

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



**ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA
ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
DR. ÖĞR. ÜYESİ
BAHAR ÖCAL APAYDIN**

**HAZIRLAYAN
ABDULLAH GÜRSU**

MALATYA 2018

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

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE HAKKANİYETLİ
MUAMELE İLKESİ

Yüksek Lisans Tezi

ABDULLAH GÜRSU

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal Apaydın

Temmuz 2018

MALATYA

KABUL ONAY

T.C.

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

HAZIRLAYAN

DR. ÖĞR. ÜYESİ BAHAR ÖCAL APAYDIN

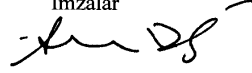
ABDULLAH GÜRSU

Jürimiz 09.07.2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda bu yüksek lisans/doktora tezini (oy birliği/~~oy çokluğu~~) ile başarılı bulunarak Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

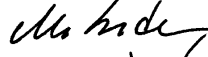
Jüri Üyelerinin Unvan- Ad ve Soyadları

İmzalar

1. Prof. Dr. İlyas Dapçın



2. Dr. Öğr. Üyesi Nete Arden



3. Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal Apaydın



İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun tarih ve sayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Prof. Dr. Mehmet KUBAT

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ONUR SÖZÜ

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Usul ve Esaslarına uygun olarak yaptığım bu tez çalışmasının bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım bütün kaynakları kaynakçada uygun biçimde gösterdiğimi beyan ve taahhüt ederim.

Abdullah GÜRSU



ÖN SÖZ

İnönü Üniversitesi Kamu Hukuku alanında yüksek lisans yaptığım süre boyunca ve bilhassa tez konusunun belirlenmesi aşamasından tez savunmasına kadarki süreçte kaynak sağlama, bilgi ve deneyimlerini paylaşma hususunda hiçbir zaman desteğini esirgemeyen tez danışmanım ve hocam Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal Apaydın'a saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Zor çalışma şartlarında yoğun bir çabanın ürünü olan bu tezin ortaya çıkmasında desteklerini her zaman gösteren Prof. Dr. İlyas Doğan, Doç. Dr. Tamer Budak, Dr. Öğr. Üyesi Mete Erdem, Dr. Öğr. Üyesi Joseph Zand hocalarıma teşekkür ederim. Tezin yazım ve basım aşamasında yardımlarıyla ve arkadaşlıklarıyla her zaman destek olan Arş. Gör. Ferhat Büyükay ve Arş. Gör. Ali Fuat Geyik' e teşekkür ederim.

Son olarak ve en önemlisi, her zaman bana destek veren ve hep yanımda olan hayat arkadaşıma, anneme, babama, abime ve ablama teşekkürü bir borç bilirim.

Abdullah GÜRSU
Malatya, Temmuz 2018

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ

Abdullah Gürsu

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2018

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal Apaydın

ÖZET

Adil ve hakkaniyetli muamele (AHM) ilkesi, yabancı yatırımların korunması ve teşvik edilmesi amacıyla devletler arasında imzalanan ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğunda yer alan bir ilkedir. Özellikle yatırımcı ve devletler arasındaki yatırım uyumsuzluklarına ilişkin tahkim kararları ile ilkenin kapsamı genişletilmiş ve sonuçta meşru beklenti, şeffaflık, iyi niyet, keyfi muamele ve ayrımcılık yasağı, hukuka uygun süreç ve cebir yasağı gibi unsurların AHM ilkesi gereğince uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. AHM ilkesi yatırım antlaşmalarında çeşitli şekillerde ifade edilmiş ve antlaşmalarda ilkenin kapsamı ve özellikleri soyut olarak ele alınmıştır. İlkenin yoruma fazlasıyla açık ve yatırımcı dostu yapısı, yatırımcıların neredeyse tüm uyumsuzluklarda bu ilkenin ihlal edildiğini iddia etmesine neden olmuştur. Buna bağlı olarak ilkenin uluslararası yatırım hukuku enstrümanları olan yatırım antlaşmaları ve tahkim yargılamalarında popüler olması nedeniyle, ilke uluslararası yatırım hukukunun altın kuralı olarak nitelendirilmiştir. AHM ilkesinin ortaya çıkan yatırım uyumsuzluklarında yeniden ele alınarak tanımlanması ve sınırlarının belirlenmeye çalışılması nedeniyle ilke, canlılığını ve esnekliğini sürekli korumaktadır.

Bu çalışmanın başlıca amacı uluslararası yatırım hukukunun maddi ilkelerinden biri olan ve devletler tarafından yabancı yatırımcılara tek taraflı olarak sağlanan adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin daha istikrarlı ve tüm yönleriyle değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Adil ve Hakkaniyetli Muamele, Yatırım Hukuku, Tahkim.

FAIR AND EQUITABLE TREATMENT PRINCIPLE IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Abdullah Gürsu

Inonu University Social Sciences Institute

M.A. Thesis, July 2018

Advisor: Assoc. Prof Dr. Bahar Öcal Apaydın

ABSTRACT

The fair and equitable treatment (FET) principle is enshrined in the vast majority of bilateral and multilateral investment treaties signed between states, which are concluded on the purpose of protection and promotion of foreign investments. In particular, scope of the principle has ben enlarged with the arbitration decisions regarding investment disputes between investors and states and eventually it has been stated that legitimate expectation, transparency, good faith, prohibition of arbitrary and discriminatory of treatment, due process and prohibition of coercion should be regarded in accordance with the FET principle. The FET principle has been expressed in various forms in the investment treaties and the scope and features of the principle have been embraced in an abstract approach. Hence, exceedingly open-ended and investor-friendly nature of the principle caused investors to claim that this principle was violated in almost all investment disputes. As a result, the principle has been described as golden rule of international investment law since the principle is popular in investment treaties and arbitration proceedings, which are instruments of international investment law. The principle maintains vitality and flexibility as it is reconsidered in the emerging investment disputes and endeavored to determine its boundaries.

The main aim of this study is to evaluate all aspects of the fair and equitable treatment principle, which is provided by the states unilaterally to foreign investors and one of the substantive principles of international investment law.

Keywords: Fair and Equitable Treatment, Investment Law, Arbitration

İÇİNDEKİLER

KABUL ONAY	iii
ONU SÖZÜ	iv
ÖN SÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT.....	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	xi
BİRİNCİ BÖLÜM	4
ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA YATIRIM HUKUKU	4
1. ULUSLARARASI HUKUKTA YATIRIM HUKUKUNUN GELİŞİMİ.....	4
2. YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINA YÖNELİK İLKELER....	14
2.1. En Çok Gözetilen Ulus İlkesi.....	15
2.2. Ulusal Muamele İlkesi.....	20
2.3. Şemsiye Klozu	24
2.4. Uluslararası Asgari Muamele İlkesi	27
2.5. Tam Koruma ve Güvenlik	29
İKİNCİ BÖLÜM.....	33
GENEL OLARAK ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ	33
1. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNİN GELİŞİMİ.....	33
1.1. İkinci Dünya Savaşı Öncesi	34
1.2. İkinci Dünya Savaşı Sonrası.....	37
2. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	40
2.1. Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesinin Tanımlanması	40
2.2. AHM İlkesini Oluşturan Unsurlar	45
2.2.1. Şeffaflık Unsuru	45
2.2.2. Usule Uygunluk ve Hukuka Uygun Süreç (<i>Due Process</i>).....	50
2.2.3. Yatırımcının Meşru Beklentisi.....	54

2.2.4. İyi Niyet.....	70
2.2.5. Keyfi Muamele ve Ayrımcılık Yasağı	78
2.2.6. Cebir ve Tacizden Uzak Olma	85
2.2.7. İstikrar	87
2.2.8. Ölçülülük	90
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	94
UYGULAMADA ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ	94
1. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNİN YATIRIM ANTLAŞMALARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ	94
1.1. Sözleşmede Adil ve Hakkaniyetli Muamele Kaydının Bulunmaması	98
1.2. Tavsiye Niteliğinde Kullanılan Adil ve Hakkaniyetli Muamele Kaydı	100
1.3. Sınırlandırılmamış AHM Kaydı	103
1.4. Uluslararası Hukuka Atıf Yapan Adil ve Hakkaniyetli Muamele Kaydı ...	105
1.5. Uluslararası Asgari Muamele İlkesi veya Uluslararası Teamül Hukukuna Atıf Yapılması.....	107
1.6. Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesine Ek Şartların Eklenmesi.....	110
1.6.1. “Denial of justice” yasağı.....	110
1.6.2. Keyfi, Gereksiz ve Ayrımcı Muamele Yasağı.....	112
1.6.3. Antlaşmadaki Diğer Taahhütlerin İhlal Edilmesi.....	112
1.6.4. Gelişmişlik Düzeyinin Dikkate Alınması.....	113
2. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNE İLİŞKİN YORUM FAALİYETİ.....	116
2.1. Genel Yorum Faaliyeti.....	118
2.2. Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesinin VAHS Kapsamında Yorumlanması 119	
2.3. Uluslararası Teamül Hukuku	123
2.4. Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri.....	128
3. AHM İLKESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	129
SONUÇ	135
KAYNAKÇA.....	138

KİTAP VE MAKALELER.....	138
TAHKİM VE YARGI KARARLARI.....	150
ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR	154



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AHM	: Adil ve Hakkaniyetli Muamele
AJIL	: American Journal of International Law
bkz.	: Bakınız
BLI	: Business Law Review
BM	: Birleşmiş Milletler
BYIL	: British Yearbook of International Law
C.	: Cilt
CARICOM	: Carribian Community and Common Market
CJTL	: Colombia Journal of Transnational Law
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DTS	: Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer
EÇGU	: En Çok Gözetilen Ulus
EJIL	: European Journal of International Law
EJPE	: European Journal of Political Economy
FJIL	: Florida Journal of International Law
FRUS	: Foreign Relations of United States
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması (General Agreement on Tariffs and Trade)
Geo. Mason L. Rev	: George Mason Law Review
IALR	: International Arbitration Law Review
ICC	: International Chamber of Commerce

ICJ	: International Court of Justice
ICSID Konvansiyonu	: Devletlerin ve Yabancıların Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Konvansiyon
ICSID	: International Center on Settlement of Investment Disputes
IILJ	:Institute For International Law And Justice
ITO	: International Trade Organization
İYA	: İkili Yatırım Antlaşması
JIDS	: Journal of International Dispute Settlement
JoIA	: Journal of International Arbitration
JWIT	: The Journal of World Investment &Trade
MAI	: Multilateral Agreement on Investment
MarqLR	:Marquette Law Review
MFN	:Most Favoured Nation
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency
Minn. J. Int'l. L.	: Minnesota Journal of International Law
MJIL	: Michigan Journal of International Law
NAFTA	: The North American Free Trade Agreement
NIEO	: New International Economic Order
OECD	: Organisation for Economic Cooperation
s.	: sayfa
SCC	: Abitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
UNCITRAL	:United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	:United Nations Conference on Trade and Development
UNGA	: United Nations General Assembly
UTÖ	: Uluslararası Ticaret Örgütü
VAHS	: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
VJTL	: Vanderbilt Journal of Transnational Law
WTO	: World Trade Organization

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı'nın sonrasında devletler arası ilişkilerde ticaret ve ekonomi daha belirleyici rol oynayama başlamıştır. Küreselleşmenin hızlanması, iletişimin yaygınlaşması ve buna bağlı olarak devletler arası etkileşimin artmasıyla beraber ticaret ve ekonomiyle ilgili uluslararası çalışmalar yaygınlaşmıştır. Sermayenin daha çok kâr etmek amacıyla dünyanın farklı yerlerine hareket etmesi sonucunda bu sermayenin ve yabancı ülkelerde gerçekleştirilen yatırımların korunması sorunu daha görülür hale gelmiştir. Küreselleşmenin sonucunda devletler ekonomik olarak daha hızlı büyümek için yabancı yatırımcıları kendi devletine yatırım yapması için teşvik etmeye başlamıştır. Diğer yandan yatırımcılar ve hatta sermaye ihraç eden devletler yatırımlarının korunması için güvenilir ve istikrarlı devletlere yatırım yapmıştır.

Öte yandan devletlerin daha hızlı şekilde ekonomisini büyütmek istemesi, yabancı sermayeyi ülkesine çekebilmek için teşvik edici yöntemler aramasına neden olmuştur. Yabancı yatırımlara ilişkin çok taraflı yatırım antlaşmalarının başarısız kalması nedeniyle, devletler arasındaki ilişki ekseriyetle iki taraflı yatırım antlaşmaları ile gelişmiştir. Bu kapsamda devletler, yabancı yatırımcıların dikkatini çekmek üzere iki taraflı yatırım antlaşmalarına, yabancı yatırımların korunacağı ve teşvik edileceğini göstermek için bazı hükümler koymuştur. Böylece yabancı yatırımcının hakları egemen devletler arasındaki antlaşma ile daha iyi korunma altına alınmıştır. İkili yatırım antlaşmalarında yabancı yatırımcının korunması ve yatırımların teşvik edilmesi amacıyla yer verilen hükümlerden birisi Adil ve Hakkaniyetli Muamele ilkesidir.

Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, son yıllarda doktrinde ve tahkim uyuşmazlıklarında, tartışmaların odak noktasını teşkil etmektedir. Ayrıca bu ilke ikili yatırım antlaşmalarında çoğunlukla kendine yer bulsa da, ilkenin manasına ilişkin olarak antlaşmalarda hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle de uluslararası yatırım hukukunda ilkenin manası ve sınırları yoğun olarak tartışılmaktadır. Doktrinde ve yatırım tahkim uyuşmazlıklarında yaşanan tartışmalara ve Türk literatürüne bir katkı sağlaması amacıyla bu çalışmada adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde öncelikle uluslararası yatırım hukukuna ilişkin genel bir inceleme yapılmıştır. Böylece uluslararası hukukun bir alt dalı olarak uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimi ve zaman içinde değişen dinamikleri

ele alınmıştır. Sonrasında, uluslararası yatırım hukukunda mevcut olan bazı ilkeler incelenmiştir. Söz konusu bu ilkeler sırasıyla en çok gözetilen ulus ilkesi, ulusal muamele ilkesi, şemsiye klozu, uluslararası asgari muamele ilkesi, tam koruma ve güvenlik ilkesidir. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin ayrıntılı olarak ele alınmasından önce bu ilkelerin incelenmesinin nedeni, uluslararası yatırım hukukunda faaliyet gösteren ilkelerin birbirinden tam manasıyla bağımsız olmamasıdır. Bu nedenle genel olarak uluslararası yatırım hukukunda kullanılan ilkeler anlatılarak, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin kapsamının daha açık olarak belirlenmesine çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, öncelikle adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin gelişimi anlatılmıştır. Bu çerçevede İkinci Dünya Savaşı'nın öncesinde ve sonrasındaki gelişimi tarihsel olarak incelenmiş ve bu süreçte etkili olan somut yabancı yatırım uyuşmazlıkları ele alınmıştır. Akabinde adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin tanımı ve unsurları incelenmiştir. İlkenin soyut karakterde olması ve antlaşmalarda ayrıntılı hükümler bulunmaması nedeniyle, ilkenin herkesçe kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Bu nedenle ilkeye ilişkin tahkim kararlarının ve doktrindeki düşüncelerin ışığında, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla ilkeyi meydana getiren unsurlar incelenmiştir. Bu kapsamda sırasıyla şeffaflık, hukuka uygun süreç, yatırımcının meşru beklentisi, iyi niyet, keyfi muamele ve ayrımcılık yasağı, cebir ve tacizden uzak olma, istikrar ve ölçülülük unsurları incelenmiştir. Böylece adil ve hakkaniyetli muamele ilkesini oluşturan unsurlar ele alınmış ve sonuçta ilkenin somut uyuşmazlıklardaki ihlal sınırı gösterilmiştir. Böylece ev sahibi devlet tarafından uygulanan muamelelerin hangi şartlarda ilkeyi ihlal edeceği anlatılmıştır.

Son olarak çalışmanın üçüncü bölümünde ise adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin uygulamaki görünümü ele alınmıştır. Bu bölümde öncelikle adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin devletler arasındaki yatırım antlaşmalarında hangi şekillerde ifade edildiği üzerinde durulmuştur. Özellikle antlaşmada adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine yer verilmemesi, ilkenin bir tavsiye niteliğinde olması ya da bazı özel şartlarla birlikte verilmesi halinde bunun uygulamada ne gibi farklılıklara neden olacağı hususu incelenmiştir. Ayrıca adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin devletler arasındaki

antlaşmalarda kullanılması nedeniyle, bu ilkenin uluslararası antlaşmalar hukuku, uluslararası teamül hukuku veya hukukun genel ilkeleri kapsamında yorumlanması ve bunun sonuçları üzerinde durulmuştur. Son olarak adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin hukuki niteliği ele alınarak, ilkenin bir teamül kuralı ya da hukukun genel ilkelerinden biri olup olmadığı hususu irdelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA YATIRIM HUKUKU

1. ULUSLARARASI HUKUKTA YATIRIM HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Uluslararası yatırım¹ hukukunun ilkeleri incelenmeden önce, yatırım hukukunun geldiği boyutun anlaşılması, bu konunun devletler, yatırımcılar ve hukukçular açısından öneminin kavranmasında yardımcı olacaktır. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansının (UNCTAD) 2017 yılı Dünya Yatırım Raporuna göre 2017 yılında dünyada 1.75 Trilyon Dolar (\$ 1 750 000 000 000) boyutunda yabancı yatırım gerçekleşmiştir.² Öte yandan, 2016 yılında otuz yedi (37) yeni İki Taraflı Yatırım Antlaşması³ (İYA) daha akdedilerek, 2017 yılı itibariyle dünyada toplam üç bin üç yüz yirmi dört (3324) adet ikili yatırım antlaşması yürürlükte bulunmaktadır.⁴ Ayrıca, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım antlaşmasından doğan uyuşmazlık sayısına (*investor-state dispute settlement*) sayısına, 62 adet uyuşmazlık daha eklenerek, bu sayı toplamda 767'ye ulaşmıştır.⁵

¹ Yatırım kavramının tartışmasız olarak kabul edilen bir tanımı uluslararası hukukta yapılmamıştır. Yatırım uyuşmazlıklarında başlıca kullanılan ICSID gibi merciler dahi yabancı yatırımın tanımını yapmamıştır. Devletler arasında akdedilen ikili yatırım antlaşmalarında ve bölgesel ticaret antlaşmalarında genellikle yatırımın geniş yada dar bir tanımı yapılmaktadır. Ancak yabancı yatırımın belli bir tanımının olmadığı yada sınırlarının belli olmadığı ifade edilerek konunun muğlak kalması niyetinde değiliz. Konuyla ilgili Türk doktrininde ilk eserin sahibi Tiryakioğlu'na göre yabancı yatırımdan bahsedilebilmesi için üç şartın varlığı gerekmektedir. İlk olarak hukuki kişiliği ne olursa olsun bir yatırımcı bulunmalıdır. Yatırımcı, yerel ya da yabancı olması fark etmeksizin temel amacı kar etmek olan gerçek ya da tüzel kişidir. Yabancı yatırımcının diğer iki unsuru ise ev sahibi devlet (*host state*) ve kaynak devlettir (*home state*). Sonuç olarak, iki egemen devlet arasındaki bir uluslararası antlaşma gereğince hareket ederek kar elde amacıyla diğer devletin ülkesinde yatırım yapan kişi yabancı yatırımcıdır. (Tiryakioğlu, B., Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003)

² UNCTAD, World Investment Report 2017: Investment and The Digital Economy, United Nations Publications, 2017, s. X.

³ İkili yatırım antlaşmaları İngilizce'de *Bilateral Investment Agreements* olarak kullanılmaktadır ve "BIT" olarak kısaltılmaktadır. Çalışmamızda iki taraflı yatırım antlaşmalarını anarken tekrardan kaçınmak adına "İYA" kısaltması kullanılmıştır. Ayrıca, İYA'lar sadece devletler arasında imzalanmaktadır. Bu antlaşmalarda devletler karşılıklı olarak yatırımların korunması ve teşvik edilmesi için hükümler koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, yabancı yatırımcılar hiç bir surette İYA'ların tarafı değildir. Yatırımcılar, uygulamada yatırım yapacağı devlet ile yatırım sözleşmesi imzalamaktadır.

⁴ UNCTAD, World Investment Report 2017: Investment and The Digital Economy, United Nations Publications, 2017, s. XII.

⁵ UNCTAD, World Investment Report 2017: Investment and The Digital Economy, United Nations Publications, 2017, s. XII.

Uluslararası teamül hukukunda, egemen bir devletin, yabancı yatırımcının devletin genel ekonomisine ya da devletin faaliyet yürüttüğü bir sektöre yapacağı yatırımı kabul etme zorunluluğu yoktur. Uluslararası hukukta devletlerin egemenliği ilkesinin gereği olarak ev sahibi devlet, yatırımı ülkesine kabul etmeyebilir. Aynı ilke gereğince yabancı yatırımlara ilişkin iç hukuk düzenlemeleri ya da ikili yatırım antlaşmaları yapılabilir.⁶ Uluslararası yatırım hukukunun günümüze ulaşana kadar gelişim sürecinde birçok ilke etkili olmuştur. Bunlardan devletlerin kendi hareketleri neticesinde uluslararası düzeyde sorumluluğu, yabancıların korunması ve yabancıların mülkiyetlerinin korunması ilkeleri yatırım hukukunun gelişmesinin şekillenmesinde belirleyici olmuştur.⁷

18. ve 19. yüzyılda kolonileşmenin yaygın olması nedeniyle, yabancı devletlere yatırım yapılması, genellikle emperyalist bir amaçla gerçekleşmiştir. Bu sebeple yabancı yatırımcı, ilave bir korumaya ihtiyaç duymamıştır. Çünkü koloni altındaki devletin üstün devletin hukukunun etkisine girmesi, üstün devlet himayesinde faaliyet gösteren yatırımcıya askeri ve diplomatik yollarla gereken korumayı sağlamıştır.⁸ Emperyalist etkinin uzağında olan devletlerde ise kaynak devlet⁹ (*home state*), antlaşmanın imzalandığı diğer devlete güç kullanarak, antlaşmaya *extraterritoriality* (ülke dışında diplomatik dokunulmazlık) prensibini ekletmiştir. Böylece yabancı yatırımcı, yatırım yaptığı ülkede dahi, kaynak devletin hukukuna tabi olmuştur.¹⁰ Ülke dışında diplomatik dokunulmazlık kazanmanın en bilinen örneği ise kapitülasyonlardır.¹¹ Diplomatik koruma ise, günümüzdeki gibi barışçıl yollarla

⁶ Subedi, S.P., International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, (Third Edition), 2016, s. 24; ICJ, Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain, 05.02.1970, par. 33; Vattel, E. De, The Law of Nations and Principles of National Law, Book 2, 1798, Ch. 8'den aktaran Schefer, K.N., , International Investment Law: Text, Cases and Materials, Edward Elgar Publishing, Second Edition, 2016, s. 5.

⁷ Subedi, 2016, s. 22.

⁸ Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2010, Third Edition, s. 19; Newcombe, A. ve Paradell L., Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Kluwer Law International, Great Britain, 2009, s.10-11.

⁹ Kaynak devlet (*home state*) tabiri, yabancı yatırımcının nezdinde hareket ettiği devlettir. Eski dönemler itibarıyla düşünüldüğünde, yatırımcının zarar görmesi halinde hak iddia eden devlettir.

¹⁰ Sornarajah, 2010, s. 20; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.10-11.

¹¹ Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.11; Schefer, 2016, s. 6; Salacuse, J. W., The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, 2015, Second Edition, s. 89; Boogert, H.M. ve Fleet K. (ed.), The Ottoman Capitulations: Text and Context, Istituto per 'Oriente CA Nallino, 2003'den aktaran Salacuse, J.

müzakere sürecinin ötesinde, ev sahibi devletin askeri güç ile tehdit edilmesi (*gunboat diplomacy*)¹² şeklinde de olmuştur.¹³

1796 yılında ABD ile Fransa arasında akdedilen “Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşması” ikili yatırım antlaşmalarının eski hali olarak kabul edilmektedir.¹⁴ Bu antlaşmanın müzakere sürecine ABD adına görüşmeci olarak katılan *John Adams*, yabancıların yatırıma konu mülkiyetinin uluslararası hukuk kuralları ile korunduğunu kesin bir dille savunmuştur. Buna göre, dost bir devletin sınırları içerisinde bulunan yabancı yatırımın, ev sahibi devletin kendi ulusal yatırımcılarına uyguladığı korumaya kendiliğinden (doğal olarak) sahip olacağı savunulmuştur. Hatta bu kuralın, uluslararası hukukun en katı uygulanan kuralı olduğu vurgulanmıştır.¹⁵

Yabancıların mülkiyetinin korunmasına ilişkin 19. yy devlet uygulamalarına bakıldığında, bağımsız bir uluslararası hukuk korumasından ziyade ev sahibi devletin iç hukukunda yer alan yabancıların korunmasına ilişkin hükümlere atıf yapıldığı görülmektedir.¹⁶ Başka bir anlatımla, yabancıların korunması konusu uluslararası hukuk ilkelerinden ziyade iç hukuk araçları ile sağlanmıştır. Buna ilişkin olarak 1868 yılında Arjantinli yargıç *Carlos Calvo*’nun özgün çalışmalarında, uluslararası hukuk kurallarının ev sahibi devletin kendi vatandaşlarının mülkiyetini daha az koruması hâlinde, yabancıların mülkiyetine sağlanan korumanın da bu ölçüde azaltılması

W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2015, Second Edition, s. 90. (Kapitülasyon antlaşmaları yabancı tacirlere ayrıcalık tanınması, ulusal muameleye tabi tutulması, sınır vergilerinden muaf tutulması, karşılıklı olarak tehlikeye giren tacirin ve gemilerinin korunması, belli bir alan içinde tacirin mallarının diploması veya güç kullanarak yada yabancı tacirin kaynak devletin hukukunun uygulanması yoluyla koruma garantisi verilmesi gibi güvenceler içermektedir. 18. yüzyılda neredeyse tüm Avrupa devletleri Osmanlı Devleti’nden kapitülasyon elde etmiştir. 18. ve 19. yüzyılda kapitülasyonların bir ekonomik üstünlük göstergesi olduğu da kabul edilmektedir.)

¹² *Gunboat Diplomasi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: (Montt, S., *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Studies in International Law, Hart Publishing, 2009; Subedi, 2016, s.27; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.8.)

¹³ Montt, S., *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Studies in International Law, Hart Publishing, 2009, s. 32, 36; Meltzer, J.P., *Investment, Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, ed. Lester, S. ve Mercurio, B., Cambridge University Press, 2009, s. 216.

¹⁴ Dolzer, R. ve Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, (1. Edition), Oxford University Press, 2008, s.11

¹⁵ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.11; Dillon, S., *International Trade and Economic Law and the European Union*, Hart Publication, 2002, s. 97-98.

¹⁶ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.1; Subedi, 2016, s.30.

gerektiği belirtilmiştir.¹⁷ Buna göre bir yabancı yatırımcı için ulusal yatırımlara uygulanan muameleyi talep etme hakkı bulunurken, bu muameleden daha iyisini talep edememektedir. Bu nedenle *Calvo* Doktrini¹⁸ ile yabancı yatırımcının ev sahibi devletin kendi vatandaşına uyguladığı muamele ölçüsünde muameleye maruz kalacağı belirtilse de, iç hukukun aşırılıklarını gözardı edebileceği için hukukçular tarafından eleştirilmiştir.¹⁹ Öte yandan söz konusu doktrin, yabancı yatırımlarının korunmasına yönelik olarak kaynak devletin (*home state*) şiddete başvurmasını hukuka aykırı görmüştür.²⁰ *Calvo* doktrininin öne çıkan diğer bir iddiası ise yabancı yatırımcının, uyuşmazlık doğması hâlinde bu uyuşmazlığa ancak ev sahibi devletin hukukunun uygulanabileceğini savunmasıdır. Böylece ülkesinde yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin diplomatik koruması altında bulunabileceğini kabul etmemektedir. Son olarak ise bu doktrin tarafından, ev sahibi devletin mahkemelerinin yabancı yatırıma ilişkin olarak münhasıran yargılama yetkisine sahip olacağı savunulmuştur.²¹ *Calvo* doktrini, yabancılar hukukunun ve bilhassa yatırım hukukunun gelişim sürecine önemli katkılarda bulunmuştur ve aynı zamanda ağır eleştirilere de maruz kalmıştır.

¹⁷ Subedi, 2016, s. 29; Meltzer, 2009, s. 216; Schefer, 2016, s. 7; Miles, K., *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, New York, s. 50.

¹⁸ *Calvo* Doktrini, yabancıların itirazlarını ve uyuşmazlıklarını öncelikle yerel mahkemeler önünde savunması gerektiğini ve bunun yanında kaynak devletin (*home state*) ilgili yabancı yatırımcı için bir diplomatik koruma sağlayamayacağını ve uluslararası mahkemelere doğrudan itirazda bulunulamayacağını öne sürmektedir. Diğer bir ifadeyle, yabancı yatırımcının uluslararası mercilere başvuruda bulunabilmesi için iç hukuk yollarını öncelikle tüketmesi gerekmektedir. Yani bu doktrine göre, yabancı yatırımcı ulusal yatırımcıdan farklı bir muameleye tabi tutulmamaktadır. Doktrine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: (Lipstein, K., “The Place of the Calvo Clause in International Law”, *BYIL*, 1945, (22), s.130; Freeman, A.V., “Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law”, *AJIL*, 1946, (40), ss.121-147; Garcia-Mora, M.R., “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law”, *MarqLR*, 1950, (33/4), ss. 205-219; Cremades, B.M., “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”, (2006), *BLI*, (7), ss. 53-72; Cremades, B.M., “Disputes arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, *Dispute Resolution Journal*, 2004, (59/2), ss. 78-84; Shea, D., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, 1955 (Kitabın pdf haline şu linkten ulaşılabilir: <https://muse.jhu.edu/book/31623> erişim tarihi: 20.09.2017); Summers, L.M., “The Calvo Clause”, *Virginia Law Review*, 1933, (19), ss.459-484; Manning-Cabrol, D., “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, *Law & Policy in International Business*, 1994, (26), ss.1169-1200; Miles, K., *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, New York, ss. 50-52.)

¹⁹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s. 2, Subedi, 2016, s.30; Miles, 2013, s. 51.

²⁰ Meltzer, 2009, s. 216.

²¹ Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.13; Meltzer, 2009, s. 216; Schefer, 2016, s. 5.

18. yüzyılda devletler arasında akdedilen antlaşmalar incelendiğinde yabancı mülkiyetinin korunmasının münhasır bir kural olmadığı ve ev sahibi devletin iç hukukuna atıf yapılarak kayıt altına alındığı anlaşılmaktadır.²² ABD ve İsviçre arasındaki akdedilen 1850 tarihli antlaşmanın kamulaştırmaya ilişkin hükmünde, yabancı yatırımcının mülkiyetinin kamu yararı gereğince kamulaştırılması hâlinde ödenmesi gereken tazminat miktarına ilişkin olarak, yabancı yatırımcının ev sahibi devlet nezdindeki ulusal yatırımcı ile aynı muameleyi görmesi gerektiğine karar kılınmıştır.²³ Diğer bir ifadeyle bu antlaşma ile ev sahibi devlet tarafından yabancının yatırımını kamulaştırabilmesi için kamu yararının varlığının yanı sıra kamulaştırma bedeli olarak ödenmesi gereken tazminat bakımından ulusal yatırımcı ile fark gözetmemektedir.

Yatırım hukukunun ilk dönemlerinde yatırımcılardan ziyade devletlerin egemenliğinin hakim olduğu görülmektedir. Kaynak devletler, kendi vatandaşı olan yabancı yatırımcıları ülkenin egemenlik sahası dışından korumak adına diplomatik veya askeri yollarla çaba sarfetmiştir. Bu durumun gözlemlendiği davalardan biri de *Lena Goldfields* davasıdır. Rusya’da 1917 yılında Komünist İhtilalin gerçekleşmesine kadar ne devlet uygulamalarında, ne de uluslararası hukukçuların çalışmalarında yabancı yatırımın korunmasına ilişkin münhasır bir çalışma yürütülmüştür.²⁴ 1917 Ekim ayında Komünist İhtilalin başarılı olmasının ardından 1918 Temmuz ayında Sovyet Rusya, tüm maden işletmelerini tazminat ödemeksizin millileştirmiştir.²⁵ Millileştirilen şirketlerden biri de *Lena Goldfields* şirkettir. Bu şirket, *Lena* nehri kıyısında ve uzantılarında altın

²² Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s. 12.

²³ Convention of Friendship, Commerce and Extradition, 25.11.1850, United States- Swiss Confederation, art. II(3) ‘den aktaran; O’Connor, Lee A., “The International Law of Expropriation of Foreign-Owned Property: The Compensation Requirement and the Role of the Taking State, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 1983, (6), s. 367.

²⁴ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s. 11.

