükümlü kılınmıştır. Şöyle ki mahkeme, “*tam (full)*” kelimesinin tek bir korumayla sınırlı olacak şekilde yorumlanmasını yapay bulmuştur. Yorumu, “*özellikle andlaşmada terimlerin kullanılışının ışığında*” yola çıktığını belirterek, aslında olağan anlamı ile andlaşmayı yorumladığını bir anlamda beyan etmiştir.¹⁵³⁰

Burada dikkat çeken husus, aynı yorum unsurlarına dayanılsa bile mahkemelerin tam zıddı neticelere varabilmeleridir. Yukarıda koruma kapsamını fiziki güçle sınırlı gören bazı kararlar ile hukuki korumayı da içerecek şekilde yorumlayanlar, ilginç bir şekilde çoğunlukla lafzi yoruma ağırlık vererek yorum yapmışlardır. Biraz daha farklı bir örnek olarak *Azurix* kararı, ABD tarafından imzalanan son serbest ticaret andlaşmalarının “yalnız teamül hukukunun gerektirdiği kapsamda polis güvenliği” ile sınırlı olduğunun farkında olmasına rağmen “tam” kelimesine olağan anlamı çerçevesinde fiziki korumanın ötesinde anlam yüklemiştir. Kararda, başka kararlar da vurgulanarak güvenli bir yatırım ortamı tarafından sağlanan istikrarın önemine temas edilmiştir.¹⁵³¹ *Siemens* kararında mahkeme, yatırımın tanımından yola çıkarak; BIT’in somut malların yanı sıra soyut malları da içermesi sebebiyle bu tür malların fiziki korunmasının mümkün olamayacağı, dolayısıyla ilkenin korumasına dahil olmaları için hukuki korumanın da sağlanması gerektiğine dair mantıksal bir çıkarım yapmıştır.¹⁵³² İlgili yorum, hukuki korumayı da kapsam dahilinde görenlerin başlıca dayanak noktalarındandır.¹⁵³³ *National Grid* kararı, andlaşmanın konusuyla alakalı olarak “*koruma ve devamlı güvenlik*” ibaresinden; bu korumanın doğası gereği, fiziksel varlıkların korunması ve güvenliği ile sınırlı olduğu anlamına gelmediği sonucuna varmıştır.¹⁵³⁴

Bazı kararlar, yargısal sistemin iyi işlemesi gerekliliğini de ilkenin koruma kapsamına dahil etmiştir. *Frontier Petroleum* kararında; ilkenin, devletin mahkeme ve hukuki başvuru yollarını işlevli hale getirmesi yükümlülüğü yüklediğinden bahsedilmiştir. Ancak, usule veya esasa ilişkin konularda daha etkili korumanın sağlanabileceği gerçeğinin doğrudan ilkenin ihlaline yol açmayacağını da hükme

¹⁵³⁰ Biwater, Award, para. 729. Ayrıca bkz. AWG Group, Decision on Liability, para. 179.

¹⁵³¹ Azurix, award, para. 408.

¹⁵³² Siemens, award, para. 303.

¹⁵³³ Diğer bir dayanak noktası ise yatırımcının korunması için etkili hukuki sistemin varlığına yönelik ELSI kararıdır. Buna göre UAD, standardın fiziksel korumadan daha fazlasını içerdiğini zımnen kabul etmiştir. bkz. Miljenic, a.g.m., 2019, 52, 55, 56.

¹⁵³⁴ National Grid, award, para. 189.

bağlamıştır.¹⁵³⁵ *Siag* kararında mahkeme, yatırımcının haksız olarak kamulaştırılan malını iade etmesi gerektiğine yönelik Mısır mahkeme kararlarına Mısır makamlarının uymamasını FPS ilkesinin ihlali bağlamında değerlendirerek hukuki korumayı, kapsama dahil etmiştir.¹⁵³⁶

Bazı kararlarda FPS ilkesinin koruma kapsamı, devletin düzenleme gücüyle alakalandırılmıştır. *CME* kararında, devletin gerek yargısal gerekse idari düzenlemelerle kabul edilmiş yatırımları, yürürlükten kaldırmaması ve devalüe etmemesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵³⁷ *National Grid* kararı ise düzenleyici çerçevedeki (*regulatory framework*) köklü değişiklikleri ve bunlardan kaynaklanan güvensizliği standarda aykırı bulmuştur.¹⁵³⁸ Fakat bu derece geniş bir yorum, devletin düzenleme yetkisini neredeyse ortadan kaldırma anlamına gelir ki; bu noktada *AES Summit Generation* kararını tekrar ele almak gerekir. *AES Summit Generation* tahkimi, en devamlı FPS ilkesinin koruma kapsamını her ne kadar fiziki korumanın ötesinde bir anlayışla ele almış olsa da devletin objektif bir şekilde, rasyonel kamu politikası amaçlarını başarmak amacıyla ve şartlar altında makul bir şekilde davranması koşuluyla, devletin düzenleme hakkına karşı yatırımı olumsuz etkilenen yatırımcının korunmayacağını belirtmiştir. Böylece, daha dengeli ve makul bir yorumu tercih etmiş ve bir anlamda devletin düzenleme yetkisine saygı göstermiştir. İlkenin kusursuz sorumluluk doğurmadığının açıkça ifade edildiği kararda; devletin görevi, Brownlie'nin kelimeleriyle ve *Hesham* kararında da geçtiği üzere: Benzer şartlar altında iyi yönetilen bir hükümetten beklenen, engellemeye dair makul önlemleri sağlamaktan fazlası değildir.¹⁵³⁹

Özetle, FPS ilkesinin koruduğu çıkarların ne olduğu hakkında, salt fiziki korumadan başlayarak buna hukuki ve hatta ticari korumanın da dahil edilmesi gerektiğine dair çok geniş perspektifte seyreden, farklı anlayışlarda pek çok tahkim kararı mevcuttur. İlgili ihtilaflar da BIT'lerde daha açık düzenlemeler öngörülmeden çözülecek gibi görünmemektedir. Ama, hukuki korumanın FPS ilkesine dahil halinde, kapsamının ve sınırlarının nasıl çizileceği önemli bir sorundur. Örneğin,

¹⁵³⁵ Frontier Petroleum, final award, para. 273.

¹⁵³⁶ Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, award (1 January 2009), para. 447, 448.

¹⁵³⁷ *CME*, partial award, para. 613. Ayrıca bkz. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Award (29 December 2004), para. 170.

¹⁵³⁸ *National Grid*, award, para. 189.

¹⁵³⁹ Bkz. *AES Summit Generation*, award, para. 13.3.2, 13.3.3. Ayrıca bkz. *Hesham*, award, para. 625.

aynı olgulardan kaynaklı *Lauder ve CME* davalarında mahkemelerden biri, devletin yaptığı kanuni düzenlemenin hukuki korumayı ihlal ettiği sonucuna varırken¹⁵⁴⁰ diğeri, hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir.¹⁵⁴¹ Devletin egemen yetkileri bağlamında düzenleme yetkisi üzerinde doğrudan etkilere yol açan konu hakkında, istikrarlı bir sınır çekmek tahkim mercileri için zor olabilmektedir. Çünkü bu yolla, ülkenin yasal ve ticari istikrarının baltalandığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, korumanın salt fiziki koruma ile sınırlı yorumlanmasının, diğer standartların kapsamadığı fiziki olmayan yanlışların telafisiz kalmasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bundan yola çıkan bazı tahkim mercileri FET ilkesini, tam koruma ve güvenlik standardının noksanlıklarını telafi edecek şekilde geniş yorumlamayı tercih etmektedirler.¹⁵⁴²

Fakat vurgulanması gereken; FET'in hilafına FPS ilkesinin, devlet organlarının karar alma süreçleri ile ilgili olmadığıdır. İlke, öncelikli olarak polis gücü faaliyetleri ile ilgili olup yatırımcının yatırımlarını korumakta zafiyet gösterilerek özen yükümlülüğünün ihlali sonucu, yatırımcının fiili zarara uğratılmasıyla ilgilidir.¹⁵⁴³ *Suez* kararı, iş ikliminin istikrarı ve hukuki güvenliğin daha çok FET ilkesinin hususiyetlerinden olduğunu; FPS ilkesinin ise öncelikle, fiziksel zararlardan yatırımların korunmasını gözettiğini belirtmiştir. Bununla birlikte FPS ilkesi, yatırımcıya verilen zarardan sorumlu devlet organlarını veya özel tarafları kovuşturmak için yeterli mekanizmalar ve yasal çözümler sağlama yükümlülüğünü de içerebilir.¹⁵⁴⁴

Davacının somut malına güç kullanılması neticesinde oluşan cebri zararı odak noktası yapmak, bu güç kullanımı neticesinde diğer yatırım türlerinin dolaylı zararının tazmin edilmesi imkanını engellemez.¹⁵⁴⁵ Yine *Suez* kararında; ilkenin aşırı geniş yorumlanmasının, hem gerekli olmayan hem de istenmeyen bir şekilde, diğer ilkelerle örtüşmesi sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir.¹⁵⁴⁶ Vandeveld'e göre hakem kararlarının hiçbirisi, bütün zarar veren davranışları yasaklayacak kadar geniş bir yorumda bulunmamaktadır. Zira, böyle bir yaklaşım devletin meşru düzenleme

¹⁵⁴⁰ Bkz. *CME*, partial award, para. 159, 601, 613.

¹⁵⁴¹ Bkz. *Lauder*, final award, para. 308–314.

¹⁵⁴² Foster, a.g.m., 2012, 1099.

¹⁵⁴³ McLachlan, Shore, Weiniger, a.g.e., 2017, 330.

¹⁵⁴⁴ *Suez*, Decision on Liability, para. 173.

¹⁵⁴⁵ McLachlan, Shore, Weiniger, a.g.e., 2017, 336.

¹⁵⁴⁶ *Suez*, Decision on Liability, para. 174. 8.

gücünü elinden alacaktır. Fiziki zararlar, FPS ilkesi kapsamında olmakla birlikte; fiziki olmayan zararlar FET ve ayrımcılık yasağı gibi diğer BIT hükümlerine konu olabilirler. Bu tür yaklaşım, hem ilkenin tarihi kökeni ile uyum sağlar hem de diğer standartlardan ilkeyi ayırır.¹⁵⁴⁷

4.6.4.2.2. Koruma kimin fiillerine karşı sağlanmalıdır?

İlkenin kapsamını tayin eden diğer konu, korumanın kimin fiillerine karşı sağlanacağıdır. Aslında; yatırımlara verilen zararlara karşı devletin fiziki koruma yükümlülüğü, üçüncü kişilerin yani özel şahısların fiillerinden kaynaklanabileceği¹⁵⁴⁸ gibi bizzat kendi verdiği zararlardan¹⁵⁴⁹ da kaynaklanabilir. Ev sahibi devlet, isyancı ve yağmacılardan gelebilecek zararlara karşı gereken özeni göstermelidir.¹⁵⁵⁰ Mesela *Eastern Sugar* kararında ilke, ev sahibi devlete üçüncü taraflara karşı yatırımcıları koruma yükümlülüğü yükleyecek şekilde yorumlanmıştır.¹⁵⁵¹ *AES Summit Generation* kararına göre devlet, makul adımlar atarak yatırımcıları, üçüncü kişi ve/veya devlet görevlilerinin tacizlerine karşı korumakla yükümlüdür.¹⁵⁵² *AAPL* davasında, işgalci güçlerle mücadele sırasında çiftliği Sri Lanka ordusu tarafından işgal edilen ve zarar gören davacının; zararının devletin fiillerinden kaynaklandığı iddiası kabul edilmemekle birlikte, devletin daha barışçıl araçlar kullanmakta ve zararı engellemekte başarısız olduğu gerekçesi ile ilkenin getirdiği yükümlülükleri ihlal ettiği kararına varılmıştır.¹⁵⁵³ En meşhur örneklerden *Wena Hotels* davasında mahkeme, yatırımcının otellerine zorla el koymaya devlet görevlileri katılmasa da Mısır'ın standardı ihlal ettiğini, çünkü polis ve diğer yetkililerin el koymayı önlemek veya tazmin etmek için etkili önlemler almadığına karar vermiştir.¹⁵⁵⁴ Bu manada, özel kişilerden gelen fiziki zararlara dair pek çok uyuşmazlık kararlara yansımıştır.

Aslında, üçüncü kişilerden gelen fiillere karşı ilkenin koruma sağladığı hakkında ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak tartışmalı olan, devletin bizzat kendi fiillerine karşı koruma sağlayıp sağlamadığıdır. Konu, daha çok standardın en yaygın

¹⁵⁴⁷ Bkz. Vandevelde, *a.g.e.*, 2010, 253.

¹⁵⁴⁸ *Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award on Merits (8 December 2000), para. 84.

¹⁵⁴⁹ *AAPL*, award, para. 45-53, Dissenting Opinion (27 June 1990), para. 78; *Parkerings*, award, para. 355.

¹⁵⁵⁰ Vandevelde, *a.g.e.*, 2010, 243, 244.

¹⁵⁵¹ *Eastern Sugar*, partial award, para. 203.

¹⁵⁵² *AES Summit Generation*, award, para. 13.3.2.

¹⁵⁵³ *AAPL*, award, para. 79, 85, 86.

¹⁵⁵⁴ *Wena Hotels*, award on merits, para. 84.

olarak uygulandığı sivil savaşlar açısından önemli olmaktadır. *AAPL* davasında olduğu gibi, zararın üçüncü kişilerin mi yoksa devlet görevlilerinin eliyle mi gerçekleştiği sıklıkla belirlenmesi zor olan bir sorundur. McLachlan, Shore ve Weiniger’e göre zarar kimden gelirse gelsin, her iki durumda da devlet gereken özeni göstermek zorundadır. Ancak, zararın devletin bizatihi kendi görevlileri tarafından verilmesi halinde, gerek teamül hukukunda gerek andlaşmasal yükümlülük bağlamında devletin daha belirli ve ayrıntılı görev ile sorumlulukları vardır.¹⁵⁵⁵

Tahkim kararlarında, ilkenin kimden gelecek fiillere karşı koruma sağlayacağı hakkında bir mutakabat yoktur. Örneğin, *El Paso* kararına göre yerleşmiş bir yükümlülük olarak, işlenen fiillerin Hükümete değil üçüncü bir şahsa atfedilebilmesi gerekir.¹⁵⁵⁶ *Oxus* kararına göre ise aksi BIT’te açıkça tanımlanmadığı sürece; genel FPS standardı, FET’in kapsamadığı üçüncü taraflardan gelecek fiillere karşı koruma sağlayarak FET’i tamamlar. Devlet organlarından gelebilecek fiiller için uygulanacak ilke FET’tir.¹⁵⁵⁷ Tam aksi yaklaşımdaki kararlardan örnek verirse; *Parkerings* kararına göre devletin zararı önlememesi, eski durumu düzeltmemesi veya zarar vereni cezalandırmaması durumunda FPS standardının ihlali ortaya çıkabilir. Zarar, ev sahibi devlet veya onun kurumları ya da bir şahıs tarafından işlenebilir.¹⁵⁵⁸ Yine, *Biwater* kararına göre ”tam güvenlik” sadece üçüncü kişilerden gelecek eylemleri önlemekteki başarısızlıklarla sınırlı değildir. Devlet organları ve temsilcilerinin eylemlerini de kapsar. Mahkeme hem ”tam” kelimesinin hem BIT’in amaçlarının hem de *Wena Hotels* ve *American Manufacturing* kararları doğrultusunda bunu ima ettiğini beyan etmiştir.¹⁵⁵⁹

Bazı görüşlere göre, FPS ilkesine devlet eylemlerinin de dahil edilmesi, FET’in koruma alanıyla çakışması ihtimalini gündeme getirmektedir. Radi’ye göre FPS ilkesi, FET standardının aksine etkililik temelinde zıt bir yoruma konu olmaktadır. FET ilkesinde, devlet organlarına karşı yatırımcı ve mallarının koruması halihazırda kapsam dahilindedir. FPS ilkesine böyle bir yaklaşım, yatırımcı ve yatırımlarının korunmasında FET ilkesiyle örtüşmesi eğilimine yol açar.¹⁵⁶⁰ *Oxus Gold* tahkimi de

¹⁵⁵⁵ McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 333.

¹⁵⁵⁶ *El Paso*, award, para. 522.

¹⁵⁵⁷ *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award (17 December 2015), para. 353.

¹⁵⁵⁸ *Parkerings*, award, para. 355.

¹⁵⁵⁹ *Biwater*, award, para. 730. Ayrıca bkz. *American Manufacturing*, award, para. 6.13, 6.14.

¹⁵⁶⁰ Radi, *a.g.e.*, 2020, 106.

konuya sadece üçüncü kişiler bağlamında bakmakla birlikte FET ve FPS standartlarını kapsam ve tabiat itibarıyla farklı bulmuştur. Buna göre FPS ilkesinde, devletten üçüncü bir taraf tarafından adil ve hakkaniyetli davranılmasını garanti etmesi beklenmemekte; üçüncü taraftan gelebilecek zararlara karşı, gücüyle makul önlemler alması beklenmektedir. Bu sebeple, FPS ilkesi sıklıkla güç kullanılması bağlamında uygulanmakta ve buna atıf yapılmaktadır.¹⁵⁶¹ Tahkim, standartlar arasındaki ayrımı “*etkililik (effet utile)*” ilkesiyle uyumlu bularak hukuki belgelerin yorumlanmasında önemli bir unsur olarak nitelendirmiştir.¹⁵⁶²

Şu kısım doğrudur ki; FPS ilkesi koruma sistemine odaklanıp devleti, yatırımların maruz kalabileceği olumsuz müdahalelere karşı aktif olarak korumakla yükümlendirirken; FET yatırım ve yatırımcılara sağlanacak muameleye odaklanarak, devleti haksız ve adaletsiz muamelelerden vazgeçmekle yükümlendirir. FPS ilkesi, hukuki koruma bağlamında yorumlansa dahi bunu yine yatırımları korumak maksadıyla hukuki çerçeve sağlamak olarak algılamak doğru olacaktır.¹⁵⁶³ Dolayısıyla, iki standardın sağladıkları korumanın nitelikleri birbirinden farklıdır. Ancak tüm bu farklılıklara rağmen iki standardın örtüşmesi de ihtimal dahilindedir.¹⁵⁶⁴ Ayrıca FPS ilkesini devletlere çifte yükümlülük getiren bir standart olarak kabul etmek gerekir. Yani ilkeye, hem devlete üçüncü taraflardan gelebilecek zararlara karşı korumaya yönelik aktif yükümlülük yüklemesi hem de yatırımlara zarar verecek davranışlardan bizzat kaçınma yükümlülüğü yüklemesi bağlamında anlam verilmelidir.¹⁵⁶⁵ *Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemler Sebebiyle Devletlerin Sorumluluğu Hakkındaki Taslak metne* göre bu yorum daha uygundur.¹⁵⁶⁶ Çünkü Taslak m. 4/1’e göre, devletin herhangi bir organının fiili, uluslararası hukukta o devletin fiili sayılır.¹⁵⁶⁷ Dolayısıyla BIT’lerde bunun aksi düzenlenmediği müddetçe;

¹⁵⁶¹ Oxus Gold, award, para. 353, 834. Ayrıca bkz. Saluka, partial award, para. 483; AAPL, award, para. 26; Wena Hotels, award on merits, para. 84; Eastern Sugar, partial award, para. 203; Enron, award, para. 286; Sempra, award, para. 323

¹⁵⁶² Oxus Gold, award, para. 354.