²⁵ Millileştirme, kamulaştırmadan farklı olarak sadece belirli bir yatırıma yönelik değil, ekonominin belli bir sektörünü hedef almaktadır. Millileştirme politikası, dekolonizasyon sürecinde olan devletlerin bir sömürge aracı oldukları gerekçesiyle ülkesi içerisinde bulunan yabancı yatırımları ve ilgili varlıkları devlet kontrolü altına alınmasıdır. Özellikle 2. Dünya Savaşı’nın ardından bir çok ülke sosyalist ekonomi anlayışından etkilenerek çeşitli sektörlerde yabancı yatırımlarını millileştirmiştir. Örneğin, Doğu Avrupa devletleri, Çin, Küba, Latin Amerika devletleri. Olay bazlı örnek vermek gerekirse, Endonezya’nın Danimarkalı şirketleri millileştirmesi, Mısır’ın *Suez* Kanalını millileştirmesi, Orta Doğu ve Kuzey Afrika devletlerinin (Cezayir, İran, Irak, Libya, Kuveyt ve Suudi Arabistan) petrol sektörünü millileştirmesi hatırlanmaktadır. Öte yandan komünist anlayışın etkisiyle olmasa da Fransa ve İngiltere gibi devletler de millileştirme akımından etkilenmiştir.

araması yapmaktaydı ve 1908 yılında Rusya piyasasına giren İngiliz menşeli bir şirket tarafından hisselerinin yüzde 70'i satın alınmıştır.²⁶ 1918 yılında millileştirilmesinin ardından, bu şirket 1921 yılında Rusya aleyhine hukuki işlemler başlatmıştır. 1925 yılına gelindiğinde şirket ile Sovyet Rusya arasındaki çekişmeli müzakerelerin ardından bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşme gereğince şirket, Sovyet Rusya'dan talep ettiği tazminata ilişkin tüm istemlerden vazgeçmiştir. Karşılık olarak, Sovyetler Birliği önceden millileştirilmiş bazı şirketleri²⁷ *Lena Goldfields*'e vermeyi taahhüt etmiştir.²⁸ Bu sözleşme ile şirket, Rusya'nın çeşitli bölgelerinde altın ve diğer metal madenlerini tek başına çıkarma yetkisine sahip olmuştur.²⁹ Bu imtiyazın sağlanması ile *Lena Goldfields* Rusya'da bulunan altın rezervlerinin yüzde otuzunu, gümüşün yüzde seksenini, bakırın, kurşunun ve çinkonun yüzde ellisini kontrol etme hakkına sahip olmuştur.³⁰ Ayrıca şirket, Rusya'nın sosyalist ideolojisine aykırı olmasına rağmen Rusya sınırından serbestçe ihracat ve ithalat yapma hakkına da sahip olmuştur.³¹ *Lena Goldfields*, bu denli geniş haklar elde ettikten sonra, imtiyaz sözleşmesine dayanarak çalışmalarına başlamıştır. Ancak sözleşmenin uygulanması kağıt üstündeki anlaşma kadar sorunsuz olmamıştır. Örneğin, hükümete bağlı kurumlar ve özellikle işçi tedarikinde tekel niteliğinde olan işçi sendikası, şirkete yönelik ağır yaptırımlar uygulamıştır. 1928 yılında Rusya ile İngiltere arasındaki diplomatik ilişkilerin kopması³² ile yaptırımlar giderek ağırlaşmıştır.³³ Bu baskıların sonucu olarak şirket, 1929 yılında, imtiyaz sözleşmesinde Sovyet Hükümetine ödemesi öngörülen isim

²⁶ V.V., Veeder, "The *Lena Goldfields* Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, (47), s. 757.

²⁷ Bu şirketler, Lenskoye, Altai District Madencilik Limited Şirketi, Sissert Limited Şirketi, Pavda şirketleridir.

²⁸ Veeder, 1998, s. 757.

²⁹ Veeder, 1998, s.758.

³⁰ Veeder, 1998, s.758.

³¹ Veeder, 1998, s.758.

³² 12 Mayıs 1927 sabahı Sovyet Rusya'nın Londra'da bulunan Ticaret Merkezi, askeri istihbarat toplandığı ve yıkıcı faaliyetlerde bulunulduğu gerekçesiyle çok sayıda polis tarafından basılmıştır. Londra polisi tarafından burada görev yapan tüm kişiler tutuklanmıştır ve binada bulunan tüm evraklar ile telefon kayıtları incelemeye alınmıştır. Buna karşın Rusya, söz konusu kişilerin diplomatik dokunulmazlıklarının olduğunu ve buna bağlı olarak bu kişilerin tutuklanmasının uluslararası hukuka ve ikili ticaret antlaşmasına aykırı olduğunu vurgulayan bir protesto yayınlamıştır. Bu olay ile birlikte Sovyet Rusya ile Büyük Britanya diplomatik ilişkileri kopmuştur. Bu olay, siyasi tarihte *Arcos Affair* olarak anılmıştır.

³³ Veeder, 1998, s.761.

bedelini (*royalty payment*) ödeyememiştir.³⁴ Sovyet Rusya'nın resmi makamları aracılığıyla şirkete müdahale etmeye devam etmesi, şirketi yükümlülüklerini yerine getiremez hale getirmiştir. Şirketin Rus hükümetine ilettiği tüm ihtarlar ve müzakere talepleri sonuçsuz kalmıştır. *Lena Goldfields*, Rus hükümetine gönderdiği 12 Şubat 1930 tarihli telgraf ile imtiyaz sözleşmesine dayanarak uyuşmazlığı tahkime taşımak istediğini belirtmiş ve sonrasında usule uygun olarak hakem atanmasını istemiştir.³⁵ Hakem atamaları usulüne uygun olarak yapıldıktan sonra, Sovyetler Birliği taktik değişikliğine gitmiştir. Buna göre, atamış olduğu hakemin tahkim görüşmelerine katılmasını engellemiştir ve böylece tahkim heyetinin usulüne uygun olarak oluşmayacağı ve faaliyete geçemeyeceğini ileri sürmüştür. Buna karşılık şirket ise, tahkim kurulunun usule uygun olarak kurulduğunu ve bu nedenle çalışmalarına başlayabileceğini belirtmiştir. Nitekim tahkim kurulu, Rus hakemin yokluğunda çalışmalarına başlamıştır.³⁶ Sonuç olarak *Lena Goldfields* kararı ile, öncelikle Sovyet Rusya'nın akdettiği en önemli imtiyaz sözleşmesi feshedilmiştir. Buna ek olarak, Sovyet Rusya'nın ilgili şirketin sözleşmeyi ifa etmesini engelleyecek ölçüde bir tutum içinde olması ve buna bağlı olarak haksız zenginleşmesi nedeniyle 13 milyon sterlin tazminatı faizi ile birlikte ödemesine hükmedilmiştir.³⁷ Sovyet Rusya, tahkim heyetinin usulüne uygun olarak oluşmadığı gerekçesiyle tahkim kararını tanımadığını açıklamıştır.³⁸ Sonrasında, 1930-35 yılları arasında Büyük Britanya ile Sovyet Rusya arasında diplomatik yollarla çözülmeye çalışılan bu kriz, Sovyet Rusya'nın uzun vadeli bir ödeme planını kabul etmesiyle son bulmuştur.³⁹

Sovyet Rusya, komünist öğretisi gereğince özel mülkiyet düşüncesine karşıdır ve bu nedenle yabancı yatırımların millileştirilmesi politikasını benimsemiştir. Bu akım, dünyadaki diğer devletler üzerinde de etkili olmuştur. Örneğin Meksika Hükümeti, ABD'nin Meksika'daki tarım ve petrol şirketlerindeki tüm hisselerini sosyal adalet gerekçesiyle 1938 yılında millileştirmiştir. Bunun üzerine ABD ve Meksika arasında,

³⁴ Veeder, 1998, s.762.

³⁵ Veeder, 1998, s.763.

³⁶ Nussbaum, A., Arbitration Between the Lena Goldfelds Ltd. and the Soviet Government, Cornell Law Review, 1950, (36), s.33.

³⁷ Veeder, 1998, s.748.

³⁸ Veeder, 1998, s.786.

³⁹ Veeder, 1998, s.788.

üst düzey bir diplomatik kriz çıkmıştır. ABD Bakanı *Cordell Hull*'un Meksikalı mevkidaşına yazdığı mektupta⁴⁰ uluslararası hukuk gereğince yabancılara ait mülkiyetin kamulaştırılabileceği ancak karşılığında “hemen, yeterli ve etkili bir tazminat ödenmesi”⁴¹ gerektiği ifade edilmiştir. Meksika’ya göre ise, söz konusu tazminatın ulusal hukuka uygun olması yeterlidir.⁴² Meksika hükümetinin savunmasında ulusal hukuka atıf yapılması, savunmanın başlıca dayanak noktasının *Calvo* Doktrini olduğunu göstermektedir. Diğer yandan bu uyuşmazlık, dekolonizasyon döneminde sıkça görülecek gelişmiş (*developed*) ve gelişmekte olan (*developing*) devletler arasındaki uyuşmazlıkların ilk örneklerinden biri olmuştur.⁴³ Sonuç olarak, İkinci Dünya Savaşı öncesinde yabancılara mülkiyetine ve yatırımlarına karşı uluslararası hukukun sağladığı muamele bu seviyededir.

İkinci Dünya Savaşı’nın bitmesinden itibaren 1990’lı yıllara kadar dünyada çok sayıda bağımsız devletin ortaya çıkması ve sermaye ihraç eden devletlerin sayısının artmasıyla yatırım hukukunun gelişmesi de hızlanmıştır.⁴⁴ Özellikle Güney Amerika ülkeleri, *Calvo* Doktrini ile çok uyumlu olmasa da, ekonomik bağımsızlığını elde etmesini tâkiben ikili yatırım antlaşmaları imzalamaya başlamıştır.⁴⁵

İkinci Dünya Savaşı öncesinde sıkça kullanılan “dostluk, ticaret ve seyrüsefer (DTS) antlaşmalarında” ticarete ve yatırıma yönelik genel hükümler kullanılmıştır. Sonrasında yapılan antlaşmalarda, uluslararası ticaret hukukunun bu antlaşmalar kapsamından çıkarılarak münhasıran ticaret antlaşmaları yapıldığı görülmektedir. Diğer yandan, antlaşmalarda yatırım hukukuna ilişkin hükümlere daha geniş yer verilmiştir.⁴⁶ Uluslararası teamül hukuku, yabancılara korunmasına ilişkin kurallar içermektedir. Ancak söz konusu korumalar, belirsiz ve bazı hallerde ise yetersiz kalmaktadır. Bu

⁴⁰ Hull Kuralı için ayrıntılı bilgi için bkz.: Subedi, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, (Third Edition), 2016, s. 32-34; Brown, C., “The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 160.

⁴¹ Meltzer, 2009, s. 216; Schefer, 2016, s. 8-9.

⁴² Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.18;

⁴³ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s. 13; Subedi, 2016, s.32; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.18; Schefer, 2016, s. 9.

⁴⁴ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s. 1.

⁴⁵ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.13.

⁴⁶ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.5.

nedenle devletler, teamül hukukunun bu yönünden uzaklaşmak amacıyla yatırıma ilişkin gereklilikleri antlaşma akdederek kayıt altına almıştır. Diğer yandan, yatırımlara yönelik koruma standartlarının antlaşmalar yoluyla yükseltilmesi, sermaye ihraç eden devletlerin diğer devletlerin piyasalarına girmesini kolaylaştırmıştır.⁴⁷ Sonuç olarak, yatırım antlaşmaları aracılığıyla devletler karşılıklı olarak yatırımın teşviki ve korunması için taahhütlerde bulunmaktadır.⁴⁸

İkinci Dünya Savaşı, yatırım hukukunun gelişiminde önemli bir işleve sahiptir. Buna ilişkin olarak İkinci Dünya Savaşında galip devletler, mağlup olan Almanya'nın, savaş süresince neden olduğu zararların tazmini için Almanya nezdinde faaliyet gösteren yatırımcıların yurtdışındaki yatırımlarına el koymuştur. Bunun üzerine Almanya, böyle bir müeyyide ile karşılaşmasının da etkisiyle ilk modern ikili yatırım antlaşmasını yapmıştır. Söz konusu antlaşma Almanya ile Pakistan arasında 1959 yılında yapılmıştır. Almanya'nın yurtdışındaki yatırımlarını koruma altına almak amacıyla başlattığı bu girişim, diğer Avrupa ülkelerince⁴⁹ de takip edilmiştir.⁵⁰

İYA'ların ortaya çıktığı ilk dönemlerde, antlaşma hükümleriyle İYA'larda uyuşmazlıkların çözümü için yatırımcı ile devletler arasında tahkim yolu öngörülmemiştir. O dönem itibarıyla bir egemen devletin bir yabancı yatırımcı ile eşit şartlarda yargılanacağı fikri antlaşmalara yansımamıştır. 1968 yılına kadar ikili yatırım antlaşmaları ile devlet ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim yolu öngörülmüştür.⁵¹ Bu antlaşmalarda ve uygulamada uyuşmazlıkların genellikle Uluslararası Adalet Divanı ya da *ad hoc* devlet-devlet tahkiminde çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. 1968 yılında Endonezya ile Hollanda arasında akdedilen İYA'yla ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceği açık bir şekilde öngörülmüştür. Bunu destekler nitelikte ICSID Tahkim

⁴⁷ Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s. 41.

⁴⁸ Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s. 43.

⁴⁹ İsviçre ilk ikili yatırım antlaşmasını 1961 yılında, Fransa 1972 yılında, Hollanda 1963'te, İtalya 1964 yılında gerçekleştirmiştir.

⁵⁰ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.18; Brown, C., "The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics", ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 154, 177; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.42; Meltzer, 2009, s. 218; Salacuse, 2015, s. 100-101.

⁵¹ Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s. 44.

Merkezi, İYA'lerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla 1969 yılında taslak tahkim klozları yayınlamıştır.⁵²

1957 yılında gerçekleşen “Uluslararası Endüstriyel Kalkınma Konferansı’nda” ilk kez, yabancı yatırımın korunması amacıyla, gerektiğinde imzacı olmayan devletlere dahi müeyyide uygulayabilecek bir tahkim mahkemesi (*arbitral tribunal*) kurulmasını öngören çok taraflı (*multilateral*) bir antlaşmanın yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁵³ Uluslararası yatırım hukukunun gelişiminde önemli bir adım olan “Devletlerin ve Yabancıların Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Konvansiyon” (*ICSID Konvansiyonu*) ile, ICSID Tahkim Merkezi 1965 yılında kurulmuştur. ICSID’in 1966 yılından itibaren aktif olarak çalışmaya başlamasıyla birlikte birçok iki taraflı ve çok taraflı yatırım antlaşmasında uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak ICSID görevli merci olarak gösterilmiştir. Böylece, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bağımsız bir merkeze dayandırılmış ve bu sayede yatırım uyuşmazlıklarının siyasi davalara dönüşmesine karşı önlem alınmıştır.⁵⁴ Ayrıca yabancı yatırımların akibetinin ev sahibi devletin iç hukukunun etkisinden çıkarılarak, yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların bağımsız bir merci tarafından yargılması konusu yatırımcıların daha özgüvenle hareket etmesinin önünü açmıştır.⁵⁵

1960’lı yıllarda çok taraflı (*multilateral*) bir uluslararası antlaşma akdedilmesi yoluyla yatırım hukukunda merkezi bir sistem kurma düşüncesi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu çaba, OECD tarafından 1995 yılında yeniden gündeme getirilmiştir.⁵⁶ Yatırımların korunmasına yönelik küresel bir antlaşma niteliğinde olan “Yatırıma İlişkin Çok Taraflı Antlaşma” (*Multilateral Agreement on Investment -MAI*)

⁵² Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.7; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s. 44-45.

⁵³ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.8.

⁵⁴ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.2; Subedi, 2016, s. 47; ICSID, *Gas Natural SDG v the Argentine Republic*, Case No ARB/03/10, 2005, par.29; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.27; Dillon, 2002, s. 97-98; Meltzer, 2009, s. 218; Salacuse, 2015, s. 102-103.

⁵⁵ ICSID, *Gas Natural SDG v the Argentine Republic*, Case No ARB/03/10, 2005, par.49; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.27.

⁵⁶ OECD, “OECD Begins Negotiations on a Multilateral Agreement on Investment”, 27.09.1995, SG/PRESS(95)65 <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/43389907.pdf>> (22.09.2017).

metninin son taslağı⁵⁷1998 yılında hazırlanmış olsa da, daha sonra birçok sebepten ötürü çalışmalar durmuştur.⁵⁸Bu nedenle çok taraflı bir antlaşma metni oluşturularak, evrensel bir yatırım politikası ve yatırıma bağlı uyumsuzluk mahkemesi kurulamamıştır. Dolayısıyla ikili yatırım antlaşmaları (İYA) yatırımların korunmasında ve yatırım hukukunun gelişiminde birincil uluslararası hukuk kaynağı konumunda bulunmaktadır.⁵⁹

2. YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINA YÖNELİK İLKELER

Genel olarak uluslararası hukukta ve özel olarak uluslararası ekonomi hukukunda kullanılan birçok ilke vardır. Uluslararası hukukun farklı disiplinlerine bakıldığında, aynı ilkelerin farklı alanlarda kullanıldığında farklı etkiler doğurduğu görülmektedir. Bu yüzden bu ilkelerin hukukun farklı alanlarında uygulanırken ortaya çıkan özelliklerinin ayırt edilmesi önem arz etmektedir. Yabancı yatırımların artmasına paralel olarak, yabancı yatırıma ilişkin ilkeler ve yatırımların korunmasına ilişkin standartlar zamanla kendine özgü farklılıklarını ortaya koyarak, uluslararası ekonomi hukuku içerisinde gelişmiştir. Hem uluslararası hukukta hem uluslararası ekonomi hukukunun diğer alanlarında kullanılan bu ilkeler, zamanla yatırım hukukunun gelişimine bağlı olarak kendine özgü özelliklerini ortaya koymuştur.⁶⁰

Yukarıda belirtildiği üzere, uluslararası yatırım hukuku devletler arasında akdedilen İYA'lara bağlı olarak gelişmekte olan bir alandır. İYA'lara taraf devletler, diğer devletler nezdinde hareket eden yabancı yatırımcıların ilgisini çekebilmek için yatırımları koruyan ve teşvik eden hükümleri antlaşma içerisine koymaktadır. Bu çalışmanın konusu olan “ Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi” de İYA'larda kullanılan ilkelerden biridir. Öte yandan, uluslararası yatırım hukukunda mevcut olan ilkelerin birbirinden tam manasıyla bağımsız olduğu

⁵⁷ Çok Taraflı Yatırım Antlaşması Taslak Metni için bkz.: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> (22.09.2017)

⁵⁸ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.10; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s. 55; Dillon, 2002, s. 116; Salacuse, 2015, s.119.

⁵⁹ Newcombe, A. ve Paradell L., Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Kluwer Law International, Great Britain, 2009, s.1; Salacuse, 2015, s.118-119.

⁶⁰ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.2-3; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s. 55.

söylenemez.⁶¹ Zira bir çok somut uyuşmazlıkta bir ilkenin varlığı ya da ihlal edilmesi diğer bazı ilkelerin de sonuçta ihlal edilmesine neden olmaktadır. Ancak bu ilkenin doğrudan incelenmeye çalışılması konunun muğlak kalmasına neden olacaktır. Bu nedenle öncelikle yatırım hukukunda kullanılan ilkelerden en önemlilerinin kısaca incelenmesinde fayda vardır.

2.1. En Çok Gözetilen Ulus İlkesi

En çok gözetilen ulus (EÇGU) muamelesi⁶², bir milletlerarası antlaşma ile taraf devletlerin belirli bir konuya ilişkin olarak üçüncü devletlere veyahut o devletlerle ilişkili kişilere veya şeylere tanıdıkları ve tanıyacakları daha iyi muameleyi akdettiği antlaşma gereğince akit devlete veyahut o devletle ilişkili kişiler veya şeylere de tanıyacaklarını taahhüt altına almaktadır.⁶³ Devletler, aralarında yaptığı antlaşmalar gereği, antlaşma metnine koydukları en çok gözetilen ulus kaydı ile en çok gözetilen ulus muamelesini tanımakla yükümlü hale gelmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere en çok gözetilen ulus kaydı, âkit devletler dışındaki üçüncü bir devlet lehine hak

⁶¹ Baklaci, 2009, s. 26.

⁶² En Çok Gözetilen Ulus İlkesine İlişkin olarak bkz.: Uzun, E., “Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2002; Acer, Y. ve Kaya, İ., Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin, 6. Baskı, 2015, s. 97; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s. 13; Rodriguez, A. F., The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?, JoIA, 2008, (25/1), s.90; Dolzer, R. ve Schreuer, C., Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, s.186; OECD, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing, s.2 (<http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>); Klager, R., ‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law, Cambridge University Press, 2011, s.286; Subedi, S.P., International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, (Third Edition), 2016, s. 91-94; Reinisch, A. “Most Favoured Nation Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 807- 845; Miles, K. The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital, Cambridge University Press, 2013, New York, s. 189-193; Khursid, H., Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law, Springer, The Hague, 1968; Salacuse, J.W., The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, 2015, Second Edition, ss. 280-284; Radi, Y., “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’”, EJIL, 2007, (18/4), ss.757-774; Douglas, Z., The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails, JIDS, 2011, (2/1), ss.97-113; Horn, H. Ve Mavroidis, P.C., “Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation Clause”, EJPE, 2001, (17), ss.233-279.

⁶³ Uzun, E., “Milletlerarası Hukuk Açısından En çok Gözetilen Ulus Kaydı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2002, s. 3-4; Subedi, 2016, s.91; Reinisch, A. “Most Favoured Nation Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 807; Salacuse, 2015, s.280.

kazandırmaktadır.⁶⁴ Ancak sadece antlaşmada en çok gözetilen ulus kaydının olması hâlinde, bu muameleye hak kazanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, en çok gözetilen ulus muamelesi sözleşmeden kaynaklanan bir hak ve yükümlülüktür⁶⁵, uluslararası teamül hukukun genel ilkelerinden biri değildir.⁶⁶ Örneğin, A devleti (bahşeden devlet) ile B devleti (faydalanan devlet) arasında yapılan bir antlaşma gereğince vergiye ilişkin (kaydın konusu) hususlarda birbirlerine en çok gözetilen ulus muamelesi tanımaktadır. Sonrasında A ile C devleti arasında akdedilen bir antlaşma ile A Devleti'nin C Devletine vergiye ilişkin olarak daha iyi bir muamele sağlaması hâlinde A Devleti C Devletine sağladığı daha iyi muameleyi B Devletine de aynen sağlamakla yükümlü olmaktadır.

En çok gözetilen ulus kaydı, farklı devletlerin himayesinde olan yatırımcıların ev sahibi devlete yapacakları yatırımları rekabette eşitliğin olduğu bir ortamda yapabilmesine olanak tanır.⁶⁷ Bu yönüyle de kayıt, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya diğer devletlerin himayesindeki yatırımcılardan daha kötü bir muamele uygulamasını önlemektedir. Böylece en çok gözetilen ulus muamelesi, ev sahibi devlete yapılacak yatırımlar açısından liberal bir anlayış kazandırdığı gibi yatırımlara iyi muamelede bulunma ve yatırımların korunmasını sağlamakla yükümlü kılması açısından da ev sahibi devlete sorumluluk yüklemektedir.⁶⁸

En çok gözetilen ulus kaydı, şartlı ve şartsız olarak tanınabilmektedir.⁶⁹ Kaydın şartsız olması hâlinde bir tartışma söz konusu değildir. Ancak kaydın şartlı olması durumunda faydalanan devlet, sadece antlaşmada belirtilen şartı yerine getirmesi hâlinde bahşeden devletten en çok gözetilen ulus muamelesi uygulamasını talep edebilir. Bu husus çok tartışmalı olduğundan ve şartlı en çok gözetilen ulus kaydına

⁶⁴ Uzun, 2002, s. 5.

⁶⁵ OECD, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing, s.2; Reinisch, 2015, s. 811.

⁶⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s.22; Reinisch, 2015, s. 811.

⁶⁷ Klager, 2011, s.286; Subedi, 2016, s.92.

⁶⁸ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s.14; Tudor, 2008, s.189.

⁶⁹ Baklacı, 2009, s. 42.

uygulamada sık rastlanılmamaktadır.⁷⁰ Kaydın kapsamına ilişkin diğer bir husus ise, kaydın iki taraflı veya tek taraflı olabilmesidir. Esasında EÇGU ilkesi karşılıklılık esasına tabi iken⁷¹ taraflardan sadece birinin bu muameleyi garanti etmesinde engel bulunmamaktadır.⁷² Son olarak, en çok gözetilen ulus kaydı, uygulanacağı alan, zaman ve kapsam yönüyle sınırlandırılabilir. Buna göre, kaydın uygulanacağı fiziki alanlar, iş konuları veya uygulanacağı zaman belirtilebilmektedir. Muamelenin uygulanacağı zamana ilişkin belirlemeler özellikle yatırım öncesini kapsayıp kapsamadığı yönüyle önem taşımaktadır.⁷³ Aksine, EÇGU kaydının uygulanmayacağı alanların, konuların veya zamanın da uygulamada belirtilmesi mümkündür.⁷⁴ Hatta, hangi durumların yatırıma ilişkin olarak daha kötü muamele sayılacağı ve ev sahibi devletin hangi muamelelerden kaçınması gerektiği de ikili yatırım antlaşmalarında belirtilmektedir.⁷⁵

EÇGU ilkesinin ihlalinin gerçekleşebilmesi için bu kaydın tanınmış olduğu bir devletin üçüncü bir devletten daha az avantajlı bir muameleye tabi tutulmuş olması gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla, ihlale karar verilebilmesi için EÇGU kaydının tanındığı devlet ile üçüncü bir devlete yapılan muamele arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır. Bu durum, EÇGU ilkesinin mutlak (*absolute*) bir ilke olmadığını, nispi (*relative*) bir ilke olduğunu göstermektedir.⁷⁶ İlkenin ihlaline ilişkin olarak diğer bir husus ise EÇGU ilkesi *eiusdem generis* (aynı türden) kuralına uygun olarak yorumlanmaktadır.⁷⁷ Böylece EÇGU ilkesine yer verilen antlaşmada belirtilen

⁷⁰ Uzun, 2002, s. 8.

⁷¹ Uzun, 2002, s. 9; Subedi, 2016, s.93.

⁷² Uzun, 2002, s. 9; Baklacı, 2009, s.43.

⁷³ Reinisch, 2015, s. 809; Salacuse, 2015, s.280.

⁷⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s.18; Elif Uzun, a.g.e., s. 10; OECD, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing, s.5; Subedi, 2016, s.92.

⁷⁵ Agreement Between the Arap Republic and Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2005, m.3/2

⁷⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s.23; Reinisch, 2015, s. 807; Klager, 2011, s.304; Tudor, 2008, s.183; Baklacı, 2009, s.31.

⁷⁷ Rodriguez, 2008, s.90; Reinisch, 2015, s. 812-813; Baklacı, 2009, s.38.

kategorideki konulara ilişkin olarak ihlal kararı verilebilir.⁷⁸ Birleşik Krallık ile Yunanistan'ın karşı karşıya geldiği *Ambatielos* davası⁷⁹ kararında, EÇGU ilkesinin *eiusdem generis* ilkesine göre yorumlanması gerektiği, ve buna göre ancak hangi konuya yönelik EÇGU kaydı tanındaysa o konuya ilişkin olarak ilkenin ihlal edilebileceği belirtilmiştir.⁸⁰ Antlaşmada hangi konuda EÇGU ilkesinin uygulanacağına yer verilmemesi halinde de ilkenin sağladığı muamele benzer koşullara ya da benzer durumlara uygulanır.⁸¹ Buna uygun olarak NAFTA Antlaşmasında EÇGU ilkesinin “benzer koşullara” uygulanacağı kayıt altına alınmıştır.⁸²

EÇGU muamelesi, 1948 yılında yürürlüğe giren GATT⁸³ (*Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması*)⁸⁴ ve sonrasında kurulan Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) üye ülkeler arasında eşitliğin sağlanması ve ayrımcı muamelelerin önlenmesi yönüyle uluslararası ticaretin mihenk taşıdır.⁸⁵ 1948 tarihli Havana Antlaşması'ndan sonra EÇGU kaydı yatırım antlaşmalarında da kullanılmıştır.⁸⁶ 1964 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), EÇGU ilkesi ile ilgili bir çok taraflı antlaşma taslak metni hazırlamak üzere toplanmıştır. UHK çalışmasında öncelikle ticaret olmak üzere söz konusu ilkenin diğer uluslararası hukuk alanındaki etkilerini de incelemiştir. 1978 yılında EÇHU ilkesine ilişkin taslak metne son halinin verilmesinin ardından, söz konusu metin BM Genel Kurulunda kabul edilmiş olsa da, maalesef bir uluslararası antlaşma haline getirilmemiştir.⁸⁷ UHK, 2008 yılına gelindiğinde EÇGU ilkesinin son

⁷⁸ Cole, T. The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law, MJIL, 2012, (33/3), s.565; Reinisch, 2015, s. 812-813.

⁷⁹ International Court of Justice (ICJ), *Ambatielos* Case, 01.07.1952, ICJ Reports, s.28. <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/15/015-19520701-JUD-01-00-EN.pdf>> (05.04.2018)

⁸⁰ Cole, 2012, s.567.

⁸¹ Baklacı, 2009, s.38.

⁸² NAFTA Agreement, art. 1103 (1). <<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%2814%29.pdf>> (22.04.2018)

⁸³ Orjinal adıyla *General Agreement on Tariffs and Trade*. GATT İkinci Dünya Savaşı'nın ardından dünyadaki bozulan ekonomik düzeni istikrarlı hale getirmek ve devletler arasındaki ticari ilişkileri geliştirmek için ortaya çıkan çok taraflı antlaşmadır. GATT Antlaşması yirmi üç devlet tarafından imzalanarak 1948 yılında yürürlüğe girmiştir. 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü kurulana kadar varlığını sürdürmüştür.

⁸⁴ Bkz. GATT Sözleşmesi m.1

⁸⁵ Dolzer, R. ve C. Schreuer, 2008, s.186; Klager, 2011, s.287; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2010, s.1; Subedi, 2016, s.91.

⁸⁶ Rodriguez, 2008, s.89; Subedi, 2016, s.91.

⁸⁷ Reinisch, 2015, s. 809.

gelişmeler ışığında tekrar ele alınması gerekmiş ve özellikle yatırıma ilişkin hususlarda ilkenin uygulanmasına yönelik belirsizliklerin giderilmesi için çalışma başlatmıştır. 2015 yılında bu çalışma son halini almıştır.⁸⁸

Devletler arasında akdedilen yatırım antlaşmalarının ekseriyeti en çok gözetilen ulus kaydını içermektedir.⁸⁹ İlk ikili yatırım antlaşmaları incelendiğinde ulusal muamele kaydını içeren antlaşma metinlerinin azınlıkta olduğu görülmektedir. Ancak, ulusal muamele ilkesinin uygulanmasını isteyen sermaye ihraç eden gelişmiş devletler, bu ilkeden faydalanmak için en çok gözetilen ulus kaydını akdettikleri yatırım antlaşmalarında düzenli bir şekilde kullanmaya başlamıştır.⁹⁰ Çünkü aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, yatırımcılar ulusal muamele ilkesi ile ev sahibi devlet nezdinde hareket eden (ulusal) yatırımcılar ile aynı muameleyi görürken, EÇGU ilkesi ile üçüncü kişi devlet nezdinde hareket eden yabancı yatırımcılar ile aynı muameleye tabi olmaktadır.

Son olarak, EÇGU ilkesinin uygulanma alanına ilişkin çok tartışmalı sonuçlar doğuran bir davadan bahsetmek gerekmektedir. *Maffezini*⁹¹ kararında, EÇGU ilkesinin tanımı geniş tutularak sadece antlaşma kapsamındaki maddi hukuka ilişkin hakları kapsamadığı ayrıca usul hukukuna ilişkin daha iyi muamelenin de bu ilke kapsamında olduğuna karar verilmiştir.⁹² Böylece, devletler aralarında yaptıkları antlaşma gereği uyuşmazlığın çözümü için başvuru mercii olarak öngörülen mercinin dışında, üçüncü bir devlet ile yapmış olduğu antlaşmaya dayanarak farklı bir uyuşmazlık merciiine başvurabilmektedir.⁹³ Bir örnek ile anlatmak gerekirse, A ve B Devleti, yaptığı bir

⁸⁸ International Law Commission, Annual Report of 2015, (A/70/10), s.149 (<http://legal.un.org/ilc/reports/2015/>, erişim tarihi:15.04.2017); Reinisch, 2015, s. 809.

⁸⁹ Fietta, S., "Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", IALR, 2005, (4), s. 131; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s.1; Reinisch, 2015, s. 815; Salacuse, 2015, s.280; UNCTAD veritabanında ulaşılabilen 2573 İYA'dan 2528 tanesi EÇGU ilkesini barındırmaktadır.

⁹⁰ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010, s. XIIV; Reinisch, 2015, s. 815.

⁹¹ ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain*, Dava No.ARB/97/7, Award, 09.11.2000.

⁹² ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain*, Dava No. ARB/97/7, Award, 09.11.2000, par. 21.

⁹³ Subedi, 2016, s.93; Reinisch, 2015, s. 809, 817-818, Tudor, 2008, s.189; Salacuse, 2015, s. 282-283.

antlaşmada ileride doğacak uyuşmazlıkların öncelikle iç hukuk yolunda öne sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca taraflar, karşılıklı olarak EÇGU muamelesinde bulunmayı taahhüt etmiştir. A Devletinin, C Devleti ile daha sonra yaptığı bir antlaşmada ise, doğacak uyuşmazlıkların doğrudan uluslararası çözüm merkezlerine yöneltilebileceği kayıt altına alınmıştır. İşte bu görüşe göre B Devleti, A Devletinin C Devleti ile yaptığı antlaşmaya dayanarak iç hukuk yoluna başvurmaksızın doğrudan uluslararası çözüm mercilerine başvurabilecektir. Ancak bu bakış açısını kabul etmeyen bir çok tahkim kararı da bulunmaktadır.⁹⁴

2.2. Ulusal Muamele İlkesi

En veciz manada ulusal muamele (UM) ilkesi⁹⁵, yabancı yatırımcının, kişilerin, ürünlerin ve hizmetlerin benzer iş alanında veya sektörde⁹⁶ çalışan ev sahibi devlet uyruklu yatırımcıdan (milli yatırımcı) daha kötü muameleye uğramamasının sağlanmasıdır.⁹⁷ EÇGU ilkesinde bir yabancı yatırımcıya yapılan muamele, diğer bir yabancı yatırımcıya yapılan daha iyi muamele ile garanti altına alınmaktadır. UM ilkesinde ise yabancı yatırımcıya yapılan muamele ile ev sahibi devlet uyruklu

⁹⁴ Salacuse, 2015, s. 283; ICSID, *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Dava No. ARB/02/8, 06.02.2007.

⁹⁵ Dolzer, R. ve Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, (1. Edition), Oxford University Press, 2008, s.178; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, s. 2; Dolzer, R., *National Treatment: New Developments*, Symposium Co-Organised By ICSID, OECD And UNCTAD: Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda, 12.12.2005; Bhardwaj, S., *National Treatment Clause In An International Investment Agreement: Determining The Standard Of Enforcement*, *SPIIL International Law Journal*, 2014, (1), s. 146-147; Organization For Economic Co-Operation And Development(OECD), *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises: Including Adhering Country Exceptions to National Treatment*, 2013, s.7; DiMascio, N. ve Pauwelyn, J., *Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin*, *AJIL*, 2008, (48), s.58; Tzanakopoulos, A., “National Treatment and MFN in the (invisible) EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade*, (15/3-4), s.486; Miles, K., *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, New York, s. 174; Subedi, S.P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, (Third Edition), 2016, s. 94-98; Reinisch, A. “National Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 846- 870.

⁹⁶ Benzer iş alanı veya sektörde çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: DiMascio, N. ve Pauwelyn, J., *Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin*, *AJIL*, 2008, (48), ss. 48-89.

⁹⁷ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.178; Reinisch, A. “National Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 847; Salacuse, 2016, s. 274.

yatırımcıya (ulusal yatırımcı) yapılan muamele kıyaslanmaktadır.⁹⁸ UM ilkesi de iki yatırımcı arasında yapılacak karşılaştırmaya dayandığından dolayı mutlak bir ilke olmadığı, nispi bir ilke olduğu ifade edilebilir.⁹⁹ Sonuçta, hem UM ilkesi hem de EÇGU ilkesi yabancı yatırımcıya uygulanabilecek ayrımcı muameleyi engellemektedir.¹⁰⁰

UM ilkesinin amacı, ev sahibi devletin yatırıma yönelik kuralları uygulaması esnasında yabancı yatırımcı ile ulusal yatırımcı arasında uyruğa bağlı negatif ayrımcılığı önlemeye zorlamaktır.¹⁰¹ Böylece yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin ülkesindeki ulusal yatırımcı ile aynı seviyede tutularak, yatırımın korunması ve teşviki sağlanmakta ve ayrıca yabancı ve ulusal yatırımcılar arasında adil bir rekabet ortamı yaratılmaktadır.¹⁰² Diğer bir açıdan bakıldığında, İYA’larda UM ilkesi ile yabancı yatırımcının ulusal yatırımcıdan daha kötü bir muameleye tabi tutulmayacağı belirtilmektedir. Bu durumda, ilgili yabancı yatırımcının ulusal yatırımcıdan daha iyi bir muameleye (pozitif ayrımcılık) tabi olmasına UM ilkesi çerçevesinde bir engel bulunmamaktadır.

Her ne kadar UM ilkesi gereğince yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin ulusal yatırımcısı ile benzer muameleye tabi olsa da, bu durum yabancı yatırımcının tamamen ev sahibi devlet hukukuna tabi olduğunu göstermemektedir. Ev sahibi devletin iç hukukundan bağımsız olarak hukukun asgari standartlarını belirleyen bir uluslararası hukuk her zaman bulunabilmektedir. Buna bağlı olarak, ev sahibi devletin iç hukukundaki yatırımın korunmasına ilişkin kuralların uluslararası hukukun sağladığı korumadan çok daha az olması hâlinde, yabancı yatırımcı uluslararası hukukun

⁹⁸ Tzanakopoulos, A., “National Treatment and MFN in the (invisible) EU Model BIT”, The Journal of World Investment & Trade, (15/3-4), s.486; Miles, 2013, s.174; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, s. 3; Subedi, 2016, s.94; Reinisch, A. “National Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s.847.

⁹⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, s. 7; Reinisch, A. “National Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s.847; Salacuse, 2015, s.277.

¹⁰⁰ Klager, R., 2011, s.282; Reinisch, A. “National Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 847.

¹⁰¹ DiMascio N. ve Pauwelyn J., 2008, s. 76; Subedi, 2016, s.94.

¹⁰² Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.186; Klager, 2011, s. 281.

sağladığı asgari korumadan yararlanması gerekirken, ulusal yatırımcı iç hukuka tabi olacaktır.¹⁰³

UM ilkesi, önceleri, çoğunlukla ticarete ilişkin antlaşmalarda kullanılsa da son otuz yıl içerisinde akdedilen ikili yatırım antlaşmalarında sıkça kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰⁴ UM ilkesi İYA'larında tek başına kayıt altına alındığı gibi (*stand alone*) EÇGU ilkesi ve Adil ve Hakkaniyetli Muamele (AHM) ilkesi birlikte¹⁰⁵ de kullanılmaktadır.¹⁰⁶ Nadiren de olsa bazı hallerde ev sahibi devlet teşvik vererek, bazı yabancı yatırımcılara ulusal yatırımcılara nazaran daha iyi bir muamele tanımaktadır. Böyle bir durumda yabancı yatırımcı ulusal yatırımcıdan daha iyi muameleye tabi olacaktır. Üçüncü devlet nezdinde faaliyet gösteren diğer bir yabancı yatırımcı, ev sahibi devlet ile imzalanmış İYA'daki EÇGU ilkesinin kendisine daha iyi bir muamele sağlaması sayesinde ev sahibi devletten bu muameleyi kendisine de uygulamasını talep edebilecektir. Aynı yatırımcı ulusal muamelenin uygulanarak daha düşük bir seviyede muameleye tabi olmamak için EÇGU muamelesinin uygulanmasını, UM ilkesinin uygulanmamasını talep edebilecektir.¹⁰⁷

İYA'ları, UM ilkesini karşılıklı olarak kayıt altına alabileceği gibi antlaşmanın taraflarından sadece biri de bu muameleyi garanti edebilmektedir.¹⁰⁸ Kayda ilişkin diğer bir husus ise bu muameleye getirilecek istisna halleridir. İlk hâl, antlaşmanın tarafları genel istisnalar koymasıdır. Örneğin, kamu sağlığı, kamu düzeni, kamu ahlakı ve milli güvenlik gibi unsurların ihlal edilmesi halinde yabancı yatırımcının kimliği ve yatırımın

¹⁰³ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.186.

¹⁰⁴ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.186; Reinisch, A. "National Treatment", ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 848-849.

¹⁰⁵ Agreement Between The Government of The Republic of Turkey and The Government of The Republic Of Azerbaijan on The Reciprocal Protection And Promotion Of Investments, 25.10.2011, m.3; Agreement Between The Czech Republic And The Republic of Turkey For The Reciprocal Promotion And Protection of Investments, 29.04.2009, m.3.

¹⁰⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, s. 11; Reinisch, A. "National Treatment", ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 850-851.

¹⁰⁷ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, s. 11.

¹⁰⁸ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, s. 13.

konusu fark etmeksizin bu muamelenin uygulanmayacağı kayıt altına alınmaktadır. İkinci durum ise, fikri mülkiyet, vergi vb. bazı alanların antlaşmada yer verilen kayıt ile UM kapsamı dışında tutulmasıdır. Son olarak, yatırım antlaşmasını imzalayan devletler, kendi milli sosyal ve ekonomi politikaları gereğince bazı sanayi kolları ve faaliyetleri çerçevesinde karşı tarafa bu alanlarda yapacağı faaliyetlerde UM ilkesini uygulamayacağını kayıt altına almaktadır.¹⁰⁹ İlkenin uygulanma zamanı bakımından tüm yatırım antlaşmalarındaki UM ilkesi, yatırım yapıldıktan sonraki (*post-establishment*) aşamayı kapsamaktadır. İstisnai olarak bazı hallerde, UM ilkesi yatırım öncesi aşamayı (*pre-establishment*) da garanti altına almaktadır.¹¹⁰ Ancak belirtmek gerekir ki sadece yatırım öncesi aşamayı ele alan UM ilkesi içeren bir yatırım antlaşması bulunmamaktadır.¹¹¹

UM ilkesinin ihlali tespitinde, yargı organları, öncelikle “kıyaslanabilir konumda” bulunan bir yabancı yatırımcı ile ulusal yatırımcının bulunduğunu tespit etmektedir. Ardından, yabancı yatırımcıya yapılan muamelenin ulusal yatırımcıya yapılan muameleden daha kötü olduğunun tespit edilmesi hâlinde, bu ilkenin ihlal edildiğine karar vermektedir.¹¹² EÇGU ilkesi ile karşılaştırıldığında, ulusal muamele ilkesi ulusal yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında bir karşılaştırma gerektirmesi nedeniyle ev sahibi devlet açısından daha zor bir ilke olmaktadır. Özellikle yatırım hukukunun gelişmeye başladığı dönemler düşünüldüğünde devletlere ait şirketler veya devlet destekli şirketlerin daha aktif faaliyet göstermesi nedeniyle ev sahibi devletler bu ilkeye daha çok itiraz etmiştir.¹¹³

¹⁰⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, s. 12.

¹¹⁰ Yatırım öncesi ve sonrasına UM ilkesini tanıyan yatırım antlaşmalarından bazıları şunlardır: Agreement on Investment Under The Framework Agreement Establishing A Free Trade Area Between The Republic of Korea And The Republic of Turkey, 26.02.2015; Agreement Between The Government Of The Republic Of Turkey And The Government of The Republic of Senegal Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 15.06.2010; Treaty Between The United States Of America And The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection of Investments, 03.12.1985.

¹¹¹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.187; Klager, 2011, s.281; Subedi, 2016, s.95; Salacuse, 2015, s. 276; McLachlan QC, Campbell, vd. International Investment Arbitration: Substantive Principles, (İkinci Baskı), Oxford University Press, New York, 2010, s.251.

¹¹² Klager, 2011, s.283; Miles, 2013, s.174, Salacuse, 2015, s. 277.

¹¹³ Salacuse, 2015, s.275.

2.3. Şemsiye Klozu

Uluslararası yatırım hukukunda devletler arasında akdedilen İYA'larında olası bir uyuşmazlığın doğması hâlinde hangi uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurabileceğini belirten hükümler yer almaktadır. Aynı şekilde, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen sözleşmelerde de uyuşmazlık doğması hâlinde uyuşmazlığın çözüleceği merciler belirtilmektedir. Yatırımın korunması amacına yönelik olarak, genellikle yabancı yatırımcının ilk olarak ev sahibi devletin iç hukuk yollarını kullanarak uyuşmazlığın çözülmesini öngörülmektedir.¹¹⁴ Uygulamada ise durum görüldüğünden daha karışık bir hal almaktadır. Bunun başlıca sebebi ise, şemsiye klotudur.

Uluslararası hukuka göre devlet ve yatırımcı arasındaki sözleşmenin¹¹⁵ (devlet-yatırımcı) taraflarından biri olan devlet tarafından ihlal edilmesi, devletin doğrudan uluslararası sorumluluğunu doğurmamaktadır.¹¹⁶ Şemsiye klotu ise, devletlerin kendi arasında akdettiği yatırım antlaşmasına yerleştirdiği bir hüküm ile ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik taahhütte bulunduğu yükümlülükleri gözeticeğini garanti etmesidir.¹¹⁷ Böylece devletler arasında yapılacak antlaşmada şemsiye klotuna yer verilmesi ile daha sonra devlet ile yatırımcı arasında yapılacak sözleşmelerde yer alacak yükümlülüklerin uluslararası hale getirilmesi sağlanmaktadır.¹¹⁸ Buna bağlı

¹¹⁴ Naniwadekar, M. C., "The Scope And Effect Of Umbrella Clauses: The Need For A Theory Of Deference?", Trade Law and Development, 2010,(2/1), s. 171; UNCTAD veritabanında yer alan yatırım antlaşmalarından toplamda 2573 antlaşmanın 1615 tanesi ev sahibi devletin iç hukukuna başvurmayı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörmektedir. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>> (15.11.2017)

¹¹⁵ Sözleşme terimi devlet ile yabancı yatırımcı arasında yapılan işlem için kullanılırken, antlaşma terimi devletler arasında gerçekleşen işlem için kullanılmaktadır.

¹¹⁶ Subedi, 2008, s. 104; United Nations Conference On Trade And Development, Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, 2010, Geneva, s. 74; Schreuer, C., Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, JWIT, 2004, (5), s. 250; Kunoy, B., Singing in the Rain: Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses, JWIT, 2006, (7), s. 275-276; Schill, S.W., Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties, Minn. J. Int'l. L., 2009, (18/1), s.32.

¹¹⁷ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.153; United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), International Investment Agreements: Key Issues Volume II , United Nations, New York And Geneva, 2004, s.6; United Nations Conference On Trade And Development, Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, 2010, Geneva, s. 74; Sinclair, A. "Umbrella Clause", ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 888.

¹¹⁸ Alexandrov, S. A., "Breaches of Contract and Breaches of Treaty The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*",

olarak devlet ve yatırımcı arasındaki sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar uluslararası hukukun koruması altına alınmaktadır.¹¹⁹ Diğer bir ifadeyle, ev sahibi devletin egemenlik yetkisine dayanarak iç hukukunu uygulamasının sonucunda yatırımcı ile yaptığı sözleşmede yer alan hak ve yükümlülükleri ihlal etmesi hâlinde uluslararası sorumluluğu doğmaktadır. Genel olarak emir ihtiva eden bir üslup içeren¹²⁰ şemsiye klotuna örnek mahiyetinde, 1983 tarihli Birleşik Krallık- Saint Lucia arasında akdedilen İYA'nın 2. maddesi şöyledir:

*“Sözleşmenin Taraflarından her biri diğer Sözleşmeci Tarafın vatandaşlarının veya şirketlerinin yatırımlarına ilişkin doğabilecek tüm yükümlülüklerini gözetir.”*¹²¹¹²²

1959 tarihli Almanya ile Pakistan arasındaki ilk modern İYA, şemsiye klotu içermektedir. Bu antlaşmanın akdedilmesi sürecinde Alman hükümeti, Alman Meclisini bu klotun etkileri üzerine bilgilendirmiştir. Buna göre, “yatırım antlaşmasında yer alan böyle bir hükmün ihlal edilmesi, ilgili uluslararası antlaşmanın kapsadığı uluslararası hukuki yükümlülüklerin ihlal edilmesi anlamına gelecektir” şeklinde yorumlanmıştır.¹²³ Böylece şemsiye klotu, yabancı yatırımcıyı ev sahibi devletin sözleşmeyi ihlal etmesine veya yasama ya da idari işlemler yoluyla yabancı yatırıma hukuka aykırı müdahalede

JWIT, 2004, (5), s. 564-565; Walde, T. W., “The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, JWIT, 2005, (6), s. 184; Wong, J., “Umbrella Clauses In Bilateral Investment Treaties: Of Breaches Of Contract, Treaty Violations, And The Divide Between Developing And Developed Countries In Foreign Investment Disputes”, Geo. Mason L. Rev., 2006, (14/1), s. 143.

¹¹⁹ Naniwadekar, M.C., “The Scope And Effect Of Umbrella Clauses: The Need For A Theory Of Deference?”, Trade Law& Development, 2010, (2/1), s.183; Schreuer, C., Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, JWIT, 2004, (5), s.250; Yannaca-Small, K. (), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Paper on International Investment, 2006, (2006/03), OECD Publishing, s.1<<http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>> (17.03.2018).

¹²⁰ Yannaca-Small, K., “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/415453814578.pdf?expires=1507268292&id=id&accname=guest&checksum=C8803CD97E14DF4D8FE18F813C593CD0>> (05.10.2017)

¹²¹ Metnin orijinali şöyledir: “each Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party”

¹²² Ayrıca, bu şemsiye klotu metni aynı haliyle Birleşik Krallığın 1991 tarihli, Danimarka'nın 200 tarihli, İsveç'in 2002 tarihli Model İYA'sında kullanılmıştır.

¹²³ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.154; Walde, T. W., “The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, JWIT, 2005, (6), s. 185.

bulunmasına karşı koruma sağlar.¹²⁴ Ayrıca şemsiye klozu var olan yükümlülüklerle karşı uygulanan bir kuraldır, yani kendi başına ev sahibi devlet için ayrıca bir yükümlülük doğurmamaktadır.¹²⁵ Öte yandan şemsiye klozu, yatırımcıya daha güvenilir bir ortam hazırlamaktadır. Şemsiye klozu, sözleşmeden doğan hakların korunmasında ev sahibi devletin iç hukuku ve devletler umumi hukuku arasında köprü vazifesi görmektedir. Örneğin, şemsiye klotunu içermeyen bir yatırım antlaşması çerçevesinde yatırımcıya yönelik bir ihlal durumunda, buna ilişkin uyuşmazlık ticaret tahkiminin konusunu oluşturmaktadır. Ancak, şemsiye klotunun etkin olduğu bir antlaşma çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlık, yatırım tahkiminin konusunu oluşturmaktadır.¹²⁶

Şemsiye klotunun etkisi ve yorumlanması üzerinde durulurken genellikle ICSID Tahkim Merkezinin verdiği zıt görüşteki iki karar ele alınmaktadır.¹²⁷ Şemsiye klotunun dar bir yoruma tabi tutulduğu *SGS v. Pakistan*¹²⁸ davasında, şemsiye klotuna ilişkin olarak davacı (SGS), Pakistan ile yaptığı sözleşmedeki bir hükmün ihlal edilmesinin İsviçre-Pakistan arasında akdedilen İYA’da yer alan şemsiye klotunun ihlali anlamına geleceğini savunmuştur. *SGS v Pakistan* kararında, devlet ile yatırımcı arasında akdedilen sözleşmenin bir şekilde ihlal edilmesi hâlinde bu ihlalin doğrudan uluslararası antlaşmanın ihlali anlamına gelmeyeceğini ve ayrıca antlaşmanın taraflarının antlaşmayı akdederken böyle bir niyetlerinin bulunmadığına karar

¹²⁴ United Nations Conference On Trade And Development, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, 2010, Geneva, s. 74; Subedi, 2008, s.104; Sornarajah, 2010, Third Edition, s.304; Wong, 2006, s. 143.

¹²⁵ Sinclair, A. “Umbrella Clause”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 957.

¹²⁶ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.155; Sinclair, A. “Umbrella Clause”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 958.

¹²⁷ Sornarajah, 2010, s.304; Sinclair, A. “Umbrella Clause”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 890-895; Alexandrov, S. A., “Breaches of Contract and Breaches of Treaty The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”, JWIT, 2004, (5), ss.555-577; Schill, S.W., “Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties”, *Minn. J. Int’l. L.*, 2009, (18/1), s.6.

¹²⁸ ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan*, Dava No ARB/01/13, 08.09.2003; Yannaca-Small, K., “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing, s.15-18. <<http://www.oecdilibrary.org/docserver/download/415453814578.pdf?expires=1507268292&id=id&accname=guest&checksum=C8803CD97E14DF4D8FE18F813C593CD0>> (05.10.2017)

verilmiştir.¹²⁹ ICSID tahkiminde görülen *SGS v Philippines* kararında ise İsviçre-Filipinler İYA'sında yer alan şemsiye kloxunun sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları kapsadığına, yani sözleşmenin ihlali hâlinde İYA'da yer alan şemsiye kloxun ihlal edilmiş olacağına karar verilmiştir.¹³⁰ Genel olarak tahkim heyetleri, ev sahibi devletin İYA'da şemsiye kloxuna yer vermesi hâlinde yabancı yatırımın korunması için, iç hukuk sisteminde bir mekanizma oluşturmasını beklemektedir. Böylece uluslararası yatırım hukukunun sağladığı korumayı yatırımcı ile yaptığı sözleşmeye de uygulanacaktır.¹³¹ Basit ifadesiyle, İYA'da şemsiye kloxu olması hâlinde iç hukukta çözülmesi gereken uyuşmazlıklar, tarafların iradeleri doğrultusunda uluslararası bir karaktere sahip olmaktadır. Oysa ki uluslararası hukuktaki genel kurala göre, devletin yabancı yatırımcı ile taraf olduğu bir sözleşmeyi ihlal etmesi hâlinde doğrudan uluslararası sorumluluğu doğmamaktadır. Bu yönüyle şemsiye kloxunun, bu kurala istisna teşkil ettiği düşünülmektedir.¹³²

2.4. Uluslararası Asgari Muamele İlkesi

Uluslararası asgari muamele ilkesi (*international minimum treatment standart*), ev sahibi devletin yabancı yatırımcı, yabancı yatırımlar ve yabancı mülkiyetine ilişkin muamelelerinde kendi devletinin iç hukuk mevzuatına veya uygulamalarına bakılmaksızın uluslararası teamül hukukunun yabancı yatırımcı lehine sağlamış olduğu birtakım davranış standartlarının bütünüdür.¹³³ Asgari muamele ile kastedilen, yabancılara sağlanması ihtimali olan en az muamele değil, en az ölçüde müsaade edilen muameledir.¹³⁴ Diğer bir ifadeyle, uluslararası asgari muamelenin belirlediği sınırın altında bir muamele uygulanması hâlinde bu ilke ihlal edilmiş olmaktadır. Ulusal

¹²⁹ ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan*, Dava No ARB/01/13, 08.09.2003, par. 163-173; Tudor, 2008, 194; Wong, 2006, s. 137.

¹³⁰ ICSID, *SGS v Philippines*, Dava No ARB/02/6, 29.01.2004, par. 127; Wong, 2006, s. 137; Yannaca-Small, K., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing, s.18-20 <<http://www.oecdilibrary.org/docserver/download/415453814578.pdf?expires=1507268292&id=id&accname=guest&checksum=C8803CD97E14DF4D8FE18F813C593CD0>> (05.10.2017).

¹³¹ Subedi, 2008, s.106.

¹³² Şemsiye kloxunun niteliğine ve kapsamına ilişkin daha ayrıntılı tartışma için bkz.: Mihir C. Naniwadekar, "The Scope And Effect Of Umbrella Clauses: The Need For A Theory Of Deference?", *Trade Law and Development*, (2/1), 2010, s. 171-194.

¹³³ Tudor, 2008, s.61; Paparinskis, M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford Monographs in International Law, 2013, s.12.

¹³⁴ Paparinskis, 2013, s.14.

muamele ilkesi gereğince, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya ulusal yatırımcılardan daha dezavantajlı muamele yapması engellenmektedir. Diğer yandan uluslararası asgari muamele ilkesi, uluslararası hukukun ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcıya muamelede bulunurken ulusal yatırımcılarına yaptıkları muamelenin ölçüsüne bakılmaksızın iç hukukun dışında münhasır kurallarını benimsemektedir.¹³⁵ Dolayısıyla ilkenin ihlal edilip edilmediği, yabancı yatırımcı ile ulusal yatırımcı arasında yapılan bir karşılaştırma sonucunda elde edilmemektedir. İlkenin kendine özgü sınırlarının ihlal edilmesi durumunda yatırımcının kimliğine bakılmaksızın, ulusal ya da yabancı yatırımcılara yönelik muamele ile karşılaştırılmadan ihlal kararı verilmektedir. Uluslararası asgari muamele ilkesinin ihlal edilmesi, ev sahibi devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle uluslararası sorumluluğunu doğurmaktadır.¹³⁶

Yabancılar karşı muamelenin sınırlarına ilişkin en eski ve en çok atıf yapılan kararlardan biri *Neer*¹³⁷ davasıdır. 1926 yılında ABD-Meksika Uyuşmazlık Komisyonunun vermiş olduğu karar, dava konusu *Paul Neer* isimli şahsın Meksika’da öldürülmesi ve ardından hükümet görevlilerinin usule uygun ve özenli soruşturma süreci yürütmemesi nedeniyle yabancılar yönelik asgari muamelenin ihlal edildiği iddiasını ele almıştır. Bu karara göre hükümet yetkililerinin hareketlerinin uygunluğu uluslararası standartlara uygunluğu ile ölçülmektedir. Yabancılar yönelik muamelenin uluslararası sorumluluk doğurabilmesi için ağır kusur, kötü niyet yada kasten görevi ihmal içermesi veya bunların dışında kamu görevlilerinin tutumunun her makul ve tarafsız insanın anlayabileceği ölçüde yetersiz olması gerekmektedir.¹³⁸ *Neer* kararının

¹³⁵ Rousseau, C., *Droit International Public*, Paris, 1970, s.46’den aktaran Tudor, I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, s.61.

¹³⁶ Tudor, 2008, s.61.

¹³⁷ *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15.10.1926, Reports of International Arbitral Awards, Volume IV ss. 60-66; Paparainkis, 2013, s. 48.

¹³⁸ *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15.10.1926, Reports of International Arbitral Awards, Volume IV s. 61, Metnin orijinali şöyledir: “...to hold (first) that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”.

orta koyduğu kural, uluslararası asgari muamele ilkesinin sınırlarını ifade etmesi açısından daha sonra bir çok uyuşmazlıkta ve doktrinde kullanılmıştır.

Uluslararası asgari muamele ilkesinin gelişimi belli aşamalardan geçtikten sonra olgunluğa ulaşmıştır. Bu gelişim sürecinin ilk aşaması olan 19. yüzyılda daha çok yabancılar ile yerel vatandaşlar arasında ayrımcılık yasağını öngören bir anlayış egemen olmuştur. Bunda *Calvo* Doktrinin yoğun bir etkisi de olmuştur. Sonrasında *Neer* davasının da etkisiyle asgari muamele ilkesi iç hukuktan uzaklaşarak bağımsız bir uluslararası hukuk standardı özelliğini kazanmıştır.¹³⁹ Önceleri asgari muamele ilkesi sınırları belirsiz ve ev sahibi devletin takdir yetkisinin baskın olduğu bir alan iken *Neer* davası ile ilkenin sınırları belirginleştirilmiştir.¹⁴⁰ Uygulama açısından, başlangıçta yalnızca gerçek kişilerin can ve mal güvenliğini korumanın kapsamında iken, ilerleyen süreçte asgari muamele ilkesi yabancı şirketlerin malvarlıkları, karları ve meşru ekonomik beklentilerini koruma altına almıştır.¹⁴¹

2.5. Tam Koruma ve Güvenlik

Yatırımın korunmasına yönelik antlaşmaların ekseriyeti “tam koruma ve güvenlik”¹⁴² (*full protection and security*) taahhüdünü barındıran hükümler içermektedir.¹⁴³ Tam koruma ve güvenlikhükümü, yabancı yatırımcıyı ya da yatırımı koruma bakımından ortaya çıkabilecek olumsuz etkileri bertaraf etmek amacıyla ev sahibi devlet aleyhine yükümlülük getirmektedir. Bu olumsuz etkiler ev sahibi devletten, bu devletin organlarından veya üçüncü bir taraftan kaynaklanabilir.¹⁴⁴ Tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmesine ilişkin yargı ve tahkim kararlarının

¹³⁹ Paparinskis, 2013, s.64.

¹⁴⁰ Paparinskis, 2013, s.64.

¹⁴¹ Paparinskis, 2013, s.65.

¹⁴² Bazı antlaşmalarda “tam” yerine “daimi” ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁴³ Lorz, R. A., “Protection and Security (including the NAFTA Approach)”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 764; Salacuse, J. W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2015, Second Edition, s. 230; Christoph Schreuer, “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, (1/2), s.1.

¹⁴⁴ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.149; Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, Second Edition, 2016, s.360; Christoph Schreuer, “Full Protection and Security”, s.1; *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Partial Award, SCC No. 088/2004, 27.03.2007, par.203.

çoğunluğu üçüncü kişilerce (çeteler, isyancılar, ihtilalciler, işçiler vb.) yabancı yatırımcıya verilen fiziki zararların ev sahibi devlet tarafından tazmin edilmesine ilişkindir. Bu hükme ilişkin yargılamalarda yabancı yatırımcı, ortaya çıkan zararının ev sahibi devletin gerekli önlemleri almaması dolayısıyla meydana geldiğini iddia etmektedir.¹⁴⁵

Antlaşmalarda ilkenin kullanımına örnek olarak Türkiye-ABD arasında 1990 yılında yürürlüğe giren İYA'nın 2(3) maddesi şöyledir: “Yatırımlar, uluslararası hukuka uygun olarak her halde adil ve hakkaniyetli muameleye tabi tutulur ve tam koruma ve güvenlikten faydalanır.”¹⁴⁶ Uluslararası hukuktaki genel kurala, uluslararası tahkim kararlarına ve mahkeme yargılamalarına göre ev sahibi devlet, yabancıyı ve yatırımlarını hukuka aykırı muamelelere karşı koruyacaktır. Diğer yandan bu yükümlülük esasında uluslararası teamül hukukunun ev sahibi devlete yüklediği bir sorumluluktur.¹⁴⁷

Yabancı yatırımın yatırım alanının işgal edilmesi, protesto edilmesi gibi fiziki müdahale ve ihlallerden ev sahibi devlet tarafından korunması bu hükmün geçmişte başlıca amacı olarak görülmüştür.¹⁴⁸ Örneğin ICSID Tahkiminin *Saluka*¹⁴⁹ kararında tam koruma ve güvenliğe ilişkin olarak şöyle denilmiştir: “*Tam koruma ve güvenlik ilkesi bilhassa yabancı yatırımın iç kargaşa veya fiziki şiddetten etkilenmesi hâlinde uygulanır*”¹⁵⁰. Ancak günümüzde, fiziki olarak korumanın ötesinde ev sahibi devletin yabancı yatırımların hukuki güvenliğinin sağlanması da bu ilke kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁵¹ Daha açık bir anlatımla, yabancı yatırımcı veya yatırım fiziki

¹⁴⁵ Salacuse, 2015, s.231.

¹⁴⁶ Treaty Between The United States of America And The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection of Investments; Metnin orijinali şöyledir: “Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in a manner consistent with international law.”

¹⁴⁷ Lorz, 2015, s.765; Sornarajah, 2010, s.360.

¹⁴⁸ Schreuer, “Full Protection and Security”, s.2; *Rumeli Telekom A.S. And Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic Of Kazakhstan*, ICSID Dava No. ARB/05/16, 29.07.2008, par. 668.

¹⁴⁹ *Saluka Investments Bv (The Netherlands) V The Czech Republic*, UNCITRAL, Kısmi Karar (Partial Award), 17.03.2006, par.483-84.

¹⁵⁰ Metnin orijinal hali şöyledir: “The “full protection and security” standard applies essentially when the foreign investment has been affected by civil strife and physical violence.”

¹⁵¹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.149; Schefer, 2016, s.361; ; Christoph Schreuer, “Full Protection and Security”, s.1; ICSID, *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Dava No. ARB/02/8, 06.02.2007, par. 286.

anlamda zarar görmese de tam koruma ve güvenlik ilkesi ihlal edilebilmektedir.¹⁵² Zira, yatırımların sadece fiziksel korunmasının ötesinde yatırımın sürdürülebilirlik düzey ve koşullarını sağlamak da ev sahibi devletin sorumluluk alanına dahil edilmiştir.¹⁵³

Diğer yandan, hukuki veya fiziksel ihlallere karşı bu hükmün mutlak bir koruma getireceği kabul edilmemektedir. Diğer bir ifadeyle, ev sahibi devletin bu ihlalleri engellemek için mutlak olarak sorumluluğa sahip olduğu kabul edilmemektedir.¹⁵⁴ Aksine genel kabule göre ev sahibi devlet, yabancı yatırımları korumak için “azami özen” (*due diligence*) göstermelidir. Ayrıca yabancı yatırımın korunması için durumun şartlarına uygun olarak fiziki ve hukuki anlamda makul önlemler alınmalıdır.¹⁵⁵ Bunun yanında, söz konusu ihlallerin devlet organları tarafından işlenmesi veyahut devlet organlarınca ihlale ciddi bir destek verilmesi hâlinde, doğrudan ev sahibi devletin sorumluluğu kabul edilmektedir.¹⁵⁶ Buna karşılık, yabancı yatırımların uğradığı zararlardan ev sahibi devlete dayandırılmayacak biçimde özel kişilerden kaynaklanan zararlardan da ev sahibi devletin sorumlu olduğu sonucu çıkarılmamaktadır. Sonuçta, yatırım antlaşmasında taraf devletlerin özel kişilerin neden olduğu zararlardan sorumlu olduğuna yönelik özel bir hüküm olmadığı hâlde, bu yoruma varılması tam koruma ve güvenlik ilkesinin geniş yorumlanması ile gerçekleşmiştir.¹⁵⁷

Çalışmanın birinci bölümünde öncelikle uluslararası yatırım hukukunun gelişimi ele alınarak bu alanın varlığına sebep olan tarihi dinamikler incelenmiştir. Akabinde, çalışmamızın konusunu oluşturan ilkeye gelmeden önce, bu konunun daha iyi

¹⁵² *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, 14.07.2006, par. 408; *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, 03.11.2008, par. 189.