¹⁵⁶³ Bkz. Foster, a.g.m., 2012, 1156; Schreuer, a.g.m., 2010 full protection, 369.

¹⁵⁶⁴ Bkz. Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, award (6 November 2008), para. 269.

¹⁵⁶⁵ Sicard-Mirabal, J., Derains, Y. (2018). *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International Law, 147’den aktaran Miljenić, a.g.m., 2019, 36.

¹⁵⁶⁶ Schreuer, a.g.m., 2010 Full Protection and Security, 357.

¹⁵⁶⁷ Bkz. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, m. 4/1. Ayrıca taslak sözleşme, uluslararası hukukun teamül kurallarını tedvin eden bir nitelik taşır. Bkz. Abdullahzade, C. (2020). "Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69, 1541-1568, 1560.

bağlama dahil olan uluslararası hukukun taraflararasında uygulanabilir herhangi bir kuralı kapsamında¹⁵⁶⁸ taslak metnin uygulanması en doğru yorum olarak görünmektedir.

4.6.4.3. FPS ilkesinde sorumluluğun kapsamının yorumlanması

FPS ilkesi hakkında bir diğer tartışmalı konu da sorumluluğunun kapsamının tayini ile ilgilidir. Muhtelif defalar ifade edildiği gibi BIT'ler; daha çok model andlaşmalar üzerinden görüşülerek imzalanmakta, çok sınırlı sayıda ve genel ifadelerle düzenlenen hükümlerden oluşmaktadır. Küçük farklılıklar söz konusu olabilirse de farklı devletlerin imzaladığı BIT'ler hemen hemen aynı üsluba sahiptir. Kısacası en gelişmiş devletlerin imzaladıkları ile az gelişmiş devletlerin imzaladıkları arasında nerede ise fark görünmemektedir. Bu noktada tartışılmaya değer bir konu, özellikle de göreceli olmayan FET ve FPS ilkesi gibi koruma standartları söz konusu olduğunda, ev sahibi devletlerin ekonomik, sosyal, siyasal şartları ve gelişmişlik seviyesine bakılmaksızın yatırımcıya aynı muameleleri yapmasının beklenip beklenmeyeceğidir.¹⁵⁶⁹

Yatırım andlaşmalarında konunun düzenlenmesine nadiren rastlanır. Örneğin, ASEAN Kapsamlı Yatırım Andlaşması ilke hakkında, yatırımların koruma ve güvenliğini teminat altına almak için makul surette gerekli olabilecek önlemleri taraf devletlerin alması gerektirdiğini hükme bağlayarak,¹⁵⁷⁰ esasında kusursuz sorumluluk yüklememiş; belirtildiği gibi makul önlemleri alma yükümlülüğü yüklemiştir.¹⁵⁷¹ Yine, 2007 tarihli Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (*Common Market for Eastern and Southern Africa-COMESA*) Yatırım Andlaşması, açıkça hüküm içeren diğer nadir bir örnektir. COMESA Yatırım Andlaşmasında, FET ile alakalı olarak teamüli UAM ilkesine atıf yapılmakla birlikte; her üye devletin gelişmişlik seviyeleri aynı olmadığından, objektif bir uluslararası standart kurmadığı da hükme bağlanmıştır.¹⁵⁷² Fakat, yatırım andlaşmalarının genelinde bu türden açık düzenlemelere rastlamak mümkün değildir. Bir görüşe göre FET ve FPS standartları; MFN kaydı ve ulusal muamele ilkesi gibi göreceli standartlar olmadıkları için sabit referans noktaları içerirler ve bunlar bütün devletler için gelişmişlik düzeyleri,

¹⁵⁶⁸ Bkz. VAHS, m. 31/3(c).

¹⁵⁶⁹ Konu hakkında ayrıntılı bir çalışma için örn. bkz. Gallus, a.g.m., 2005, 711-730.

¹⁵⁷⁰ ASEAN Kapsamlı Yatırım Andlaşması, m. 11/2(b).

¹⁵⁷¹ Malik, a.g.e., 2011, 3.

¹⁵⁷² Bkz. 2007 tarihli COMESA Yatırım Andlaşması, m. 14.

ekonomik, sosyal, politik şartlarına bakılmaksızın yatırım zamanında aynıdır. Bir diğerine göre yatırım andlaşmaları, devletlerin ekonomik gelişmelerini dikkate almaya imkan sağlayacak derecede esnekliğe sahiptir. Asıl sorun ise hakemliklerin söz konusu esnekliği kullanıp kullanmadığı ve böyle bir esnekliğe izin verilmesi halinde fayda ve zararlarının neler olacağı noktasında cereyan etmektedir.¹⁵⁷³ Fakat aslında buna esneklik demek doğru görünmemektedir. Buradaki asıl vakıa, standartların BIT’lerde sadece isim olarak anılmasının neden olduğu hareket serbestisidir.

Kabul edilen anlayışa göre, ilke ev sahibi devlete kusursuz sorumluluk yüklemeyiz. Yükümlülük sınırsız olmadığı gibi, adı geçen sorumluluk kusursuz sorumluluğun zıddı olan,¹⁵⁷⁴ esasen “*gereken özen yükümlülüğü*”¹⁵⁷⁵ olarak (*due diligence*) veya nadiren *Peter A. Allard* kararında geçtiği şekli ile makul dikkat (*reasonable care*) yükümlülüğü olarak adlandırılan bir sorumluluktur.¹⁵⁷⁶ Devletten beklenen de sonuçtan ziyade, elinden gelenin en fazlasıyla korumaya ilişkin icraat ortaya koymaya çalışmasıdır. Devlet özel şartlara göre korumaya dair makul önlemler almış ve çaba sarf etmişse, yükümlülüklerini yerine getirmiş olur. Aldığı bu tedbirler yatırımın zarar görmesini engelleyemese bile sonuç değişmez. İlgili hususta düzenli bir içtihadı rastlanmaktadır.¹⁵⁷⁷

UAD nezdinde görülmüş *ELSI* kararında da malvarlığının hiçbir zaman ve şartta zarar görmeyeceği ve el koymaya konu olamayacağına yönelik bir garanti verecek şekilde yorum yapılamayacağı belirtilmiştir.¹⁵⁷⁸ Konu hakkında ilk ve en önemli yatırım tahkimi kararlarından olarak gösterilen *AAPL* kararı, yatırımcının olağan anlamdan dolayı ilkenin kusursuz sorumluluk yüklediği iddiasına rağmen¹⁵⁷⁹ mahkeme; *ELSI* kararına ve eski tahkim kararlarına atıfla, koruma ve güvenlik veya uluslararası hukukun gerektirdiği tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün olağan ve tabii anlamına göre, kusursuz sorumluluğa meydan verecek şekilde yorum

¹⁵⁷³ Kriebaum, *a.g.e.*, 2013, 331, 332.

¹⁵⁷⁴ Bkz. Dolzer, Stevens, *a.g.e.*, 1995, 61.

¹⁵⁷⁵ Çalışmada kısaca “*özen yükümlülüğü*” olarak kullanılacaktır.

¹⁵⁷⁶ Peter A. Allard, *award*, para. 243.

¹⁵⁷⁷ McLachlan, Shore, Weiniger, *a.g.e.*, 2017, 331; Schefer, *a.g.e.*, 2016, 361; Malik, *a.g.e.*, 2011, 1, dipnot. 1; Vandevelde, *a.g.e.*, 2010, 243, 244; Radi, *a.g.e.*, 2020, 103.

¹⁵⁷⁸ Elettronica S.p.A. (*ELSI*), judgment, para. 108.

¹⁵⁷⁹ *AAPL*, *award*, para. 26.

yapılamayacağını belirtmiştir.¹⁵⁸⁰ MNSS kararında da ilkenin “*en devamlı (most constant)*” ifadesi ile sıfatlanmasının yükümlülüğü arttırmadığı, devletin yükümlülüğünün özen yükümlülüğü olduğu açıklanmıştır.¹⁵⁸¹ *El Paso* kararı, özen yükümlülüğüne güzel bir açıklama getirmesi sebebiyle sıklıkla örnek gösterilen bir karardır. Kararda, devletin ülkesindeki yabancıların canları veya mallarına üçüncü kişilerden gelebilecek hukuka aykırı zararları engellemesi, başaramazsa cezalandırması hususlarında gereken özeni göstermesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Devlet önleme ve cezalandırmaya ilişkin gereken özeni göstermede zafiyete düşmesi halinde, ihmalden ve zarardan sorumlu olur. Makul ya da gereken dikkatin açık ölçüsü, kısmen şartların durumuna göre değişir.¹⁵⁸²

Davanın şartlarının dikkate alınması gerekliliği doktrin ve yargı kararlarında çok dikkat çekilen bir unsurdur. Örneğin, *Ampal-American Israel Corporation* kararında ilgili anlayışın yansımaları açıkça görülmüştür. Dava, Mısır Hükümeti’nin Arap Baharı devrimi sırasında Trans-Sinai boru hattına yapılan saldırıları engelleyememesi sebebiyle FPS ilkesinin ihlal edildiği iddiası ile ilgilidir. Mahkeme, ilk dört saldırının önlemez olduğu gerekçesi ile Mısır’ı sorumlu tutmamışken; güvenlik önlemleri alınmaz ve uygulanmazsa bundan sonra gerçekleşebilecek saldırılar için öncekilerin bir ikaz niteliği taşıdığını beyan ederek, sonraki saldırılar için özen yükümlülüğünün ihlaline hükmetmiştir.¹⁵⁸³ Bu kararın da atıf yaptığı *Pantechniki* kararında, kamu düzeninin öngörülemez bozulmalarıyla ilgili olarak teşvik veya önlemenin söz konusu olmayacağını; örneği olmayan yerlerde, örneği olmayan büyüklükte, örneği olmayan bir sorun hakkında, bir hükümetin plan yapmadaki başarısızlığından dolayı uluslararası sorumluluğunun meydana geleceğinden bahsetmenin zor olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁸⁴

Freeman tarafından yapılan tanıma göre özen yükümlülüğü; iyi yönetilen bir hükümetten benzer şartlar altında alması beklenen makul önlemlerin ne azı ne çoğu, tam da o nispetteki tedbirlerdir. Beklenen ihtiyatın derecesi, tabii olarak özel hal ve

¹⁵⁸⁰ AAPL, award, para. 49.

¹⁵⁸¹ MNSS B.V., award, para. 351.

¹⁵⁸² El Paso, award, para. 523.

¹⁵⁸³ Ampal-American, Decision on Liability and Heads of Loss, para. 283-291. Ayrıca bkz. Tulip Real Estate award, para. 430.

¹⁵⁸⁴ Pantechniki, award, para. 77.

şartlara göre değişebilir.¹⁵⁸⁵ Ancak özen yükümlülüğüne, tanımdaki nispette bir objektif paydadan mı yoksa sübjektif paydadan mı bakılacağı tartışmalıdır.¹⁵⁸⁶ Objektif payda, makul iyi organize olmuş modern bir devletten yabancı yatırımcının korunması için meşru olarak ne beklenmesi gerektiği ile ilgiliyken; sübjektif payda, yerel makamların göreceli olarak sınırlı mevcut imkanları ile ilgilidir.¹⁵⁸⁷ Freeman'ın işaret ettiği, AAPL kararının da atıf yaparak benimsediği¹⁵⁸⁸ objektif ölçüt anlayışına, başka bazı tahkim kararlarında da rastlanmaktadır. *American Manufacturing* kararında, Zaire'nin özen yükümlülüğü altında olduğunu belirtilerek; güvenlik ve koruma ilkesinden tam olarak yararlanılmasını temin etmek için gerekli her türlü tedbiri alması gerektiğini ve bu yükümlülüğe gölge düşürebilecek hukuki düzenlemelere başvurulmasına izin vermemesi gerektiğini ve ülkesindeki yatırımları korumak için her türlü tedbiri aldığını göstermek zaruretinde olduğunu belirtmiştir. Tedbirin seviyesinin ise uluslararası hukukun tanıdığı asgari standartla uyumlu olması gerektiğini beyan etmiştir.¹⁵⁸⁹ Objektif ölçütte, davaların olgusal şartları dikkate alınabilirken; davanın şartlarını oluşturan unsurlardan biri olan, her bir devletin kendi şartları ve imkanları nazara alınmamaktadır. Dolayısıyla ilkeyi katılaştırmakta ve özen yükümlülüğünün doğasında olan esnekliği hafifletmektedir.¹⁵⁹⁰

Bir kısım kararlar ise sübjektif paydadan devletin yükümlülüğünü tayin etmeyi tercih etmektedir. MNSS kararı, standardın kusursuz bir yükümlülük yüklediğinden fakat, yalnızca şartların ve ev sahibi devletin kaynaklarının nazara alındığı bir özen yükümlülüğü olduğundan açıkça bahsetmiştir.¹⁵⁹¹ Buna göre ilke, her riske karşı garanti öngörmez.¹⁵⁹² *El paso* kararına göre, gereken özeni gösterme yükümlülüğü devletin her türlü zararı önlemesi gerektiği anlamına gelmez. Daha ziyade, zarar oluştuğunda savuşturmak için devletin gücü çerçevesinde makul önlemleri alması gerektiği veya o konudaki riske karşı dikkatli olmayı gerektirdiğiyle

¹⁵⁸⁵ Freeman, A. (1957). *Responsibility Of States For Unlawful Acts Of Their Armed Forces*, A.W. Sijthoff, 14'den aktaran Junngam, a.g.m., 2018, 33.

¹⁵⁸⁶ Junngam, a.g.m., 2018, 33.

¹⁵⁸⁷ Bkz. AAPL, award, para. 77.

¹⁵⁸⁸ AAPL, award, para. 49.

¹⁵⁸⁹ *American Manufacturing*, award, para. 6.05, 6.06.

¹⁵⁹⁰ Radi, a.g.e., 2020, 105.

¹⁵⁹¹ MNSS B.V., award, para. 351.

¹⁵⁹² *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)04/6 Award (16 January 2013), para. 223.

ilgilidir.¹⁵⁹³ *Pantechniki* kararı ise benzer bir şekilde fakat daha ayrıntılı olarak konuya yaklaşmıştır. Davaya konu olayda geçen fiziki koruma ve hak dağıtmaktan kaçınmaya dair iki iddia arasında bir ayrıma gitmiştir. Orantılılık ilkesinden yola çıkan mahkeme, karışıklığın boyutları ile devletin kaynakları arasında mukayeseye giderek, devletin tepkisinin yeterliliğini değerlendirmiştir. Bir olayda her devletten fiziki korumaya dair aynı derecede sorumluluk beklenemeyeceğine işaret etmiştir. Fakat fiziki korumaya ilişkin kabul ettiği göreceli sorumluluğu, hak dağıtmaktan kaçınma hakkında kabul etmemiştir.¹⁵⁹⁴ Aynı kararda hakemliğin, doktrinden naklettiği görüşe göre; özen yükümlülüğü, ev sahibi devletin uygulaması gereken objektif asgari standarttır. Ancak, ev sahibi devletin içinde bulunduğu şartların ve devletin kaynaklarının dikkate alınması gerektiği, aslında “*değiştirilmiş objektif bir standarttır (modified objective standard)*”. Dolayısıyla bunların hepsinin bir arada değerlendirilmesi gerekir. Bu manada, bölgesel iç savaşların ve zayıf yönetimlerin olduğu yerdeki yatırımcılarla Londra, New York, Tokyo’daki yatırımcıların fiziki koruma hakkındaki beklentileri aynı olamaz.¹⁵⁹⁵

Ancak doktrinde, sorumluluk hakkında hüküm verilirken beklenen özen yükümlülüğünü tespit etmek için devletlerin gelişmişlik seviyesinin ve istikrarının dikkate alınmadığı ve hakemliklerin zararın önlenmesi için devletin her türlü önlemi alması gerektiğini belirttikleri ileri sürülmektedir.¹⁵⁹⁶ Mesela, NAFTA ile alakalı bir tahkim olan *Glamis* kararına göre, UAM ilkesi bir taban teşkil eder. Davanın şartları önemli olsa da standart, devletten devlete ya da yatırımcıdan yatırımcıya değişmez.¹⁵⁹⁷ *AAPL* kararı, ilgili gerçeğe işaretle; subjektif ölçütten objektif ölçüte doğru bir kayma olduğu tespitini yapmıştır.¹⁵⁹⁸ Ancak sorumluluğun kapsamını; ilgili ev sahibi devletin finansal, kurumsal vb. kapasitesi nispetinde beklenen bir sorumluluk olarak görmek gerekir.¹⁵⁹⁹

Tahkim kararlarında rastlanabilen objektif sorumluluk anlayışının haricinde, devletin ve davanın şartlarının yeterince incelenmemesi, aslında tüm standartların yorumlanmasına teşmil edilebilecek yaygın bir hatadır. Kriebaum’un tespitiyle;

¹⁵⁹³ El Paso, award, para. 523.