¹⁵³ Sornarajah, 2010, s.360.

¹⁵⁴ Subedi, 2016, s.67; Schefer, 2016, s.361-362; Schreuer, C., “Full Protection and Security”, s.2; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, par.177; *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Kısmi Karar (Partial Award), 17.03.2006, par.484; *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID, Dava No. ARB/98/4, 08.12.2000, par. 84; *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States Of America v. Italy)*, Uluslararası Adalet Divanı, 20.07.1989, par. 108.

¹⁵⁵ Subedi, 2016, s.67; Schefer, 2016, s.362; Salacuse, 2015, s.232; Schreuer, “Full Protection and Security”, s.2; *Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, 03.09.2001, par.308; *Parkerings-Compagniet As v. Republic Of Lithuania*, ICSID Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, par. 351.

¹⁵⁶ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.149; Ralph, 2015, s.777; *American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Dava No. ARB/93/1, 21.09.1997, par. 6.04-6.11.

¹⁵⁷ *Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, 03.09.2001, par.308; *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, 12.10.2005, par.164; *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) V. Republic Of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, 27.06.1990, par.77.

anlaşılabilmesi adına uluslararası yatırım hukukunda etkili olan ve yatırım antlaşmalarında yer verilen bazı ilkeler üzerinde durulmuştur. Gelecek bölümde ise öncelikle AHM ilkesinin gelişimi ele alınacaktır. Sonrasında ilkenin tanımlanması ve ilkeyi oluşturan unsurlar sırasıyla incelenecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ

Uluslararası yatırım antlaşmalarında yabancı yatırımın korunmasına ve teşvik edilmesine yönelik olarak birçok ilke kullanılmaktadır. Önceki bölümde bu ilkelerin en önemlileri genel olarak incelenmiştir. Çalışmamızın esasını oluşturan “Adil ve Hakkaniyetli Muamele” (AHM) İlkesi, ayrıntılı olarak bu bölümde incelenecektir. Tanımlanması oldukça zor olan AHM ilkesi, son yıllarda gerek tahkim kararlarında gerekse doktrinde sıklıkla tartışmalara konu olmuştur. Bu nedenle de AHM ilkesi, özellikle son yirmi yılda büyük önem kazanmıştır.¹⁵⁸ Bunun diğer bir nedeni ise neredeyse tüm yatırım uyuşmazlıklarında AHM ilkesinin ihlal edildiğinin iddia edilmesidir.¹⁵⁹

Bu başlık altında öncelikle İkinci Dünya Savaşı’ndan önce, günümüzdeki AHM ilkesinin ortaya çıkmasına olanak sağlayan gelişmeler ve ardından İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan yeni ticari ilişkiler ve ekonomik düzen içerisinde uluslararası metinlerde kendine yer bulan AHM ilkesi ele alınacaktır. Akabinde tahkim kararları ve doktrinde açık bir tanımla yapılamayan AHM ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini ve sınırlarının belirlenmesi adına ilkeyi açıkladıktan sonra ilkeyi oluşturan unsurlar, teorideki ve somut uyuşmazlıklardaki tartışmalar ile birlikte ele alınacaktır.

1. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNİN GELİŞİMİ

İkinci Dünya savaşı sonrasında ekonomik ve ticari ilişkilerde devletler, yeni bir düzen oluşturma gayreti içine girmiştir. Bu düzen, Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen

¹⁵⁸ Paparinkis, M., “Good Faith and Fair and Equitable International Investment Law”, Good Faith and International Economic Law, (ed. Mitchell/Sornarajah/Voon), (1. Baskı), Oxford University Press, 2015, s.158.

¹⁵⁹ Dolzer, R., “Fair and Equitable Treatment: A Key Standart in Investment Treaties”, The International Lawyer, 2005, (39/1), s.87; Schreuer, C., “Fair and Equitable Treatment”, Transnational Dispute Management, 2005, (2/5), s.125; United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012, s.1; UNCTAD veri tabanında bulunan toplamda 487 uyuşmazlık iddiasının 400 tanesinde AHM ilkesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Bunun yanında ihlal kararı verilen toplam 159 uyuşmazlığın 103’ünde AHM ilkesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches>> (08.12.2017)

(New International Economic Order-NIEO) olarak adlandırılmıştır.¹⁶⁰ AHM ilkesinin günümüzdeki konumuna ulaşması, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında görüşülen uluslararası ticaret ve ekonomiye ilişkin metinlerde ilkeye yer verilmesi ile gerçekleşmiştir. Bu nedenle AHM ilkesinin tarihi gelişimi incelenirken, İkinci Dünya Savaşı bir gelişme başlangıcı niteliğindedir. Bu yüzden AHM ilkesinin gelişimi incelenirken İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrası ayrı ayrı incelenecektir.

1.1. İkinci Dünya Savaşı Öncesi

AHM ilkesine ilişkin yazılan eserlerde genellikle bu ilkenin geçmişi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişen İYA'larına dayandırılmaktadır. Gerçekten de “adil ve hakkaniyetli muamele” (*fair and equitable treatment*) şeklinde kullanılan terime, İkinci Dünya Savaşından sonra rastlanmaktadır. Diğer bir deyişle günümüzde kullanılan AHM ilkesi terimi, tam olarak günümüzde antlaşmalarda kullanıldığı haliyle, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmıştır. Ancak günümüzde İYA'ların hemen hepsinde yer alan bu ilkenin arka planında yer alan yatırımcıyı koruma düşüncesinin, aslında daha öncelere dayandığı öne sürülmektedir.¹⁶¹

18. yy yazarları ve uluslararası antlaşmaları hazırlayanlar, egemenlik sahiplerini - bilhassa devletleri- sınırlayabilmek için “adaletin ve hakkaniyetin genel ilkelerine” atıf yapmıştır. Örneğin, 18. yüzyılın etkili hukukçularından *Emer de Vattel*, egemen güçlerin tazminat ödemeksizin mülkiyete el koymasının adalete ve hakkaniyete aykırı olduğunu savunmuştur.¹⁶² Hukukçular arasında doğal hukuk görüşünün hakim olduğu o dönemde, doğal hukukun takipçisi olan *Vattel*, *Montesquieu*, *Carlos Calvo* ve *Elihu Root*¹⁶³ başta olmak üzere birçok hukukçu uluslararası hukukun adalet ve hakkaniyet üzerinde durduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Telli, S., Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s.67-68.

¹⁶¹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.119; AHM ilkesinin münhasıran İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki tarihine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: (Blandford, A. C., “The History of Fair and Equitable Treatment Before the Second World War”, ICSID Review, 2017, 32/(2), ss. 287-303)

¹⁶² Vattel, E. de, Les Droits des Gens, 1758, Cilt I, s.49 ‘den aktaran Blandford, Andrew C., The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War, ICSID Review, 2017, 32/(2), s. 289.

¹⁶³ Root, E., “The Outlook for International Law”, AJIL, 1916, (10/1), s.3.

¹⁶⁴ Blandford, 2017, s.289.

İlk modern tahkim antlaşması olma özelliği gösteren ve 1794 yılında ABD ile Britanya arasında yapılan *Jay* Antlaşması'nda, bir ABD vatandaşının mülkiyetinin kamulaştırılması halinde adalet gereğince bir tazminat ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁵ Ödenmemesi halinde ise, kurulacak ortak bir komisyonun adalete, hakkaniyete ve uluslararası hukuka uygun olarak bir tazminata hükmedeceği kayıt altına alınmıştır. Bu kayda ilişkin ilk uyuşmazlık 1796 tarihli *Betsey* davasıdır. Bu davada ABD heyeti, Britanya'nın ABD'ye ait bir gemiyi ve içindeki kargoyu tazminat ödemediği iddia etmiştir. Britanya heyeti ise, iddia sahibinin Britanya iç hukukunda gerekli mercilere başvurduğunu ve adalete uygun olarak yapılan inceleme sonucunda ABD vatandaşının herhangi bir tazminata hak kazanmadığını savunmuştur. Akabinde, uyuşmazlığın kurulan ortak komisyona aktarılması üzerine, ABD vatandaşı lehine “adalet ve hakkaniyete” uygun olarak tazminat ödenmesine karar verilmiştir.¹⁶⁶ Böylece, 18. yüzyılda özellikle yabancılara ait mülkiyetin adil ve hakkaniyetli muameleye tabi tutulmasının temelleri atılmıştır.

“Adalet ve hakkaniyet” ifadeleri özellikle ilk tahkim kararları ile birlikte kullanılmaya başlanmıştır. Bu yönüyle adil ve hakkaniyetli olma unsuru, uluslararası hukukun gelişiminde kullanıldığı gibi uluslararası tahkim hukukunun ortaya çıkmasında büyük öneme sahip olmuştur. Hatta “adalet ve hakkaniyetin” bir kriter olarak kullanılması, uluslararası tahkimin doğuşuna kadar gitmektedir.¹⁶⁷

Yabancıların mülkiyeti ya da yabancı yatırımıyla ilgili ilk tahkim kararlarında da güncel kararlarda da adil ve hakkaniyetli muameleyi meydana getiren “adalet” ve “hakkaniyet” ifadelerinin sınırları tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla her iki kavramın gelişmesi uluslararası hukuk bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Uluslararası hukukun genel prensipleri olan adalet ve hakkaniyet kriterlerinin antlaşmada hüküm altına alınmamış olsa bile teamül hukuku gereğince bağlayıcı olup olmayacağı konusu yirminci yüzyılın başlarında tartışılmıştır. Önceleri, “hakkaniyet” kriterinin antlaşmada yer almaması halinde bağlayıcı olmayan bir nezaket kuralı olduğu görüşü ifade edilmiştir. Ancak 20. yüzyılın başlarında uluslararası

¹⁶⁵ Lauterpacht, H., “The Grotian Tradition in International Law”, 1946, BYBIL, (23/1), s.15.

¹⁶⁶ Blanford, 2017, s. 290.

¹⁶⁷ Dennis, W. C., “The Arbitration Treaties and the Senate Amendments”, AJIL, 1912, (6/3), s.616-617.

hukukun genel prensiplerinin uygar devletlerce kabul görmesi ve uygulanması halinde bu prensiplerin bağlayıcı kural haline geldiği görüşü hakim olmuştur.¹⁶⁸ Hatta bu görüş, 1920 yılında kabul edilen Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde kayıt altına alınmıştır. Buna göre, Divanın yargılama faaliyetini yürütürken uygulayacağı hukukun kaynaklarından biri de “uygar devletlerce kabul edilmiş uluslararası hukukun genel ilkeleri” dir.

Belirtmek gerekir ki, Divan Statüsü oluşturulurken bazı komisyon üyeleri, uluslararası hukukun objektif adalete göre yorumlanması gerektiğini ve bu yüzden “hakkaniyet” kelimesini kullanmaktan korktuklarını ifade etmiştir. Çünkü bu kavramın birçok anlama karşılık gelebileceği ve bu nedenle de yanlış anlaşılmalara sebebiyet verilebileceği düşünülmüştür.¹⁶⁹ Nitekim, hakkaniyet ifadesi sübjektif bir kavram olarak değerlendirilerek karar vericilerin vicdani kanaatlerine göre karar vermesine neden olabileceği endişesiyle hakkaniyet ifadesi kullanılmaktan çekinilmiştir. Böylece uluslararası hukukun yorumlanmasında esas olarak objektif kriter özelliği gösteren ve evrensel olarak kabul edilmiş hukuk kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.

Hakkaniyet ilkesine ilişkin diğer bir gelişme ise 1920 yılında ABD ile Japonya arasında akdedilen tahkim antlaşması sırasında gerçekleşmiştir. Tahkim antlaşmasının görüşme aşamasında ABD Heyeti, antlaşmada yer alan “hakkaniyet” (*equity*) ifadesinin uygar uluslarca kabul edilmiş hukukun genel prensiplerinin bir parçası olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Böylece hakkaniyet kriterinin sübjektif ve yargıçtan yargıca değişiklik gösteren vicdani bir kriter olmasından uzaklaşmıştır.¹⁷⁰ ABD heyeti, hakkaniyet ilkesini içeren maddeye bu şerhi koyarak hakkaniyet kriterinin objektif şekilde yorumlanması gerektiği fikrini güçlendirmiştir. Adalet ve hakkaniyet kavramlarını ifade etmek için Divan Statüsü’nde yer verilen uluslararası hukukun genel prensipleri dışında “uluslararası asgari muamele” ilkesi de kullanılmaktadır. İlk kez

¹⁶⁸ Blanford, 2017, s. 292.

¹⁶⁹ Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux- Proceedings of the Committee, The Hague, Van Langenhuysen Brothers, s.324.

¹⁷⁰ Memorandum of the American Ambassador in Spain to the President of the Spanish Council of Ministers, United States Department of State / Papers relating to the foreign relations of the United States, FRUS, 1928, s.146, <<http://digioll.library.wisc.edu/cgi-bin/FRUS/FRUS-idx?type=goto&id=FRUS.FRUS1928v03&isize=M&submit=Go+to+page&page=146>> (13.06.2017).

1913 yılında yazılı olarak kullanılan asgari muamele ilkesi de, adalet ve hakkaniyet kavramlarının açıklanmasında bir ölçüt olarak kullanılmıştır.¹⁷¹

AHM ilkesinin ortaya çıkmasında İkinci Dünya Savaşı'nın hemen öncesinde yaşanan bazı olaylar etkili olmuştur. Örneğin İspanya, 1928 yılında ABD menşeli *Standart Oil* şirketine ait yatırımlara keyfi olarak el koymuştur. Bunun üzerine ABD makamlarının ilettiği dilekçede bu el koymalara mukabil ivedi olarak ve uygun miktarda tazminat ödenmesi talep edilmiştir. ABD, kamulaştırma için talep ettiği ivedi ve yeterli tazminatın uluslararası hukuktaki adil ve hakkaniyetli muamele kuralının bir gereği olduğunu savunmuştur.¹⁷² Benzer şekilde Meksika, 1938 yılında ülkesinde faaliyet gösteren neredeyse tüm petrol şirketlerini başkanlık kararnamesi ile millileştirdiğini duyurmuştur.¹⁷³ Bunun üzerine ABD, kamulaştırma işleminin adil ve hakkaniyetli bir çözüm ile sonlandırılmasını ve bu amaçla ivedi ve yeterli bir tazminat ödenmesi gerektiğini muhatabına iletmiştir. Ayrıca ABD makamları, Meksika'nın ABD vatandaşlarının mülkiyetine uluslararası hukuk kurallarını görmezden gelerek tazminat ödemeksizin el koyamayacağına ilişkin nota göndermiştir. Devamında ise “adalet ve hakkaniyet” üzerine kurulu evrensel hukuk kurallarını bu şekilde hükümsüz kılamayacağını belirtmiştir.¹⁷⁴ Görüldüğü üzere ABD, savaş öncesi dönemde adil olma ve hakkaniyetli olma terimlerini kullanmıştır. Böylece ABD bu politikasını devam ettirerek, savaş sonrası yaygınlaşan ticaret ve yatırım antlaşmalarının akdedilmesi döneminde çoğu antlaşmada bu terime yer vermiştir.

1.2. İkinci Dünya Savaşı Sonrası

İkinci Dünya Savaşının ardından adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, yeni gelişen bir alan olan uluslararası yatırım hukukunda kullanılan önemli ilkelere biri

¹⁷¹ Borchard, E. M., Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad, AJIL, 1913, (7/3), s.516.

¹⁷² Memorandum of the American Ambassador in Spain to the President of the Spanish Council of Ministers, United States Department of State / Papers relating to the foreign relations of the United States, FRUS, 1928, s.865-866, <<http://digioll.library.wisc.edu/cgi-bin/FRUS/FRUS-idx?type=goto&id=FRUS.FRUS1928v03&isize=M&submit=Go+to+page&page=865>> (13.06.2017).

¹⁷³ Mexican Expropriation of Foreign Oil, 1938, <<https://history.state.gov/milestones/1937-1945/mexican-oil>> (13.06.2017).

¹⁷⁴ Blanford, 2017, s. 301.

olmuştur.¹⁷⁵ Savaşın ardından dünyadaki ticaret ve yatırım algısı farklı bir eksene kayarak çok taraflı, bölgesel veya iki taraflı ticaret veya yatırım antlaşmaları yapılmaya başlanmıştır. Uluslararası Ticaret Örgütü'nün kurulmaya çalışıldığı dönemde, yabancı yatırımların ev sahibi ülkedeki durumuna yönelik “Havana Antlaşması”¹⁷⁶ hazırlanmıştır. Her ne kadar bu antlaşma yürürlüğe girmemiş olsa da AHM ilkesine atıf yapması yönüyle kendisinden sonra düzenlenen metinlere emsal teşkil etmiştir.¹⁷⁷ Aynı şekilde, 1948 yılında hazırlanan “Bogota Ekonomik Antlaşmasında”¹⁷⁸ da AHM ilkesine yer verilmiştir.

Bu dönemde AHM ilkesine yer verilmiş olan çok taraflı antlaşmalar yürürlük kazanmamış olsa da, bu durum, ikili yatırım antlaşmalarında ilkenin kullanılmasının önünü kapatmamıştır. Özellikle ABD'nin 1950'li yıllarda ikili olarak başka devletlerle yaptığı Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer (DTS) Antlaşmalarında bu ilkeye devamlı surette yer verilmiştir. Örneğin, ABD'nin Belçika, Lüksemburg, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İsrail, Nikaragua ve Pakistan ile yaptığı DTS Antlaşmalarında yabancı kişilerin ve onlara ait malların ve işletmelerin hakkaniyetli muameleye tabi tutulacağı taahhüt edilmiştir. Öte yandan yine ABD'nin Etiyopya, Federal Alman Cumhuriyeti ve

¹⁷⁵ Salacuse, 2015, s.241.

¹⁷⁶ İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ekonomi dünyasında yapılan girişimler sonucunda IMF ve Dünya Bankasına ek olarak Uluslararası Ticaret Örgütü-UTÖ (*Intenational Trade Organization-ITO*) kurulmaya çalışılmıştır. Bu süreçte ortaya çıkan Havana Antlaşması yatırımların korunmasına ilişkin bazı hükümler de içermiştir. Mesela, antlaşmanın 11. Maddesinde bu antlaşmaya taraf devletlerin diğer taraf devletler nezdinde hareket eden kişilere zarar verecek makul olmayan ve gerekçesiz tüm işlemlerden uzak duracakları kayıt altına alınmıştır. Öte yandan devletlerin yabancılara muamelelerinde adil ve hakkaniyetli olmaları gerektiği ifade edilmiştir. Ancak sonuçta, ne Havana Antlaşması kabul edilmiş ne de Uluslararası Ticaret Örgütü kurulabilmiştir. Yine de, AHM ilkesine ve diğer ilkelere yer verilmesi o tarihten sonra ortaya çıkan metinler üzerinde etkili olmuştur.

¹⁷⁷ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, s.7; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.120; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.19; Subedi, 2016, s.35; Salacuse, 2015, s.241-242.

¹⁷⁸ Bogota Ekonomik Antlaşması yirmi tane Güney Amerika Devleti arasında 1948 yılında akdedilmiştir ancak hiç bir zaman yürürlüğe girmemiştir. Bu antlaşmada uluslararası muamele standardına ilişkin hüküm yer almasına rağmen bir çok devlet çekince koymuştur. Bu çekincelerde yatırımcılara yapılacak muamelenin devletlerin iç hukukunu ilgilendiren bir husus olduğu vurgulanmıştır. Muamele standardında ise gerekçesiz, makul olmayan veya ayrımcı muamelelerin yasak olduğu belirtilmiştir. Böylece yatırım hukukunda uygulanan ilkeler uluslararası antlaşmalarda yer almaya başlamıştır.

Hollanda ile yaptığı antlaşmalarda açık bir şekilde adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine yer verilmiştir.¹⁷⁹

ABD'nin 1950'lerdeki çalışmalarına benzer olarak, *Hermann Abs* ve *Lord Shawcross* başkanlığında Avrupalı işadamları ve hukukçuların oluşturduğu “Yurtdışındaki Yatırımlara İlişkin Taslak Antlaşma” (*Abs-Shawcross Draft*)¹⁸⁰ metni 1959 yılında oluşturulmuştur. Ancak bu metne ilişkin genel anlayış, metnin daha çok sermaye ihraç eden devletlerin çıkarlarını koruduğu yönünde oluşmuştur.¹⁸¹ Savaş sonrasında düzenlenen yatırım antlaşmalarının en önemlilerinden biri OECD Taslak Antlaşmasıdır. Bu antlaşma, OECD Konseyi tarafından 1967 yılında kabul edilmiştir¹⁸², ancak hiçbir zaman imzaya açılmamıştır. O dönem itibariyle, gelişmekte olan (*developing*) devletler ve hatta bazı gelişmiş (*developed*) devletler, ev sahibi devletin kendi ülkesine gelecek yabancı yatırımlara müdahale edebilmesini istemiştir. Ancak hazırlanan OECD Taslak Antlaşması, OECD’de hakim olan gelişmiş (*developed*) devletlerin yabancı yatırımın korunmasına ilişkin tutumu doğrultusunda hazırlanmıştır.¹⁸³

Birleşmiş Milletler’ in “Ulus Ötesi Şirketlere Yönelik Davranış Kodu”¹⁸⁴ çalışması, ev sahibi devletin ülkesinde faaliyet gösteren ulus-ötesi şirketlerin adil ve

¹⁷⁹ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), *Fair And Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, s.8; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.120.

¹⁸⁰ İkinci Dünya Savaşında sonra hükümet dışı aktörlerce gerçekleştirilen girişimlerden biri de “Yurtdışındaki Yatırımlara İlişkin Taslak Antlaşma”dır. Bu taslak metin Herman Abs ve Lord Shawcross tarafında hazırlanmıştır. Bu metin adil ve hakkaniyetli muamele ilkesini, keyfi ve ayrımcı muamele yasağını ve kamulaştırmaya karşılık adil ve etkili tazminat prensiplerini içermiştir. Abs-Shawcross konvansiyonun en önemli yeniliği ise yatırımcı-devlet tahkiminden ilk defa bahseden metin olmasıdır. Ancak içerdiği hükümler daha çok sermaye ihraç eden devletlere faydalı görünmektedir. Bu nedenle bu metin de devletler tarafından kabul görmemiştir ve emsal oluşturma niteliği zayıf kalmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schwarzenberger, G., “The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary”, *Journal of Public Law*, 1960, (9), ss.146-171.

¹⁸¹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.18; Brown, C., “The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 163; Newcombe, A. ve Paradell L., 2009, s.21-22.

¹⁸² Türkiye, OECD Taslak Antlaşmasına çekimser kalmıştır.

¹⁸³ United Nations Conference On Trade and Development (UNCTAD), *Fair And Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, s.8; Salacuse, 2015, s. 242.

¹⁸⁴ Orjinali şöyledir: “*United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*”

hakkaniyetli muameleye tabi tutulacakları kaydını içermektedir.¹⁸⁵ OECD çatısı altında 1995 yılında tartışılmaya başlanan ancak yürürlüğe giremeyen “Yatırıma İlişkin Çok Taraflı Antlaşma”¹⁸⁶ metninde de yatırımın korunmasına ilişkin bölümde, antlaşmaya taraf her bir devletin kendi ülkesinde faaliyette bulunan antlaşmaya taraf diğer devletin yatırımcısına adil ve hakkaniyetli muamele edeceği belirtilmiştir.¹⁸⁷

AHM ilkesine ilişkin ilk örnekler, İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasındaki gelişimi, ilkenin uluslararası örgütlere ait antlaşmalardaki gelişimi böylece incelenmiş oldu. Bundan sonraki bölümde ise AHM ilkesinin öncelikle ne anlama geldiği ve yatırımcıya ne gibi korumalar sağladığı konusu, tahkim kararları ile birlikte ele alınacaktır.

2. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

2.1. Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesinin Tanımlanması

AHM ilkesi, birçok iki taraflı ve çok taraflı yatırım antlaşmasında kayıt altına alınmıştır.¹⁸⁸ AHM ilkesinin kullanımı son yıllarda arttığı gibi ilkeye neredeyse tüm yatırım antlaşmalarında yer verildiği söylenebilir. Bu nedenle de, AHM kaydı yatırım antlaşmalarının “altın kuralı” olarak anılmaktadır.¹⁸⁹ Örneğin, Türkiye ile Singapur arasında imzalanan “Yatırımın Karşılıklı Korunması ve Kalkındırılmasına İlişkin Antlaşma’nın” 3. maddesine göre: “Yapılan veya onaylanan yatırımlar bu antlaşmaya uygun olarak korunur ve adil ve hakkaniyetli muameleye tabi tutulur.”¹⁹⁰ AHM ilkesinin antlaşmalardaki kullanımı incelendiğinde yeknesak bir kaydın olmadığı görülmektedir. Diğer bir deyişle, ilkeyi içeren antlaşma hükmü farklı şekillerde kaleme

¹⁸⁵ Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, 1983, para. 48; Subedi, 2016, s.43.

¹⁸⁶ Orjinali şöyledir: “*Multilateral Agreement on Investments (MAI)*”

¹⁸⁷ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text, DAF/MAI (98) 7/REV1, 22.03.1998, s. 56.

¹⁸⁸ Newcombe, A. ve Paradell, L., Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Kluwer Law International, Netherlands, 2009, s.255.

¹⁸⁹ Salacuse, 2015, s. 241.

¹⁹⁰ Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and The Government of the Republic of Singapore Concerning The Reciprocal Promotion and Protection of Investments, art.3/3. Metnin orjinali şöyledir: “*Investments made or approved ... shall be accorded fair and equitable treatment and protection in accordance with this Agreement.*”

alınmaktadır. Bu yüzden, AHM ilkesinin kesin ve belirli bir tanımı doktrinde ve yargı kararlarında henüz yapılmamıştır.¹⁹¹ Öte yandan, ilkenin içerdiği adil olma ve hakkaniyetli olma kriterlerinin somut ve sınırları belirli bir tanımının yapılamaması, devlet uygulamalarının bu konuda farklılıklar arz etmesi AHM ilkesinin açık ve tartışmasız şekilde tanımlanamamasının nedenlerindedir.¹⁹² Tahkim uygulamalarına bakıldığında, ev sahibi devletin muamelesi karşısında sınırları belirli olan bazı ilkelerin ihlal edilmediği kararı verilirken, AHM ilkesinin sınırları ve kapsamı belirli olmayan ama fazlasıyla geniş bir karaktere sahip olmasından dolayı ihlali kararı verilebilmektedir.¹⁹³ Diğer bir deyişle, AHM ilkesinin sınırlarının net olarak çizilememesi kimi hallerde ilkenin geniş yorumlanmasına neden olmaktadır.

AHM ilkesi, mutlak (*absolute*) ve şarta bağlı olmayan (*non-contingent*) bir ilkedir. Diğer bir ifadeyle ev sahibi devlet, bu ilkeyi diğer yatırımlardan veya işletmelerden bağımsız olarak uygulamaktadır. Böylece ilkenin usulüne uygun olarak uygulanıp uygulanmadığı tespit edilirken, diğer yatırımcılara veya yatırımlara yapılan muamele ile karşılaştırma yapılmamaktadır. Bir yatırım antlaşması vasıtasıyla adil ve hakkaniyetli muamele edileceği taahhüt edildiyse ev sahibi devlet, ilkeyi ihlal eden bir muameleyi diğer yabancı yatırımcılara veya ulusal yatırımcılara da aynı/benzer şekilde uyguladığını gerekçe göstererek, bu yükümlülüğünden kurtulamaz.¹⁹⁴ Örneğin, devletler yatırım antlaşmalarında EÇGU ilkesi var iken, daha iyi bir koruma sağlanacağını umarak neden AHM ilkesini antlaşmaya koymaktadır sorusu akla gelmektedir. Buna verilecek en uygun cevap, AHM ilkesinin şarta bağlı olmayan (*non-contingent*) karakteridir. EÇGU ve UM ilkelerinde ev sahibi devlet farklı yatırımcılara uyguladığı muameleye dayanırken, AHM ilkesine ilişkin olarak diğer yatırımcılara uygulanan muameleler etkili olmamakta, uluslararası hukukun koyduğu sınırlar belirleyici

¹⁹¹ Choudhury, B., “Evolution or Devolution? : Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law”, *Journal of World Investment & Trade*, 2005, (6), s. 302; Salacuse, 2015, s.241.

¹⁹² Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 713.

¹⁹³ Newcombe, A. ve Paradell, L., 2009, s.255.

¹⁹⁴ United Nations Conference On Trade and Development (UNCTAD), *Fair And Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2002, s.6; Tudor, 2008, s. 2-183; Klager, 2011, s. 304; Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 702.

olmaktadır.¹⁹⁵ Diğer yandan, AHM ilkesinin şarta bağlı olmayan bu karakteri onun tek taraflı bir muamele olduğunun göstergesidir. Daha sade bir ifadeyle, yabancı yatırımcı nasıl bir davranışta bulunursa bulunsun, ev sahibi devlet tarafından AHM ilkesinin uygun hareket edilmesi gerekmektedir.¹⁹⁶

Öte yandan, AHM ilkesinin uygulandığı hedef kitlenin tespit edilmesi gerekir. Çünkü ev sahibi devletin yabancı yatırımlara, yatırımcının şahsına veya piyasanın geneline yönelik muamelelerin hangisi ilkenin ihlali ile sonuçlanacağı önem arz etmektedir. AHM ilkesinin yer aldığı antlaşmalara ve somut uyuşmazlıklara ilişkin tahkim kararlarına bakıldığında, AHM ilkesi yatırımcıların şahsı için geliştirilmiş bir ilkeden ziyade yabancı yatırımlara uygulanan bir ilkedir. Ancak bazı ikili yatırım antlaşmalarında yatırımcılara da AHM ilkesi uygulanacağı belirtilmektedir.¹⁹⁷ Başka bir ifadeyle, yatırım hukukunun temel amacı yabancı yatırımları korumak ve teşvik etmektir. Aksine yabancı yatırımcıların uluslararası insan haklarını ya da mülkiyet haklarının korunması demek değildir.¹⁹⁸ Daha açık bir anlatımla, yabancı yatırımcının kendi kişiliğine yönelik olarak ev sahibi devletin uluslararası hukuka aykırı davranışları nedeniyle uluslararası insan haklarına başvurulması gerekir. Diğer yandan, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin egemenlik alanı içerisine yaptığı yatırımlara karşı ev sahibi devlet tarafından uluslararası hukuka aykırı muamelede bulunulması halinde AHM ilkesinin ihlalden bahsedilecektir.

Yatırım antlaşmalarına taraf olan devletler, antlaşma içerisinde AHM ilkesine yer vererek, yatırımcılarının ve onlara ait yatırımların ev sahibi devlet tarafından yapılabilecek haksız uygulamalara karşı korunduğunu taahhüt etmektedir.¹⁹⁹ Benzer şekilde, yatırım antlaşmalarında ulusal muamele ilkesine ve en çok gözetilen ulus ilkesine de yer verilmektedir. Yatırımcıların bu ilkelere ek olarak AHM ilkesine ihtiyaç duymasının nedeni, nisbi ilkelerden uzaklaşarak mutlak bir ilke kapsamında kendini

¹⁹⁵ Bronfman, M.K., Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standart, Max Planck Yearbook of United Nations Law, C. 10, 2006, s. 611; Tudor, 2008, s.2.

¹⁹⁶ Tudor, 2008, s.4

¹⁹⁷ Newcombe, A. ve Paradell, L., 2009, s.262.

¹⁹⁸ Newcombe, A. ve Paradell, L., 2009, s.263.