¹⁵⁹⁴ *Pantechniki*, award, para. 76, 77

¹⁵⁹⁵ (Newcombe, Paradell, *a.g.e.*, 2009, 310’a atfen) *Pantechniki*, award, para. 81.

¹⁵⁹⁶ Malik, *a.g.e.*, 2011, 10.

¹⁵⁹⁷ *Glamis Gold*, award, para. 615.

¹⁵⁹⁸ *AAPL*, award, para. 77.

¹⁵⁹⁹ Bkz. Schefer, *a.g.e.*, 2016, 362.

mahkemelerin çoğu sistematik bir şekilde gelişmişlik düzeyi, ekonomik ve politik istikrar vb. faktörleri incelememektedir. İlgili şartların dikkate alındığı yargısal süreçler ise genellikle sorumluluğa karar verilmesi¹⁶⁰⁰ veya tazminat miktarının tayini¹⁶⁰¹ olmak üzere iki aşamanın birinde vuku bulmaktadır.¹⁶⁰² Hatta bazıları, belli bir standartla ilişkilendirmeden; genel bir şekilde devletin ekonomik, sosyal koşullarına değinmektedir.¹⁶⁰³

Tüm bu sorunlara rağmen ve özellikle yatırım hukukunda pek çok konunun fazlasıyla ihtilaflı seyrettiği gerçeği hilafına; FPS ilkesinde sorumluluğun kapsamının mutlak değil özen yükümlülüğü olduğu hakkında, kapsamına dair farklı ve zıt uygulamalar olmakla birlikte, neredeyse bir mutakabat bulunduğu söylenebilir. Bu konu, aynı zamanda FET standardından ayrılmasına da yardımcı olabilmektedir. İki standardın ayrılmasındaki kıstaslardan biri de FPS ilkesinin özen yükümlülüğüne dayanmasıyken¹⁶⁰⁴; FET kaydının amacının, Dolzer ve Schreuer'in ifadeleriyle BIT uygulamalarında kullanıldığı gibi nispeten somut standartlardan arta kalan boşlukları doldurmak olmasıdır.¹⁶⁰⁵

¹⁶⁰⁰ Örn. bkz. Alex Genin, Award; Olguín, Award; William Nagel v. The Czech Republic, SCC Case No. 049/2002, Final Award, (9 September 2003); Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, (16 September 2003).

¹⁶⁰¹ American Manufacturing, award, para. 7.02, 7.21.

¹⁶⁰² Kriebaum, *a.g.e.*, 2013, 333, 340.

¹⁶⁰³ Bkz. Kriebaum, *a.g.e.*, 2013, 332.

¹⁶⁰⁴ Bkz. Jan de Nul N.V, award, para. 269

¹⁶⁰⁵ Bkz. Dolzer, Schreuer, *a.g.e.*, 2008, 122.



5. SONUÇ

Ekseri bölümünü iki taraflı yatırım andlaşmalarının (BIT) oluşturduğu uluslararası yatırım andlaşmalarının 3.000'i aşmış sayısına, sayısı 1.000'i geçmiş yatırım tahkimi kararlarının varlığının eklenmesi ve ilgili kararların gerek devletler gerekse doktrin tarafından sıkça “ihtilaflı ve istikrarsız” diye tabir edilerek ağır eleştirilere tabi tutulması, alanı kendi içerisinde “bölünmüşlük”¹⁶⁰⁶ kavramıyla tamamen özdeşleştirmiş ve yatırım tahkiminin meşruiyetini sorgulatır hale getirmiştir. Öyle ki, yatırım tahkimi kararlarına yönelik sorunların çözümsüz olarak nitelendirilmesine dahi rastlanmaktadır.

Yatırım hukukunun bölünmüşlük veya çözümsüzlükle beraber anılmasının aslında iki ana sebebi vardır. İlki, uluslararası yatırım andlaşmalarının diğer klasik konulu andlaşmalara kıyasla benzeri olmayan yapısal özelliklerinin getirdiği esaslı yorum zorlukları; diğeri ise ilgili özelliklerin tetiklediği ve fakat bunları dahi unutturacak boyuta ulaşmış, tahkim kararlarında sıkça rastlanan temel yorum sorunlarıdır. Kararlara yönelik yorum sorunlarını “temel” olarak nitelendirmemizin sebebi ise VAHS'ta 31. ve 32. maddeler olarak cisimleşmiş olan uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin teamüli kuralların, yatırım tahkiminde bütünüyle uygulanmaması ve/veya hatalı uygulanmasıdır. Hatta, yorum sürecine dair genellikle bir bilgiye yer verilmemesi veya genel kural olarak adlandırılan 31. maddenin 1. fıkrasının aynen aktarılıp geçilmesidir. Eski kararlarda daha belirgin olmakla birlikte, yatırım tahkimi kararlarının ekseriyetinde bu tür önemli ve temel yorum sorunlarına rastlanmaktadır. Aslında kısaca sayılan ve çözüm noktasında daha sonra ayrıntılarına temas edilecek olan tüm bu ve bu gibi yorum sorunlarının altında yatan en temel sebep ise yatırım tahkiminde yorum faaliyetinin kapsam ve sınırlarına tam olarak riayet edilmemesi ile uluslararası hukukta eskiden hüküm süren yorum okullarının etkisinin devam ettirilmesi olarak özetlenebilir. Çünkü, taraf devletlerin metne yansıyan iradelerinin gerçek anlamının aydınlatılması demek olan yorum faaliyetinin hakiki manasını en iyi şekilde ortaya koyacak şekilde düzenlenmiş VAHS'ın 31. ve 32. maddelerinin uygulanmasındaki eksik ve hatalar, nihai olarak

¹⁶⁰⁶ Bu ifade UNCTAD tarafından da kabul edilmektedir. Hatta bölünmüşlüğü azaltmak namına UNCTAD tarafından eski nesil yatırım andlaşmalarının reformu için bir dizi çözüm önerisi getirilmektedir. Bkz. UNCTAD, 2 September 2019, 3.

taraf devletlerin irade ettikleri hak ve yükümlölüklerin aydınlatılması değil ve fakat değiştirilmesi neticesine yol açabilmektedir.

Yukarıdaki kısa girişten sonra, BIT'lerin diğer uluslararası andlaşmalara kıyasla benzeri olmayan yapısal özelliklerine geçerek, bunların başlıca vasıfları: Yatırımcılara çok esaslı maddi ve usuli haklar sağlamaları, çok genel, belirsiz kavramlardan ve sınırlı sayıda hükümden (yaklaşık bir düzine) oluşmalarıdır. Bu andlaşmalar genellikle model andlaşmalar üzerinden müzakere edilen ve ilk nazarda birbirine çok benzeyen andlaşmalar olmakla birlikte; özellikle koruma standartlarında sıkça görüldüğü üzere, aslında yorum noktasında önemli etkiler doğuran ince düzenleme farklılıklarına sahiptir. BIT'lerin söz konusu yapısına dair bu son olgu, belki de yatırım hukuku sorunlarına yeterince yorum merkezli yaklaşılmasının bir yansıması olarak doktrinde çoğunlukla ihmal edilmektedir. Yatırım tahkiminde de ilgili hususun yeterince gözetilmemesi, temel yorum sorunlarının halihazırda bir parçasıdır.

BIT'lerin yorumuna dair yapısal kaynaklı zorluklara, uluslararası yatırım hukukunun genç, gelişmekte ve kuralları oturmamış yapısının eklenmesi; tahkim mercilerine yorum noktasında tabii olarak geniş takdir yetkisi vermektedir. O nedenle, uluslararası hukuktaki yorum kuralları her ne kadar yatırım andlaşmaları dahil uluslararası andlaşmaların tümü hakkındaki sorunların çözümünü kuşatıyor olsa da bu alan, uluslararası hukukun diğer alanlarına kıyasla yorum sorunları ile birlikte anılmayı ve yorum konusunun incelenmesini en çok hak eden özellikte "BIT'ler" ve "yatırım tahkimi kararları" olmak üzere iki kaynağa sahiptir. Hatta yatırım andlaşmalarının yorumlanması hususunun da ötesinde, yatırım hukukunun tüm temel sorunlarının da nihai olarak yorum unsur ve kurallarına taalluk etmesi sebebiyle yatırım hukukunun şu ana kadar ki gelişiminin ve sorunlarının ortaya koyduğu olgular çerçevesinde; yatırım hukukunu, başlı başına yorum konusundan ibaret olarak nitelemek yerinde bir çıkarım olacaktır.

Gerek yatırım hukukunun özellikleri gerekse tahkim kararlarındaki çok temel ve sıkça rastlanan yorum sorunlarının, yorum konusunun önemini ortaya koyması sebebiyle tahkim kararları, alana dair eleştirilerin nasıl odak noktası olduysa; yoruma dair sorunlar çözüldüğü takdirde yatırım hukukunun gelişimine de başlıca katkıyı yapacaktır. Kararların kaynak olarak oynadığı önemli rol nedeniyle yeni yatırım

andlaşmalarının yapılması ve tadilinde de başlıca kılavuzluğu yine tahkim kararları sağlayacaktır. Çünkü, yorum sorunlarını arttıran nedenlerden biri de andlaşmaların yapılması sırasında hükümlerin daha belirgin hale getirilmesi mümkünken, belirsiz ve genel bırakılmasından kaynaklanır. Bu manada elbette, yorum kuralları merkezli bir çözüm arayışından önce yatırım andlaşmalarının netleştirilmesi zarureti ilk adımdır. İlgili minvalde, eski andlaşmalar halen sayıca fazla olsa da, kararların getirdiği tecrübeler ve devletlerin yatırımcılar lehine kararlara yönelik tepkisi neticesinde andlaşmalar daha ayrıntılı hale getirilerek bir dereceye kadar netlik de kazanmış ve kazanmaktadır. Ancak yine de, yatırım hukukunun gelişmekte olan yapısı ile tüm muhtemel gelişme ve olguları ihtiva etmesinin imkansızlığı yüzünden, kavramların her zaman belli bir oranda belirsiz ve geniş olarak kalması kaçınılmazdır. O sebeple yatırım hukukuna dair sorunların en başlıca çözümü, yorum sorunlarının nedenlerinin doğru tahlil edilip yorum kurallarının (VAHS'ın 31. ve 32. maddeleri) yatırım tahkiminde tam ve doğru olarak uygulanmasından geçer.

Tahkim kararlarında, yorum faaliyetinin doğru yürütülmemesi ve kuralların tam olarak uygulanmamasına dair yaygın sorunlar; 31. maddeyi oluşturan olağan anlam, bağlam, konu ve amaç unsurlarının yalnız bazılarına değinilmesi, tek başlarına veya diğerlerine kıyasen ağırlık ya da öncelik verilerek kullanılması şeklindedir. Unsurlar içinde en sıklıkla, tek başına veya ağırlık verilmek suretiyle kullanılan ise konu ve amaç unsurudur. Bunda yatırım andlaşmalarının klasik konulu andlaşmalara nazaran yatırımcılara önemli maddi ve usuli haklar vermesinin birincil payı vardır. Onun da etkisiyle yatırım andlaşmalarının tek amacı genellikle yatırımcının korunması olarak belirlenmektedir. Asıl neden ise yorum yaparken bağlam unsurlarının yanlış ya da eksik kullanılmasından; mevcut yatırım andlaşması değerlendirilmeden konu ve amacının yatırımcının korunması olduğu hakkında baştan varılan soyut kanaatten veya önceki kararları aynen benimsemekten ileri gelir. Bu da yorumun, somut andlaşmaya ilişkin ve taraf devletlerin iradesinin gerçek anlamının aydınlatılmasına yönelik bir faaliyet olduğuna dair hakiki anlam ve kapsamının yeterince anlaşılmadığını gösterir.

Halbuki, yatırım andlaşmalarında konu ve amaçların ağırlığı değişebilmekte ve sürdürülebilir gelişme gibi yan birtakım amaçlar da olabilmekle birlikte, yatırım andlaşmalarının asıl amacı en temelde iki kanatlı olup birbiriyle bağlantılıdır. Çünkü

yatırımların korunmasının diğer yüzü, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlanmasıdır. Hatta ICSID Konvansiyonu ikincisini incelemektedir bile denilebilir.¹⁶⁰⁷ Sayısı daha az olmakla birlikte, bazı kararlar ise salt ev sahibi devlet lehine bir amaç gözetir. Dengeli yaklaşım izleyen kararlar ise azınlıkta olmakla birlikte artış kaydetmektedir. O nedenle, kararlarda sıklıkla salt yatırımcının korunması olarak belirlenen amaç yine sıklıkla amaçsal yorum yönteminin aşırı formları doğrultusunda dinamik yoruma veya geniş yorumlara konu olmaktadır. Yatırım andlaşmalarındaki en temel eleştiri kaynağı da bu noktadan, yani; devletlerin andlaşmaya yansıyan iradelerini aşacak boyutta yatırımcı lehine yorum yapılmasından doğmaktadır. Onun dışında, sözlüğe atıfla yapılan salt lafzi yorumlara sıklıkla rastlanır. Hatta sadece, normalde bağımsız kullanılamayan bağlam unsuruna dayanan kararlar dahi vardır. Yine, sübjektif bir yaklaşımla sadece tamamlayıcı araçlara başvurarak sıfırdan bir niyet araştırması yapan veya bunu önceleyen kararlara da rastlanır. Lafzi yorum merkezli geniş veya dar yorumlar da kullanılan yöntemlerdendir. Sıkça izlenen bir usul de olağan anlamı merkeze alıp diğer unsurlara yardımcı rol biçmektir.

Unsurların hatalı, eksik uygulanmasıyla ya da yeterli muhakeme yapılmadan ve somut olayın şartlarına bakılmadan, eski tahkim kararlarının değerlendirmelerine aynen atıf suretiyle yapılan yorumla; olması gereken yorumun tamamen zıddı neticelere varılması ve bu vasıtayla, tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamının yanlış belirlenmesi tamamen kaçınılmaz olacaktır. Örneğin aynı hükmün, salt lafzi veya salt amaçsal yorum merkezli ele alınması halinde tamamen zıt yorumlara imkan verebilmesi bu kapsamda en çok dillendirilen örneklerdendir. Hatta bazı kararlarda, benzer/aynı hükümlerin yorumlanmasında aynı yorum yöntemi tercih edilmesine; örneğin, lafzi yorum yöntemi esas alınmış olmasına rağmen, birbirine tamamen zıt yorumlara varılabildiğine de rastlanmaktadır.

Tüm bu bahsedilenler, kavramlar ve koruma standartları yorumlanırken unsurlar bağlamında sıkça rastlanan ve en genel başlıkta sayılabilecek temel yorum hatalarıdır. Ona ek olarak, her bir kavrama ve standarda has olan ve standartların nitelikleri, kapsam ve sınırlılıkları ile diğer standartlarla ilişkileri bağlamında ön

¹⁶⁰⁷ Bkz. ICSID Konvansiyonu, giriş kısmı ve m. 25; International Centre for Settlement of Investment Disputes, April 2006, para. 9, 12, 23. Ayrıca bkz. Phoenix, award, para. 88; Vacuum Salt Products, award, para. 39.

plana çıkan yorum hata ve zorlukları da sayılamayacak kadar çoktur. Fakat, bunlar da neticede, 31. ve 32. maddelerin tam ve doğru olarak uygulanmasıyla alakalıdır.

Tarihi sürecin çoğunlukla, tahkim kararlarındaki yatırımcı lehine geniş ve dinamik yorumlarla ilerlemesi; devletlerin eleştirilerinin sözde kalmayıp yatırım andlaşmalarını netleştirmeleri, maddi koruma standartlarıyla yatırımcı-devlet tahkimi usulünün kapsamlarını daraltmaları ve çıkarmaları şeklinde önemli tepkilere yol açmıştır. Hatta yatırım andlaşmalarına son verilmesine, iç hukukta imzalanmasının yasaklanmasına dair örneklerle de rastlanır. Devletlerin bahsedilen yaklaşımları ise aslında, andlaşmaların yapılması sırasındaki iradelerinin yatırımcılara bu derecede hak vermek istemediklerini açıkça kanıtlar. Hatta bazı andlaşmalarda, kimi standartlara yer verilmemesinin de ötesinde, bunların yorumda dahi kullanılmayacağına ya da tahkim kararlarının yatırımcı lehine geniş yorumlarına yönelik eleştirilerin¹⁶⁰⁸ taslak metinlere kayda geçirilmesine bile rastlanmaktadır. Yeni yapılan veya tadil edilen andlaşmalarda da çoğunlukla düzenleme alanının korunmasına, istisnaların arttırılmasına ilişkin yaklaşımlar sergilenmektedir. Dahası, UNCTAD'ın reform önerilerine bakıldığında; sıkça devletin düzenleme hakkının korunmasına, sürdürülebilir gelişmeye ve tahkim kaydının çıkarılması ile daraltılması hususlarına işaret ettiği görülmektedir.

Gerek kararlarda yorum kurallarının uygulanması hakkındaki hatalar ve eksiklere dair verilen örnekler gerekse devletlerin kararlara yönelik tepkilerine ilişkin tüm olguların tekrar ortaya koyduğu hakikat, hakemlerin yorum kurallarını tümüyle ve doğru icra edememelerinin yanı sıra; taraf devletlerin iradesini aydınlatmaya yönelik yorumun gerçek manasına ve sınırlarına tam anlamıyla vakıf olamadıklarını gösterir. O kadar ki yatırım tahkiminde yorum faaliyetine dair sorunlar; yatırım hukukunun ve andlaşmalarının uluslararası hukukun diğer alanlarında rastlanmayan özelliklerinin, yorum sorunlarını arttırmasını dahi gölgede bırakacak kadar yaygın, temel ve aşıkardır. Onun sonucu olarak, yatırım hukuku dendiğinde ilk akla gelen şeyler: İhtilaflı ve istikrarsız kararlar ile bölünmüşlüktür. Bu nedenle gerçek çözümü, yine sorunun kendi içinde aramak gerekir. Dolayısıyla, sayısı 1.000'i aşan yatırım tahkimi kararlarındaki yaygın ve temel sorunlardan yola çıkarak; ayrıca, sayısı 3.000'i aşan yatırım andlaşmalarının tümünün yorumlanmasını kapsayacak şekilde

¹⁶⁰⁸ Örn. bkz. Amerikalılar Serbest Ticaret Alanı Taslak Andlaşması, Chapter XVII Investment, m. 5 dipnot 13.

getirilebilecek “en genel çözüm” öncelikle, “yorum kurallarının tümüyle/tam ve doğru olarak uygulanması”dır. Tümüyle uygulanmaktan maksat, VAHS’ın 31. ve 32. maddelerinin tümüyle uygulanmasıdır. Doğru uygulanması ise genel kuralın (31. madde) unsurlarının arasındaki bağ, ağırlık ve hiyerarşi sorunu ile 31. ve 32. maddeler arasındaki ilişkiyle alakalıdır. Tüm bu hususlara tam olarak riayet ise nihai olarak, taraf devletlerin yatırım andlaşmalarına yansıyan iradelerini ve bunun gerçek kapsamını aydınlatmaya ilişkin faaliyetin karşılığı olan “yorum faaliyeti”nin hakiki manasına ve “yorum faaliyetinin sınırlarına saygı” ya tekabül eder.

Bahsedilmesi gereken diğer bir konu; VAHS’ın yorum kurallarının tüm uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına hizmet edecek ve kuşatabilecek şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, tek eksikliğinin genel yorum kuralındaki unsurlar arası ilişki, hiyerarşi veya ağırlık sorunu olup olmadığına değinmemiş olmasıdır. Maddenin tüm unsurları toplaması, bir serbestlik içerdiği görüşlerine¹⁶⁰⁹ dahi yol açmaktadır. O nedenle kararlarda, örneğin amaçsal yorum yapılarak yatırımcıya andlaşmada öngörülenden fazla haklar vermek gibi yorum unsurlarının seçilerek, farklı ağırlık veya öncelikte kullanılması; eski yorum teorilerinin hala devam ettiğinin kanıtı olmasının yanı sıra; UHK’nin genel yorum kuralının tek ve sıkı sıkıya bütünlüşmüş bir kural olduğuna¹⁶¹⁰, maddedeki unsurların tek ve ortak bir faaliyet olarak ele alınması ve bir potada eritilerek hukuki yoruma ulaşılması gerekliliğine¹⁶¹¹ ve sıfırdan bir niyet araştırması değil metne dayanan iradeyi temel aldığına¹⁶¹² dair beyanının da yatırım tahkiminde yeterince yer bulamadığını ispatlar. Komisyon’un ilgili beyanı aslında, yorumun tabii seyrini yansıtır. Çünkü bir hükmün yorumlanmasında tabii olarak metnin lafzından başlayan süreç bağlama, bağlam ise konu ve amaca kapı aralar. Konu ve amacın doğru olarak belirlenemediği bir durumda, metnin lafzına anlam vermeye çalışmak dahi eksik bir kavrayışa yol açar. Bu manada, iyi niyet unsurunun da sürecin bütününe hakim olduğu¹⁶¹³ yoruma dair muhakeme sürecinde; tüm unsurların neredeyse eş zamanlı denilebilecek bir şekilde

¹⁶⁰⁹ VAHS’ın yorum hükümlerinin, uygulamada kullanmak için çok genel olmaları ve yorumcunun istenen herhangi bir sonuca ulaşmasını sağlayabilecek nitelikte olmaları; eleştiriler için kolay bir hedef haline gelmelerine neden olmaktadır. Bkz. Weeramantry, *a.g.e.*, 2012, 211.

¹⁶¹⁰ Bkz. The International Law Commission, 2007, 685.

¹⁶¹¹ Bkz. Yearbook of The International Law Commission, 1966, vol II, 219-220.

¹⁶¹² Bkz. The International Law Commission, 2007, 683.

¹⁶¹³ İyi niyet ilkesi aynı zamanda, her davanın kendine has şartlarının değerlendirilmesinde önemli bir işleve sahiptir. Dörr’ün aktardığı üzere iyi niyet: İyi bilinen bir ifadeyle, yorum sürecinin bütününi kuşatan bir şemsiyedir. Bkz. Dörr, *a.g.e.*, 2018, 587.

kullanılması, işin tabiatı gereği olup, akla ve mantığa en yakın olanıdır. Benzer şekilde, unsurlar arasında bir ağırlık farkından ve hiyerarşiden değil; ancak yakın zamanlılık ve sıkı bir bağ olduğundan bahsedilebilir.

Kısacası, özellikle dikkat edilmesi gereken; en başta, genel yorum kuralı olan VAHS'ın 31. maddesinin kapsamındaki unsurların uyumlu, dengeli, tek ve sıkı sıkıya bütünleşmiş bir kural olarak hiyerarşiye tabi tutulmadan bilfiil uygulanması zaruretidir. Konu hakkında isabetli bir değerlendirme yapan *Aguas* tahkiminde, yorum faaliyeti: Yorumcunun olağan anlamdan başlayarak sırasıyla bağlam, konu ve amaçla ilerleyerek devam eden ve bu üç adımlı incelemenin tekrarlanarak doğru yorum ile kuşatıldığı dairesel bir süreç olarak tanımlanmıştır.¹⁶¹⁴ Dairesel süreç niteliği hiç şüphesiz, her bir unsurun diğerinin teminatı olmasından ve diğerleri olmadan aslında “gerçek” bir anlam taşınamamasından kaynaklanır. Çünkü, VAHS'ın 31. ve 32. maddelerinin tümünün tam ve doğru olarak uygulanması, yatırım andlaşmalarında somutlaşmış olan taraf devletlerin iradesinin gerçek anlamını aydınlatacak tek yoldur. Muhakeme sürecine dair unsurların yalnız bir veya birkaçını ele alarak diğerlerini dışlamak ya da bazı unsurları daha ziyade vurgulamak gibi aksi bir şekilde yürütülecek eksik veya hatalı her faaliyet ise yorum olmayacaktır. Aksine; taraf devletlerin tasarrufunda olan, andlaşmadaki hak ve yükümlülükleri değiştirmeye dair yetkisini ikame etmek anlamına gelecek ve andlaşmanın gerçek anlamının ötesine geçerek hukuk yaratma neticesi doğuracaktır.¹⁶¹⁵

Diğer bir anlatımla; yorum suretine bürünmüş bu tür bir faaliyetten ortaya çıkan netice, taraf devletlerin iradelerinin tezahürü olan somut andlaşmadaki hak ve yükümlülüklerden “başka” bir şey olacağı gibi uluslararası andlaşma kavramının anlamını da sarsar. Çünkü, *Wintershall* tahkimine yansıdığı ve UAD'nin pek çok defa vurguladığı gibi yorum: Andlaşmaların değiştirilmesi konusu olmadığı gibi, açıkça açıklamadığı veya içermediklerinin zorunlu bir ima yoluyla okunması ya da bir yorum kuralının andlaşma metninin lafzı veya ruhuna zıt bir netice verecek şekilde uygulanması meselesi de değildir.¹⁶¹⁶ Yorum, taraf devletlerin niyeti ile uyumlu olarak anlamı aydınlatmaktır.¹⁶¹⁷ *Renta 4* tahkiminde dile getirildiği üzere,

¹⁶¹⁴ Bkz. *Aguas del Tunari*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, para. 91.

¹⁶¹⁵ Benzer görüş için bkz. Arsanjani, Reisman, a.g.m., 2010, 599.

¹⁶¹⁶ Bkz. *Wintershall*, award, para. 81. Ayrıca bkz. *Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada*, Award on Damages, 43 vd.

¹⁶¹⁷ Yen, a.g.e., 2014, 101.

mahkemenin görevi anlam yaratmak değil, anlamı keşfetmektir.¹⁶¹⁸ O nedenle, taraf devletlerin gerçek iradesini aydınlatmak noktasında; genel yorum kuralının tek ve sıkı sıkıya bütünleşmiş bir kural olduğunun ve VAHS'ın 31. ve 32. maddelerindeki yorum kurallarının tam ve doğru olarak uygulanması gerekliliğinin yatırım tahkiminde daha çok yerleşmesi gerekir.

Özetle; yatırım tahkiminde, yatırım andlaşmalarının benzeri olmayan yapısının getirdiği yorum zorlukları ve geniş takdir yetkisinin sebep olduğu ve fakat bu nedenleri dahi unutturacak boyuta ulaşmış temel yorum sorunlarının hepsinin en esaslı çözümü yine kendi içinde saklıdır. Yani, yatırım andlaşmalarının konu ve amacının sırf yatırımcının korunması olmadığı, diğer cephesinin ev sahibi devletin ekonomik gelişimini sağlamak olduğu merkezinde; taraf devletlerin somut andlaşmadaki iradesinin sınırlarına saygıyla genel yorum kuralının tüm unsurlarının eşit değerinde, tek ve sıkı sıkıya bütünleşmiş bir kural olduğu algısıyla yorum sürecinin tümüyle ve doğru olarak yürütülmesidir. Bu manada; sayısı 3.000'i aşan ve ince farklılıklar taşıyan her bir yatırım andlaşmasının hangi standartlara yer verdiği ya da vermediği, bunların lafzi farklılıkları, andlaşmadaki konu ve amaçların denge veya ağırlık farkı, yan konu ve amaçlarının tespiti ile bunların hak ve yükümlülöklere etkisi, her bir andlaşmanın takip eden uygulama gibi bağlamsal çeşitliliği ile teamüli vasıf taşıyan kavram ve standartların bağlam unsuru olarak yoruma etkisi gibi tüm yorum sorunlarına dair getirilebilecek kapsamlı tek çözüm ancak bu yolla sağlanabilir. Yorum kurallarının tümüyle ve doğru olarak uygulanması, aynı zamanda her bir BIT'in kendi kimliği¹⁶¹⁹/kendine has özelliği olduğu için bağımsız yorumlanması¹⁶²⁰ ve her davanın kendine has şartlarının gözetilmesi gerekliliğini de halihazırda içinde barındırır.

Yatırım andlaşmaları ve tahkimine dair süregiden yaygın yorum sorunlarına ve yine gelecekteki muhtemel yorum sorunlarına yönelik sunulabilecek en kapsamlı çözümün yukarıda özetlendiği gibi yorum kurallarının sınırlarına riayetle tam ve doğru olarak uygulanması olduğu başka bir cihetten de kanıtlanabilir. O da yatırım

¹⁶¹⁸ Bkz. Renta 4, award on preliminary objections, para. 93.

¹⁶¹⁹ Bkz. AES Corporation, Decision on Jurisdiction, para. 24.

¹⁶²⁰ Örn. bkz. Schreuer, *a.g.e.*, Investments, International Protection, para. 9. Yazara göre BIT'lerde bazı hususlarda kayda değer ölçüde farklılıklar sergilenmektedir. Her BIT'in kendi terimleri incelenmelidir. *Enron* kararında da her belgenin bağımsız olarak, bağlamı içinde ve uluslararası hukukla uyumlu olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. *Enron*, decision on jurisdiction, para. 46.

hukukunda yorum konusundan bağımsız olarak sıkça dile getirilen birtakım meselelerle alakalıdır. Bu tür sorunların çözümü de nihai olarak yorum kurallarının uygulanmasından geçer. Mesele hakkında örneğin, uluslararası hukukun gelişimine ve genişlemesine paralel olarak diğer alanlara ilişkin kuralların artışı ve bunların yatırım andlaşmalarının hükümleri ile nasıl uyumlu uygulanacağı günümüzde sıkça sorulan bir sorudur. Çevre, sağlık gibi kamu yararıyla alakalı olarak devletlerin düzenleme hakkına etki eden söz konusu mesele ve yatırımcıların aşırı korunması anlayışının kamu yararını hiçe saydığına yönelik eleştiriler de aslında çözümün yorumla alakalı özellikle eksik olarak uygulanan ve “sistemli bütünleşme”ye de hizmet eden bağlam unsuru başta olmak üzere VAHS’ın tüm yorum hükümlerinin (31. ve 32. maddeler) ve unsurlarının doğru uygulanmasından geçtiğini göstermektedir. Böylece sorunların büyük oranda ve diğer uluslararası hukuk disiplinleri ile uyum içinde çözülmesi mümkün olacaktır.¹⁶²¹

Yine, yatırım hukukunun bölünmüşlüğüne veya kararlardaki istikrarsızlıklara karşı başlıca çare olarak sunulan merkezi bir yapının kurulması ya da başarısızlıkla sonuçlanmış olsa da uluslararası yatırım hukukunu münhasıran düzenleyen çok taraflı bir sözleşmenin yapılması gerektiği gibi doktrinde yoğun olarak halen süregiden pek çok fikir¹⁶²², yorum merkezli bir çözüme kıyasla yeterince makul, gerçek ve kapsamlı çözümler değildir. Çünkü, merkezi bir yapı kurulsa da mevcut sistem devam etse de yatırım hukukunun genç/gelişime açık bir alan olduğu hakikattir. Devletlerin yeni eğilimi, model yatırım andlaşmalarının daha ayrıntılı hale getirilmesi yoluyla iradelerini daha açık ortaya koyma yönünde seyretse bile yatırım andlaşmalarının hükümlerinin bir dereceye kadar geniş, belirsiz olması ve yorum sorunları ile karşılaşmak her zaman muhtemeldir. Ayrıca, onca eleştiriye rağmen devletlerin düzenleme yetkisi konusunda, evrensel çok taraflı bir andlaşmaya göre daha çok serbesti sağlayan iki taraflı veya bölgesel yatırım andlaşmalarına ve uyuşmazlıkların *ad hoc* yatırım tahkimi ile çözülmesine dair ilgisi halen çok yüksek olduğu gibi; yatırım hukukunun yapısı da *ad hoc* tahkime daha uygundur.

¹⁶²¹ Daha önce belirtildiği gibi VAHS’ın 31. ve 32. maddelerinin, uluslararası hukuktaki teamüli yorum kurallarının şekle bürünmüş hali oldukları ekseriyetle kabul edilmektedir.

¹⁶²² Örn. Kaufmann-Kohler’e göre sorunların çözümü için bir Daimi Danışma Organı oluşturulabilir. Bu ve benzeri örnekler için bkz. Kaufmann-Kohler, G. (2006). Interpretation of Treaties: How do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties?. Mistelis, L.A., Lew, J.D.M. (eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 256-276, 274-276.

Son zamanlarda teknolojik gelişmelerin ve buna paralel olarak yatırım türlerinin daha çok artması sebebi ile yatırımcı ile ev sahibi devletlerin çıkarlarını doğrudan etkileyen ve sıkça tartışılan diğer bir konu da yine yorum kurallarının uygulanmasına ve aynı zamanda VAHS'ta yer almayan zaman unsuruna tekabül eden bir meseledir. Konu hakkındaki temel sorun, yatırım andlaşmasında hak ve yükümlülükler belirlenirken, yorumda andlaşmanın akdedilme zamanının mı yoksa zamanın yeni şartlarına uyum sağlamak için yorumun yapıldığı zamanın mı esas alınacağıdır. Dinamik yaklaşımı tercih eden hakem kararlarında ve hatta liberal yöntemler izlemesi itibariyle diğer mahkemelerden ayrılan insan hakları mahkemelerinin dahi “en nihayetinde”; “başta belgede var olmayan bir hakkın dinamik yorum yoluyla türetilmeyeceği”¹⁶²³ gibi birtakım gerekçelere başvurmak lüzumu hissetmeleri, aslında taraf devletlerin iradesinin esas olduğu hakikatinin dolaylı ve zorunlu bir kabulü olarak değerlendirilmelidir.

Hak ve yükümlülükleri önemli ölçüde değiştirebilecek bu meseleye, esasen; dinamik yorum kavramının ne olduğu, varlığı ya da yokluğu tartışmasının ötesinde “terimlerin hangi hallerde yorumun yapıldığı zamana göre yorumlanacağı” meselesi olarak bakılmalıdır. Çünkü asıl olan, andlaşmanın yapıldığı zamanın şartlarına göre yorumlanması gerekliliğidir. Bu itibarla; yorum kurallarının hepsinin bütünüyle ve özellikle de bağlamın tüm unsurları ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde, devletlerin iradesinin zaman içinde değişen şartlara uyulması yönünde olduğu belirlenip, böyle bir yorum yapılabilir. Dolayısıyla dinamik yorum olarak adlandırılan yorum türü, VAHS'a alternatif bir yorum kuralı olmamalıdır. Tam tersine, yorum şartları müsait olduğunda (mesela müteakip anlaşmalar, uygulamalar vb.), yorum sürecinin normal seyrinden ortaya çıkan bir sonuç olarak algılanmalıdır. Bunun aksine, tahkim kararlarında rastlandığı gibi yorum kurallarının eksik ya da hatalı uygulanması yoluyla ve somut andlaşmaya bakmadan yatırımcıyı koruma amacı gözeterek kavramların değişen şartlara uydurulması manasına gelen bir dinamik yorum anlayışı, yukarıda bahsi geçen fiili tadil anlamına gelecektir.

¹⁶²³ AIHM tarafından ileri sürülen ilgili gerekçe için bkz. Emonet And Others v. Switzerland, (Application no.39051/03), judgment (13 December 2007), para. 66; Case of Johnston And Others v. Ireland, (Application no. 9697/82), Judgment (18 December 1986), para. 53.

VAHS 31. ve 32. maddelerde tezahür etmiş olan yorum kurallarının tam ve doğru olarak uygulanması gerekliliği¹⁶²⁴, tüm uluslararası andlaşmalar için geçerli olabilecek bir sav olmakla beraber; “bölünmüşlük” kavramı ile özdeşleşmiş bir alan olan yatırım hukukunda, sorunların çözümü için daha zaruridir. Hatta, uluslararası yargıda diğer andlaşmaların yorumlanmasında çoğunlukla andlaşmaların uygulanmasının bir parçası olarak sessizce yürütülen yorum faaliyeti, yatırım tahkiminde daha açık ve ayrıntılı olarak icra edilmelidir. Çünkü yatırım hukuku, diğer alanlara nazaran daha yorum merkezli ilerlemekte ve yine daha uzun bir süre yorum merkezli gelişecek gibi görünmektedir. Bazı unsurlar niteliği gereği ayrıntılı incelemeyi gerektirmese dahi muhtemel ihtilaflara meydan vermemek, gelecekteki sorunların önüne geçmek ve andlaşmaların tadiliyle yeni yatırım andlaşmalarının yapılmasına katkı sağlanması için söz konusu hususların belirtilmesi; meşruiyete dair onca tartışmanın yaşandığı yatırım tahkimine güvenin tesisi ve hukuki istikrar için diğer uluslararası andlaşmalara nazaran daha hayatidir.