¹⁹⁹ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2002, s.7.

korumaya almak istemesidir.²⁰⁰ Öte yandan AHM ilkesi, tahkim uyuşmazlıklarında hakemlerin vicdani kanaatine göre (*ex aequo et bono*) karar verdikleri sübjektif bir ilke değildir. AHM ilkesi, hukuki standartlar çerçevesinde somut uyuşmazlığın yapısı da dikkate alınarak, hükme varılmasını sağlayan hukuki bir ilkedir.²⁰¹

AHM ilkesinin açıklanmasına ilişkin iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İlk yaklaşım ilkenin sadece anlamı üzerine yoğunlaşırken, ikincisi AHM ilkesini uluslararası asgari muamele ilkesine bağlı olarak yorumlamaktadır.²⁰² Buna paralel olarak, bir görüş ilkenin ne seviye uygulanacağıyla ilgili olarak, AHM ilkesinin teamül hukukun gereği olarak yatırımcıya uygulanması gereken asgari muameleyi ifade ettiğini savunmuştur. Bunun yanında diğer bir görüş, AHM ilkesinin teamül hukukunun sağladığı asgari muameleden daha iyi standartta bir muameleyi ifade ettiğini belirtmiştir.²⁰³ Buna ek olarak AHM ilkesinin kendi başına (*stand-alone*) bir ilke olduğu veya bu ilkenin ancak uluslararası teamül hukukunda yer alan yabancılara ilişkin uluslararası asgari muamele ilkesi ile yorumlanabileceği belirtilmektedir.²⁰⁴ AHM ilkesinin kendi başına, bağımsız bir hüküm olduğu düşüncesini savunanlar, genellikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesini esas alarak bu hükmü yorumlamaya çalışmaktadır. Oysa bu ilkenin uluslararası asgari muamele kuralına bağlı olduğunu savunanlar, teamül hukukunun kapsamı içerisinde bu ilkeyi ifade etmektedir. Yani, AHM ilkesinin kendi başına bir ilke olduğunu savunanlar ilkenin yer aldığı antlaşmanın yorumlanması ile ilkeyi açıklamaktadır. Ancak ilkenin teamül hukukunun bir parçası olduğunu savunanlar uluslararası asgari muamele ilkesi kapsamında AHM ilkesini yorumlamaktadır.

AHM ilkesi, yatırım antlaşmalarında sadece bir hüküm olarak yer almaktadır ve doğal olarak, bu ilkenin ne anlama geldiği ilkeye yer veren antlaşmalarda ifade

²⁰⁰ Salacuse, 2015, s.244.

²⁰¹ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 703; Newcombe, A. ve Paradell, L., 2009, s.275-276.

²⁰² United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, s.10.

²⁰³ Kotera, A., "Regulatory Transparency", The Oxford Handbook Of International Investment Law, ed. Muchlinski/ Ortino / Schreuer, (1.baskı), Oxford University Press, 2008, s.1083.

²⁰⁴ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2002, s.7.

edilmemektedir. İlkenin tanımlanmasına ilişkin bu eksiklik, ilkenin kapsamının sınırlandırılması açısından yatırımcıları ve devletleri karşı karşıya getirmektedir. Çünkü devletler, bu ilkenin sınırlı yorumlanmasını isterken; yabancı yatırımcılar ilkenin geniş şekilde yorumlanmasına taraftardır. Diğer bir deyişle, devletler AHM ilkesinin durağan bir ilke olduğunu, zaman içinde anlamında bir değişiklik olamayacağını savunmaktadır. Yabancı yatırımcılar ise bu ilkenin canlı bir ilke olduğunu zaman içinde kapsamının genişleyebileceğini ve değişebileceğini ifade etmektedir.²⁰⁵

AHM ilkesi, bir çok tahkim kararında tartışma konusu olmuştur. Buna rağmen AHM ilkesinin kapsayıcı ve sınırları belirli soyut ve her olaya uygulanabilen bir tanımını yapmak oldukça güç görünmektedir. Bu yüzden AHM ilkesinin soyut tanımlanmasına ilişkin olarak belirsizlik olduğu eleştirileri yapılmaktadır.²⁰⁶ Gerek ilkenin tanımlanmasının ve gerekse sınırlarının belirlenmesinin her uyumsuzluk karşısında karar verici merci tarafından yeniden yapılması gerekmektedir. Sonuçta, AHM ilkesinin soyut bir tanımı yapılamamaktadır ve kimilerince böyle bir soyut tanımın yapılması gerekmemektedir.²⁰⁷ Her bir vakıa karşısında ilkenin temel unsurlarını kapsayacak şekilde (şeffaflık, hukuka uygunluk, meşru beklenti, iyi niyet, keyfi muamele yasağı, ayrımcılık yasağı) somut bir tanımı yeniden yapılmalıdır.²⁰⁸ Diğer yandan, tahkim yargılamalarında görev alan hakemlerden AHM ilkesini geniş yorumlayanlar ile dar yorumlayanlar arasında yaşanan çatışma, AHM ilkesinin sınırlarının belirlenmesinde etkili olmaktadır.²⁰⁹ Özellikle yargı kararları ve doktrinin bu ilkenin tanımına ve sınırının belirlenmesine yönelik çalışmalarında bu ilkenin bir çok unsuru kapsadığı belirtilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde AHM ilkesini meydana

²⁰⁵ Choudhury, 2005, s. 297.

²⁰⁶ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 703; Salacuse, 2015, s.241; Sornarajah, M., Resistance and Change in The International Law On Foreign Investment, Cambridge University Press, 2015, s. 247.

²⁰⁷ ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.118; Draguiiev, D., “Bad Faith Conduct of States in Violation of the ‘Fair And Equitable Treatment’ Standard in International Investment Law and Arbitration”, Journal of International Dispute Settlement, 2014, (5), s. 274.

²⁰⁸ ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.118; Draguiiev, D., “Bad Faith Conduct of States in Violation of the ‘Fair And Equitable Treatment’ Standard in International Investment Law and Arbitration”, Journal of International Dispute Settlement, 2014, (5), s. 274.

²⁰⁹ Sornarajah, M., Resistance and Change in The International Law On Foreign Investment, Cambridge University Press, 2015, s. 248.

getiren ve tahkim mahkemeleri önünde usule yada maddi hukuka ilişkin koruma sağlayan unsurları ele alınacaktır. Bu unsurlardan her biri uluslararası hukukun farklı alanlarında ve yatırım hukuku kapsamında etkili olan diğer ilkelere de kullanılmaktadır. Ancak çalışmamızın başlıca konusunu AHM ilkesi teşkil ettiğinden ötürü her bir unsurun AHM ilkesine bakan yönü tahkim kararları ışığında incelenecektir.

2.2. AHM İlkesini Oluşturan Unsurlar

AHM ilkesi somut uyuşmazlıkların çözülmesi için yürütülen tahkim yargılamalarında ele alınırken, bazı unsurlar üzerinde durulmaktadır. Örneğin, ev sahibi devletin yatırımcının meşru beklentilerini zedeleyip zedelediği, şeffaf hareket edip etmediği, keyfi yada ayrımcı olup olmadığı, yabancı yatırımcının adalete ulaşması engellemeye çalışılıp çalışılmadığı yada ev sahibi devletin kötü niyetli olup olmadığı gibi hususlar araştırılmaktadır. Söz konusu unsurların birbirinden tamamen bağımsız olduğu söylenemeyeceği gibi bir çok durumda bu unsurların birbiriyle örtüştüğü de görülmektedir.²¹⁰ Tahkim kararlarında ve doktrinde AHM ilkesini oluşturduğu ifade edilen bu unsurların ele alınması gerekmektedir.

2.2.1. Şeffaflık Unsuru

Şeffaflık unsuru²¹¹, 1950-60'lı yıllarda ortaya çıkan ilk İYA'larda yer verilen bir ifade değilken, 1980'li yıllar ile birlikte ABD'nin öncülüğünde yatırım antlaşmalarında yer verilen bir unsur haline gelmiştir.²¹² AHM ilkesine ilişkin en tartışmalı konulardan birisi şeffaflık unsurudur.²¹³ Şeffaflık unsuru, birçok durumda aşağıda ifade edilecek olan hukuka uygun süreç (*due process*) ve yatırımcının meşru beklentisi (*legitimate*

²¹⁰ Salacuse, 2015, s.253.

²¹¹ Şeffaflık ilkesi üzerine yapılmış bir münhasır çalışma için bkz.: United Nations Conference On Trade And Development, Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, 2012, Geneva.

²¹² Kotera, 2008, s.1077.

²¹³ Klager, 2011, s. 234.

expectations) unsurları ile sıkı bir ilişki içerisinde bulunmakta ve hatta bazen aynı manada kullanılmaktadır.²¹⁴

ICSID'in NAFTA Antlaşması kapsamında²¹⁵ ele alınan *Metalclad*²¹⁶ davası, şeffaflık unsurunun değerlendirildiği tahkim kararlarının merkezinde yer almaktadır. Bu davada, Meksika Federal hükümeti, yabancı yatırımcının atık sektöründe yatırımını sürdürebilmesi için inşaat ve işletme izni vermiştir. Yabancı yatırımcı, gerekli tüm izinleri ve ruhsatları yetkili hükümet organlarından tedarik etmiştir. Ancak sonrasında, yatırımın yapılacağı bölgede faaliyet gösteren yerel belediye, inşaat izni vermemiştir. Bunun üzerine yatırımcı, şeffaflık unsurunun ihlal edildiğini iddia etmiştir. *Metalclad* kararında, AHM ilkesinin incelendiği kısımda şeffaflık unsuru tanımlanmıştır. Buna göre, “şeffaflık ilkesi, yapılmış bir yatırımın nasıl tamamlanacağı veya yapılması planlanan bir yatırımın nasıl başlatılacağı, tamamlanacağı veya başarılı biçimde devam ettirileceği konusunda antlaşmanın taraf devletleri nezdinde faaliyet gösteren tüm yabancı yatırımcılar tarafından önceden bilinmesi” olarak ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle şeffaflık, yatırıma ilişkin herhangi bir şüphe ve belirsizlik olmamasıdır.²¹⁷ Sonuç olarak *Metalclad* kararında, yabancı yatırımcının federal yetkililerin açıklamalarına dayanarak hareket ettiğini, federal hükümet ile yerel yetkililerin hareketlerinin çatışmasının şeffaf ve öngörülebilir bir yatırım ortamını bozacağını ve böylece NAFTA Antlaşmasının 1105. maddesinde yer alan AHM ilkesinin ihlal edilmiş olacağına karar verilmiştir.²¹⁸

Yatırım hukuku kapsamında şeffaflık unsuru ile yabancı yatırımla ilgili hukuk kurallarının, düzenlemelerin ve idari işlemlerin belirli ve öngörülebilir olması

²¹⁴ Jacob, Marc ve Schill, Stephan W., “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 733; Klager, 2011, s. 227; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.133; Tudor, 2008, s.176.

²¹⁵ ICSID Konvansiyonu 42. maddesine göre: “Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin, hukukunun (Kanunların çalışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır.”

²¹⁶ ICSID, *Metalclad Corporation v. Mexico*, Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.08.2000.

²¹⁷ ICSID, *Metalclad Corporation v. Mexico*, Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.08.2000, para.76; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.133.

²¹⁸ ICSID, *Metalclad Corporation v. Mexico*, Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.08.2000, para. 99.

amaçlanmaktadır.²¹⁹ Antlaşmalarda yer alan ve uyuşmazlıklarda öne sürülen şeffaflık unsuru, en basit manada ev sahibi devletin yatırımlarla ilgili hukuk kurallarını ve düzenlemeleri yayınlaması ya da ulaşılabilir hale getirmesidir.²²⁰ Öngörülebilirliği ve istikrarı artıran şeffaflık unsuru, yabancı yatırımları artırması yönüyle devletler tarafından bir teşvik unsuru olarak da kullanılmaktadır.²²¹

Şeffaflık ilkesine uygun olarak yürütülen bir idari süreci, ev sahibi devlet açısından ek bir yükümlülük olarak görmekten ziyade iç hukuktaki belirsizlikleri gideren bir unsur olarak görmek gerekir.²²² Çünkü yatırım yapmayı planlayan yatırımcı, etkili ve verimli bir yatırım yapmak amacıyla ev sahibi devletteki tüm uygulanabilir hukuk kurallarını ve uygulamalarını bilmeyi ve öngörebilmeyi arzulamaktadır.²²³ Bu açıdan yatırımcı, yürürlükte bulunan ilgili hukuk kurallarının tümünü önceden bilmek istemektedir. Ayrıca yabancı yatırımcı, yatırım gerçekleştikten sonra da ev sahibi devletin ilgili hukuk kurallarında yapacağı değişiklikleri kendisine bildirmesini beklemektedir. Zira, bu değişikliklere bağlı olarak, yatırımcının gerekli düzenlemeleri yapması konusunda, ev sahibi devletin yatırımcıyı uyarması adil olmanın bir gereği olur.²²⁴ Hatta bazı antlaşmalarda akit devlet, yatırımlarla ilgili yapmayı planladığı değişiklikleri henüz taslak aşamasındayken, ilgili yatırımcılara bildirmeyi taahhüt altına almaktadır.²²⁵ Öte yandan, AHM ilkesi devletler arasında imzalanan antlaşmalarda yer alan bir kayıt olduğundan dolayı şeffaflık unsurunun ev sahibi devlete yüklediği sorumluluk kapsamında taahhüt edilen muamele belirli bir yatırımcıya karşı değil, genel bir sorumluluktur. Daha sade bir dille, bir İYA kapsamında AHM ilkesini taahhüt eden

²¹⁹ United Nations Conference On Trade And Development, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, 2010, Geneva, s. 77; Tudor, 2008, s.176.

²²⁰ United Nations Conference On Trade And Development, *Transparency*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, 2012, Geneva, s. 20.

²²¹ Klager, 2011, 228.

²²² Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 735.

²²³ Salacuse, 2015, s. 260.

²²⁴ Salacuse, 2015, s. 260.

²²⁵ Canadian Model Bilateral Investment Agreement, 2004, *Transparency*, m.19, <<https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>> (19.06.2017)

bir devletin, İYA'sına taraf diğer devlet nezdinde hareket eden tüm yatırımcılara bu muameleyi uygulaması gerekmektedir.²²⁶

Yatırım antlaşmalarında yer verilen AHM kaydı içerisinde bazı hallerde, AHM ilkesi tek başına kullanılırken, diğer bazı hallerde ise şeffaflık ilkesinin bir gereklilik olduğu ayrıca vurgulanmaktadır. Bunu göz önünde bulundurarak, antlaşmadaki AHM ilkesinde şeffaflık unsurunun bir gereklilik olduğunun açıkça belirtilmemesi hâlinde şeffaflık unsurunun ihlal edilmesi AHM ilkesini ihlal etmeyecektir denilebilir mi? Diğer bir deyişle, AHM ilkesi kendiliğinden şeffaflık unsurunu içermekte midir yoksa bu unsurun ayrıca ve açıkça AHM kaydı içerisinde belirtilmesi gerekmekte midir? Buna ilişkin olarak şeffaflık unsuru, AHM ilkesi içerisinde ayrıca ve açıkça belirtilmese dahi, zımnî olarak şeffaflık unsurunun AHM ilkesi içerisinde barındığı kabul edilmektedir.²²⁷ Diğer bir ifadeyle, yatırım antlaşmasında AHM kaydı içerisinde şeffaflık unsuruna yer verilme de bu unsurun ihlal edildiğinin tespit edilmesi hâlinde AHM ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Öte yandan, eğer şeffaflık unsuru AHM kaydı içerisinde açıkça ve ayrıca belirtildiyse, bu durumda şeffaflık unsurunun AHM ilkesinin doğal gereği olduğunu vurgulamaya gerek olmaksızın antlaşmanın lafzına dayanarak şeffaflık unsurunun varlığı kanıtlanmaktadır.²²⁸

AHM ilkesinin ihlal edildiğine dair şeffaflık unsurunun bir gerekçe olarak gösterildiği diğer bir tahkim uyuşmazlığı *Maffezini* davasıdır.²²⁹ Arjantinli *Emilio Augustin Maffezini* isimli şahıs 1989 yılında İspanya'da bazı kimyasal maddelerin üretimi için *EAMSA* isimli bir şirket kurmak amacıyla İspanya devlet kurumlarından biriyle (*SODIGA*) ortaklık kurmuştur. Bu projeyi yürütmek amacıyla, özel danışma şirketleriyle bağlantılı şekilde bir arsa satın alınmıştır ve gerekli belgeler temin edilmiştir. Tesisin kurulmasında şirket, maddi zorluklarla karşılaştığından sermaye artırımına gitmiştir. Bu amaçla şirket, borç taleplerinde bulunsa da bunların birçoğu karşılık bulmamıştır. Bunun üzerine devlet kurumu olan *SODIGA*, *Emilio Maffezini*'nin

²²⁶ United Nations Conference On Trade And Development, Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, 2010, Geneva, s. 77.

²²⁷ Salacuse, 2015, s.260; Klager, 2011, s.227.

²²⁸ Klager, 2011, s.227; Kotera, 2008, s.1083.

²²⁹ ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain*, Dava No. ARB/97/7, 09.11.2000

teminat hesabından *EAMSA* şirketine 30 milyon peseta (*İspanyol eski para birimi*) meblağ transfer etmiştir. Söz konusu işlem gerçekleşirken *Maffezini* isimli şirket yetkilisinden onay alınmamıştır. Bu uyuşmazlığa ilişkin tahkim kararında, bu borç verme işleminin şeffaflık unsurunu taşımadığı, zira yatırımcının iradesi dışında böyle bir işlem gerçekleştirildiği gerekçesiyle Arjantin-İspanya İYA'sında yer alan AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²³⁰

Şeffaflık unsuru gereğince yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin tutarlı hareket ederek belirsizlikten uzak, tamamen öngörülebilir tutum içerisinde olmasını beklemektedir. Böylece yatırımcı, yatırımı etkileyecek kuralları, düzenlemeleri, idari direktifleri önceden bilerek bunlara uygun hareket edecektir.²³¹ Bu konuya ilişkin olarak *Tecmed* davasına²³² değinmekte yarar vardır. Bu davada, *Cytrar* isimli şirket Meksika'da tehlikeli atık sahasında faaliyet gösteren bir firmadır. Söz konusu faaliyeti yapabilmek için Meksika Ulusal Ekoloji Enstitüsü'nden faaliyet izni alması gerekmektedir. Bu izin, beş yıl için geçerli olmakta ve sonrasında yenilenmektedir. Fakat 1998 yılında ilgili Enstitü bu şirketin faaliyet iznini yenilemeyi reddetmiştir ve şirketin faaliyetini sonlandırmasını istemiştir. Yatırımcı başlattığı tahkim incelemesinde, yerel yönetim değişikliği (siyasi nedenler) nedeniyle faaliyet izninin yenilenmediğini, söz konusu izin için gerekli yeterliliğe sahip olduğunu iddia etmiştir.²³³ Bu bağlamda tahkim kararında, ev sahibi devletin daha önceden verilmiş kararları, ruhsatları ya da izinleri keyfi bir tutumla iptal etmesi veya yenilememesinin, yabancı yatırımcının bu durumu öngörmemesinin mümkün olmaması nedeniyle, AHM ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.²³⁴ Böylece *Tecmed* kararında şeffaflık unsurunun

²³⁰ ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Dava No. ARB/97/7, 09.11.2000, para. 83.

²³¹ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, para.154.

²³² ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003.

²³³ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, para.42.

²³⁴ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, para. 152-174.

maddi hukuka bakan yönü üzerinde fazla durulmamış, ev sahibi devletin idare hukukundaki usule aykırı işlem yapmasına vurgu yapılmıştır.²³⁵

Lemire davasında²³⁶, davalı devletin hukuk kurallarını göz ardı eden yöntemlerle ve tamamen yargı kontrolünden uzak şekilde gerekli lisansları gizli yollarla sağlamasının AHM ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Çünkü bu uygulama diğer ihlallerin yanında bariz bir şekilde şeffaflık ilkesini ihlal etmektedir.²³⁷ Sonuç olarak şeffaflık unsuru gereğince, yabancı yatırımcıların ülke içerisinde faaliyet göstermesi için gerekli olan izinlerin, tamamen şeffaf bir süreç sonucunda verilmesi ve ev sahibi devletin keyfi bir tutum göstermeden tüm yatırımcılara öngörülebilir bir ortam sağlaması beklenmektedir.

2.2.2. Usule Uygunluk ve Hukuka Uygun Süreç (*Due Process*)

Hukuka uygun sürece²³⁸ ilişkin gereklilikler tahkim kararlarında çokça tartışma alanı teşkil etmemektedir. Ancak bu sürece ilişkin eksiklikler ise ekseriyetle AHM ilkesinin ihlali ile sonuçlanmaktadır. Yani, iç hukukta uygulanan hukuki sürece ait gereklilikler uluslararası yatırım hukukunda uygulanan AHM ilkesini de etkilemektedir.²³⁹ Hukuka uygun süreç ilkesi başlangıçta sadece usule ilişkin bir ilke olarak değerlendirilse de günümüzde maddi hakların da garantisi haline gelmiştir.²⁴⁰ Yatırımcının hukuki sürece ilişkin hakları; yatırımcının bağımsız bir mahkeme önünde adil bir yargılanmaya tabi tutulması, yatırımcının duruşmadan önce iddia edilen hususlara ilişkin olarak bilgilendirilmesi, davanın makul şekilde gerekçelendirilmesi gibi hususları kapsamaktadır.²⁴¹ Ev sahibi devletin, yargılama faaliyeti dışında ayrıca yasama veya idari faaliyetleriyle de süreci hukuka uygun yürütme gerekliliği ihlal

²³⁵ Schill, S.W., “Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law”, Global Administrative Law Series, IILJ Working Paper 2006, (6), s.21.

²³⁶ ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.01.2010.

²³⁷ ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.01.2010, para. 418.

²³⁸ “Due process of law” kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: (Altıparmak, K., “ “Due Process of Law” Kavramının Amerikan hukukundaki Yeri Üzerine bir İnceleme”, AÜHF, 1996, (1), ss.219-250.)

²³⁹ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, para.134.

²⁴⁰ Altıparmak, 1996, s. 219.

²⁴¹ Choudhury, 2005, s. 305.

edilebilmektedir.²⁴² Hukuka uygun sürece ilişkin eksiklikler yargılama faaliyetine zarar vererek bariz şekilde adaletten uzak kararlara varılmasına yada idari süreçte hakim olması gereken şeffaflık ve tarafsızlık ilkelerinin zarar görmesine neden olabilmektedir.²⁴³ Diğer yandan, tahkim mercileri genellikle ev sahibi devletin iç hukukundaki işlemlerini ve kararlarını incelerken ilgili devletin egemenlik haklarına müdahale etmemeye gayret göstermektedir.²⁴⁴

Yabancı yatırımlara karşı hukuka uygun süreç unsuruna tabi olarak davranılması kaydı, bazı hallerde AHM ilkesini barındıran antlaşma hükmü içerisine de yerleştirilmektedir. Örneğin, ABD-Fas arasında akdedilen Serbest Ticaret Antlaşması'nda akit tarafların her biri antlaşmada yer verilen yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamele edeceklerini taahhüt etmiştir.²⁴⁵ Aynı hüküm içerisinde, akit devletlerin adil ve hakkaniyetli muamelenin başlıca dünya hukuk sistemlerinde yer alan “hukuka uygun süreç” (*due process*) unsuruna uygun olarak hareket etmesini de kapsadığı belirtilmiştir.²⁴⁶ Diğer bir ifadeyle, hukuka uygun süreç gerekliliğinin AHM ilkesinin bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Böylece hukuki süreç unsurunun ihlal edilmesi halinde AHM ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

Hukuka uygun süreç unsuruna ilişkin incelenmesi gereken ilk durum hızlı ve adil duruşma ve yargılanma ilkesidir. Bu kapsamda AHM ilkesi gereğince, bir yabancı yatırımcının ihlal iddiasının çözüme kavuşturulması için ilgili ev sahibi devletin iç hukuk yolları kullanılırken, keyfilikten uzak ve adil bir yargılanma sonucunda ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda bazı hallerde yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen sözleşmelerde uyuşmazlık çözüm prosedürü olarak öncelikle iç hukuk yollarının kullanılması öngörülmektedir.²⁴⁷

²⁴² Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.142.

²⁴³ ICSID, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Dava No ARB(AF)/00/3, 30.04.2004, para. 98.

²⁴⁴ Tudor, 2008, s.159.

²⁴⁵ United States- Morocco Free Trade Agreement, m. 10.5/1 15.06.2004, <http://tcc.export.gov/static/final_text_Morocco_FTA.pdf> (15.06.2017)

²⁴⁶ United States- Morocco Free Trade Agreement, m. 10.5/2(a) 15.06.2004, <http://tcc.export.gov/static/final_text_Morocco_FTA.pdf> (15.06.2017)

²⁴⁷ Örneğin, Türkiye ile Küba arasında 1997 yılında imzalanan ve 1999 yılında yürürlüğe giren Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvik Edilmesine İlişkin Antlaşmanın altıncı maddesinde yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak yatırımcı, uyuşmazlığı ev sahibi

Adil yargılanma, hukuka uygun süreç içerisinde olumsuz etkilenen yatırımcının meşru haklarını makul bir zaman içinde ilgili merciler önünde savunabilmesidir.²⁴⁸ Bu yüzden adil bir yargılama sürecinin gerçekleşmesi, uyuşmazlığın uluslararası merciler önüne taşınması halinde AHM ilkesinin ihlal edilip edilmediğini tespiti açısından önem kazanmaktadır.

AHM ilkesinin ihlal edildiğini iddia eden bir yabancı yatırımcı, uyuşmazlığın çözülmesi için iç hukuk yollarına başvurduğunda başvuru merci olan yerel mahkeme, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak karar vermesi gerekmektedir. Bu haliyle, ilgili mahkemelerin hukuka uygun olarak kurulmuş olması ve bilhassa tarafsız ve bağımsız hareket etmesi önem kazanmakta ve uygulamada da tartışılmaktadır. Bu unsura ilişkin bazı tahkim kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

*Loewen*²⁴⁹ tahkim kararında, Mississippi Eyalet Mahkemesi'nin Kanadalı yatırımcı için yaptığı yargılama ele alınmıştır. *Loewen*, yerel mahkemede jüri duruşma görülürken mahkeme yargıcının, iddia makamının davayla ilgisiz şekilde ayrımcı iddialarda bulunmasına izin verdiğini savunmuştur. Buna göre yerel mahkemenin yaptığı yargılama, hukuka uygun süreç unsurunu ciddi boyutta zedelemiştir. Mahkeme kararında uyuşmazlık taraflarının ırkının tartışma konusu olması ve milli duyguların kararda rol alması mahkemenin taraflı davrandığı yönünde tartışmalarına neden olmuştur.²⁵⁰ Sonuç olarak tahkim kararında, yerel Mahkemenin verdiği kararın hatalı olduğuna adalete uygun olmadığına hükmedilmiştir.²⁵¹

devletin yargı organları önünde taşıdıktan sonra bir (1) sene sonunda hala çözüme kavuşmaması halinde uyuşmazlığı uluslararası merciler önüne taşıyabileceği kayıt altına alınmıştır. Bu durumda, her iki devlet nezdinde faaliyet gösteren yatırımcıların hak ihlali iddialarını çözüme kavuşturabilmesi için öncelikle iç hukuk yoluna başvurması gerekmektedir. Dünyada yürürlükte bulunan İYA'lardan seksen iki (82) tanesinin iç hukuk yolunun kullanılmasını uluslararası mercilere gitmeden önce ön şart olarak belirttiği görülmektedir.(<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>>(09.11.2017))

²⁴⁸ ICSID, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Dava No. ARB/03/16, 02.10.2006, para. 435.

²⁴⁹ ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003.

²⁵⁰ ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, para. 56-67.

²⁵¹ ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, para. 54.

Yargılama sonrasındaki sürecin hukuka uygun olarak yürütülmesine ilişkin *Petrobart*²⁵² davasında ise yabancı yatırımcı, yerel mahkeme önünde devlet kurumu aleyhine açtığı davayı kazanmıştır. Ancak ev sahibi devlet, mahkeme kararının icra edilmesini engellemiş, ilgili devlet kurumunun malvarlığını transfer etmiş ve sonrasında kurumun iflas ettiğini duyurmuştur. Tahkim kararında, devletin yargılama sürecine müdahalede bulunduğu gerekçesiyle AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²⁵³

Hukuka uygun süreç unsuru, yerel mahkemelerde usule uygun ve adil yargılanma icra edilmesini amaçladığı gibi, yatırımcının yatırıma hazırlık sürecinde idare ile girdiği ilişkilerde de usule uygun davranılmasını bir gereklilik olarak görmektedir. Ancak yargılama süreci ile idari sürecin hukuka uygunluk açısından karşılaştırması yapılması halinde, yargısal süreçte hukuka uygunluk kriterlerinin daha sıkı uygulandığı belirtilmektedir.²⁵⁴ Örneğin, *Alex Genin*²⁵⁵ davasında Estonya Merkez Bankası, hisse sahiplerine ilişkin gerekli bilgileri vermeyen bir bankanın bankacılık lisansını iptal etmiştir.²⁵⁶ Buna ilişkin tahkim kararında, yabancı yatırımcının lisansının iptal edilmesi Estonya hukukuna uygun olduğu belirtilse de; lisansın iptal edilmesi sürecinde uygulanan idari prosedürün genel uygulamaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Örneğin, lisansı kaybetme müeyyidesi ile karşı karşıya olduğunun bankaya resmi olarak bildirilmemesi, lisansın iptal edilmesine ilişkin görüşmelere bankanın katılmasının sağlanmaması ve lisansın iptal edildiğinin kamuya duyurulmasından önce kararın değiştirilebilmesi için bankaya fırsat tanınmaması gibi nedenler tahkim kararında eleştirilmiştir.²⁵⁷ Ancak aksine, idari prosedürdeki bu eksikliklerin AHM ilkesini ihlal edecek boyutta olmadığı ve Estonya Merkez Bankası'nın kanundan doğan yetkilerini

²⁵² Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, 29.03.2015.

²⁵³ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, 29.03.2015, s.26.

²⁵⁴ UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, 26.01.2006, para. 200.

²⁵⁵ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001.

²⁵⁶ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, para. 42-61.

²⁵⁷ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par. 364.

kullanarak bankacılık lisansını iptal ettiği ifade edilmiştir.²⁵⁸ Benzer bir yaklaşımla *Thunderbird*²⁵⁹ davasında, idari prosedürde meydana gelen usulsüzlüklerin doğrudan AHM ilkesinin ihlali manasına gelmeyeceği ve ancak belirli bir ağırlık ve yoğunlukta olması halinde, AHM ilkesini ihlal edeceği belirtilmiştir.²⁶⁰

Metalclad davasında, yetkili makam olan belediye konseyi, yabancı yatırımcıya gerekli inşaat iznini vermemiştir. Ancak *Metalclad* şirketi bu toplantıya davet edilmemiş veya orada bulunmasına imkan tanınmamıştır. Bu nedenle tahkim kararında prosedürün hukuka uygun yürütülmediği ve yatırımcının yetkililerce dinlenmediği gerekçesiyle AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²⁶¹ Buradan hareketle, hukuka uygun süreç unsuru hem idari prosedürlerde ve hukuki aşamalarda etkili olan bir unsur olduğu tahkim kararlarında da görülmüştür. AHM ilkesinin ihlal edilip edilmediği konusu, iddia edilen ihlalin ağırlığına ve sürekliliğine göre her bir uyuşmazlıkta ayrıca ele alınmaktadır.

2.2.3. Yatırımcının Meşru Beklentisi

Sözleşmeden doğan ilişkilerde tarafların sözleşmeye uygun olarak davranması, uluslararası hukukta ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*)²⁶² olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası hukukta genel bir prensip olan ahde vefa ilkesi, sözleşmenin taraflarının iyi niyetli olarak sözleşmenin gereklerini yerine getirmesini ifade etmektedir. Devletler arasında akdedilen antlaşmalarda ahde vefa ilkesinin uygulanması gerektiği yönüyle bir tartışma söz konusu değildir. Ancak aynı ilkenin yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında imzalanan sözleşmeler için geçerli olduğu söylenebilir mi? Doktrinde, devlet ile yatırımcı arasında akdedilen antlaşmaların bir idari sözleşme olduğu belirtilmektedir. Bu durumda tarafları devletler olan antlaşma ile tarafları devlet ile yabancı yatırımcı olan sözleşmenin hukuki niteliklerinin farklı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin,

²⁵⁸ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par. 373.

²⁵⁹ UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, 26.01.2006.

²⁶⁰ UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, 26.01.2006, para. 200.

²⁶¹ ICSID, *Metalclad Corporation v. Mexico*, Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.08.2000, para. 91-99.

²⁶² *Pacta Sunt Servanda* ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Wehberg, H., “Pacta Sunt Servanda”, AJIL, 1959, (53), ss. 775-786; Hyland, R., “Pacta Sunt Servanda: A Meditation”, VJIL, 1994, (34), ss. 405-433; Sharp, M.P. “Pacta Sunt Servanda”, Columbia Law Review, 1941, (41/5), ss. 783-798.

kamu yararının gerektirdiği hallerde devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmelerin sonlandırılabilmesi ifade edilmektedir.²⁶³

Yabancı yatırımcı, bir ülkede yatırım yaparken mutlaka bu yatırım sonucunda menfaat elde edeceğine dair bir beklentisi vardır. Yatırım sektöründe ticari kazancın esas amaç olması nedeniyle yatırım yapılan ülkede hukuki belirlilik ve bireylerin eylemlerinin sonuçlarını öngörebilmesi gibi özellikler olmazsa olmaz şartlar olarak değerlendirilmektedir.²⁶⁴ Ev sahibi devlet ise ikili yatırım antlaşmaları yoluyla potansiyel yatırımcıların ilgisini çekmek ve yabancı yatırımcıları kazanç sağlayacaklarına dair beklentiye sürüklemek istemektedir. Bu beklentiler, ev sahibi devletin hukuk sisteminin istikrarlı bir düzeyde devam edeceğine ilişkin olarak yabancı yatırımcıya zımni veya açık güvenceler vermesi yada yatırımcıya münhasır bazı teşvikler sunması şeklinde olabilmektedir.²⁶⁵ Meşru beklentiye ilişkin tahkim kararları ve uluslararası teamül hukukundaki iyi niyet ilkesi incelendiğinde, ev sahibi devletin istikrarlı hukuk kuralları veya teşvikler ile yatırımcıda makul ve haklı bir beklenti oluşturmaktadır. Sonrasında bu beklentileri boşa çıkaracak veya zedeleyecek hamleler yapması yada beklentileri yerine getirememesi halinde yatırımcının meşru beklentisinin zarar görmesi gerekçesiyle AHM ilkesinin ihlal edildiğine²⁶⁶ karar verildiği görülmektedir.²⁶⁷ Bu yönüyle meşru beklenti kavramı, AHM ilkesinin başlıca

²⁶³ Klager, 2011, s. 168.