Dolayısıyla, yatırım hukukunun bölünmüşlüğü meselesi aslında tamamen çözümsüz değildir. Nitekim hakem kararlarının ihtilaflı olması, devletleri yatırım andlaşmalarının şekillendirilmesi noktasında daha dikkatli davranmaya ve hükümlerini daha belirgin hale getirmeye ittiği gibi bu tür tepkiler neticesinde, tahkim mercileri yorum faaliyetinin icrasında daha dikkatli olmaya, yatırımcıların ve ev sahibi devletlerin çıkarlarını daha dengeli bir şekilde yorumlamaya başlamıştır. Neticede, mevcut andlaşmayı yorumlamadan “soyut” birtakım mülahazalarla ya da “geniş” yorum yapılarak “yatırımcının korunması” amacından hareketle verilen kararların, yatırım andlaşmalarındaki amacın tam zıddına hizmet ettiğinin farkına varılmıştır. Kısacası, bölünmüşlük veya çözümsüzlük olarak nitelendirilen önemli konularda bile yavaş yavaş çözüme doğru mesafe kaydedilmektedir.

VAHS’ın 31. ve 32. maddelerindeki yorum kurallarının tümüyle ve doğru olarak uygulanması, bir yandan da yatırım andlaşmalarının çoğu zaman esas maksadı olarak görülen, yatırımcı-ev sahibi devlet arasındaki çıkarların dengelenmesine hizmet edecektir. Çünkü, *BIVAC B.V.* kararının belirttiği gibi yorum hakkında dengeli bir yaklaşıma işaret eden VAHS’ın yorum kuralları, yatırımcının ve ev sahibi

¹⁶²⁴ Benzer görüş için bkz. Yen, *a.g.e.*, 2014, 103, 104.

devletin meşru çıkarlarının eşitliğini gerçekleştirir.¹⁶²⁵ *Pan American Energy LLC* kararında anıldığı üzere dengeli yorum; devletin egemenliği, ekonomik faaliyetlerin geliştirilmesine yönelik sorumluluğu ile yabancı yatırımların korunması ve akışının devam ettirilmesi hususlarının her iki cihetini de dikkate alması nedeniyle gereklidir.¹⁶²⁶ O nedenle, yatırım hukukuna dair genel sorunlar bağlamında sıkça çözüm olarak teklif edilen yatırımcı-ev sahibi devlet çıkarlarının kararlarda dengelenmesi gerektiği hususu; halihazırda somut yatırım andlaşmasında böyle bir denge amaçlanmışsa, yorum kurallarının tam ve doğru olarak uygulanması çözümünün kapsamına giren tabii bir sonuç olacaktır.

Ancak unutulmamalıdır ki yorum kurallarının tümüyle ve doğru olarak uygulanması halinde dahi birtakım yorum farklılıklarıyla karşılaşmak her zaman muhtemeldir. Bunda somut davanın şartlarının etkisi olabileceği gibi yorumun insana dair bir muhakeme faaliyeti olmasının tabii olarak büyük payı vardır. Yatırım hukukunda hakemlerin seçilmesi ya da tarafsızlığı sorunları gibi konumuz dışında kalan birtakım sebeplerden azade olarak bakarsak; dile getirilen sorun, yorumun otomatik ve mekanik bir uygulama olmamasının¹⁶²⁷ tabii bir neticesidir.

¹⁶²⁵ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (29 May 2009), para. 59.

¹⁶²⁶ Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, (27 July 2006), para. 99.

¹⁶²⁷ Benzer görüş için bkz. Schreuer, *a.g.e.*, 2011, 71.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR VE TEZLER

- Acconci, P. (2008). Most-Favoured-Nation-Treatment. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 363-406.
- Acer, Y., Kaya, İ. (2015). *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı*. Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Seçkin.
- Aksar, Y. (2017). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1-*. Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin.
- Alvarez, J. E. (2011). *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Brill.
- Amerasinghe, C. F. (2009). *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Andenas, M., Bjorge, E. (2015). Introduction: from fragmentation to convergence in international law. Andenas, M., Bjorge, E. (Eds.). *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1-34.
- Aral, V. (2010). *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul: XII Levha.
- Aust, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge: Cambridge University Press.
- Baklacı, P. (2009). *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi*, Beta.
- Başaran, H. R. (2014). *Uluslararası Tahkim*, XII Levha Yayıncılık.
- Başeren. S. H. (2003). *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Bernasconi-Osterwalder, N. (October 2014). *State-State Dispute Settlement in Investment Treaties. The International Institute for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development.
- Bernhardt, R. (1984). *Encyclopedia of Public International Law Vol. 7*, Elsevier Science Publishers B.V.
- Bernhardt, R. (1988). *Encyclopedia of Public International Law 10: States. Responsibility of States. International Law and Municipal Law*, Elsevier Science Pub. Co.
- Bjorge, E. (2014). *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford: Oxford University Press.
- Bjorge, E. (2015). The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?. Andenas, M., Bjorge, E. (Eds.). *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 498-535.
- Bjorklund, A. K. (2008). Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante. Picker, Isabella, C. B., Bunn, D., Arner, D. W. (Eds.). *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing, 265-280.

- Bjorklund, A. K. (2008). National Treatment. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 29-58.
- Blanco, S.M. (2019). *Full Protection and Security in International Investment Law*. Springer.
- Boas, G. (2012). *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar.
- Boczek, B. A. (2005). *International Law: A Dictionary*, The Scarecrow Press Inc.
- Bonnitcha, J. (2014). *Substantive Protection Under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bonnitcha, J., Skovgaard Poulsen, L. N., Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford: Oxford University Press.
- Brabandere, E. D. (2012). Arbitral Decisions As a Source of International Investment Law. Brabandere, E., Gazzini, T. (Ed.). *International Investment Law : The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 245-288.
- Brabandere, E. D. (2014). *Investment treaty arbitration as public international law: procedural aspects and implications*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (2015). General Introduction to International Investment Law. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 1-5.
- Cabrol, E. (2010). Pren Nreka v. Czech Republic and The Notion of Investment Under Bilateral Investment Treaties Does “Investment” Really Mean “Every Kind of Asset”? Sauvart, K. P. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*, 217-232.
- Calamita, N. J., Zelezná, E. (2018). Most-Favoured-Nation Clauses and the Centrality and Limits of General Principles. Gattini, A., Tanzi, A., Fontanelli, F. (Eds.). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 398-428.
- Casanovas, O. (2001). *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Cassese, A., Weiler, J. (1988). *Change And Stability in International Law-Making*, Walter De Gruyter.
- Cassimatis, A. (2007). *Human Rights Related Trade Measures Under International Law : The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations Under General International Law*, Brill | Nijhoff.
- Colaiuta, V. (2011). When does a violation of the domestic law of the host state amount to a violation of a public international law principle in determining protection of investors’ claims? Coop, G. (Ed.). *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*, Juris, 3-22.
- Crawford, J. (2014). *Chance, Order, Change*, Leiden: Brill | Nijhoff.
- Çağiran, M. E. (2005). *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Platin.
- Çakan, S. (2021). *Uluslararası Hukukta Bireyin Onarım Hakkı*, Ankara: Astana Yayınları.
- Damme, V. D. (2009). *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford: Oxford University Press.
- D’argent, P. (2012). Introduction. Gazzini, T. De Brabandere; E. (Eds.). *International investment law: The Sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1-4.
- D’Aspremont, J. (2012). International Customary Investment Law: Story of a Paradox in: International Investment Law. Brabandere, E., Gazzini, T. (Eds.).

- International Investment Law : The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 5–47.
- Daza-Clark, A. M. (2017). *International Investment Law and Water Resources Management : An Appraisal of Indirect Expropriation*, Leiden: Brill | Nijhoff.
- De Mestral, A. (2017). *Second Thoughts : Investor State Arbitration Between Developed Democracies*, CIGI.
- Denters, E. (2012). Preferential Trade and Investment Treaties, (Ed.). Brabandere, E., Gazzini, T. *International Investment Law : The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 49-68.
- Diel-Gligor, K. (2017). *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence : A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill | Nijhoff.
- Dimsey, M. (2008). *The Resolution of International Investment Disputes : Challenges and Solutions*, Eleven International Publishing.
- Dixon, M., McCorquodale, R., Williams, S. (2016). *Cases & Materials on International Law*. (Sixth Edition), Oxford: Oxford University Press.
- Doğan, İ. (2013). *Devletler Hukuku*, Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara: Astana Yayınları.
- Doğan, İ. (2019). Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi. Doğan, İ. (Ed.). *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Astana Yayınları, 391-432.
- Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Dolzer, R., Stevens, M. (1995). *Bilateral Investments Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (2014). Introduction. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press 1-8.
- Dörr, O. (2018). Article 31. General Rule of Interpretation. Dörr, O., Schmalenbach, K. (Eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Second Edition, Springer, 559-616.
- Dumberry, P. (2016). *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Echandi, R. (2018). Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rule-making. Yannaca-Small. K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 3-30.
- Fouret, J. (2018). A practical guide: Research Tools in International Investment Law, Yannaca-Small. K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 823-835.
- Freeman, A. (1957). *Responsibility Of States For Unlawful Acts Of Their Armed Forces*, A.W. Sijthoff.
- Gaillard, E. (2009). Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A.,

- Wittich, S. (Eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 403-416.
- Gardiner, R. K. (2003). *International Law*, Longman.
- Gardiner, R. K. (2015). *Treaty Interpretation*. (Second Edition), Oxford: Oxford University Press.
- Gazzini, T. (2012). Bilateral Investment Treaties. Gazzini, T., Brabandere, E. D. (Eds.). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 99-132.
- Gazzini, T. (2016). *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford: Hart Publishing.
- Gözler, K. (2007). *Hukuka Giriş*. 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Grisel, F. (2014). The Sources of Foreign Investment Law. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press, 213-234.
- Gündüz, A. (2013). *Milletlerarası Hukuk*. Günel, R. V. (Ed.). Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta.
- Güneş, A. M. (2017). *Hukuk Metodolojisi*. 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gürsu, A. (2018). *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*, Ankara: Astana Yayınları.
- Hafner, G. (2013). Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment, Nolte, Georg. (Ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 105-122.
- Happold, M., Roe, T. (2012). The Energy Charter Treaty. Brabandere, E., Gazzini, T. (Ed.). *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Brill | Nijhoff, 69-98.
- Heiskanen, V. (2008). Arbitrary and Unreasonable Measures. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 87-110.
- Herdegen, M. (2013). *Principles Of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Hernandez, G. I. (2015). Interpretative Authority and The International Judiciary. Bianchi, A., Peat, D., Windsor, M. (Eds.). *Interpretation in International law*, Oxford: Oxford University Press, 166-188.
- Hillgruber C. (2014). Anayasanın Yorumlanması, Çev. Yüksel Metin. (Ed.) Doğan, İ. *Anayasa Teorisi*, 519-548.
- Hillier, T. (1998). *Sourcebook of International Law*, Cavendish Publishing.
- Hirsch, M. (1993). *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Hirsch, M. (2012). Sources of International Investment Law. Andrea K. Bjorklund, Reinisch; R. (Ed.). *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 9-38.
- Hobe, S. (2015). The Law Relating to Aliens, the International Minimum Standard and State Responsibility. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 6-22.
- Islam, R. (2018). *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Springer.
- Işıktaç, Y., Metin, S. (2003). *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İste, C. (2013). *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları*, On İki Levha Yayıncılık.

- Jacob, M., Schill, S. W. (2015). Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 700-763.
- Jenning, R., Watts, A. (1992). Oppenheim's International Law. Vol 1: Peace. Ninth Edition, Longman.
- Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law. Vol 1: Peace (parts 2 to 4)*. Ninth Edition, Longman.
- Juillard, P. (2008-2009), The Law of International Investment Can the Imbalance Be Redressed?, Sauvant, K. P. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, 273-281.
- Kaczorowska, A. (2010). *Public International Law*, Fourth Edition, Routledge.
- Karaoğlu, A. O. (2019). *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul: On İki Levha.
- Kaufmann-Kohler, G. (2006). Interpretation of Treaties: How do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties?. Mistelis, L.A., Lew, J.D.M. (ed.). *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 256-276.
- Kayihan, Ş., Kara, E. (2017). *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*, Seçkin.
- Keser, H. (2017). Hukuk Kurallarının Yorumlanması. Doğan, İ. (Ed.). *Hukuka Giriş*, Ankara: Astana Yayınları, 363-383.
- Kingsbury, B., Schill, S. W. (2010). Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality. Schill, S. W. (Ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 75-104.
- Klabbers, J. (1996). *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International.
- Knahr, C. (2010). *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing.
- Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Koltunova, A., Reagan, E., Trunk-Fedorova, M. (29 September 2018). *Termination of Bilateral Investment Treaties: Alternatives For Least Developed Countries*, Master of Laws in International Economic Law and Policy. (<https://www.bilaterals.org/?lang=en>, ErişimTarihi 03.03.2021).
- Komori, T. (2012). Integrating the Fragmented International Public Order: A Theoretical Perspective, Evolving Principles of International Law, Rieter, E., Waele, H. (Eds.). *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*, Martinus Nijhoff Publishers, 105-136.
- Kriebaum, U. (2013). Are investment treaty standards flexible enough to meet the needs of developing countries?. Baetens, F. (Ed.). *Investment Law within International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 330–340.
- Kriebaum, U. (2015). Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (eds.). *International Investment Law*, Nomos, 790-806.
- Legum, B., Mouawad, C. (2010). The meaning of 'investment' in the ICSID Convention. Waibel, M., Vagts, D. F., Bekker, P. H. F., Dolzer, R. (ed.). *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge: Cambridge University Press, 326-356.

- Lim, L. C., Ho, J., Paparinskis, M. (2018). *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and other Materials*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Linderfalk, U. (2007). *On The Interpretation of Treaties*, Springer.
- Lo, C. (2017). *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer.
- Lorz, R. A. (2013). Fragmentation, Consolidation And The Future Relationship Between International Investment Law And General International Law. Baetens, F. (Ed.), *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 482-493.
- Lorz, R. A. (2015). Protection and Security (Including the NAFTA Approach). Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 764-789.
- Lowe, A. V. (2007). *International Law*, OUP Oxford.
- Malik, M. (2011). *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*, The International Institute for Sustainable Development.
- Marboe, I. (2010). State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests', Schill, S. (ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 377-412.
- Marboe, I. (2018). Compensation and Damages in Investment Treaty Arbitration. Yannaca-Small. K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 679-697.
- Marboe, I. (2018). *Damages in Investor-state Arbitration: Current Issues and Challenges*, Brill.
- Markert, L. (2011). Comments by Lars Markert, International Investment Law and Treaty Interpretation - Problems, Particularities and Possible Trends. Hofmann, R., Tams; C. J. (eds.). *International Investment Law and International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, 53 – 70.
- Matz-Lück, N. (2012). Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy. Young, M. A. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge: Cambridge University Press, 201-234.
- Mbengue, M. M., Florou, A. F. (2019). Evolutionary Interpretation in Investment Arbitration: About a Judicial Taboo. Abi-Saab, G., Keith, K., Marceau, G., Marquet, C. (Eds.). *Evolutionary Interpretation and International Law*, Hart Publishing, 253-266.
- McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Second Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Meray, S. L. (1959). *Devletler Hukukuna Giriş* (İkinci Cilt), Ankara: Ajans Türk Matbaası.
- Merrills, J. G. (2011). *International Dispute Settlements*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Mortenson, J. D. (2018). International Investment Law. Bowman, M. J., Kritsiotis, D. (Eds.). *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge: Cambridge University Press, 653-676.

- Moss, C. G. (2008). Full Protection and Security. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 131-150.
- Muchlinski, P. (2013). Towards a Coherent International Investment System: Key Issues In The Reform of International Investment Law. Sauvé, P., Ehandi, R. (Ed.). *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge: Cambridge University Press, 411-442.
- Nanteuil, A. (2020). *International Investment Law*, Edward Elgar Publishing.
- Newcombe, A., Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*, Kluwer Law International.
- Nolte, G. (2013). Introduction. Nolte, G. (Ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 1-12.
- Nolte, G. (2013). Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings, Nolte, Georg. (Ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 307-386.
- Noortmann, M. (2005). *Enforcing International Law: From Self-help to Self-contained Regimes*, Ashgate.
- Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta.
- Oellers-Frahm, K. (2008) The Evolving Role of Treaties in International Law. Miller, R. A., Bratspies, R. M. (Eds.) *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff, 173-195.
- Paparinskis, M. (2013). *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford: Oxford University Press.
- Paparinskis, M. (2014). Analogies and Other Regimes of International Law. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Viñuales, J. E. (Eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, Oxford: Oxford University Press, 73-109.
- Paulsson, J. (2018). The Role of Precedent in Investment Arbitration, Yannaca-Small, K. (Ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 81-100.
- Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pauwelyn, J. (2014). Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Vinuales, J. E. (Ed.) *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press, 11-43.
- Pazarcı, H. (2013). *Uluslararası Hukuk*. Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Radi, Y. (2015). *International Investment Law and Development: A History of Two Concepts*, Grotius Centre Working Paper 2015/045-IEL, 1-21.
- Radi, Y. (2020). *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Reinisch, A. (2015). The Interpretation of International Investment Agreements. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Eds.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 372-410.
- Reinisch, A., Schreuer, C. (2020). *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Romani, C. F. C. (2007). *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Berlin: Springer.
- Rubins, N. (2004), The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration. Horn, N. (ed.). *Arbitrating Investment Disputes*, Netherlands: Kluwer Law International.
- Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A. (2020). *Hukuk Teorisi*. (Çev.). Doğan, İ, Aldudak, R., Aydın, H. E., Ankara: Astana Yayınları.
- Salacuse, J. W. (2013). *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford: Oxford University Press.
- Salacuse, J. W. (2015). *The Law of Investment Treaties. Second Edition*, Oxford: Oxford University Press.
- Sarzo, M. (2018). The National Treatment Obligation. Gattini, A., Tanzi, A., Fontanelli, F. (ed.). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill | Nijhoff, 378-397.
- Sasson, M. (2010). *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer Law International.
- Schefer, K. N. (2016). *International Investment Law: Text, Cases and Materials. Second Edition*, Edward Elgar Publishing.
- Schill, S. W. (2005). *The Multilateralization Of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Schill, S. W. (2010). Fair and equitable treatment, the rule of law and comparative public law. Schill, S. W. (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 151-182.
- Schill, S. W. (2011). Public Or Private Dispute Settlement? The Culture Clash In Investment Treaty Arbitration And Its Impact On The Role Of The Arbitrator. Weiler, T Baetens, F. (Eds.). *New Directions in International Economic Law*, Brill | Nijhoff, 23-43.
- Schill, S. (2014). International Investment Law as International Development Law, Bjorklund, A. K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012–2013*, Oxford: Oxford University Press, 327-356.
- Schlemmer, E. (2008). Investment, Investor, Nationality and Shareholders. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 49-88.
- Schreuer, C. (2009). 'Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures', Alford, R. P., Rogers, C. A. (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 183-198.
- Schreuer, C. (2010). Diversity And Harmonization Of Treaty Interpretation In Investment Arbitration. Fitzmaurice, M., Elias, O., Merkouris, P. (Ed.). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff Publishers, 129-151.
- Schreuer, C. (2011). Comments by Christoph Schreuer, International Investment Law and International Law - From Clinical Isolation to Systemic Integration?. Hofmann, R., Tams, C. J. (eds.). *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, 71 – 74.
- Schreuer, C. (2015). The Future of International Investment Law. Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S., Reinisch, A. (Ed.). *International Investment Law*, Nomos/Hart Publishing, 1904-1911.

- Schreuer, C. H., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwarzeberger, G. (1969). *International Law and Order*, London: Stevens & Sons.
- Shahabuddeen, M. (1996). *Precedent in The World Court*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Shan, W. (2012). *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study (with a Foreword by Meg Kinnear, Secretary-General of the ICSID)*, Hart Publishing.
- Sicard-Mirabal, J., Derains, Y. (2018). *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International Law.
- Simma, B., Pulkowski, D. (2010). Leges Speciales and Self-Contained Regimes. Crawford, J., Pellet, A., Olleson, S. Parlett, K. (Ed.). *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 139-164.
- Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition, Manchester University Press.
- Singh, K., Ilge, B. (2016). Introduction. Singh, K., Ilge, B. (Ed.). *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Amsterdam: Both ENDS; New Delhi: Madhyam; Amsterdam: SOMO, 1-16.
- Snyder, R. (1948). *The Most favored-Nation Clause: An Analysis With Particular Reference To Recent Treaty Practice And Tariffs*, King's Crown Press.
- Sornarajah, M. (2017). *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Stahn, C., Herik, L. J. (2012). *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Brill | Nijhoff.
- Subedi, S. P. (2008). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing.
- Sureda, A. R. (2012). *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Şarbak, H. N. (2018). *Uluslararası Hukukta Yorum ve Uluslararası Hukukun Ulusal Mahkemelerde Yorumlanması*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Tams, C. J. (2012). The Sources Of International Investment Law: Concluding Thoughts. (Ed.). Gazzini, T., De Brabandere, E. *International Investment Law: The Sources Of Rights And Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 319-337, 319.
- Tawil, G. S. (2009). Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., Wittich, S. (Eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 9-30.
- The International Law Commission. (2007). Watts, A. (Ed.). *The International Law Commission 1949-1998: Volume II: The Treaties Part II*, New York: Oxford University Press.
- Tiryakioğlu, B. (2003). *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara: Dayındarlı Hukuk Yayınları.
- Titli, C. (2018). *The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD).
- Waibel, M. (2011). International Investment Law and Treaty Interpretation. Hofmann, R., Tams; C. J. (eds.). *International Investment Law and*

- International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, 29-52.
- Waibel, M. (2014). Chapter 13: Uniformity versus specialization (2): A uniform regime of treaty interpretation? Tams, C. J., Tzanakopoulos, A., Zimmermann, A. (eds.). *Research Handbook on the Law of Treaties*, Edward Elgar, 375-412.
- Walde, T. W. (2009). Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., Wittich, S. (Eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 724-780.
- Walde, T., Kolo, A. (2008). Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties. Reinisch, A. (Ed.). *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 205-244.
- Webb, P. (2013). *International Judicial Integration and Fragmentation*. (Vol. First edition), Oxford, United Kingdom: OUP Oxford.
- Weeramantry, J. R. (2012). *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.
- Weeramantry, R. (2017). Treaty Interpretation, the ICSID Convention and Investment Treaties Baltag, C. (Ed.). *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues: Unsettled Issues*, The Netherlands: Kluwer Law International B.V , 481-498.
- Weiler, T. (2013). *Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Wolf, S. (2011). The Regulation of Foreign Direct Investment under Selected WTO Agreements – Is there still a Case for a Multilateral Agreement on Investment? Tietje, C. (Ed.). *International Investment, Protection and Arbitration: Theoretical and Practical Perspectives*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 71-106.
- Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration And Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Vandeveld, K. J. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
- Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Yackee, J. W. (2017). ‘Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach’, *University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series 1412*.
- Yannaca-Small, K. (2008). Fair and Equitable Standard: Recent Developments, Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 111-130.
- Yannaca-Small, K. (2008). Parallel Proceedings. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1008-1048.
- Yannaca-Small, K. (2010). Definition of “Investment”: An Open-ended Search for a Balanced Approach. Yannaca-Small, K (Ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford: Oxford University Press, 243-270.
- Yen, T. H. (2014). *The Interpretation of Investment Treaties*, Brill Nijhoff.

- Yılmaz, A. Ç. (2013). *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, XII Levha Yayınları.
- Young, M. A. (2015). Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty. Chinkin, C., Baetens, F. (Eds.). *Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge: Cambridge University Press, 71-89.
- Ziegler, A. R. (2008). Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment. Reinisch, A. (ed.) *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 59-86.

MAKALELER

- Abdullahzade, C. (2020). "Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69, 1541-1568.
- Afşar, M. (2004). "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Ve Bankacılık Sektörü", *Ege Academic Review*, 4 (1), 85-101.
- Aktaş, S. (2011). "Hukukta Yorum Çabaları" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(3-4), 1-33.
- Arato, J. (2010). "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences". *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 9(3), 443-494.
- Arsanjani, M. H., Reisman, W. (2010). "Interpreting Treaties for the Benefit of Third parties: The Salvors Doctrine and the Use of Legislative History in Investment Treaties". *American Journal of International Law*, 104(4), 597-604.
- Ataman-Fıganmeşe, İ. (2011). "Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(1), 91-152.
- Avşar, M. (2017). ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı: The Concept Of Investment Under The ICSID Convention, *MHB*, 37(2), 95-140.
- Barral, V. (2012). "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm". *The European Journal of International Law*, 23 (2), 377-400.
- Bassiouni, M. C. (1990). "A Functional Approach to "General Principles of International Law"", *Michigan Journal of International Law*, 11, 768-818.
- Berman, F. (2005). 'International Treaties and British Statutes', *Statute LRev*, 26(1), 1-12.
- Bernhardt, R. (1999). "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European. Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law*, 42, 11-25.
- Brower, C. H. (2003). "Structure, legitimacy and NAFTA's investment chapter". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 37-94.
- Brower, C. H. (2006). "Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105", *Virginia Journal of International Law*, 46(2), 347-364.
- Buffard, I., Zemanek, K. (1998). 'The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma?', *Austrian Review of International and European Law*, 3, 311-343.
- Burger, L. (2013). "Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)", *ASA Bulletin*, 31(3), 521-536.
- Chauvel, L. (2017). "The Influence of General Exceptions on the Interpretation of National Treatment in International Investment Law". *Revista de Direito Internacional*, 14(2), 140-159.

- Chen, R. C. (2015). "A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes", *The Yale Journal Of International Law*, 40, 295-335.
- Choudhury, B. (2005). "Evolution or devolution: Defining fair and equitable treatment in international investment law". *Journal of World Investment & Trade*, 6(2), 297-320.
- Choudhury, B. (2020). "International investment law and noneconomic issues", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 53(1), 1-78.
- Chukwumerije, O. (2007). "Interpreting most-favoured-nation clauses in investment treaty arbitrations". *Journal of World Investment & Trade*, 8(5), 597-646.
- Curtis, C. T. (1988). "Legal Security Of Economic Development Agreements", *the Harvard International Law Journal*, 29(2), 317-366.
- DiMascio, N., Pauwelyn, J. (2008). "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?", *American Journal of International Law*, 102(1), 48-89.
- Dolzer, R. (2005). "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law". *Law and Politics*, 37, 953-972.
- Dolzer, R. (2005). "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties", *Int'l L*, 39(1), 87-106.
- Douglas, Z. (February 2011). "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", *Journal of International Dispute Settlement*, 2(1), 97-113.
- Douglas, Z. (2003). "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Yearbook of International Law*, 74(1), 151-289.
- Dumberry, D. (2014). 'The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105', *JWI&T*, 15, 117-151.
- Dupuy, P-M. (2007). "A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the 'Fragmentation' of International Law", *European Journal of Legal Studies*, 1(1), 25-41.
- Fauchald, O. K. (2008). "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, 19(2), 301-364.
- Fitzmaurice, G. (1951). "The Law and Procedure of The International Court Of Justice:' Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", *Brit. Y.B. Int'l L*, 28, 1-28.
- Fitzmaurice, G. (1957). 'The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law', *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 92.
- Foster, C. (2015). "Investment Treaty Arbitration as Internationalized Public Law". *International and Comparative Law Quarterly*, 64(2), 461-486.
- Foster, K., G. (2012). "Recovering Protection and Security: The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45(4), 1095-1156.
- Franck, S. D. (2005). "The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.*, 73, 1521-1625.
- Franck, S. (2007). "Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law", *McGeorge Global Business and Development Law Journal*, 19, 337-373.

- Gaillard, E. (2006). "Chronique des sentences arbitrales" *Journal De Droit International*, (133) 221.
- Gallus, N. (2005). "The influence of the host state's level of development on international investment treaty standards of protection". *Journal of World Investment & Trade*, 6(5), 711-730.
- Garcia-Bolivar, O. E. (2010). "Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID's Reach." *Trade, Law and Development*, 2(1), 145-168.
- Gazzini, T. (2007). "The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment", *Journal of World Investment & Trade*, 8(5), 691-716.
- Ghouri, A. (2011). "The Evolution of Bilateral Investment Treaties, Investment Treaty Arbitration and International Investment Law". *International Arbitration Law Review*, 14(6), 189-204.
- Ghouri, A. (2012). "Treaty Conflicts in Investment Arbitration". *Nordic Journal of Commercial Law*, 2, 1-12.
- Gourgourinis, A. (2011). "The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", *Journal of International Dispute Settlement*, 2(1), 31-57.
- Hafner, G. (2004). "Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", *MICH. J. INT'L L*, 25, 849-863.
- Jennings, R. Y. (1967/II). "General Course of International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* Vol 121, 327-605.
- Junngam, N. (2018). "The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured From?". *American University Business Law Review*, 7(1), 1-100.
- Kishoiyian, B. (1993-1994). "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 14(2), 327-375.
- Klabbers, J. (2005). 'On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization', *Nordic Journal of International Law*, 74(3), 405-428.
- Kolb, R. (2006). 'Principles as Sources of International Law', *Netherlands International Law Review*, 53(1), 1-36.
- Lalive, P., Halonen, L. (2011). "On the availability of Counterclaims in Investment treaty Arbitration," *Czech yearbook of international law*, 2, 141-156.
- Legum, B. (2005). "Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim? Symposium Co-Organised By ICSID", *OECD And UNCTAD Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda*, 12 December 2005.
- Linderfalk, U. (2015), "Is Treaty Interpretation an Art or Science? International Law and Rational Decision Making", *The European Journal of International Law*, 26(1), 169-189.
- Mann, F. A. (1981) 'British Treaties for the Promotion and Protection of Foreign Investments', *BYIL*, 52(1), 241-254.
- Mann, H. (2013). "Reconceptualizing International Investment Law: its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review*, 17 (2), 521-544.
- Marisi, F. (2018). "Reforming Investor-State Arbitration To Harmonize Investment Law: Issues, Challenges And Directions", *Regional Perspectives on Contemporary and Future Harmonization Agenda in International Trade Law*, Hors Serie Volume XXII, 47-80.

- McLachlan, C. (2005). "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of The Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 279-320.
- Miljenić, O. (2018). "Energy Charter Treaty –Standards of Investment Protection", *CIRR — XXIV*, 83, 52-83.
- Miljenić, O. (2019). "Full Protection And Security Standard In International Investment Law", *Pravni Vjesnik*, 35(3-4), 35–62.
- Moloo, R. (2012). "Changing times, changing obligations: The interpretation of treaties over time". *American Society of International Law Proceedings*, 106(1), 261-264.
- Moloo, R., Khachaturian, A. (2011). "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *Fordham International Law Journal*, 34(6), 1473-1501.
- Palchetti, P. (2018). "The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition?", *Gaetano Morelli Lectures Series*, 2, 107-121.
- Paparinskis, M. (2018). "MFN Clauses and Substantive Treatment: A Law of Treaties Perspective of the 'Conventional Wisdom", *AJIL Unbound*, 112, 49-54.
- Pauwelyn, J. (2004). "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as Universe of Inter-connected Islands", *Michigan Journal of International Law*, 25(4), 903-916.
- Pehlivan, O. K. (2018). "Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil Ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği", *TBB Dergisi*, 139, 239-256.
- Peters, A. (2017). "The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization", *International Journal of Constitutional Law*, 15(3), 671–704.
- Reinhold, S. (2013). "Good Faith in International Law", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, 40-63.
- Rietiker, D. (2010). "The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and its Consistency with Public International Law", *Nordic J. Int'l L.*, 79(2), 245–277.
- Ris, M. (1991). "Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Boston Collage International and Comparative Law Review*, 111-136.
- Roberts, A. (April 2010). "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States". *The American Journal of International Law*. 104(2), 179-225.
- Roberts, A. (January 2013) "Clash Of Paradigms: Actors And Analogies Shaping The Investment Treaty System", *The American Journal of International Law*, 107(1), 45- 94.
- Salacuse, J. W. (1990). "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", *Int'l Law*, 24, 655-675.
- Salacuse, J. W. (Summer 2010). "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*, 51(2), 427-473.
- Sands, P. (1998). "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, 1, 85-105.

- Schill, S. W. (2009). "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *18 Minn. J. Int'l L.*, 18, 1-97
- Schill, S. W. (2011). "W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law", *The European Journal of International Law* , 22(3), 875-908.
- Schreuer, C. (2005). "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), 357-386.
- Schreuer, C. (2010). "Full Protection and Security", *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 353-369.
- Schreuer, C. (2014). "Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration". *McGill Journal of Dispute Resolution*, 1(1), 1-25.
- Shihata, I. F. I. (Spring 1986). "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA". *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1(1), 1-25.
- Simma, B., Pulkowski, D. (2006). "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *The European Journal of International Law*, 17(3), 483-529.
- Stone, J. (2012) 'Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment', *Leiden Jour. Int'l Law*, 25, 77-107.
- Thulasidhass, PR. (2015). "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles". *Amsterdam Law Forum*, 7(1), 3-24.
- Van Harten, G. (2007). "The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state", *International And Comparative Corporate Law Quarterly*, 56 (2), 371-394.
- Van Harten, G, Loughlin, M. (2006). "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *The European Journal of International Law*, 17(1), 121-150.
- Vandeveld, K. J. (1988) "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States," *Cornell International Law Journal*, 21(2), 201-276.
- Vandeveld, K. J. (2005). "A Brief History of International Investment Agreements, (Brief History)", *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y.*, 12, 157-194 .
- Verburg, C. (2019). "Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement", *Journal of World Investment & Trade*, 20, 425-454.
- Vesil, S. (2007). "Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties", *The Yale Journal Of International Law*, 32, 125-189.
- Zenginkuzucu, D. M., (2013). "Şemsiye Klozların ICSID Hakem Mahkemesinin Yargı Yetkisine Etkisi", *UTTDER*, 2(1), 165-189.

ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİ İLE ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN RAPOR VE YAYINLARI

Article 19. Interpretation of Treaties. (1935). *The American Journal of International Law*, 29, 937-977.

Authentic Interpretation Of Art. 4 (MFN treatment) the BIT between India and Bangladesh contained in the 2017 Joint Interpretative Notes.

- (<https://dea.gov.in/sites/default/files/Signed%20Copy%20of%20JIN.pdf> Erişim Tarihi: 17.04.2021).
- Declaration on the Right to Development, UNGA Res 41/128 (4 December 1986) UN Doc. A/RES/41/128.
- ICSID. (1968). *The History of the ICSID Convention*, vol II-1, Washington.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes. (April 2006). *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ICSID Convention, Regulations And Rules, 35-50.
- International Law Commission. (1958). *Third Report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, *Special Rapporteur*, Yearbook of The International Law Commission 1958, Vol II, UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3,.
- International Law Commission. (1973). *Special Rapporteur Endre Ustor, Fourth Report on the Most-Favoured-Nation Clause*, Yearbook of the International Law Commission 1973, vol II, Un Doc. A/CN.4/266.
- International Law Commission. (1978). *Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries 1978* in Yearbook of the International Law Commission 1978, vol. II, Part Two.
- International Law Commission. (2001). *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4.
- International Law Commission. (7 May 2004). *Study on the function and scope of the lex specialis rule and the question of "self-contained regimes" : preliminary report / by Martti Koskenniemi, Chairman of the Study Group*, UN Doc. A/CN.4/LC(LVI)/SG/FIL/CRD.1.
- International Law Commission. (20 July 2007). *Most-Favoured-Nation Clause: Report of the Working Group*, UN Doc. A/CN.4/L.719.
- International Law Commission. (2011). *Report of the International Law Commission on the Work of Its 63rd Session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011)* UN Doc A/66/10.
- International Law Commission. (2011). *Report of the International Law Commission on the Work of Its 63rd Session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011)* UN Doc A/66/10 Add.1.
- International Law Commission. (6 May–7 June and 8 July–9 August 2013). Sixty-fifth session, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, UN Doc. A/68/10, 9-48.
- International Law Commission. (26 March 2014). *Special Rapporteur on the Treaties over time/Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties*, Second Rep. on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/671 (by Georg Nolte).
- International Law Commission. (2015). *Annex: Final report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause*, UN Doc. A/70/10.
- International Law Commission. (2019). *Seventy-first session*. UN Document A/74/10, Chapter IX: General principles of law.
- NAFTA Free Trade Commission. (31 July 2001). *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*. (http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp Erişim Tarihi: 14.05.2019).