²⁶⁴ Potestà, M., “Legitimate Expectations In Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of A Controversial Concept”, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 2013, (28/1), s. 95.

²⁶⁵ Klager, 2011, s.164-165.

²⁶⁶ Yatırımcının meşru beklentisinin AHM ilkesi ile ilişkili olduğunu savunan kararlardan bazıları şunlardır: ICSID, *PSEG Global Inc. Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, Dava No. ARB/02/5, 19.01.2007; ICSID, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, Dava No.ARB(AF)/00/2, 29.05.2003; ICSID, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, Dava No. ARB/03/6, 02.11.2006; ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/12, 14.07.2006; ICSID, *Siemens A. G. against Argentine Republic*, Dava No.ARB/02/8, 06.02.2007; ICSID, *LG&E Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. against Argentine Republic*, Dava No.ARB/02/1, 25.07.2007; ICSID, *Enron Corporation, Ponderosa Assets L.P. against Argentine Republic*, Dava No.ARB/01/3, 22.05.2007.

²⁶⁷ Salacuse, 2015, s. 254; UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, 26.01.2006, para. 147; Potestà, 2013, s. 103.

unsurlarından birini teşkil etmektedir²⁶⁸ ve şeffaflık ilkesi ile yakın bağlantı içerisindedir.²⁶⁹

Ev sahibi devlet, yatırımcının bazı beklentiler içerisine girmesini sağlamaya çalışırken, aynı zamanda ev sahibi devletin içinde bulunduğu koşullar ise sürekli değişim hâlinindedir. Koşulların sürekli değişim halinde olması karşısında ev sahibi devletin sağladığı imkânlarda hiçbir değişiklik olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu yüzden ev sahibi devletin siyasi, ekonomik veya çevre koşullarının değişmesi nedeniyle yatırım gerçekleşirken, yabancı yatırımcıya vermiş olduğu taahhütleri değişen koşullara uyarlaması gerekmektedir.²⁷⁰ Yatırımcı açısından bakıldığında ise, yatırımı gerçekleştirdiği sırada uygulanan şartların hiç değişmeksizin²⁷¹ devam edeceğini düşünmek makul bir davranış olmayacaktır.²⁷² Çünkü ekonomik ve hukuki yaşam, doğası gereği sürekli gelişim halindedir.²⁷³ Hatta, yatırımcının beklentilerinin meşru ve haklı olduğu belirlenirken, aynı zamanda ev sahibi devletin ülkesinde değişen şartlara göre devletin kamu yararı doğrultusunda

²⁶⁸ UNCITRAL, *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v The Czech Republic*, Kısmi Karar (Partial Award), 17.03.2006, para. 302; Pandya, Abhijit P.G. ve Moody, A., “Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future”, *Tilburg Law Review*, 2010, s. 105; Newcombe, A. ve Paradell, L., 2009, s.279.

²⁶⁹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.134.

²⁷⁰ Subedi, 2016, s.200; Pandya, Abhijit, P.G. ve Moody, A., *Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future*, *Tilburg Law Review*, 2010, s.95.

²⁷¹ Devletler, egemenlik yetkisinin bir gereği olarak her zaman ekonomik yada hukuki çerçevede değişiklikler yapmaktadır. Ancak devlet ile yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmeleriyle her iki tarafın da uzun süreli planlamalar yaptığı göz önüne alındığında, yatırımcıların bu uzun süreli yatırımlar için çekinmeleri anlaşılabilir bir durum olmaktadır. Çünkü uzun dönem bir yatırım sürecinde, ev sahibi devletin yabancı yatırımı ilgilendiren hukuki veya ekonomik değişiklikler yaparak yatırımcının zarara uğramasına neden olabilmektedir. İşte bu ihtimalin önüne geçilerek yatırımları korumak ve teşvik etmek adına yatırım antlaşmalarında “istikrar klostarı” (*stabilisation clauses*) kullanılmaktadır. İstikrar klostarı, böyle riskleri en düşük seviyeye çekmek amacıyla yatırım ve imtiyaz sözleşmelerinde kullanılmaktadır. İstikrar klostu, bir çok farklı şekilde sözleşmelerde görülmektedir. Örneğin; sözleşmede “dondurucu klostu” (*freezing clause*) yer verilmesi halinde, ilgili yatırımcıya sözleşme süresi boyunca sözleşmenin imzalandığı tarihteki hukuk kuralları uygulanmaktadır. Bir bakıma sözleşmenin akdedildiği tarihteki tüm hukuk kuralları ilgili yatırımcı için donmaktadır. Diğer bir istikrar klostu ise “ekonomik denge klostarıdır” (*economic equilibrium clauses*). Bu klost ile yatırımcı, yatırımdan elde etmeyi planladığı ekonomik getiriyi güvence altına almaktadır. Diğer bir ifadeyle, yatırımı kötü etkileyecek bir değişikliğin yapılması halinde yatırımcı ile devlet arasında yapılan müzakereler sonucunda belirlenecek miktarda yatırımcıya tazminat ödenmektedir.

²⁷² ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, par.333.

²⁷³ ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011, par. 352; Pandya, Abhijit P.G. ve Moody, Andy, 2010, s.96; Newcombe, A. ve Paradell, L., 2009, s. 282.

düzenlemeler yapma hakkının bulunduğu göz önüne alınmaktadır.²⁷⁴ Bu durumda tarafların çatışan çıkarları arasında bir denge kurulması ve taahhütlerin değişen şartlara göre AHM ilkesi doğrultusunda uyarlanması gerekmektedir.²⁷⁵ Yani, ev sahibi devletin şartların değişmesi nedeniyle yatırımcının meşru beklentilerini ihlal etmemek kaydıyla makul düzenleme yapma hakkı bulunmaktadır.²⁷⁶ Öte yandan basiretli bir yatırımcının, yatırım yapmadan önce ev sahibi devletin hukuk düzenini dikkatli bir şekilde incelemesi gerekirken; ev sahibi devlet de hukuk düzeninin yatırımcı açısından meşru beklenti oluşturabileceği ve olası değişikliklerin de gelecek adına yeni beklentiler meydana getirebileceğini öngörmesi gerekmektedir.²⁷⁷

Yabancı yatırımcının yatırımdan elde edeceği meşru beklentiler, bir çok unsur tarafından etkilenebilmektedir. Öncelikle, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik tutumunun AHM ilkesinin ihlalini doğurması için bu tutumun kesin, açık ve belirli olması gerekmektedir.²⁷⁸ Yani, belirsiz hareketler veya yatırımcının kendince elde ettiği çıkarımlar, meşru beklenti oluşturmamaktadır. Bunun yanında ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilen herhangi bir hareket, tutum, işlem, ifade, izin veya ruhsat yatırımcının meşru beklentisine yol açabilmektedir.²⁷⁹ Bu yönüyle, beklentileri etkileyecek unsurların sınırlandırılması gerekmektedir. Örneğin, ev sahibi devletin ülkesindeki hava koşulları, siyasi istikrar yada piyasadaki dalgalanmalar gibi unsurlar yatırımcının beklentileri etkilemektedir. Ancak bunlar gibi doğal değişimlerin AHM ilkesini ihlal edeceği kabul görmemektedir. Meşru beklentilerin zedelenmesi, ev sahibi devletin hukuki ve siyasi hamleleri sonucunda meydana gelmesi halinde AHM ilkesinin ihlali söz konusu olmaktadır.

²⁷⁴ UNCITRAL, *Saluka Investments Bv (The Netherlands) V The Czech Republic*, Kısmi Karar (*Partial Award*), 17.03.2006, para. 305; Snodgrass, E., “Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle”, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 2006, (21/1), s. 53; Potestà, 2013, s. 112.

²⁷⁵ Snodgrass, 2006, s. 53; Potestà, 2013, s. 113.

²⁷⁶ Tudor, 2011, s. 168; McLachlan QC, Campbell, vd. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (İkinci Baskı), Oxford University Press, New York, 2010, s.239; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.134; UNCITRAL, *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v The Czech Republic*, Kısmi Karar (*Partial Award*), 17.03.2006, para. 306.

²⁷⁷ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.134.

²⁷⁸ Newcombe, A., Paradell, L., 2009, s.282.

²⁷⁹ Newcombe, A., Paradell, L., 2009, s.280.

AHM ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar verilebilmesi için öncelikle her bir olayda yabancı yatırımcının meşru beklentisinin sınırlarının belirlenmesi ve diğer taraftan ev sahibi devletin, yatırımı etkileyecek şekilde düzenleme yapma yetkisinin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.²⁸⁰ Diğer bir ifadeyle, ev sahibi devlet kendi iç hukukuna dayanarak yatırımı etkileyecek düzenlemeler yaparken yatırımcının meşru beklentisini ihlal etmesi halinde AHM ilkesinin ihlali de tartışma konusu olacaktır. Öte yandan iç hukuk çerçevesi içinde yatırımcının beklentilerini ihlal eden bir uygulamanın, doğrudan AHM ilkesini ihlal edeceği, yani ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmamaktadır.²⁸¹ Bu çerçevede, söz konusu ihlalin daha ileri bir düzeyde olması gerekmektedir. Yani, yatırım ortamının hukuki ve idari değişikliklerle ciddi düzeyde bozulması ya da belirli yatırımcıya yönelik siyasi düşmanlık gösterilmesi AHM ilkesini ihlal edebilecek etkenler arasındadır.²⁸² Mesela hükümet yetkililerinin yabancı yatırımcıyı teşvik edici ve cesaretlendirici yorumlarda bulunması, yatırımcıda meşru beklenti oluşturmaya için yeterli görülmemiştir.²⁸³

Yatırımcının meşru beklentileri, yatırımın gerçekleştiği sırada ev sahibi devlette hâkim olan hukuki düzene uygun olarak oluşmaktadır. Yani meşru beklentinin varlığı için yabancı yatırımcının yatırımın gerçekleşmesi anında var olan beklentileri esas alınmaktadır.²⁸⁴ Bu görüşü destekler nitelikte, *GAMI*²⁸⁵ davasındaki tahkim heyeti, yatırımcının yatırım yapmaya karar verdiği andan önceki hukuk kuralları veya düzenlemeler hakkında değerlendirme yapma yetkisi olmadığına karar vermiştir.²⁸⁶ Diğer yandan *Continental Casualty* davasında, yatırımın gerçekleşmesinden sonra

²⁸⁰ Salacuse, 2015, s. 255.

²⁸¹ Potestà, 2013, s. 105.

²⁸² Klager, 2011, s.187.

²⁸³ UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, Final Award, 30.11.2011, par. 10.3.7.

²⁸⁴ Sornarajah, 2010, s.354; Potestà, 2013, s. 103; ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic Of Ecuador*, Case No. ARB/04/19, 18.08.2008, par. 340; UNCITRAL, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, 03.11.2008, par. 173; ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 128.03.2011, par. 70.

²⁸⁵ UNCITRAL, *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004.

²⁸⁶ UNCITRAL, *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004, para.93.

hükümetin sağladığı garantilerin başvuruçunun dayanağı olamayacağı, çünkü yatırımcının bu garantiler verilmeden piyasaya girdiği ifade edilmiştir.²⁸⁷

Ev sahibi devletin, yatırımcının meşru beklentilerine saygı duyması mutlak bir unsur değildir. Diğer bir ifadeyle, yatırımcıya sağlanan bu koruma sınırsız ve koşulsuz bir hak sağlamamaktadır.²⁸⁸ Buna bağlı olarak ev sahibi devletin kendi hukuk sistemini, yatırımcının beklentilerini karşılamak adına yatırımcıya göre uyarlaması beklenmemektedir. Hatta ev sahibi devletin hukuk sistemini değiştirebileceği ve değişen koşullara uyarlayabileceği ihtimali yatırımcı tarafından göz önüne alınması gerekmektedir. Örneğin, ev sahibi devlet çevreye ilişkin hukuk kurallarını uluslararası standartların seviyesine taşımak için²⁸⁹ iç hukukunda değişiklik yapması halinde ve bu değişikliklerin, iyi niyet ve ayrımcılık yasağı ilkelerine uygun olarak uygulaması şartıyla yatırımcının AHM ilkesinin ihlal edildiği ve meşru beklentilerinin zarar gördüğü iddiası karşılık bulmayacaktır.²⁹⁰ Öte yandan yatırımcının meşru beklentilerini etkileyen diğer bir unsur ise ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyidir. Diğer bir ifadeyle, bir yabancı yatırımcının gelişmekte olan bir ülkeye yatırım yapması ile gelişmiş bir ülkeye yatırım yapması halinde bu yatırımdan ötürü oluşacak beklentilerinin aynı olmayacağı aşikardır.²⁹¹

Meşru beklenti kavramı, gelişimini daha çok içtihatlarla bağlı olarak sürdürmektedir.²⁹² Meşru beklentinin oluşmasına ilişkin bir genel kabule göre meşru beklenti, doğrudan ev sahibi hükümet tarafından sarf edilen ifadelere veya hareketlere dayanması halinde ortaya çıkmaktadır.²⁹³ Ev sahibi devletin iradesini ortaya koyduktan sonra yatırımcının meşru beklenti içine girebilmesi için söz konusu iradenin hangi yollarla ortaya koyulması gerektiği konusunda yatırımcı ile ev sahibi devlet farklı

²⁸⁷ ICSID, *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Dava No ARB/03/9, 05.09.2008, par. 259.

²⁸⁸ UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Separate Opinion of Professor Thomas W. Wälde 26.01.2006, par. 30.

²⁸⁹ Uluslararası antlaşmalar ve teamüllere uygun olarak yapılan değişikliklerin yatırımcının zararını doğurması halinde dahi hukuka uygun olacağı görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Subedi, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2016, s. 201-211.

²⁹⁰ Salacuse, 2015, s. 255.

²⁹¹ Tudor, 2008, s.165.

²⁹² Potestà, 2013, s. 89.

²⁹³ ICSID, *Metalclad Corporation v. Mexico*, Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.08.2000, para.99.

argümanlar sunmaktadır. Örneğin, hükümetin hareketsiz kalması veya iradesini net ortaya koymayan ifadelerde bulunması halinde yatırımcının beklentilerinin meşru olduğu söylenebilecek midir? Buna ilişkin olarak *Thunderbird* kararında Meksika, yatırımcının meşru beklentiye sahip olabilmesi için kendisine verilmiş bir izin, lisans ya da kabul olması gerektiğini savunmuştur. Ancak tahkim kararında daha geniş bir görüş benimsenerek, yatırımcının lisans veya izin işlemlerinin dışında hükümetin diğer hareketlerinden ötürü meşru beklenti içerisine girebileceğine karar verilmiştir.²⁹⁴ Öte yandan, doğrudan yatırımcıya yönelik bir işlem veya ifade olmaksızın, piyasanın geneline yönelik bir tutum olması halinde de yatırımcı beklenti içerisine girmektedir. Kısaca, piyasanın genelini etkileyen bir ihlal olması halinde ev sahibi devletin piyasadaki şirketlere karşı sorumluluğu doğmaktadır.²⁹⁵ Ayrıca yatırımcı kamu yararı, ölçülülük ve makul olma unsurlarına dayanarak bir beklenti içerisine girmesi halinde ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik bir garantisi olmasa dahi söz konusu beklentilerin meşru olduğuna karar verilmiştir.²⁹⁶ Diğer bir deyişle, yabancı yatırımcının objektif kriterler çerçevesinde sahip olduğu meşru beklentiler, ev sahibi devlet tarafından ayrıca garanti altına alınmasa dahi AHM ilkesi kapsamında korunmaktadır.

Aynı konuya ilişkin *SPP*²⁹⁷ davasında savunucu Mısır hükümeti, Mısır devleti nezdinde çalışan kamu görevlilerinin idari işlemlerinden bazılarının Mısır iç hukukuna açık bir şekilde aykırı olduğu gerekçesiyle hükümsüz olduğunu savunmuştur. Diğer bir ifadeyle, söz konusu işlemlerin uluslararası yatırım hukuku bağlamında ihlal doğursa bile iç hukukta hükümsüz olmasından ötürü uluslararası hukuk sorumluluğu doğurmayacağını savunmuştur. Ancak tahkim kararında bu savunma reddedilmiş ve Mısır hukukuna uygun olsun veya olmasın, hükümet yetkililerince yapılan hareketlerin yatırımcı nezdinde uluslararası hukuka uygun olarak meşru beklentiye yol açtığına karar verilmiştir.²⁹⁸ Diğer bir manada, ihlali meydana getiren hareketin veya ihmalin bir

²⁹⁴ Tudor, 2008, s.166.

²⁹⁵ Snodgrass, 2006, s. 9.

²⁹⁶ Potestà, 2013, s. 116.

²⁹⁷ ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic Of Egypt*, Dava No. ARB/84/3, 20.05.1992.

²⁹⁸ ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic Of Egypt*, Dava No. ARB/84/3, 20.05.1992, para. 82-83.

şekilde devlete dayandırılması halinde ev sahibi devletin sorumluluğu doğacaktır.²⁹⁹ Ayrıca ev sahibi devletin iş dünyası, hukuk mevzuatı ve uygulamaları yada devletin geçmişteki tutumu da yatırımcının beklentiye girmesine sebep olabilmektedir. Bu durumda yatırımcı, kendine özgü bir teşvik desteği veya garanti olmaksızın, aynı durumda olan herhangi bir yatırımcının sahip olabileceği beklenti üzerinden hareket etmektedir ve tahkim kararlarında da bu şekilde değerlendirilmektedir.³⁰⁰

Meşru beklenti unsurunun rol oynadığı ve ev sahibi ülkedeki genel hukuki atmosfer üzerine yoğunlaşan birçok tahkim kararı bulunmaktadır.³⁰¹ *Occidental Exploration*³⁰² davası, Ekvator vergi hukukunun yorumlanmasına ve yabancı yatırımcıya KDV'nin (Katma Değer Vergisi) geri ödenmesinden sonra yerel vergi kurumlarınca bu işlemin iptal edilerek KDV'nin tekrar tahsil edilmesine ilişkindir. Bu olaya ilişkin tahkim kararında AHM ilkesiyle ilgili olarak yatırımın ve ekonomik kaynakların en verimli şekilde kullanılabilmesi için ev sahibi devletin istikrarlı bir ortam sağlaması gerektiği ve hatta bunun AHM ilkesinin başlıca unsurlarından biri olduğu ifade edilmiştir.³⁰³ Sonuç olarak, yabancı yatırımcı ödemiş olduğu KDV'yi geri alması gerekirken, vergi mevzuatında yapılan değişiklikler ile geri ödemenin önlenmesi, hukuki istikrarı bozması nedeniyle AHM ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.³⁰⁴ AHM ilkesi gereğince ev sahibi devlet hukuki ve ticari açıdan piyasayı istikrarlı sürdürmesi gerekmektedir. Bu çerçevede sonuçta, uluslararası hukukta, yabancı yatırımcılar için KDV'nin geri ödenmesine ilişkin bir kural bulunmazken, hukuk ve iş

²⁹⁹ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 726; Sornarajah, 2010, s.354.

³⁰⁰ ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Award, 128.03.2011, par. 70.

³⁰¹ UNCITRAL, London Court of International Arbitration, Dava No. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004; ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Dava No ARB/02/1, 25.07.2007; ICSID, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/3, 22.05.2007.

³⁰² UNCITRAL, London Court of International Arbitration, Dava No. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004.

³⁰³ UNCITRAL, London Court of International Arbitration, Dava No. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, para. 183.

³⁰⁴ UNCITRAL, London Court of International Arbitration, Dava No. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, para. 187.

dünyasında ani veya şiddetli değişimlerin yapılmaması gerektiğine ilişkin bir kural bulunmaktadır.³⁰⁵

*PSEG*³⁰⁶ davasında, hukuk mevzuatının sürekli değişmesi ve bu nedenle de hukuki uygulamaların ve mevzuatın yorumlanmasının devamlı surette değişime uğramasının istikrarı zedelediği ve belirsizlik meydana getirdiği ifade edilmiştir.³⁰⁷ Buna karşın *Impregilo* davasında, yatırımcının meşru beklentisinin korunması, ev sahibi devletin hukuk kurallarını hiç bir koşulda değiştirmeyeceği ve özellikle de kriz zamanlarında değişim yapmayacağı manasına gelmediği hüküm altına alınmıştır. Ancak ev sahibi devletin makul olmayan hukuki değişikliklerinden herhalde uzak durması gerekmektedir.³⁰⁸

Yatırımcının meşru beklentisinin sınırları *Parkerings*³⁰⁹ davasında belirtilmiştir. Buna göre yatırımcı, ev sahibi devletten açık bir taahhüt ya da garanti alması veya ev sahibi devletin zımni olarak güvence vermesi hallerinde yatırımcının beklentilerinin meşru olduğu kabul edilmektedir. Diğer yandan ev sahibi devletin herhangi bir güvence veya garanti vermemesi halinde ise devlet ile yatırımcı arasında akdedilen sözleşme, yatırımcının meşru beklentilerini belirlemek açısından belirleyici role sahip olmaktadır. Aynı zamanda yatırımın gerçekleşmesi sırasında ev sahibi devletin davranışları yatırımcının meşru beklentilerini belirlemek açısından belirleyici olmaktadır.³¹⁰ Bu açıdan bakıldığında yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen sözleşmeden doğan her bir “umut” uluslararası hukuk bağlamında meşru beklenti oluşturmamaktadır.³¹¹ Öte yandan her devlet, egemenlik hakkının gereği olarak yasama gücünü kullanmaktadır. Buna bağlı olarak her devlet takdir hakkını kullanarak kendi hukuk sistemini oluşturan yasaları düzenleme, değiştirme yada ilga etme hakkına sahiptir. Genel olarak her

³⁰⁵ UNCITRAL, London Court of International Arbitration, Dava No. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, para. 191.

³⁰⁶ ICSID, *PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic Of Turkey*, Dava No. ARB/02/5, 19.01.2007.

³⁰⁷ ICSID, *PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic Of Turkey*, Dava No. ARB/02/5, 19.01.2007, para. 254; Klager, 2011, s.169.

³⁰⁸ ICSID, *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/07/17, 21.06.2011, par. 291.

³⁰⁹ ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007.

³¹⁰ ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, para. 331.

³¹¹ ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, para. 344.

yatırımcı veya iş adamı yasaların zaman içerisinde değiştiğini ve geliştiğini bilmektedir yada tahmin edebilmektedir . Bu açıdan bakıldığında AHM ilkesinin ihlalinin ilgili devletin yasama yetkisini haksız, makul olmayan ve adaletsiz bir şekilde kullanması sonucunda gerçekleştiği kabul görmektedir.³¹² Bu karardan hareketle, ev sahibi devletin yatırım öncesi veya sonrasında hukuk mevzuatında ya da uygulamasında yapacağı makul ve adalete uygun değişikliklerin AHM ilkesini ihlal ettiği iddiası kabul edilmemektedir.

Ev sahibi devletin idari organının hukuken tutarlı olması gerektiğine ilişkin davalardan en önemlilerinden biri *Tecmed*³¹³ davasıdır. Ayrıca AHM ilkesinin meşru beklenti kavramını kapsadığını ifade eden ve meşru beklentinin sınırlarının belirlenmesi açısından bir tanımlamaya girişen ilk içtihat da *Tecmed* kararıdır. Bu davada *Tecmed* isimli şirket, endüstriyel atık depolama alanı üzerinde faaliyet göstermektedir. Bu depolama alanı federal yetkililerce gerekli faaliyet iznine sahip iken daha sonra sivil toplum örgütlerinin ve halkın bu depolama alanını protesto etmesi sonucunda, şirketin faaliyet izni yenilenmesi gerekirken, yenilenmemiştir. Bu nedenle ilgili yatırımcı birçok nedenin yanında, meşru beklentilerinin zedelenmesi nedeniyle AHM ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Buna ilişkin tahkim kararında, AHM hükmü uluslararası hukuktaki iyi niyet ilkesine uygun olarak yorumlanması halinde yatırım antlaşmasının tarafları, yabancı yatırımcının yatırım yaparken öngördüğü “temel beklentilerini” (*basic expectations*) etkileyecek muamelede bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin tutarlı hareket etmesini, belirsizlikten uzak ve tamamen şeffaf şekilde ilişkilerini sürdürmesini beklediği anlatılmıştır. Böylece yatırımcı, yaptığı yatırımı etkileyebilecek hukuk kurallarını, idari uygulamaları ve direktifleri önceden bilerek ona uygun hareket edecektir. Öte yandan, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin tutarlı hareket ederek daha önceden verilmiş kararları

³¹² ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, para. 332.

³¹³ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003.

veya izinleri keyfi olarak iptal etmemesi yönünde meşru beklenti içerisinde olduğu ifade edilmiştir.³¹⁴

Tecmed kararının gerekçesinde yatırım konusu depolama alanının kullanımının hukuka aykırılık içermediği, bu alanın tercih edilmesinde ilgili şirketin ihmalinin bulunmadığı ve sonrasında ortaya çıkan siyasi protestoların önceden öngörülebilir olmadığı ifade edilmiştir. Diğer yandan, *Tecmed* şirketi faaliyet izninin devam edeceğine ilişkin beklenti içerisindeyken bir anda faaliyet izninin yenilenmemesiyle karşılaşmıştır.³¹⁵ Bu gerekçelere dayanarak Meksika hükümetinin, yatırımcının meşru beklentilerini ihlal ettiğine karar verilmiştir.³¹⁶ Diğer yandan, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının meşru beklentisini ve böylece AHM ilkesini ihlal ettiğine ilişkin bu tahkim kararı bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Buna göre yatırımcının meşru beklentilerine ilişkin tespitlerin, standardı aşırı şekilde genişlettiği, ve sadece kusursuz idari düzenlemelerin ve uygulamaların bu ölçüde başarılı olabileceği vurgulanmıştır.³¹⁷

Adil ve Hakkaniyetli Muamele ilkesinin etki alanına giren yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki diğer bir ilişki sözleşmelerden doğmaktadır. Çek Cumhuriyeti'nde Komünist rejimin yıkılmasının ardından 1989 yılında medya organlarının çoğulcu bir anlayış içerisinde çalışmasının önünü açmak amacıyla mevzuatta değişikliğe gidilmiştir. Yine bu kapsamda, medya kuruluşlarının lisanslarını vermek ve mevzuata uygun hareket edilip edilmediğini denetlemek amacıyla Medya Konseyi kurulmuştur ve sonrasında 1990'ların başlarında medya organlarının özelleştirilmesi hareketi başlamıştır. Bu süreçte Çek Medya Konseyi küçük bir Çek şirketi olan *CET 21*'e yayın yapma lisansı vermiştir. *CET 21*'in yani ilk defa bir özel yayın kuruluşunun yayın yapacak olmasından ötürü, yayın yapması için *CEDC* şirketinin uzmanlığından ve maddi desteğinden yararlanmak istemiştir. Aynı zamanda *CEDC* kanalının çoğunluk hisselerine sahip *Roland Lauder*, medya piyasasına girmek istemektedir. Ancak henüz komünist rejimden çıkmış bir ülkede, çoğunluğuna yabancı

³¹⁴ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, para. 152-174; Pandya, Abhijit P.G. ve Moody, Andy, 2010, s.107.

³¹⁵ Snodgrass, 2006, s. 9.

³¹⁶ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, para. 174.

³¹⁷ Klager, 2011, s. 176; Potestà, 2013, s. 102.

birinin sahip olduğu şirketin faaliyet göstermesi siyasi olarak tartışmalı görüldüğünden dolayı *CEDC* ve *CET 21* şirketleri ortaklaşa faaliyet gösterebilecekleri, *CNTS* adında bir Çek şirketi kurulmuştur. *CNTS* şirketi başarıyla kurulduktan sonra Medya Konseyi, bu şirketin faaliyet göstermesinin uygun olduğunu ve şirket kuruluş belgesinin sunulduktan sonra da faaliyet gösterebileceğini ifade etmiştir. Ancak Medya Kanunu 1995 yılında değişmiştir. Uzunca bir süre *CNTS*'in yayın yapmasına ilişkin hukuki tartışmalar sürdükten sonra Medya Konseyi, *CNTS*'e yönelik gerekli lisansa sahip olmadığından ötürü idari soruşturma başlatmıştır.³¹⁸ Bu soruşturma sonucunda *CET 21* ile *CNTS* şirketlerinin kendilerine özgü bu ilişkisinin hukuken mümkün olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu lisansın sadece *CET 21* şirketine tanındığına ve münhasıran onun kullanabileceğine karar verilmiştir.³¹⁹ *Lauder* davasına ilişkin tahkim kararında, Medya Konseyi'nin daha önce onayladığı bir sözleşmeden doğan ilişkinin, sonradan uygun görülmemesi AHM ilkesini ihlal etmediğine karar verilmiştir.³²⁰ Aynı olaya ilişkin olarak diğeri bir şirket tarafından ileri sürülen *CME*³²¹ davasında ise tahkim heyeti, Medya Konseyi'nin siyasi müdahalede bulunarak AHM ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar gerekçesinde, başlangıçta Medya Konseyi'nin şirketlerin ortak bir şirket ile yayın hakkına sahip olacağına karar vermesinin yayıncı şirketlerde meşru beklenti oluşturduğuna karar vermiştir. Sonrasında bu iznin iptal edilmesinin önceki sözleşmenin istikrarı bozduğuna hükmedilmiştir. Her ne kadar ilgili sözleşmenin taraflarından biri devlet değilse de yani şirketler arasında akdedilmişse de bu sözleşmenin AHM ilkesi kapsamında olacağına karar verilmiştir.³²²

Devletin taraf olduğu sözleşmeler kapsamında tutarlı hareket etmesi ve taahhütlerine uygun davranmasıyla ilgili diğeri bir dava ise *Eureko BV*³²³ davasıdır. *Eureko* tahkim kararında, AHM ilkesinin yabancı yatırımcıların sözleşme kapsamındaki haklarını koruduğı kesin bir dille ifade edilmiştir.³²⁴ *Eureko* şirketi Polonya'daki özelleştirme sürecinde *PZU* adlı sigorta şirketine ait hisselerin yüzde yirmisini satın

³¹⁸ UNCITRAL, *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 03.09.2001.

³¹⁹ Klager, 2011, s.181.

³²⁰ UNCITRAL, *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 03.09.2001, para. 289-304.

³²¹ UNCITRAL, *CME Czech Republic (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Final Award, 14.03.2003.

³²² Klager, 2011, s.181.

³²³ *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005.

³²⁴ *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005, para. 232.

almıştır. Ayrıca *Eureko* şirketi, Polonya Hazine Kurumu ile yaptığı hisse satış sözleşmesi gereğince, *PZU* şirketinin hisselerinin olası halka arz edilmesi durumunda önalım hakkı elde etmiştir. Ancak söz konusu halka arz işlemi, Polonya hükümetinin özelleştirme politikasındaki değişiklik nedeniyle geciktirilmiş ve sonrasında iptal edilmiştir. Tahkim kararında, Polonya hükümetinin özelleştirme politikasını milliyetçi çizgiye kaydırarak hisse satış sözleşmesinde yer verdiği taahhütlerini yerine getirmemesi ve böylece, yabancı yatırımcının ilgili şirketin çoğunluk hisselerine sahip olamamasından ötürü ev sahibi devletin yabancı yatırımcının sözleşmeden doğan temel beklentilerini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Çünkü yatırımcı, ev sahibi devlet ile yaptığı sözleşme gereğince olası bir hisse satışında ön alım hakkı elde etmiştir ve bu durum yatırımcıyı gelecekte ilgili şirketin çoğunluk hisselerine sahip olma beklentisi içerisine sokmuştur. Sonuçta *Eureko* kararında, ev sahibi devletin sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı davranmasından ötürü AHM ilkesinin bariz bir ölçüde ihlal edildiğine karar verilmiştir.³²⁵

Yatırım sözleşmesinin tarafları olan devlet ve yatırımcı sözleşme gereğince yükümlüklerini yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. *Parkerings* kararında belirtildiği üzere sözleşmenin tarafları akdettikleri sözleşmeye bağlı olarak sahip oldukları “umut (*hope*)” uluslararası hukuk bağlamında doğrudan meşru beklenti oluşturmamaktadır. Sözleşme sonucunda tarafların bir “iç beklenti” içerisine girdikleri kabul edilmektedir. Bu beklentinin zedelenmesi halinde doğrudan uluslararası hukuk koruması sağlanmasa da iç hukuk yollarınca hak talep edilmektedir.³²⁶ Bunu destekler nitelikte, *Duke* kararında başvuru şirketin beklentilerinin yalnızca sözleşmeden kaynaklı olduğu bu nedenle de devletler arasında akdedilen İYA (İkili Yatırım Antlaşması) kapsamında korunan haklardan olmadığına karar verilmiştir.³²⁷ Sonuç olarak, yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmeden doğan haklar ile uluslararası hukuktaki meşru beklenti kavramı

³²⁵ *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005, para. 231.