- OECD. (1999). *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, third edition.
- OECD. (2004). “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing.
- OECD (2004). “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/02, OECD Publishing.
- OECD Secretariat. (2005). “Novel Features in OECD Countries’ Recent Investment Agreements: An Overview, Symposium Co-Organised By ICSID”, OECD And UNCTAD Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda.
- OECD. (2006). “Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties”. *International Investment Perspectives*, 143-181.
- OECD. (2008). *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Fourth Edition.
- OECD. (2008). *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*.
- Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future” (1987). <https://sdgs.un.org/>.
- Resolution on the Permanent Sovereignty over Natural Resources, United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII) (14 December 1962) UN Doc A/5217.
- The Charter of Economic Rights and Duties of States, GA Res. 3281 (XXIX) of 1974.
- The International Institute for Sustainable Development (IISD). (2012). *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and Answers*.
- Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü (*Rome Statute of the International Criminal Court*), 1998, Statü’nün Türkçe Metni için bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDERS.htm Erişim Tarihi: 13.11.2020).
- UNCTAD. (1999). *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III). United Nations Publication.
- UNCTAD. (1999). *National Treatment*. UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV). United Nations Publication.
- UNCTAD. (2004). *International Investment Agreements: Key Issues Volume I*, United Nations, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol. I).
- UNCTAD. (2004). *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations.
- UNCTAD. (2005). *Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4.
- UNCTAD. (2006). *Recent Developments In International Investment Agreements: IIA Monitor No. 2 (2005) International Investment Agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1.
- UNCTAD. (2007). *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking (UNCTAD/ITE/IIA/2006/5)*, New York and Geneva: United Nations Publication.
- UNCTAD. (2007). *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, United Nations Publication.

- UNCTAD. (2010). *Most-Favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, United Nations Publication.
- UNCTAD. (2012). *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.
- UNCTAD. (11 January 2012). Interpretation of IIAs: What States can do, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10.
- UNCTAD. (2017). *World Investment Report 2017–Investment And Digital Economy*, United Nations Publication.
- UNCTAD. (2018). *World Investment Report 2018 - Investment and New Industrial Policies*, United Nations Publication.
- UNCTAD. (May 2018). *Recent Developments in the International Investment Regime*, IIA Issues Note, No. 1.
- UNCTAD. (2019). *Review of ISDS Decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues*, IIA Issues Note, No. 4.
- UNCTAD. (2019). *World Investment Report 2019 - Special Economic Zones*, United Nations Publication.
- UNCTAD. (2 September 2019). *Recent Developments in The International Investment Regime: Taking Stock Of Phase 2 Reform Actions*.
- UNCTAD. (May 2020). *Investment Policy Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, No. 4.
- UNCTAD. (July 2020). *Investor–State Dispute Settlement Cases Pass The 1,000 Mark: Cases And Outcomes in 2019*, IIA Issues Note: International Investment Agreements, Issue 2.
- UNCTAD. (August 2021). *Recent developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, Issue 3.
- UNGA. (2006). *Report of the International Law Commission Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006)* General Assembly Official Records Sixty-first session Supplement No. 10 (A/61/10).
- UNGA. (13 April 2006). *Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskenniemi)*. UN Document A/CN.4/L.682.
- United Nations. (2014). *Investor-State Dispute Settlement: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2013/2.
- Yearbook of the International Law Commission. (1966). *Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly*, vol II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I).
- Yearbook of the International Law Commission. (2001). *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*, vol. II, Part Two, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).
- Yearbook of the International Law Commission. (2007). *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-ninth session*, Vol II Part Two, A/CN.4/SER.A/2007/Add.I (Part 2).

İNTERNET KAYNAKLARI

- Alvarez, J. E. (2016). *Is Investor-State Arbitration ‘Public’?*, IILJ Working Paper 2016/6 (GAL Series), 1-43. (<http://iilj.org/wp->

- content/uploads/2016/09/Alvarez-Is-Invest-State-Arbitration-Public-IILJ-WP-2016_6-GAL.pdf Erişim Tarihi: 05.08.2019).
- Birleşmiş Milletler dokümanlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.un.org/en/our-work/documents>).
- Bonnitcha, J. (September 2017). *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence*. The International Institute for Sustainable Development (IISD Report). (<https://www.iisd.org/system/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf> Erişim Tarihi: 17.12.2020).
- Gazzini, T. (29 April 2017). *Rethinking the Promotion and Protection of Foreign Investments: The 2015 South Africa's Protection Investment Act*. (<https://ssrn.com/abstract=2960567> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2960567> Erişim Tarihi: 11.12.2020).
- Gazzini, T. (17 August 2020). *Authentic (or Authoritative) Interpretation of Investment Treaties by the Treaty Parties*. (<https://www.ejiltalk.org/authentic-or-authoritative-interpretation-of-investment-treaties-by-the-treaty-parties/> Erişim Tarihi: 4.11.2020).
- ICSID belgelerine ulaşmak için bkz. (<https://icsid.worldbank.org/resources>).
- Johnson, L., Sachs, L., Güven, B., Coleman, J. (March 2018). *Costs And Benefits Of Investment Treaties Practical Considerations For States Policy Paper*. Columbia Center On Sustainable Investment. (<http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf> Erişim Tarihi: 07.05.2020)
- Maupin, J. A. (2010). *MFN-based jurisdiction in investor-state arbitration: is there any hope for a consistent approach?*, Working Paper for the Centre for Trade and Economic Integration. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1633012, Erişim Tarihi: 09.01. 2021).
- Maupin, J. A. (2013). *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky*. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2058195 Erişim Tarihi: 06.11.2021).
- OECD yayınlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.oecd.org/>).
- Paparinskis, M. (2010). *The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration' Select Proceedings of the European Society of International Law*. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1716833 Erişim Tarihi: 16.03.2020).
- Paparinskis, M. (2014). *Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2512664 Erişim Tarihi 01.05.2021).
- Peterson, L. E. (2009). *Human rights and bilateral investment treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration, Rights & Democracy*, (<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/human-rights-and-bilateral-investment-treaties-peterson-2009.pdf> Erişim Tarihi: 01.10.2020).
- Peterson, L. E., Gray, K. R. (April 2003). *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International

- Institute for Sustainable Development. (https://www.escr-net.org/sites/default/files/Luke_Peterson___IHR_in_bilateral.pdf Erişim Tarihi: 01.10.2020).
- Reports of International Arbitral Awards için bkz. (<https://legal.un.org/riaa/>).
- Schill, S. (3 January 2014). *Comparative Public Law Methodology in International Investment Law* (<https://www.ejiltalk.org/> Erişim Tarihi 4.11.2020).
- Schreuer, C., *Investments, International Protection* (https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf Erişim Tarihi: 4.11.2020).
- Schreuer, C. *Preliminary Rulings in Investment Arbitration*. (https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf Erişim Tarihi: 7.11.2020).
- Schreuer, C. (2000). “Sources of International Law: Scope and Application”, *Emirates Lecture Series 28, Emirates Center for Strategic Studies and Research*, (https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/59_sources.pdf Erişim Tarihi: 7.11.2020).
- The International Institute for Sustainable Development (IISD) tarafından yayınlanan kaynaklara ulaşmak için bkz. (<https://www.iisd.org/>).
- Uluslararası Adalet Divanı Kararlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.icj-cij.org/en/cases>).
- Uluslararası Daimi Adalet Divanı Kararlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.icj-cij.org/en/pcij>).
- Uluslararası Hukuk Komisyonu Yıllıklarına (*Yearbook of the International Law Commission*) ulaşmak için bkz. (<https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/>).
- Uluslararası yatırım andlaşmalarının İngilizce ve orijinal dillerindeki metinlerine ve bunlara ilişkin güncel verilere ulaşmak için bkz. (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>).
- Ulusal yatırım kanunları hakkındaki güncel verileri takip etmek ve bunlara ulaşmak için bkz. (<https://investmentpolicy.unctad.org/>).
- Uluslararası yatırım tahkimi kararlarına ulaşmak için bkz. (<https://www.italaw.com/>).
- Uluslararası yatırım tahkimi kararlarına “(<https://www.italaw.com/>)” internet sitesi dışında ulaşmak için ayrıca bkz. (<https://jusmundi.com/en>).
- UNCTAD’a ilişkin belgeler ve yayınlara ulaşmak için bkz. (UNCTAD <https://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>).

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ VE DİĞER TAHKİM KARARLARI

- Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia v. Turkey), 11 R.I.A.A. 433 (Perm. Ct. Arb. 1912) (<https://pcacases.com/web/sendAttach/643> Erişim Tarihi:03.02.2022).
- L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports Of International Arbitral Awards, Volume IV 15, October 1926, pp. 60-66.
- Island of Palmas case (Netherlands, USA) 4 April 1928, Reports Of International Arbitral Awards, Volume II, pp. 829-871.
- Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, Reports Of International Arbitral Awards, Volume XXI, 53-264, 18 February 1977.
- Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Co, Preliminary award, XI YB Comm. Arb. 97, 14 January 1982.
- Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction (25 September 1983).

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Award (21 October 1983).

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985).

Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Government of the Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award (31 March 1986).

Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Annulment (16 May 1986).

Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 56, Partial Award, Award No. 310-56-3, (14 July 1987) (<https://jusmundi.com/en/> Erişim tarihi: 06.02.2020).

Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding (English) (10 May 1988).

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award (27 June 1990).

Southern Pacific Properties (Middle East) and Southern Pacific Properties Ltd v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992).

Vacuum Salt Products Limited v Ghana, ICSID ARB/92/1, Award (16 February 1994).

Appellate Body report on "United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline" (WT/DS2/AB/R), (20 May 1996).

American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (21 February 1997).

Fedax N.V. v Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3(1), Decision on Objections to Jurisdiction (11 July 1997).

Ethyl Corporation v. Canada, UNCITRAL/NAFTA, Award on Jurisdiction (24 June 1998).

Československa Obchodni Banka, A.S. (CSOB) v The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objection to Jurisdiction (24 May 1999).

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, award (1 November 1999).

Emilio Agustin Maffezini v The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (25 January 2000).

Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Interim Award (26 June 2000).

Metalclad Corporation v the United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, (NAFTA) Award (30 August 2000).

Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v Democratic Republic of the Congo, ICSID case No. ARB/98/7, Award (1 September 2000).

S.D. Myers, Inc. v Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), First Partial Award (13 November 2000).

Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, Award (27 November 2000).

Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award on Merits (8 December 2000).

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction (5 January 2001).

Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2 (10 April 2001).

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (25 June 2001).

Salini et al v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 152 (23 July 2001).

Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award (26 July 2001).

Ronald S. Lauder v. Czech Republic (Lauder), UNCITRAL Final Award (3 September 2001).

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Partial Award (13 September 2001).

Autopista Concesionada de Venezuela v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction (27 September 2001).

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award (15 March 2002).

Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on Damages (31 May 2002).

Methanex Corporation v United States of America, UNCITRAL (NAFTA), Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility (First Partial Award) (7 August 2002).

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

Feldman v United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, Award on the Merits (16 December 2002).

ADF Group Inc. v. United States, ICSID ARB (AF)/00/1, Award (9 January 2003).

Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29 May 2003).

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Award (26 June 2003).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2003).

William Nagel v. The Czech Republic, SCC Case No. 049/2002, Final Award (9 September 2003).

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award (16 September 2003).

Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9 (formerly Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt), Decision on Jurisdiction, (21 October 2003).

Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, award (22 December 2003).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (14 January 2004).

SGS v. Philippines, ICSID Case No ARB/02/6, Decision on Jurisdiction (29 January 2004).

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction, (29 April 2004).

Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, award (30 April 2004).

MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004).

Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration, Case No. UN 3467, Award (1 July 2004).

Siemens v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, (3 August 2004).

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Award on Jurisdiction ICSID Case No. ARB/03/11, (6 August 2004).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, (9 November 2004).

Gami Investments Inc. v. Mexico, UNCITRAL. Award (15 November 2004).

Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award (20 November 2004).

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Award (29 December 2004).

Consortium Groupement L.E.S.I-DIPENTA v People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award (10 January 2005).

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

Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objection to Jurisdiction, (11 May 2005).

Sempra Energy International v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction (11 May 2005).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/08, Award (12 May 2005).

Gas Natural SDG, S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (17 June 2005).

AES Corporation v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (13 July 2005).

Methanex Corporation v United States of America, UNCITRAL (NAFTA), Final Award (3 August 2005).

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award (19 August 2005).

Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova, SCC, Arbitral Award (22 September 2005).

Noble Ventures, Inc. v Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005).

Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia, ICSID Case ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, (21 October 2005).

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005).

International Thunderbird Gaming Corporation v United Mexican States, UNCITRAL (NAFTA), Award (26 January 2006).

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL (formerly EnCana Corporation v. Government of the Republic of Ecuador) (3 February 2006).

Continental Casualty Company. v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/03/9 Decision on Jurisdiction (22 February 2006).

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006).

Berschader v Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award (21 April 2006).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, (16 May 2006).

Canfor Corp. v United States of America and Terminal Forest Products Ltd v United States of America, Consolidated NAFTA Arbitration (UNCITRAL Rules), Decision on Preliminary Question (6 June 2006).

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (16 June 2006).

National Grid Plc v. Argentina, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (20 June 2006).

L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. kararının Fransızca metni için bkz. L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3 (Italy/Algeria BIT), Decision, (12 July 2006) (French).

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

Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, (27 July 2006).

Inceysa Vallisoletana S.L. v Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006).

Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (13 September 2006).

ADC Affiliate Limited - and - ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, Award, ICSID Case No. ARB/03/16, (2 October 2006).

LG&E Energy Corporation and Others v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006).

Helnan International Hotels A/S v Egypt, ICSID ARB/05/19, Jurisdiction, (17 October 2006).

PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19 January 2007).

Siemens A.G. v. The Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007).

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, (21 March 2007).

Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award (27 March 2007).

Enron and Ponderosa v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3(22 May 2007).

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award (24 May 2007).

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award (24 May 2007). Award on merits Separate Statement of Dean Ronald A. Cass.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction (6 July 2007).

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, award (31 July 2007).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines ICSID Case No ARB/03/25, Award (16 August 2007).

Compania de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007).

Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Annulment Proceeding, (5 September 2007).

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 September 2007).

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

RosInvestCo UK Ltd. v Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005, Award on Jurisdiction (1 October 2007).

Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6 (formerly OKO Osuuspankkien Keskuspankki Oyj and others v. Republic of Estonia), Award (19 November 2007).

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

European Media Ventures SA v. The Czech Republic, UNCITRAL, Application to set aside Award on Jurisdiction (5 December 2007).

BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, award (24 December 2007).

Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility (15 January 2008).

The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America, UNCITRAL (formerly Consolidated Canadian Claims v. United States of America) award on Jurisdiction, (28 January 2008).

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award (8 May 2008).

Biwater Gauff Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008).

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan, ICSID ARB/05/16, Award (29 July 2008).

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, award (18 August 2008).

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, award (27 August 2008).

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

Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction (19 September 2008).

Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award (8 October 2008).

National Grid PLC v Argentine Republic, UNCITRAL, Award (3 November 2008).

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, award (6 November 2008).

Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, interim award (1 December 2008).

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, award (1 January 2009).

Renta 4 S.V.S.A. et al v The Russian Federation, Arbitration V (024/2007), Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award on Preliminary Objections (20 March 2009).

Renta 4 S.V.S.A. et al v The Russian Federation, Arbitration V (024/2007), Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award on Preliminary Objections (20 March 2009). Separate Opinion.

Phoenix Action, Ltd. v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009).

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009).

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (29 May 2009).

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, award (8 June 2009).

Hrvatska Elektroprivreda D.D. v Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on the Treaty Interpretation Issue (12 June 2009).

Invesmart v. Czech Republic, UNCITRAL, Award (26 June 2009).

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award (30 July 2009).

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, award (27 August 2009).

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 September 2009).

Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (18 September 2009).

Austrian Airlines v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Final Award (9 October 2009).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL (Energy Charter Treaty), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009).

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability (14 January 2010).

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (3 March 2010).

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB 108/8, Decision on Jurisdiction, (8 March 2010).

Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, award (31 March 2010).

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)), Decision on Jurisdiction, (2 June 2010).

Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award (22 June 2010).

Saba Fakes v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010).

Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA v. The Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal (16 July 2010).

AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability (30 July 2010).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19 (30 July 2010).

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23 September 2010).

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, The Republic of El Salvador's Memorial Objections to Jurisdiction (15 October 2010).

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award (8 November 2010).

Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, Final Award (12 November 2010).

Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction (15 December 2010).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines ICSID Case No ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, (23 December 2010).

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability (27 December 2010).

CEMEX Caracas Investments BV and CEMEX Caracas II Investments BV v Bolivia , ICSID Case No. ARB/08/15, Jurisdiction (30 December 2010).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award (12 January 2011).

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, decision on annulment (1 March 2011).

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011).

HICEE B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11, Partial Award (23 May 2011).

Impregilo S.p.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21 June 2011).

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic), Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 August 2011).

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011).

Spyridon v. Romania, ICSID ARB/06/1, Award (7 December 2011).

ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction (10 February 2012).

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (7 June 2012).

Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, award (22 August 2012).

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, (30 November 2012).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, (19 December 2012).

Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/12/3, Decision on Respondent's Objection under Arbitration Rule 41(5) (16 January 2013).

Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)04/6 Award (16 January 2013).

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, award (2 July 2013).

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20, award (11 December 2013).

Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, award (10 March 2014).

Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (25 August 2014).

Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, award (15 December 2014).

OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award (10 March 2015).

Adel A. Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman, ICSID ARB/11/33, Award , (3 November 2015).

Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Award (17 December 2015).

Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, Final Award (21 January 2016).

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (4 April 2016).

MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, award (4 May 2016).

Peter A. Allard v. The Government of Barbados, PCA Case No. 2012-06 Award (27 June 2016).

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), award (8 July 2016).

Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland, UNCITRAL, Award (12 August 2016).

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5. Award (22 August 2016).

Windstream Energy LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2013-22, Award (27 September 2016).

Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss (21 February 2017).

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Award (21 July 2017).

UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/12/33, Award (22 December 2017).

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, award (16 May 2018).

Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15 June 2018).

Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, Award of the Tribunal (31 August 2018).

DİĞER ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Jaworzina Opinion (1923), PCIJ Series B No. 8.

S.S. "Wimbledon", PCIJ, Series A No 1, Judgment of 17 August 1923.

Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A no 2, Judgment of 30 August 1924.

Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 16 May 1925, PCIJ, Series B, No. II.

SS 'Lotus' (France v Turkey) (1927) PCIJ (Ser. A) No. 10.

Chorzow Factory Case (Ger. v. Pol.), Jurisdiction, 1928 P.C.I.J. (ser. B), No. 3.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22.

Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, Advisory Opinion of 15 November 1932 (including the text of the declaration by MM. Baron Rolin-Jaequemyns, Count Rostworowski, Fromageot and Schücking), PCIJ, Series A/B, No. 50.

Minority Schools in Albania, Advisory Opinion, 1935, PCIJ, Series A/B, No. 64.

Corfu Channel case, Judgment on Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1948, p. 15.

Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 266.

Competence of the General Assembly regarding Admission to the United Nations, I.C.J. Reports 1950, p. 4.

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), I.C.J Reports 1950, p. 221.

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15

Case Concerning Rights of Nations of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176.

The Minquiers and Ecrelzos case, Judgment of November 17th, 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 47, Individual Opinion of Judge Levi Carneiro, p. 85-109.

Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960, I.C.J. Reports 1960, p.150.

Temple of Preah Vihear, Case concerning the (Cambodia v Thailand) Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961, I.C.J Reports 1961, p. 17.

Certain Expenses of the United Nations (Art. 17, para. 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J Reports 1962, p.151, Separate Opinion of Judge Sir Percy Spender.

Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France, 22 December 1963, Reports of International Arbitral Awards, Volume XVI pp. 5-74.

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, I.C.J Reports 1970, p.3.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

Golder v. United Kingdom, Judgment, Application no. 4451/70, (21 February 1975).

Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p.12.

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, ICJ Report, pp. 3-46.

Airey v. United Kingdom, Application no. 6289/73 (9 October 1979).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1980, p. 73.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.

Case of Johnston And Others v. Ireland, (Application no. 9697/82), Judgment (18 December 1986).

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69.

Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15.

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, 1. C. J. Reports 1994, p. 6.

Loizidou v Turkey, Judgment, Application no. 15318/89, (1995).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C. J. Reports 1995, p. 6, Dissenting Opinion Of Vice-President Schwebel, 27-39.

- WTO, report of the Appellate Body, Japan—Taxes on Alcoholic Beverages, AB-1996-2, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/ AB/R, 4 October 1996, Section E.
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 275.
- Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 432
- Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) , Judgment, I. C. J. Reports 1999, p. 1045
- The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (1. October 1999) (<https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/activiteiten/archief/documentatie/OldActivities/DeathPenalty/Advisory%20Opinion%20IACHR.pdf> Erişim Tarihi: 09.10.2020).
- Banković and Others v. Belgium and Others, European Court of Human Rights, Application no. 52207/99, Grand Chamber Decision as to the Admissibility, 12 December 2001.
- La Grand (Germany v United States) , I.C.J. Reports 2001, p. 466.
- The MOX Plant Case. (2002). (Ireland v. United Kingdom), Order on Provisional Measures, December 3, 2001, 41 I.L.M. 405.
- Christine Goodwin v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, Grand Chamber, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI.
- Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, 24 May 2005, Reports Of International Arbitral Awards, Volume XXVII, pp.35-125.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 3 February 2006.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.
- Emonet And Others v. Switzerland, (Application no.39051/03), judgment (13 December 2007).
- Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, pp. 70-141.
- Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 324, Declaration of Judge Greenwood.
- Nada v Switzerland, Application no. 10593/08, (12 September 2012).

YATIRIM ANDLAŞMALARI VE DİĞER ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

ABD-Fransa Dostluk ve Ticaret Andlaşması (*US–France Treaty of Amity and Commerce, 6 February 1778*).

- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, 1950, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5 (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In Council of Europe Treaty Series 005. Council of Europe.*) (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> Erişim tarihi 25.04.2020)
- Almanya-Pakistan 1959 Tarihli BIT (*Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, 25.11.1959).
- Almanya-Kenya 1964 tarihli BIT (*Germany-Kenya BIT*, 1964).
- Almanya-Tanzanya 1965 tarihli BIT (*Germany - United Republic of Tanzania BIT*, 1965).
- Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18.03.1965). Sözleşmenin Türkçe çevirisine ulaşmak için bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf Erişim Tarihi: 15.02.2021).
- OECD nezdinde yapılmış 1967 tarihli Yabancıların Mallarının Korunmasına İlişkin Konvansiyon Tasarısı (*1967 Draft Convention on the Protection of Foreign Property*).
- 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, No. 18232).
- Almanya-Romanya, 1979 tarihli BIT (*Germany-Romania BIT*, 1979).
- ABD-Senegal 1983 Tarihli BIT (*Treaty Between The United States Of America And The Republic Of Senegal Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment Treaty*, 06/12/1983).
- Türkiye-ABD 1985 tarihli BIT (*Türkiye Cumhuriyeti İle Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunmasına Dair Antlaşma*, 1985 (<https://www.kanunum.com/files/3533-1.pdf> Erişim Tarihi: 07.04.2021).
- ABD-Grenada 1986 tarihli BIT (*United States-Grenada BIT*, 1986).
- 1987 Tarihli ABD model BIT (*US Model BIT*, 1987).
- Belçika-Lüksemburg-SSCB Arasındaki 1989 Tarihli Yatırım Andlaşması (*Agreement between the Governments of the Royal Kingdom of Belgium and the Grand Duchy of Luxembourg and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, 1989).
- Gana-Hollanda 1989 Tarihli BIT (*Ghana-Netherlands BIT*, 1989).
- Guyana-Almanya 1989 tarihli BIT (*Germany - Guyana BIT*, 1989).
- ABD-Kongo 1990 tarihli BIT (*Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The People's Republic Of The Congo Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment*).
- İtalya-Fas 1990 tarihli BIT (*Italy-Morocco BIT* 1990).
- Arjantin-ABD 1991 tarihli BIT (*Argentina - United States of America BIT*, 1991).
- Arjantin-İspanya 1991 tarihli BIT (*Argentina-Spain BIT*, 1991).
- Avustralya-Vietnam 1991 tarihli BIT (*Australia - Viet Nam BIT*, 1991).
- Fransa-Arjantin 1991 tarihli BIT (*Argentina-France BIT*, 1991).
- İngiltere-Türkiye Cumhuriyeti 1991 tarihli BIT (*Agreement Between The Government Of The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland*

And The Government Of The Republic Of Turkey For The Promotion And Protection Of Investments, 1991).

Sri Lanka-ABD 1991 tarihli BIT (*Sri Lanka - United States of America BIT, 1991*).

Şili-İspanya 1991 Tarihli BIT (*Chile - Spain BIT, 1991*).

Bolivya Hollanda 1992 tarihli BIT (*Bolivia, Plurinational State of - Netherlands BIT, 1992*).

Hollanda-Polonya 1992 tarihli BIT (*Netherlands-Poland BIT, 1992*).

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, 17 Dec. 1992, 32 ILM (1993)) (<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta.aspx?lang=eng> Erişim Tarihi: 03.02.2021).

Bolivya-Peru BIT 1993 tarihli BIT (*Bolivia, Plurinational State of - Peru BIT, 1993*).

Çin-Slovenya 1993 tarihli BIT (*China - Slovenia BIT, 1993*).

Çin-Uruguay, 1993 tarihli BIT (*China - Uruguay BIT, 1993*).

Mısır-Kazakistan 1993 tarihli BIT (*Egypt - Kazakhstan BIT, 1993*).

Almanya-Kuveyt, 1994 tarihli BIT (*Germany - Kuwait BIT, 1994*).

Barbados-Almanya, 1994 tarihli BIT (*Barbados-Germany BIT, 1994*).

Enerji Şartı (*Energy Charter Treaty, (annex I of the Final Act of the European Energy Charter Conference)* Lisbon, 17 December 1994; 34 ILM 373. Enerji Şartının Türkçe metni için bkz. Şartın Türkçe metni için bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc084/kanuntbmmc084/kanuntbmmc08404519.pdf Erişim Tarihi 08.03.2019).

ABD-Nikaragua 1995 tarihli BIT (*Nicaragua - United States of America BIT, 1995*).

Avustralya-Arjantin 1995 tarihli BIT (*Agreement between the Government of Australia and the Government of the Argentine Republic on the Promotion and Protection of Investments, and Protocol*).

Moğolistan-Singapur 1995 Tarihli BIT (*Mongolia-Singapore BIT, 1995*).

Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 1995, (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/kanuntbmmc080/kanuntbmmc08004196.pdf, Erişim Tarihi 08.05. 2021).

Avusturya- Hong Kong, Çin SAR 1996 Tarihli BIT (*Austria - Hong Kong, China SAR BIT, 1996*).

Kanada-Şili 1996 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması (*Canada-Chile Free Trade Agreement, 1996*). (<https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/Canada-Chile.pdf> Erişim Tarihi: 3.04.2021).

Kanada-Venezuela 1996 tarihli BIT (*Canada-Venezuela, Bolivarian Republic of BIT, 1996*).

ABD-Azerbaycan 1997 tarihli BIT (*Azerbaijan - United States of America BIT, 1997*).

Kanada-Tayland 1997 tarihli BIT (*Canada- Thailand BIT, 1997*).

Kanada-Uruguay 1997 tarihli BIT (*Canada - Uruguay BIT, 1997*).

Almanya-Meksika 1998 tarihli BIT (*Germany - Mexico BIT, 1998*).

Moldova-Rusya 1998 tarihli BIT (*Moldova, Republic of - Russian Federation BIT, 1998*).

ABD-Bahreyn 1999 tarihli BIT (*Bahrain-United States BIT, 1999*).

Arjantin-Yeni Zelanda 1999 tarihli BIT (*Argentina-New Zealand 1999 tarihli BIT*).

El Salvador-ABD 1999 tarihli BIT (*El Salvador - United States of America BIT, 1999*).

İran-İtalya 1999 tarihli BIT (*Iran, Islamic Republic of - Italy BIT, 1999*).

Brunei-Kore Cumhuriyeti 2000 tarihli BIT (*Brunei Darussalam - Korea, Republic of BIT, 2000*).

Hindistan-Tayland 2000 Tarihli BIT (*India and Thailand BIT, 2000*).

Yunanistan-Meksika 2000 tarihli BIT (*Greece - Mexico BIT, 2000*).

2002 tarihli EFTA-Singapur Serbest Ticaret Andlaşması (*Agreement Between The Efta States And Singapore, 2002*).

Almanya-Tayland 2002 tarihli BIT (*Germany - Thailand BIT, 2002*).

Amerikalılar Serbest Ticaret Alanı Taslak Andlaşması (*Free Trade Area of the Americas Draft Agreement, 21 November 2003*) (http://www.ftaa-alca.org/ftaadraft03/index_e.asp Erişim Tarihi 03.05.2021).

Hollanda-Malavi 2003 Tarihli BIT (*Malawi - Netherlands BIT, 2003*).

2004 tarihli ABD model BIT (*US 2004 model BIT*).

2004 tarihli ABD-Fas Serbest Ticaret Andlaşması (*United States-Morocco Free Trade Agreement, 2004*).

2004 tarihli Japonya-Meksika Serbest Ticaret Andlaşması (*Japan-Mexico Free Trade Agreement, 2004*).

Dominik Cumhuriyeti-Amerika 2004 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması (*Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement, 2004*).

EFTA-Lübnan 2004 tarihli Serbest Ticaret Andlaşması (*Free Trade Agreement Between The EFTA States And The Republic Of Lebanon, 2004*).

Hırvatistan-Umman 2004 tarihli BIT (*Croatia-Oman BIT, 2004*).

Kanada 2004 tarihli model BIT (Canada model FIPA, 2004) (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download> Erişim Tarihi 22.03.2021).

Ürdün-Singapur 2004 tarihli Serbest Ticaret Alanının Kurulmasına İlişkin Andlaşma (*Free Trade Agreement between the Hashemite Kingdom Jordan and the Republic of Singapore, 2004*).

2005 tarihli ABD-Umman serbest ticaret andlaşması (*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 2005*).

ABD-Uruguay 2005 tarihli BIT (*United States of America-Uruguay BIT, 2005*).

2006 tarihli Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Finans ve Yatırım Protokolü (*Southern African Development Community (SADC) Protocol on Finance and Investment, 2006*).

İsviçre-Kolombiya 2006 tarihli BIT (*Colombia - Switzerland BIT, 2006*).

Japonya-Filipinler Ekonomik Ortaklık Andlaşması (*Japan-Philippines Economic Partnership Agreement, 2006*).

Kanada- Peru 2006 Tarihli BIT (*Canada - Peru BIT, 2006*).

Meksika-İspanya 2006 tarihli BIT (*Agreement On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments Between The United Mexican States And The Kingdom Of Spain, 10 October 2006*).

2007 tarihli Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Yatırım Andlaşması (*Investment Agreement for the Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area, 23/05/2007*).

ABD-Ruanda 2008 Tarihli BIT (*Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Republic Of Rwanda*

- Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment. 19/02/2008).*
- ASEAN Kapsamlı Yatırım Andlaşması (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 2009*).
- Çin-İsviçre 2009 tarihli BIT (*China – Switzerland BIT, 2009*).
- Meksika-Singapur 2009 Tarihli BIT (*Mexico-Singapore BIT, 2009*).
- Avustralya-Malezya Serbest Ticaret Andlaşması (*Malaysia-Australia Free Trade Agreement, 2012*).
- Çin-Japonya-Kore Üç Taraflı Yatırım Andlaşması (*Investment promotion and protection agreement between Japan, Republic of Korea and China (China - Japan - Korea, Republic of Trilateral Investment Agreement, 2012)*).
- Japonya-Mozambik 2013 tarihli BIT (*Japan-Mozambique BIT, 2013*).
- Kanada-Benin 2013 tarihli BIT (*Canada-Benin BIT, 2013*).
- Arjantin-Katar 2016 tarihli BIT (*Argentina-Qatar BIT, 2016*).
- Avusturya-Kırgızistan 2016 tarihli BIT (*Austria - Kyrgyzstan BIT, 2016*).
- Fas-Nijerya 2016 tarihli BIT (*Morocco-Nigeria BIT, 2016*).
- Japonya-İran 2016 tarihli BIT (*Iran, Islamic Republic of - Japan BIT, 2016*).
- Meksika- Birleşik Arap Emirlikleri 2016 tarihli BIT (*Mexico - United Arab Emirates BIT, 2016*).
- Nijerya-Singapur 2016 tarihli BIT (*Nigeria - Singapore BIT, 2016*).
- Slovakya-İran 2016 tarihli BIT (*Iran, Islamic Republic of - Slovakia BIT, 2016*).
- Ruanda-Fas 2016 tarihli BIT (*Rwanda-Morocco BIT, 2016*).
- İsrail-Japonya 2017 tarihli BIT (*Israel - Japan BIT 2017*).
- Ruanda – Birleşik Arap Emirlikleri 2017 tarihli BIT (*Rwanda - United Arab Emirates BIT, 2017*).
- Türkiye-Özbekistan 2017 tarihli BIT (*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 2017*) (<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0950.pdf> Erişim Tarihi 23.05.2021).
- AB-Singapur yatırımların Korunması Andlaşması (*The EU-Singapore Investment Protection Agreement (IPA), 2018*).
- Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Meksika Devletleri ve Kanada arasındaki Serbest Ticaret Andlaşması (*Agreement Between The United States Of America, The United Mexican States, And Canada (USMCA)*), 30/11/2018. (<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> Erişim Tarihi: 11.05.2021).
- Brezilya-Surinam 2018 tarihli BIT (*Brazil - Suriname BIT, 2018*).
- TransPasifik Ortaklığı için Kapsamlı ve Aşamalı Anlaşma (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP, 2018*).
- Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kamboçya Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 21/10/2018. (<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1596.pdf> Erişim Tarihi: 07.03.2021).
- Avustralya-Endonezya 2019 tarihli BIT (*Australia - Indonesia BIT, 2019*).
- Kanada 2021 tarihli Model Yabancı Yatırımı Teşvik ve Koruma Anlaşması (*Foreign Investment Promotion and Protection Agreement-FIPA, 2021*).
- ULUSAL KANUNLAR**
- Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Sayı: 4875, R.G.: 25141, 17/6/2003 (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4875.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2021).



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Kışla, Selcen Nur
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı	2016
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2010
Lise	Aydın Adnan Menderes Anadolu Lisesi	2006

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2012-2013	Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi
2013-2018	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	Araştırma Görevlisi
2018-Halen	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

1. Kışla, S. N. (2016). *Devletlerin Andlaşmalara Halefîyeti*, Ankara: Astana Yayınları.
2. Kışla, S. N. (2017). Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Başkanlık Sistemi. Doğan, İ., Ünver, S. (Eds.). *Dört Kıtada Başkanlık Sistemi: Ülke Örnekleriyle Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları ve Demokrasi*, Ankara: Astana Yayınları, 328 -367.
3. Kışla, S. N. (2021). “Uluslararası Yatırım Hukukunda Ulusal Muamele İlkesi”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 10(38), 371-404.