³²⁶ ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, para. 344.

³²⁷ ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic Of Ecuador*, Case No. ARB/04/19, 18.08.2008, par. 358.

birbirinin yerine kullanılamamaktadır³²⁸ ve farklı iki alanı teşkil etmektedir.³²⁹ Bu durum, devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmenin ihlal edilmesi halinde devletin doğrudan uluslararası sorumluluğu doğmayacağı ilkesiyle de tutarlıdır.³³⁰

Yatırımcının gereken özeni göstermesine ilişkin *MTD* davasında, Şili hukukunda ticari amaçlar için kullanılamayacak bir arsanın Şili hükümeti ile *MTD* şirketi ile yapılan bir sözleşme gereğince faaliyetine izin verilmesi nedeniyle *MTD* şirketinin beklenti içine girdiği ifade edilmiştir. Kararda, *MTD* şirketinin bağımsız bir araştırma yaptırmış olsaydı söz konusu projenin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı anlaşılabileceği ve buna bağlı olarak da şirketin meşru beklenti içine girmeyeceği belirtilmiştir. Netice itibarıyla verilen kararda, yatırımcının meşru beklentilerinin korunması gerektiği ancak yatırımcının da gereken özeni göstermediği ifade edilerek gereken tazminatın yarısına hükmedilmiştir.³³¹ Meşru beklentiye ilişkin tahkim kararlarında yatırımcının meşru beklentisinin ihlal edilip edilmediğine karar verilirken dikkate alınan diğer bir kriter ise ev sahibi devletin gelişmişlik seviyesidir. *Metalpar*³³² kararında, yatırımcının Arjantin'deki otomobil endüstrisi hakkında tecrübesi ve bilgisi olduğu ve otomobil endüstrisinin zor durumda olduğunu bildiği ifade edilmiştir. Bu durumda yatırımcının Arjantin'deki kötü durumdan kendisinin etkilenmeyeceğini veya Arjantin hükümetinin bu kötü gidişatla mücadele etmek için hukuki mevzuatında değişiklikler yapmayacağını öngörmesi makul görünmemektedir. Bu nedenle de ev sahibi devletin AHM ilkesini ihlal etmediğine karar verilmiştir.³³³

Meşru beklenti ilkesi başlangıçta usule ilişkin güvenceler sağlarken, bu ilkeye ilişkin tahkim kararları bu güvenceyi daha ileri götürerek yatırımcının bu ihlalden

³²⁸ Crawford, J., "Treaty And Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, 2008, (24/3), s.351.

³²⁹ ICSID, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Dava No. ARB/07/24, 18.06.2010, par. 335.

³³⁰ Uluslararası yatırım hukukunda anlaşma ve sözleşme kavramları arasındaki ilişki üzerine daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Crawford, J., "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, 2008, (24/3), ss.351-374.

³³¹ ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Dava No. ARB/01/7, 25.05.2004, par. 246.

³³² ICSID, *Metalpar S.A. And Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/5, 06.06.2008.

³³³ ICSID, *Metalpar S.A. And Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/5, 06.06.2008, par. 187.

tazminat elde etmesinin önünü açmıştır.³³⁴ Bu haliyle usule ilişkin bir güvence olan meşru beklenti ilkesi, tazminata hak kazandıran maddi bir güvence olmuştur.³³⁵ Başka bir ifadeyle, meşru beklenti ilkesi önceleri destekleyici bir karaktere ve kapsama sahip iken son zamanlardan güçlenerek tek başına varlık gösteren bağımsız bir kavram haline gelmiştir.³³⁶

Yatırımcının meşru beklentisinin ihlaline ilişkin iddialar, tahkim kararlarında incelenirken ev sahibi devletin bu beklentileri oluşturma yönündeki açık veya zımni uygulamaları ve ifadelerinin yanında raporlar, sirkülerler, sözleşme veya antlaşmalar göz önüne alınmaktadır.³³⁷ Hatta sadece doğrudan yatırımla ilgili hususların ötesinde ev sahibi devletin siyasi, sosyo-ekonomik, kültürel ve tarihi yapısı da sonuca ulaşmada rol almaktadır.³³⁸ Bu yüzden de AHM ilkesinin ihlali olaydan olaya değişkenlik arz etmektedir.³³⁹ Ancak aynı olaya ilişkin kararlarda tutarsız sonuçlara ulaşılması (*Lauder ve CME kararları*)³⁴⁰ söz konusu ilkelerin meşruiyetini zedelemektedir.³⁴¹ Öte yandan meşru beklentinin ihlali, basit şekilde sonraki durum ile önceki durumun karşılaştırması sonucunda meydana gelen farklılaşma demek değildir. Yatırımcının bilmediği veya bilmesi beklenmeyen bir sebep nedeniyle aleyhine sonuç doğuran bir sonuçla karşılaşması mutlaka gerekli bir şarttır.³⁴²

ICSID içtihatlarına bakıldığında yatırımcılar, meşru beklentilerinin ihlal edilmesi yoluyla AHM ilkesinin ihlal edildiğini ve diğer yandan dolaylı kamulaştırma yapıldığı

³³⁴ Meşru beklentinin usul hukuku kapsamında veya maddi hukukta korunması arasındaki fark, bazı Avrupa devletlerinin hukukunda başlangıçta sadece usule ilişkin koruma sağlayan sistemin zamanla maddi hukuk koruması da sağlaması ile değişime uğramıştır. Usule ilişkin korunma sağlanmasıyla meşru beklenti, idare organının işlemleri ile ihlal edilen yatırımcının ihlal iddiasını yetkili makamlar önünde savunması için hak tanımaktadır. Öte yandan maddi hukuka ilişkin korunma sağlaması halinde ihlal iddiasını yetkili makamlara sunan yatırımcı eski hale iade veya tazminat hak etmektedir. İç hukukta durum bu şekilde iken, uluslararası yatırım hukukunda tazminat yaptırımı tercih edilmektedir.

³³⁵ Sornarajah, 2010, s.355.

³³⁶ UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Separate Opinion of Professor Thomas W. Wälde 26.01.2006, para. 30.

³³⁷ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.134; Snodgrass, 2006, s. 9; Potestà, 2013, s. 103.

³³⁸ ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic Of Ecuador*, Case No. ARB/04/19, 18.08.2008, par. 340.

³³⁹ Tudor, 2011, s.168; Snodgrass, 2006, s. 57.

³⁴⁰ Klein, B., "How to Avoid Conflicting Awards: The *Lauder* and *CME* Cases", JWIT, 2004, (5/1), ss.19-22.

³⁴¹ Klager, 2011, s. 186.

³⁴² Jacob, Marc ve Schill, Stephan W., 2015, s. 727.

iddialarını öne sürmektedir. Bu ihlal iddiaları arasında keskin bir farklılık bulunmamaktadır.³⁴³ Buna ilişkin içtihatlar bakıldığında meşru beklenti kavramının AHM ilkesi çatısı altında daha başarılı bir korumaya alındığı ifade edilebilmektedir. Buna ilişkin olarak *Saluka* kararında, meşru beklenti unsurunun AHM ilkesinin başat ögesi (*dominant element*) olduğu belirtilmiştir.³⁴⁴ *El Paso*³⁴⁵ davasında ise AHM ilkesinin tanımlanırken birçok kavramı içinde barındırdığını ve meşru beklenti kavramının ise ilkenin merkezini teşkil eden bir unsur olduğu belirtilmiştir.³⁴⁶ Diğer yandan *Lemire* davasında meşru beklenti unsuru ile AHM ilkesinin sıkı sıkıya bağlı olduğu vurgulanmıştır.³⁴⁷

Meşru beklenti kavramının AHM ilkesinin önemli bir unsuru olduğunu gösteren diğer bir belirti de devletler arasında akdedilen yatırım antlaşmalarında yer verilen AHM maddesinde meşru beklenti unsuruna yer verilmese de tahkim kararlarında bu duruma bakılmaksızın AHM ilkesini değerlendirirken meşru beklenti kavramının dikkate alınmasıdır.³⁴⁸ Hatta, yatırım antlaşmasında adil ve hakkaniyetli muamele taahhüdü içeren hüküm olmasa ve ayrıca meşru beklentinin korunması gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiş de olsa, yatırımcının meşru beklentileri koruma altında bulunmaktadır.³⁴⁹ Diğer taraftan, meşru beklenti kavramı AHM ilkesinin bir gereği olmasının da ötesinde kavramın ilk zamanlardan beri uluslararası hukuktaki iyi niyet (*good faith*) ilkesinin bir gereği olduğu da savunulmuştur.³⁵⁰ Bunların dışında meşru beklenti ilkesinin başlı başına uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olması gerektiğini savunan tezler de bulunmaktadır. Özellikle Avrupa’da yerel mahkemelerde meşru beklentiye atıf yapılarak devletin sorumlu tutulması ve uluslararası düzeyde

³⁴³ ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011, par.227.

³⁴⁴ UNCITRAL, *Saluka Investments Bv (The Netherlands) V The Czech Republic*, Kısmi Karar (*Partial Award*), 17.03.2006, par. 302.

³⁴⁵ ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011.

³⁴⁶ ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011, par. 348.

³⁴⁷ ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Award, 128.03.2011, par. 69.

³⁴⁸ ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Award, 128.03.2011, par. 68.

³⁴⁹ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.135.

³⁵⁰ Dolzer, R., “New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property”, AJIL, 1981, (75), s. 580.

devlet-yatırımcı uyumsuzluklarında bu ilkeye saygı gösterilmesi bu düşünceye dayanak olarak gösterilmektedir.³⁵¹

2.2.4. İyi Niyet

BM'nin "Devletlerin Ekonomik Hakları ve Yükümlülüklerine"³⁵² ilişkin kararında iyi niyet ilkesinin devletler arasındaki ekonomik ilişkilerde en temel unsurlardan biri olduğu kabul edilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'nın *Nuclear Tests*³⁵³ davasında iyi niyet ilkesinin hukuki yükümlülük oluşturmada ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde en temel ilkelerden biri olduğu vurgulanmıştır.³⁵⁴ Öte yandan, iyi niyet ilkesi başlı başına bir yükümlülük oluşturmaktan ziyade var olan yükümlülüklerin yerine getirilmesi adına uygulanan iki taraflı bir yükümlülüktür. Yani, AHM ilkesi kapsamında yer alan iyi niyet ilkesi, bu ilkenin gerektirdiği yükümlülöklere ek bir yükümlölük getirmediğı gibi eksiltme de yapmamaktadır.³⁵⁵

İyi niyet ilkesi, genel olarak uluslararası hukukta ve özel olarak uluslararası yatırım hukukunda kullanılan geniş kapsamlı bir ilkedir.³⁵⁶ Genel olarak, uluslararası hukuk açısından iyi niyet ilkesi incelendiğinde devletler arasında akdedilen antlaşmaların yorumlanmasında başlıca kaynak olan Viyana Antlaşmalar Hukuku Antlaşması'nın "antlaşmaların genel yorum kuralı" başlıklı 31(1) maddesinde: "*Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alélâde mânaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır*"³⁵⁷ denilmektedir.³⁵⁸ Buna uygun olarak, devletler arasında akdedilen yatırım

³⁵¹ Uluslararası hukukun genel ilkeleri ve idare hukuku alanında meşru beklenti kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Snodgrass, E., Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 2006, (21/1), ss. 1-58; Potestà, M., "Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding The Roots and The Limits Of a Controversial Concept", ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 2013, (28/1), ss. 88-122.

³⁵² UNGA, "Charter of Economic Rights and Duties of States", A/RES/29/3281, 12.12.1974.

³⁵³ ICJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, 20.12.1974.

³⁵⁴ ICJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, 20.12.1974, par. 46.

³⁵⁵ Tudor, 2008, s.174.

³⁵⁶ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.144; Paparinkis, M., "Good Faith and Fair and Equitable International Investment Law", Good Faith and International Economic Law, (ed. Mitchell/Sornarajah/Voon), (1. Baskı), Oxford University Press, 2015, s.143.

³⁵⁷ Maddenin orjinal hali şöyledir: "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."

³⁵⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22.05.1969 (Yürürlük tarihi: 27.01.1980), m. 31/1.

antlaşmalarının iyi niyetle yorumlanması gerekmektedir. Öte yandan, devletler arasında imzalanan İYA'larda ya da devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmelerde gelecekte meydana gelmesi muhtemel tüm sorunların kayıt altına alınması mümkün değildir. Bu yüzden iyi niyet ilkesi uygulanarak olası ihlallerden kaçınılması amaçlanmaktadır.³⁵⁹ Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi kapsamında iyi niyet ilkesi, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının ilişkilerini sürdürdükleri süre boyunca tarafların birbirlerine iyi niyetli davranma yükümlülüğünü ifade eder. Her ne kadar AHM ilkesi ev sahibi devletin yatırımcıya karşı uygulamakla yükümlü olduğu tek taraflı bir ilke ise de, iyi niyet ilkesi iki taraflıdır. Yani, iyi niyet ilkesi ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında her iki tarafın da sahip olduğu karşılıklı haklar ve yükümlülükler doğurmaktadır. AHM ilkesi gereğince sadece ev sahibi devlet adil ve hakkaniyetli muamele etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle yabancı yatırımcının iyi niyet ilkesini ihlal etmesi halinde yabancı yatırımcının AHM ilkesini ihlal ettiğinden bahsedilemez. Ancak, AHM ilkesinin ihlaline karar verildikten sonra hükmedilecek tazminatın miktarı belirlenirken yatırımcının iyi niyetli olup olmaması tazminat miktarını belirlemede belirleyici rol oynamaktadır.³⁶⁰

ABD-Meksika Ortak Komisyonu'nun 1926 yılında incelediği *Neer*³⁶¹ davasında, bir devletin yapmış olduğu bir eylemin veya işlemin ölçüyü aşması, kötü niyetli olması veya kasıtlı ihmal içermesi halinde ya da bunlarında ötesinde makul ve tarafsız her insanın kavrayabileceği düzeyde yetersiz olması halinde adil ve hakkaniyetli muamelenin ihlal edileceği ve ilgili devletin uluslararası sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir.³⁶² *Neer* kararında, bir yabancı yatırımcıya uygulanan muameleye ilişkin yatırım hukuku standartları üzerinde durulmasının ötesinde genel olarak, ev sahibi devletin bir yabancıya yönelik muamelesinin sınırları belirlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, sadece yatırım hukukuna yönelik bir karar değil, genel olarak uluslararası teamül

³⁵⁹ Dolzer, R., Schreuer, C., 2008, s.6.

³⁶⁰ Tudor, 2008, s.173.

³⁶¹ *L. F. H. Neer And Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15.10.1926, Reports of International Arbitral Awards, (4), ss. 60-66.

³⁶² *L. F. H. Neer And Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15.10.1926, Reports of International Arbitral Awards, (4), s. 61-62.

hukukunda yabancıya karşı devletlerin muamelesine yönelik bir karar verilmiştir.³⁶³ Böylece *Neer* kararı ile yabancılara ilişkin asgari muamelenin sınırları belirlenmiştir.

AHM kapsamındaki iyi niyet ilkesi, AHM ilkesi ile birbirlerinin zorunlu bir parçası olarak değil, tamamlayıcı unsurları olarak var olmaktadır.³⁶⁴ Bu durumda yatırımcıya zarar veren ev sahibi devletin söz konusu tutumunu iyi niyetle yerine getirdiğini ve bu nedenle de AHM ilkesinin ihlal edilmediğini savunması geçerli olacak mıdır? Buna ilişkin olarak *Mondev* kararında, adil ve hakkaniyetli muamelenin ihlal edilmesi için ev sahibi devletin muamelesinin çok aşırı ve acımasız olmasının zorunlu olmadığı belirlenmiştir. Ev sahibi devletin yatırımcıya kötü niyetle hareket etmeksizin de adil ve hakkaniyetli muameleye aykırı davranabileceği ihtimali vurgulanmıştır.³⁶⁵ Bunu destekler bir görüş olarak *Loewen* kararında, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin ihlal edilebilmesi için kötü niyetin zorunlu bir unsur olmadığı ifade edilmiştir.³⁶⁶ Mesela, birçok ihlal iddiası ile birlikte iyi niyet ilkesinin de ihlal edildiği yatırımcı tarafından ortaya konulabilir. Buna ilişkin deliller sunulduktan sonra, her ne kadar tahkim heyeti ev sahibi devletin kötü niyetli olmadığına karar verse de aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak ev sahibi devletin AHM ilkesini ihlal ettiğine karar vermesi için bir engel bulunmamaktadır.

Yatırım antlaşmaları çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için kurulan tahkim heyetleri veya mahkemeler AHM ilkesine ilişkin hukuki gerekçeleri ifade ederken iyi niyet ilkesine belirleyici bir rol vermektedir.³⁶⁷ Bu kapsamda *Tecmed* kararında, uluslararası yatırım antlaşmasındaki adil ve hakkaniyetli muamele ilkesini ihtiva eden hükmün uluslararası hukuktaki iyi niyet ilkesinden doğduğu belirtilmiştir. Devamında, bu hükmün iyi niyet ilkesi çerçevesinde yorumlanması gerektiği ve bu

³⁶³ Draguiev, 2014, s. 274.

³⁶⁴ Tudor, 2008, s.174.

³⁶⁵ Salacuse, 2015, s. 266, ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.116; ICSID, *Azurix Corp. V. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/12, 14.07.2006, par. 372; ICSID, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v.Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/3, 22.05.2007;ICSID, *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Dava No. ARB/02/8, 06.02.2007, par. 299.

³⁶⁶ ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, par. 132; ICSID, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*,Award, Dava No. ARB(AF)/05/Z, 18.09.2009, par. 296.

³⁶⁷ Paparinkis, 2015, s.144.

nedenle de yatırımcının temel beklentilerinin zarar görmemesinin, istikrarlı ve öngörülebilir bir yatırım ortamı oluşturulmasının bu ilkenin bir gerekliliği olduğu ifade edilmiştir.³⁶⁸ Asıl dikkat çeken nokta ise şeffaflık ve meşru beklenti unsurlarına ilişkin gereklilikler ifade edilirken uluslararası hukuktaki iyi niyet ilkesinin dışındaki ilkelerin kaynak olarak gösterilmemesidir.³⁶⁹ Diğer yandan *Merril&Ring*³⁷⁰ davasında ev sahibi devletin, iyi niyet ilkesinin tek başına varlık gösteren ve yükümlülükler doğuran bir ilke olmadığı ve güvenilir bir yatırım ortamının oluşması için uluslararası hukukun genel ilkesi olarak uygulanması gerektiği yönündeki savunması tahkim heyetince kabul görmüştür.³⁷¹ Birçok yatırım tahkimi kararında iyi niyet ilkesi, antlaşmaların yorumlanmasında kullanılması gereken bir kural, uluslararası hukukun bir genel ilkesi ya da uluslararası teamül hukukuna ait bir yükümlülük gibi nitelendirmelerle ifade edilmektedir.³⁷²

Ev sahibi devletin, yatırımcıya yönelik muamelesinde kötü niyetli olduğuna kanaat getirilmesi, AHM ilkesinin ihlali için yeterli görülmektedir.³⁷³ Örneğin, ev sahibi devletin yükümlülüklerini kasten yerine getirmemesi, gerekliliklerin uluslararası standartların çok gerisinde sağlanması ve kötü niyetli olmak AHM ilkesini ihlal edebilecek hareketlerdendir.³⁷⁴ Kısaca, ev sahibi devleti temsil eden yetkili kişilerin yabancı yatırımcının yatırımlarını zarara uğratabilecek hareketleri kasıtlı olarak icra etmesi halinde ev sahibi devletin kötü niyetli olduğuna kanaat getirilmektedir.³⁷⁵ Diğer yandan, tahkim kararlarında AHM ilkesinin ihlal edilmesi için her ne kadar kötü niyetli olunması bir şart değilse de AHM ilkesinin uluslararası hukuktaki iyi niyet (*bonafide*)

³⁶⁸ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, par.154.

³⁶⁹ Paparinkis, 2015, s.144.

³⁷⁰ UNCITRAL, Ad hoc Arbitral Tribunal, *Merrill & Ring Forestry L. P. v. The Government Of Canada*, Award, 31.03.2010.

³⁷¹ UNCITRAL, Ad Hoc Arbitral Tribunal, *Merrill & Ring Forestry L. P. v. The Government Of Canada*, Award, 31.03.2010, par. 187.

³⁷² Paparinkis, 2015, s.145.

³⁷³ Tudor, 2008, s.175; ICSID, *Gemplus S.A. , Slp S.A. , Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States*, Award, 15.05.2010, par. 7-8.

³⁷⁴ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par. 367.

³⁷⁵ Draguiiev, 2014, s. 274.

prensibinin parçası olduğu ifade edilmiştir.³⁷⁶ Benzer şekilde *Waste Management* kararında, iyi niyetli davranma yükümlülüğü AHM ilkesinin en temel unsurlarından biri olduğu belirtilmiştir.³⁷⁷ Diğer yandan, AHM ilkesinin ihlal edilmesi için ev sahibi devletin kötü niyetli olması ya da zarar verme kastının olması zorunlu unsurlardan değildir. Bu haller dışında da AHM ilkesinin ihlal edilmesi mümkündür. Buna karşılık, ev sahibi devletin kötü niyetli ya da zarar verme niyetiyle yabancı yatırımcıya muamelede bulunması halinde AHM ilkesinin ihlali gerçekleşmektedir.³⁷⁸

Adil ve hakkaniyetli muamele, bir çok unsurun bir araya gelmesi ile sağlanmaktadır. Bu durumda iyi niyet ilkesi ile diğer unsurların ayrıştırılması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak *Occidental* kararında, şeffaflık ve öngörülebilirliğin AHM ilkesinin objektif gereklilikleri arasında olduğu ve bu gerekliliklerin ev sahibi devletin iyi niyetle veya kötü niyetle hareket etmesine bağlı olmadığı ifade edilmiştir.³⁷⁹ Bu görüşü destekler nitelikte *CMS Gas Transmission* kararında, AHM ilkesinin istikrarlı ve öngörülebilir bir yatırım ortamı ile sıkı sıkıya ilişki içerisinde olduğu vurgulandıktan sonra bu unsurların iyi niyet ilkesi ile doğrudan ilgili olmadığı ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak ev sahibi devlet, kasıtlı veya kötü niyetli olarak yatırım ortamını istikrarsız veya öngörülemez bir hale dönüştürürse söz konusu ihlalin boyutu ciddi bir şekilde ağırlaştıracağına karar verilmiştir.³⁸⁰

Ev sahibi devletin, yatırımcının yatırımlarına yönelik olarak kötü niyetli hareket etmesinin bir çok nedeni olabilmektedir. Ancak bu neden, genellikle siyasi sâiklere dayanmaktadır.³⁸¹ Siyasi hesapların bir sonucu olarak yatırımcı, zarara uğramakta, planlanan kârını elde edememekte veya prestiji zedelenmektedir. Ayrıca siyasi nedenler

³⁷⁶ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, Dava No. ARB(AF)/00/2, 29.05.2003, par.153; Newcombe, A., ve Paradell, L., 2009, s. 277.

³⁷⁷ ICSID, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Dava No ARB(AF)/00/3, 30.04.2004, par. 138

³⁷⁸ Newcombe, A., ve Paradell, L., 2009, s. 277.

³⁷⁹ UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, par.186.

³⁸⁰ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/8, 12.05.2005, par. 280.

³⁸¹ Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin politik nedenlerle ihlal edildiği iddiasını içeren kararlara ilişkin bkz.: ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Claimants, v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/97/3, Award; Eureka BV v. Poland, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005.

dışında yatırımcıyı korkutma, taciz etme³⁸² veya rüşvet verme³⁸³ gibi fiiller de kötü niyeti oluşturan gerekçeler arasındadır. Ancak bu fiillerden ötürü kötü niyetin var olduğunun söylenebilmesi için icra edilen fiillerin bireysel olarak değil, sistematik olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁸⁴ Bunun sonucu olarak da tahkim heyeti, ev sahibi devletin kötü niyetle hareket ettiği gerekçesiyle AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Söz konusu iddialara karşılık olarak ise ev sahibi devletler, yatırımcıyı zarara uğratan fiillerin veya ihmallerin kasıtlı olarak icra edilmediği, yapılan işlem ya da fiillerin ilgili devletin düzenleme yapma hakkı kapsamında olduğu ve bu nedenle de kötü niyet kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve sonuçta AHM ilkesinin ihlal edilmediğini savunmaktadır.³⁸⁵

*Bayındır*³⁸⁶ kararına ilişkin uyuşmazlıkta yatırımcı şirket, ev sahibi devlet tarafından yatırım sözleşmesinin kapsamından çıkarılmıştır. Buna ilişkin olarak yatırımcı, ev sahibi devletin adam kayırdığı ve sunduğu gerekçelerin gerçekleşen olaylarla ilgisi olmadığını savunarak ev sahibi devletin kötü niyetle hareket ettiğini iddia etmiştir.³⁸⁷ ICSID tahkiminin bu uyuşmazlığa ilişkin yargılama yetkisi kararında (*decision on jurisdiction*), söz konusu iddiaların varlığına kanaat getirilmesi halinde İYA'da yer verilen adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin ihlal edilmiş olacağı vurgulanmıştır.³⁸⁸ *Saluka* kararında AHM ilkesinin tanımı yapılırken iyi niyet unsuru merkezi bir konuma yerleştirilerek AHM ilkesinin gerekli bir unsuru olduğu ifade edilmek istenmiştir. Buna göre iki devlet arasında imzalanan yatırım antlaşması

³⁸² ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No.ARB/05/17, Award, 06.02.2008; ICSID, *Total SA v The Argentine Republic*, Dava No.ARB/04/01, Decision on Liability, 24.12.2010; ICSID, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Dava No.ARB/09/2, Award, 31.10.2012.

³⁸³ ICSID, *EDF (Services) Limited v.Romania*, Dava No.ARB/05/13, Award, 08.10.2009.

³⁸⁴ Draguiev, 2014, s. 274.

³⁸⁵ Draguiev, 2014, s. 274.

³⁸⁶ ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005.

³⁸⁷ ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005, par. 242-243.

³⁸⁸ ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005, par. 250.

gereğince korunan yabancı yatırımcı, şartlar ne olursa olsun ev sahibi devletin kamu politikalarını iyi niyetle uygulamasını beklemektedir.³⁸⁹

*Vivendi*³⁹⁰ kararı, Fransız menşeli *Vivendi* şirketinin yardımcı şirketi olan *CAA* (*Compania Aguas del Aconquija*) isimli su ve kanalizasyon hizmetleri sağlayan şirket ile Arjantin hükümeti arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir. Arjantin'deki *Tucuman* eyaletinin, yerel idari birimlerin işlettiği şehrin su ve kanalizasyon sistemini özelleştirme kararı almasının ardından *CAA* şirketi, imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. İmtiyaz sözleşmesinin müzakeresi ve imzalanması sürecinde Arjantin hükümetinin hiç bir rolü olmamıştır. *Tucuman* eyaleti yetkilileri yatırım sürecini federal hükümetin etkisinden uzak münhasıran eyalet yetkileri kapsamında yönetmiştir.³⁹¹ Sözleşmenin akdedilmesi sırasında, *Tucuman* eyaletinin su ve kanalizasyon sisteminde teknik ve ticari bir çok eksiklikler bulunduğu tartışmadan uzak bir gerçektir. Ancak, sözleşmenin akdedilmesinin ardından *Tucuman* eyaletinde hükümet değişikliği gerçekleşmiştir. Yeni hükümet, seçim propagandası sürecinde ilgili şirketin imtiyaz sözleşmesine karşı çıkılacağını ve seçimi kendisinin kazanması halinde yetkililerce imtiyaz sözleşmesinin tekrar gözden geçirileceğini ifade etmiştir. Nitekim seçimin sonrasında, imtiyaz sözleşmesi bir süre devam etmiştir ve yetmiş defa değişikliğe maruz kaldıktan sonra sonlandırılmıştır. Bu süreçte hükümet, halkı kışkırtarak ilgili şirkete ödenmesi gereken faturaları ödememelerini telkin etmiştir. Tahkim kararında, hükümet yetkililerinin siyasi sâiklerle hareket ederek yatırımcının yatırımlarına zarar verdiği belirtilmiştir. Oysa devlet–yatırımcı ilişkisinin en temel kurallarından biri “zarar vermeme” prensibidir. Aksine, ev sahibi devlet bu uyuşmazlıkta yatırımcıya kasten zarar vermiştir.³⁹²

Her ne kadar ev sahibi devletin kötü niyetli olduğu bir çok tahkim uyuşmazlığında öne sürülmüş olsa da AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilen güncel kararların hiç birinde ihlal gerekçesinin münhasıran kötü niyet üzerine kurulduğu bir uyuşmazlık

³⁸⁹ *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Kısmi Karar (*Partial Award*), 17.03.2006, par. 307.

³⁹⁰ ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007.

³⁹¹ ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007, par. 25.

³⁹² Draguiev, 2014, s. 283.

bulunmamaktadır.³⁹³ Bu durumu ortaya çıkaran birçok sebep vardır. İlk olarak, ev sahibi devletin AHM ilkesini ihlal ettiğine karar vermek için iyi niyet ilkesi dışında ele alınabilecek bir çok ilke bulunmaktadır. İkinci olarak, taraflardan birinin devlet olması nedeniyle savunucu hükümet, kötü niyete ilişkin iddialara karşılık olarak kamu yararı ve kamu politikalarını gerekçe göstermektedir. Üçüncüsü, tahkim heyeti, ev sahibi devletin kötü niyetli olduğunu ifade etmeden de yatırımcının zararını telafi edebileceğinden dolayı egemen bir devletin kötü niyetli olduğuna karar verme açısından isteksiz kalmaktadır.³⁹⁴ Diğer yandan, taraflardan birinin kötü niyetli olduğunun iddia edilmesi çoğu tahkim uyuşmazlığında görülse de, kötü niyet iddiasının ispat edilmesinin bir hayli zor olması, uyuşmazlıkların çoğunluğunda bu iddianın karşılıksız kalmasına neden olmaktadır.³⁹⁵ Diğer bir ifadeyle, kötü niyetin varlığı sübjektif kriterlere bağlı olduğundan ve meydana gelmesi için zorunlu unsurlarının bulunmamasından dolayı iddia edilmesi kolay ancak ispat edilmesi zor bir kriter olarak görülmektedir.³⁹⁶ Öte yandan, iyi niyet ve AHM ilkesi ilişkisini inceleyen yatırım tahkimi uyuşmazlıklarına bakıldığında karara ulaşırken yapılan gerekçelendirmede iyi niyet ilkesi önemli bir rol üstlenmektedir.³⁹⁷

İyi niyet ilkesi, tek başına varlık gösteren ve buna bağlı olarak diğer ilkelerinden bağımsız olarak AHM ilkesini ihlal edebilen bir ilke değildir. Bu yüzden, tahkim kararlarında iyi niyet prensibi ile diğer ilkelerin ayırımına ilişkin ifadeler açık ve ikna edici bir düzeyde değildir.³⁹⁸ Buna ilişkin olarak bir çok tahkim kararında, iyi niyet ilkesinin AHM ilkesinin bir gereği olduğu ve bu kapsamda keyfi davranma, ayrımcılık, hukuki süreç, şeffaflık, meşru beklenti ilkelerinin iyi niyetin ihlali yoluyla ihlal edildiğine karar verilmiştir.³⁹⁹ Buna ilişkin olarak *Cargill* kararına göre Meksika hükümeti, ABD menşeli yatırımcı şirketi bahane ederek aslında ABD hükümetinin ithalat politikasında değişiklik yapmayı sağlamak amacıyla ilgili yabancı yatırımcıya Meksika'ya ithalat yapabilmesi için ek izin şartı getirmiştir. Tahkim kararına göre söz

³⁹³ Salacuse, 2015, s. 266; Draguiev, 2014, s. 283.

³⁹⁴ Salacuse, 2015, s. 266.

³⁹⁵ Draguiev, 2014, s. 303.

³⁹⁶ Draguiev, 2014, s. 275.

³⁹⁷ Paparinkis, 2015, s.143.

³⁹⁸ Draguiev, 2014, s. 302.

³⁹⁹ Paparinkis, 2015, s.158.

konusu ek izin şartı yatırımcının yatırımlarını mümkün olduğunca fazla zarara uğratmak amacıyla hükümet tarafından kasıtlı bir şekilde yapılmıştır. Bu nedenle tahkim heyeti, ev sahibi devletin söz konusu davranışının ağır suiistimalin de ötesinde kötü niyete yakın bir hareket olduğuna karar vermiştir.⁴⁰⁰ Başka bir devletin ticaret politikasında değişiklik yapmasını sağlamak amacıyla o devlet menşeli yatırımcılara ek şartlar getirilerek yatırımcıları kasten hedef alma bariz bir haksızlık (*manifest injustice*) teşkil etmektedir.⁴⁰¹ Bu yargılamada iyi niyet ilkesi ele alınırken ev sahibi devletin milliyete dayalı ayrımcı bir politika izlemesi, keyfi şekilde idari düzenlemeler yapması, böylece öngörülemez ve istikrarsız bir yatırım ortamı oluşturması yönüyle kötü niyetli olduğuna kanaat getirilmiştir.

Kötü niyetin varlığına karar verilmesi halinde uygulamaya dönük bazı sonuçlar da ortaya çıkmaktadır. Bir çok tahkim kararında ağırlaştırıcı sebepler göz önüne alınarak yabancı yatırımcı lehine manevi zararın varlığı kabul edilmektedir. Manevi zarar istemini öne çıkaran ilk uyuşmazlık *Desert Line Projects*⁴⁰² davasıdır. Söz konusu kararda, yatırımcı lehine manevi zararının ve itibar kaybının karşılığı olarak bir milyon dolar (1.000.000 \$) manevi tazminata hükmedilmiştir.⁴⁰³ Bunun dışında bir çok davada, manevi tazminat konusu ele alınmıştır. Sonuçta, istisnai hallerde ve sadece ciddi, ağır ve aşırı derecede ihlalin yaşanması halinde manevi tazminata hükmedileceğine karar verilmiştir.⁴⁰⁴

2.2.5. Keyfi Muamele ve Ayrımcılık Yasası

Genel olarak ayrımcı ve keyfi muamele kavramı, diğer ulusal ve yabancı yatırımcılara uygulanan olağan muamelenin dışında bir muamelenin hukuki bir zemin

⁴⁰⁰ ICSID, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, Award, Dava No. ARB(AF)/05/Z, 18.09.2009, par. 298.

⁴⁰¹ ICSID, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, Award, Dava No. ARB(AF)/05/Z, 18.09.2009, par. 299.

⁴⁰² ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No. ARB/OS/17, 06.02.2008.

⁴⁰³ ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No. ARB/OS/17, 06.02.2008, par. 305.

⁴⁰⁴ ICSID, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Dava No. ARB/05/15, Award, 01.06.2009; ICSID, *Europe Cement Investment & Trade SA v. Republic of Turkey*, Dava No. ARB(AF)/07/2, Award, 13.08.2009; ICSID, *Cementownia 'Nowa Huta' SA v. Republic of Turkey*, Dava No. ARB(AF)/06/2, Award, 17.09.2009; ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Award, 28.03.2011, par. 333.

olmadan ve meşru gerekçeler göstermeden uygulanması olarak ifade edilmektedir.⁴⁰⁵ Ev sahibi devletin hukuka aykırı belirli bir hareketinin veya ihmalinin gerçekleşmesi üzerine söz konusu hareketin veya ihmalin ayrımcı ya da keyfi karakteri tahkim kararlarında tartışma konusu olmaktadır. Bu nedenle ikili yatırım antlaşmalarında yatırımlara ilişkin koruma standartları ifade edilirken, ev sahibi devletin imtina etmesi gereken unsurlardan biri de “keyfi ve ayrımcı” muameledir.⁴⁰⁶ Keyfi ve ayrımcı muamele yasağına ilişkin inceleme yapılırken muamelenin keyfi veya ayrımcı olup olmadığı birbirinden bağımsız olarak ele alınmaktadır. Herhangi bir muamelenin ayrımcı karakterde olduğunun tespit edilmesi, genellikle keyfi karakterde olduğunun tespitinden daha somut kriterlere sahiptir.⁴⁰⁷ Tahkim uyuşmazlıklarında yatırımları zarar gören yatırımcı, zarar veren uygulamaların keyfi olduğunu ve ayrımcı olduğunu savunurken, doğal olarak, ilgili ev sahibi devlet ise söz konusu uygulamaların makûl ve gerekli olduğunu ve kamu yararına uygun olarak hareket edildiğini ifade etmektedir.⁴⁰⁸

Keyfi muamele (*arbitrary measure*) terimi, ikili yatırım antlaşmalarında tanımlanmamaktadır.⁴⁰⁹ *Lauder* kararında, keyfi muamele kavramı açıklanırken *Black’s Law Dictionary*’e atıf yapılarak, keyfi muamele, “bireysel takdir yetkisine bağlı olarak, gerçekler ya da gerekçelerden ziyade önyargıya ya da tercihlere dayandırılan” hareketler olarak tanımlanmıştır.⁴¹⁰ *Tecmed* kararında yabancı yatırımcı, yatırım için almış olduğu izinlerin ve güvencelerin keyfi olarak iptal edilmemesini, yani ev sahibi devletin tutarlı hareket etmesini beklediğini ifade etmiştir. Keyfi harekete ilişkin olarak, ihlale neden olan hareketler doğrudan belirli bir düzenlemenin ihlal edilmesinden ziyade, genel olarak hukuka aykırı olan ve “makul ve bağımsız her birey” tarafından bu hareketlerdeki eksikliklerin anlaşılabilirdiği hal olarak ifade edilmektedir. Kısaca, söz konusu işlem veya eylem yargısal düzen açısından sarsıcı bir etkiye, en azından şaşırtıcı bir etkiye sahip olmalıdır.⁴¹¹ Yatırım hukuku bağlamında keyfi muamele temelleri

⁴⁰⁵ Tudor, 2008, s.180.

⁴⁰⁶ Salacuse, 2015, s. 263.

⁴⁰⁷ Tudor, 2008, s.177.

⁴⁰⁸ Salacuse, 2015, s.261.

⁴⁰⁹ Tudor, 2008, s.179.

⁴¹⁰ UNCITRAL, *Lauder v. The Czech Republic*, 03.09.2001, par.221.

⁴¹¹ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, par.154.

hukukun dışında, objektif ve adil olmayan nedenlere dayanan bir muamele olarak anlaşılmaktadır.⁴¹² *ELSI* kararında, doğrudan AHM ilkesi ele alınmamış, bunun yerine keyfi hareket tanımlanmıştır. Buna göre keyfi hareket, “süreci hukuka uygun işletmenin kasti olarak önemsenmemesi, hareketin hukuki süreci sarsıcı ya da en azından şaşırtıcı bir etkiye sahip olması”⁴¹³ şeklinde ifade edilmiştir.⁴¹⁴

Keyfi muameleye ilişkin tahkim uyuşmazlıklarında dikkate alınan diğer bir unsur ev sahibi devletin ekonomik ve siyasi durumu olmaktadır.⁴¹⁵ Örneğin *Genin* davasında Estonya Merkez Bankası, *Genin* adlı bankanın bankacılık lisansını iptal etmesine ilişkin olarak, Estonya’nın siyasi ve ekonomik açıdan bir geçiş sürecinde olduğunu ve bu nedenle hükümetin bankacılık sektörü üzerinde daha ayrıntılı araştırma yapmasının olağan olduğunu ve bu olayda da Estonya hükümetinin açık ve meşru şekilde kamu yararını gözettiğini, kötü niyetli olmadığını ve kasıtlı şekilde hukuki süreci zedelediğini savunmuştur. Sonuçta, hükümetin keyfi tutum sergilediği ve bu nedenle AHM ilkesini ihlal ettiğine ilişkin yatırımcının iddiaları tahkim heyetince reddedilmiştir.⁴¹⁶ Böylece yabancı yatırımcıya yönelik davranışların keyfi muamele teşkil edecek seviyede olması halinde AHM ilkesinin ihlal edileceği belirtilmiştir.⁴¹⁷

Ayrımcı muamelenin varlığı, ilgili yabancı yatırımcıya yapılan muamelenin ev sahibi devlet uyruklu bir yatırımcıya yada başka bir yabancı yatırımcıya “benzer durumlarda” (*in like circumstances*) yapılan muamelenin karşılaştırılması sonucu belirlenmektedir.⁴¹⁸ Ayrımcılık yasağı ilkesi, herkese eşit bir muameleyi öngörmemektedir. Bunun yerine, keyfi olarak farklılık yaratılmasını engellemek istemektedir. Bu ilkenin gerektirdiği temel kaide, benzer durumda olanlara benzer

⁴¹² Tudor, 2008, s.179.

⁴¹³ Metnin orijinali şöyledir: “It is willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises a sense of judicial propriety.”

⁴¹⁴ *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (United States Of America v. Italy), Uluslararası Adalet Divanı, 20.07.1989, par. 128; ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, par.131.

⁴¹⁵ Salacuse, 2015, s. 262.

⁴¹⁶ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par. 371.

⁴¹⁷ Salacuse, 2015, s.261.

⁴¹⁸ Tudor, 2008, s.177.

davranılmasıdır.⁴¹⁹ Ayrıca, İYA kapsamında yabancı yatırıma yönelik bir muamelenin amacının veya etkisinin ayrımcılık olduğu belirlenmesi halinde söz konu hareketin ayrımcı bir muamele olduğuna karar verilmektedir.⁴²⁰ AHM ilkesi ile ayrımcı muamele yasağı arasındaki ilişkiyi ele alan önemli kararlardan biri *Loewen*'dir. Burada, yabancı yatırımcı aleyhine ayrımcı bir muamelenin açık bir şekilde uluslararası hukuka aykırı olacağı vurgulanmıştır.⁴²¹

Saluka kararında, bir muamelenin ayrımcı olması için üç şartın gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, eğer (i) benzer durumların (ii) farklı muameleye maruz kaldığı (iii) ve bu duruma makul bir gerekçenin gösterilmemesi hâlinde ayrımcı muamele ortaya çıkmaktadır.⁴²² Bunlara ek olarak *ELSI* kararında, ihlal gerekçesi olan muamelenin kasti olarak yapılması da şart koşulmuştur.⁴²³ Ev sahibi devletin veya ona dayandırılan bir hareketin sonucunda yatırımcının iş sektörü ya da ırk farklılığı vb. önyargılarla zarar görmesi yada muamelenin keyfi olması halinde AHM ilkesinin sağlamış olduğu asgari koruma ilkesi ihlal edilmektedir.⁴²⁴

Ayrımcılık iddiası, uyuşmazlıklarda sıkça başvurulmuş bir iddia olsa da ispat yönüyle yatırımcıyı zorlamaktadır. *LG&E*⁴²⁵ kararında, ev sahibi devletin gaz dağıtım sektöründe çalışan şirketlere ek yükümlülükler getirdiği ve bu yükümlülüklerin diğer kamusal ihtiyaçları karşılayan şirketlere getirilmediği ifade edilmiştir. Tahkim heyeti, söz konusu muamelenin iş sektörü bazında ayrımcı olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak yatırımcıya uygulanan bu muamelenin yabancı yatırımcılara yönelik ve bilhassa başvuru sahipleri hedef alan bir uygulama olduğunu gösteren yeterli delil sunulamadığına

⁴¹⁹ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 731.

⁴²⁰ Tudor, 2008, s.177.

⁴²¹ ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, par. 135.

⁴²² *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v The Czech Republic*, UNCITRAL, Kısmi Karar (*Partial Award*), 17.03.2006, par. 313.

⁴²³ Tudor, 2008, s. 178.

⁴²⁴ ICSID, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Dava No ARB(AF)/00/3, 30.04.2004, para. 98.

⁴²⁵ ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Decision on Liability, Dava No ARB/02/1, 03.10.2006.

karar vermiştir.⁴²⁶ Böylece iş sektörüne ilişkin böyle bir farklı muamelenin ayrımcılık yasağı kapsamında olmadığına karar verilmiştir.

Ayrımcılık yasağı, AHM ilkesi kapsamında ihlal edilebileceği gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olarak da başlı başına ihlal konusu olması mümkündür. Bu durumda ihlal iddiasına konu olan muamele nedeniyle hem AHM ilkesinin ihlal edildiği ve ayrımcılık yasağının delindiği kabul edilebilir mi? Bu soruya ilişkin olarak *MTD* kararında, AHM ilkesinin ihlal iddiasına zemin teşkil eden muamele, yine aynı uyuşmazlık içerisinde ancak farklı bir yerde makul olmadığı ve ayrımcı olduğu gerekçesiyle tekrar ifade edilmiştir. Bu durumda, tahkim heyeti söz konusu muamelenin AHM ilkesi kapsamında önceden incelendiğine karar vermiştir.⁴²⁷ Yani, AHM kapsamında ele aldığı bir muameleyi yeniden ayrımcı muamele veya keyfi muamele incelemesine tabi tutmamıştır. AHM ilkesi ve ayrımcılık ve keyfi muamele ilkesini ele alan neredeyse tüm tahkim kararları bunların bir parça bütün ilişkisi içinde olduklarına ve bu nedenle ayrımcılık veya keyfi muamele içeren bir tutumun varlığına karar verilmesi halinde AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmektedir.⁴²⁸

Ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik muamelesinin AHM ilkesini ihlal etmiş olması, söz konusu muamelenin doğrudan ayrımcı veya keyfi muamele olması anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle, yabancı yatırımcıya yönelik bir muamele ayrımcı yada keyfi olmasa da AHM ilkesinin ihlali ile sonuçlanabilmektedir.⁴²⁹ Bunu ifade eden *LG&E* kararında, yatırımcıya karşı muamele her ne kadar adil ve hakkaniyetli değilse de ayrımcı ve keyfi olmadığına karar verilmiştir.⁴³⁰ Diğer yandan, bir muamelenin ayrımcı yada keyfi olduğuna karar verilmesi halinde bunun doğal sonucu olarak AHM ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Buna örnek olarak *Eureko* kararında ev sahibi devlet organlarının hareketlerinin siyasi nedenlerle gerekçelendirilmediği, bu

⁴²⁶ ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Decision on Liability, Dava No ARB/02/1, 03.10.2006., par.147.

⁴²⁷ ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Dava No. ARB/01/7, 25.05.2004, par. 196.

⁴²⁸ Haynes, J., “The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing”, *Journal of World Investment and Trade*, 2013, (14), s.138.

⁴²⁹ Tudor, 2008, s.180.

⁴³⁰ ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Decision on Liability, Dava No ARB/02/1, 03.10.2006., par. 162-163.

yüzden keyfi olduğu ve milliyetçi davranışlar nedeniyle de ayrımcılık yasağını ihlal ettiği ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak tahkim heyeti AHM ilkesinin ihlal edildiğine dair karar vermekte hiç tereddüt etmemiştir.⁴³¹

Ayrımcılık yasağı ilkesini, AHM ilkesinin bir parçası olarak değerlendiren ilk karar *SD Myers* isimli başvurucuya ilişkin kısmi hükümdür.⁴³² Tahkim kararında, yatırımcının adil olmayan veya keyfi bir muameleye maruz kalması ve bu ihlalin uluslararası perspektif açısından kabul edilemez seviyeye ulaşması halinde NAFTA Antlaşmasında yer alan AHM ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir.⁴³³ Böylece tahkim heyeti, aynı muamele nedeniyle hem ulusal muamele ilkesinin hem de AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³⁴ *SD Myers* kararı, ayrımcılık ilkesi ve diğer ilkelerle ilişkisi yönüyle ilk ve en önemli kararlar arasındadır. Bu kararda, ayrımcılık ilkesinin unsurlarından olan “niyet” unsurunun önemli olduğunu ancak korumacı niyetin (*protectionist intent*) tek başına ayrımcılık için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Ulusal yatırımcıların yabancı yatırımlara nazaran daha iyi muameleye tabi olması ayrımcılık olarak kabul görmemiştir. Buna ek olarak, muamelenin doğrudan yabancı yatırımcılara zarar verme amacının varlığı halinde ihlalden bahsedilecektir.⁴³⁵ Ayrıca, yatırımcıya farklı muamele yapılması için meşru gerekçelerin bulunması halinde ihlal gerçekleşmeyecektir. Bu durumda her ne kadar amaç meşru yollarla ekonomik istikrarı korumak olsa da muamelenin uygulanış yöntemi de tahkim kararlarında incelenmektedir.⁴³⁶ *Parkerings* kararında da AHM ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar verilirken ayrımcılık uygulanıp uygulanmadığının belirleyici bir kriter olduğu vurgulanmıştır.⁴³⁷

⁴³¹ *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005, par. 233-234.

⁴³² Klager, 2011, s. 189.

⁴³³ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, par. 263.

⁴³⁴ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, par. 266.

⁴³⁵ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, par. 254.

⁴³⁶ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, par. 255.

⁴³⁷ ICSID, *Parkerings-Compagniet As v. Republic Of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007, par. 280.

SD Myers kararının aksine *Methanex*⁴³⁸ kararında, ayrımcılık yasağı ile AHM ilkesine ilişkin dar bir yorum yapılmıştır. Kaliforniya eyaleti, yatırımcının üretimini yaptığı ham maddeden üretilen ikincil maddenin çevreci nedenlerle ülkeye girişini yasaklamıştır. Ancak yatırımcı, bu idari yasaklamanın nedeninin çevresel faktörler olmadığı, korumacı politikasının bir parçası olduğunu ve nihayetinde, bu yasaklamadan ötürü ulusal yatırımcıların kârlı çıktığını savunmuştur. Söz konusu idari yasağın, ulusal yatırımcıların yaptıkları lobi faaliyetleri ve bazı siyasi ve iktisadi teşvikler (rüşvet değil) sonrasında yayınlandığı iddia edilmiştir. Bu sebeplerle de NAFTA Antlaşması'nın AHM ilkesini ihtiva eden 1105(1) maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir. NAFTA Antlaşmasının 1105(1) maddesi şöyledir: “*Antlaşmanın tarafları diğer tarafların nezdindeki yatırımcıların yatırımlarına uluslararası hukuka uygun, adil ve hakkaniyetli ve tam koruma ve güvenlikle muamele eder.*”⁴³⁹

Bu uyuşmazlığa ilişkin olarak tahkim heyeti öncelikle ulusal muamele ilkesini incelemiş ve ikincil üretim maddesinin ülkeye girişinin yasaklanmasının ulusal yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında farklılığa sebep olmadığına karar vermiştir.⁴⁴⁰ Ayrımcılık ve AHM ilişkisine ilişkin olarak ise AHM ilkesinin yer aldığı NAFTA 1105. maddesinin yabancılar ve ulusal yatırımcılar arasında farklılık oluşturulmaması yönündeki kuralı içermediğini ifade etmiştir. Yani, AHM ilkesinin ayrımcılık yasağını kapsamadığına karar vermiştir.⁴⁴¹ Tahkim heyeti lafzi yorum (*textual interpretation*) yaparak, ayrımcılık ilkesinin farklı bir maddede yer aldığını ve eğer antlaşmanın tarafları isteseydi yine bu maddeye de ayrımcılık yasağı ilkesini ekleyebileceğini ifade etmiştir. Yani, AHM ilkesi maddesinde uluslararası hukuka atıf yapılmış olmasının ve buna dayanarak teamül hukuku kurallarının işletilmesinin, tarafların ayrımcılık yasağını AHM ilkesi kapsamında değerlendirdiği manasına gelmediğini ve eğer tarafların böyle

⁴³⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA, Final Award Of The Tribunal On Jurisdiction And Merits, 03.08.2005.

⁴³⁹ Metnin orijinali şöyledir: “*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*”

⁴⁴⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA, Final Award Of The Tribunal On Jurisdiction And Merits, 03.08.2005, Part IV, B, par.38.

⁴⁴¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA, Final Award Of The Tribunal On Jurisdiction And Merits, 03.08.2005, Part IV, C, par.14.

bir niyeti olsaydı bu hükmü de AHM ilkesi içerisine yerleştirebileceğini belirtmiştir.⁴⁴² Sonuç olarak *Methanex* kararında, genel kabulün aksine, ayrımcılık yasağının AHM ilkesi kapsamında bir unsur olmadığına hükmedilmiştir.

AHM ilkesi, ev sahibi devletin ulusal yatırımcı ile yabancı yatırımcıya eşit muamelede bulunmasını gerektirmemektedir. Yani, ulusal muamele ilkesinde uygulandığı gibi AHM ilkesinde eşit muamele şartı yoktur. Ancak, AHM ilkesine göre ulusal yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında farklı muamele uygulanması halinde bu farklılığın keyfi olmaması ve mantıklı temeller üzerine kurulması gerekmektedir.⁴⁴³ Ayrıca AHM ilkesi, yabancı yatırımcılar ile ulusal yatırımcılara eşit davranılmasını gerektirmediği gibi uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında da ulusal ve yabancı yatırımcılara eşit davranılmasını gerektiren bir kural bulunmamaktadır. Böyle bir koruma ancak ulusal muamele ilkesi veya en çok gözetilen ulus ilkesi ile sağlanmaktadır. *Waste Manegement, SD Myers, Mondev, ADF* ve *Loewen* kararlarına göre ev sahibi devletin yaptığı ve yabancı yatırımcıya zarar veren bir muamelenin keyfi, bariz şekilde haksız veya ayrımcı olması halinde AHM ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.⁴⁴⁴

Sonuç olarak, ayrımcılık yasağı AHM ilkesine ilişkin tahkim davalarında belirleyici güce sahip bir unsurdur. Bu kapsamda genel kabulün dışında bir yorum sadece *Methanex* kararında sunularak ayrımcılık yasağı, AHM ilkesi kapsamı dışında tutulmuştur. Bu yönüyle *Methanex* kararı *sui generis* bir karar olma özelliği göstermektedir.

2.2.6. Cebir ve Tacizden Uzak Olma

Ev sahibi devletin yabancı yatırıma yönelik olarak uyguladığı muamelelerin cebir ya da taciz olarak değerlendirilmesi halinde AHM ilkesinin ihlali söz konusu olmaktadır. Yatırımcının ev sahibi devlet yetkililerince cebir veya tacize maruz kalması

⁴⁴² *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA, Final Award Of The Tribunal On Jurisdiction And Merits, 03.08.2005, Part IV, C, par.16.

⁴⁴³ Klager, 2011, s.193.

⁴⁴⁴ ICSID, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Dava No ARB(AF)/00/3, 30.04.2004, para. 98; Salacuse, 2015, s.261.

ağır bir ihlâldir.⁴⁴⁵ İhlâlin ağırlığı göz önüne alındığında tahkim kararlarında sıkça tartışma konusu olmaması anlaşılabilir bir durum olmaktadır. Buna ilişkin olarak *Pope&Talbot*⁴⁴⁶ kararında, ev sahibi hükümetin inceleme kurulu, yabancı yatırımcı aleyhine saldırgan ve kutuplaştırıcı bir politika izlemiş ve buna bağlı olarak yatırımcı hakkında “soruşturma” başlatmıştır. Tahkim kararında ilgili soruşturmanın inceleme kurulu ile yatırımcı arasındaki ilişki açısından işbirliğinden ziyade saldırı olarak nitelendirilmiştir. Sonuç olarak, ev sahibi devletin düzenleme kurulunun haksız muamelesinin AHM ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁴⁴⁷

Cebir uygulanmasına ilişkin olarak *Tecmed* davasında, ev sahibi devlet yetkililerince yatırımcının faaliyetine ilişkin verilen iznin yenilenmemesi ve kendisinin farklı bir alanda bu faaliyetini devam ettirebileceğinden bahisle yatırımcıyı farklı bir alanda işi tekrar yapması için bir zorlama olarak değerlendirilmiştir. Böyle bir girişim ise yeni masraflar ve riskler doğurmaktadır. Karara göre bu gibi durumlarda uygulanan baskı ve cebir Meksika ve İspanya arasında akdedilen İYA kapsamındaki AHM ilkesini ihlal ettiği gibi genel olarak uluslararası hukuk perspektifinden de sorunlar doğurmaktadır.⁴⁴⁸

Taciz veya cebir uygulamalarının boyutu ya da ihlalin meydana gelmesi için gereken sınırın belirlenmesi bu bağlamda önem kazanmaktadır. Buna ilişkin olarak *Eureko* kararında, Polonya hükümetinin yatırımcı üzerindeki taciz içeren uygulamaların AHM ilkesinin ihlali için yeterli olmadığına karar vermiştir. Böyle bir ihlalin ancak söz konusu taciz uygulamalarının “tekrar eden ve sürekli” bir şekilde uygulanması gerektiği belirtmiştir.⁴⁴⁹ Yani, taciz veya cebir uygulanmasından ötürü ihlal kararı verilebilmesi için ev sahibi devletin yoğun şekilde süreklilik arz eden bir taciz ya da cebir uygulaması gerekmektedir.

⁴⁴⁵ McLachlan QC, Campbell, vd., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (İkinci Baskı), Oxford University Press, New York, 2010, s. 242, par. 7.126.

⁴⁴⁶ *Pope & Talbot Inc and The Government of Canada*, NAFTA, Award On The Merits of Phase 2, 10.04.2001.

⁴⁴⁷ *Pope & Talbot Inc and The Government of Canada*, NAFTA, Award On The Merits of Phase 2, 10.04.2001, par. 181.

⁴⁴⁸ ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003, par.163.

⁴⁴⁹ *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005, par.236-237.

Desert Line Projects davasında başvuru Yemen devletinin asfalt projelerini üstlenmiştir.⁴⁵⁰ Savunucu yapılan projelere karşılık gerekli ödemeleri gerçekleştirmemiştir. Ayrıca başvuru şirket çalışanları silahlı kişilerce tehditlere maruz kalmıştır ve sonrasında bir kısmı tutuklanmıştır.⁴⁵¹ Akabinde yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında imzalanan tahkim anlaşması sonucunda yatırımcının yaptığı hizmetlerin karşılığı olarak bir tazminata hükmedilmiştir.⁴⁵² Yatırımcı her ne kadar söz konusu tazminatın miktarına itiraz ettiyse de, baskı ve tacizlerin sonucu olarak ve ayrıca kendisinin de iflas etmek üzere olmasından, tahkim heyetinin hükmettiği tazminattan daha düşük bir miktar üzerinden sulh sözleşmesi imzalamıştır.⁴⁵³ Sonuçta ev sahibi devlet Yemen'in, yabancı yatırımcı üzerinde fiziki ve ekonomik baskı ve tacizleri sonucunda İYA'nın ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁴⁵⁴

2.2.7. İstikrar

Yapılması planlanan bir yatırımın başarılı olabilmesi, ev sahibi devletin istikrarlı bir yatırım ortamı sunması ile büyük ölçüde ilgilidir. Ayrıca istikrarlı ve öngörülebilir bir yatırım ortamının sağlanması, uluslararası yatırım hukukun başlıca amacıdır.⁴⁵⁵ Yatırımcıların ev sahibi devlet üzerinde yatırım yapmadan önce hangi kriterleri göz önüne aldığına ilişkin yapılan çalışmalarda ev sahibi devletin yabancı yatırımlara yönelik istikrarlı bir hukuk ve idari düzeninin olması belirleyici bir etkiye sahip olduğu görülmektedir.⁴⁵⁶ Ayrıca başlangıç kısmında AHM ilkesini barındıran çoğu ikili yatırım antlaşmasında istikrar unsuru da kendine yer bulmaktadır. Örneğin, İYA'ların başlangıç kısmında kullanılan model hükümlerden biri de *“yatırımların istikrarlı bir ortam içinde bulunmasını sağlamak adına yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamelede*

⁴⁵⁰ ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No. ARB/05/17, Award, 06.02.2008, para.3.

⁴⁵¹ ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No. ARB/05/17, Award, 06.02.2008, para.19-20,33.

⁴⁵² ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No. ARB/05/17, Award, 06.02.2008, para.31.

⁴⁵³ ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No. ARB/05/17, Award, 06.02.2008, para. 43, 148, 184.

⁴⁵⁴ ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No.ARB/05/17, Award, 06.02.2008.

⁴⁵⁵ Monebhurrin, N., “Revisiting The Fair And Equitable Treatment In International Investment Law”, *Cosmopolitan Law Journal*, 2013, (1/1), s.155.

⁴⁵⁶ Tudor, 2008, s.169.

bulunulacağına” ifadesi olmaktadır.⁴⁵⁷ *Occidental Exploration* davası gibi bir çok kararda hukuk ve iş dünyasının istikrarlı olmasının AHM ilkesinin zorunlu bir unsuru olduğu vurgulanmıştır.⁴⁵⁸ Öte yandan, ev sahibi devletin istikrar ve süreklilik arz eden bir yatırım ortamı sunmasının hukuki güvenlik ilkesinin yatırım hukukundaki bir yansımaları teşkil ettiğı ifade edilmiştir.⁴⁵⁹

GAMI davası, ev sahibi devletin iç hukukunu uygun şekilde uygulayıp uygulamadığına ve buna bağılı olarak da AHM ilkesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Bu davada ev sahibi Meksika hükümeti savunmasında, ICSID tahkim yargılamasının ev sahibi devlet organlarının kendi iç hukukunu uygulamasına ilişkin inceleme yapma yetkisinin olmadığını savunmuştur. Bu savunmanın aksine tahkim heyeti uluslararası hukukun, ev sahibi devletin iç hukukunun içeriğine ilişkin değerlendirme yapmaya olanak sağlamadığını ancak, ilgili devletin söz konusu iç hukuku uygun şekilde uygulayıp uygulayamayacağını inceleyebileceğine karar vermiştir.⁴⁶⁰ Bu nedenle basiretli bir yatırımcının, yatırım öncesinde ev sahibi devletin iç hukukunu değerlendirmesi gerekmektedir. Yatırımın gerçekleşmesinin ardından ev sahibi devletin iç hukukunu beklediğı şekilde uygulamaması halinde ise bu devletin uluslararası hukuk kapsamında sorumluluğı doğmaktadır. Netice itibarıyla ev sahibi devletin kendi iç hukukuna uygun olarak hareket etmesi istikrarlı bir yatırım ortamı sunulmasının başlıca gerekliliklerindendir.

MTD davasında, yabancı yatırımcı ile Şili hükümetinin *Yabancı Yatırım Komisyonu* arasında büyük çaplı bir inşaat yatırımı için sözleşme akdedilmiştir. Fakat proje, imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle başarısız olmuştur. Öte yandan Şili ve Malezya arasında akdedilen İYA kapsamında her iki devlet nezdinde faaliyet gösteren yatırımcılar her zaman adil ve hakkaniyetli muameleye tabi olmaktadır. Bu olayda

⁴⁵⁷ Tudor, 2008, s.171.

⁴⁵⁸ London Court of International Arbitration, UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Dava No. UN 3467, 01.07.2004, par.183; ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/8, 12.05.2005, par. 274; ICSID, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/3, 22.05.2007, par. 259; ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Decision on Liability, Dava No ARB/02/1, 03.10.2006, par.125.

⁴⁵⁹ Jacob, Marc ve Schill, Stephan W., 2015, s. 729.

⁴⁶⁰ UNCITRAL, *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004, par. 91.

tahkim heyeti, ev sahibi devletin farklı organlarının aynı yabancı yatırımcı karşısında çelişen uygulamaları⁴⁶¹ icra etmesi nedeniyle AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Karara göre, her ne kadar yatırımcının ev sahibi devletin mevzuatını ve uygulamalarını önceden bilmesi beklense de ev sahibi devletin de tutarlı davranması ve yatırım politikalarını istikrarlı bir şekilde uygulaması beklenmektedir. Böylece tahkim heyetine sunulan deliller ışığında, yatırımcının *Şili Yabancı Yatırım Komisyonu* ile yaptığı sözleşmenin yerel belediyenin imar planına uymaması nedeniyle projenin iptal edilmesinin adil olmayan ve hakkaniyete aykırı bir uygulama olduğu kaydedilmiştir.⁴⁶²

CMS Gas Transmission olayında, ev sahibi devletin mevzuatı, idari uygulamaları ve sağladığı lisans gereğince yabancı yatırımcı, doğal gaz taşınması için sabit fiyat garantisi almıştır. Sonrasında, olağanüstü hal hukuku uygulanmaya başlayınca ilgili garantiler önce askıya alınmış ve ardından sonlandırılmıştır. Tahkim kararına göre bu değişiklikler ev sahibi ülkenin hukukunu ve yatırım ortamını doğrudan etkilemiştir. Hatta, ev sahibi devletin verdiği garantiler yatırımcının yatırım yapma fikrini edinmesinde de doğrudan etkili olmuştur. İlgili İYA, diğer antlaşmalar ve tahkim kararları istikrarın AHM ilkesinin ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle de ev sahibi devletin AHM ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁴⁶³ *LG&E* kararında adil ve hakkaniyetli muamelenin sağlanabilmesi için, ev sahibi devletin şeffaf, tutarlı hareket etmesi, öngörülebilir ve istikrarlı bir hukuk ortamı oluşturması ve belirsizlikten uzak olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁶⁴

PSEG kararında ev sahibi Türkiye Cumhuriyeti'nin AHM ilkesini ihlal ettiğine karar verilirken, buna gerekçe olarak da istikrarlı ve tutarlı bir yatırım ortamının oluşturulmadığına dayandırılmıştır. Buna göre istikrar ilkesinin ihlal edilmesinde üç neden etkili olmuştur. İlk olarak, ev sahibi devlet organlarının itiraz eden yatırımcı ile olan görüşmelerini ihmal etmesi ve böylece taraflar arasındaki iletişimin uygun bir

⁴⁶¹ ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Dava No. ARB/01/7, 25.05.2004, par.163.

⁴⁶² ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Dava No. ARB/01/7, 25.05.2004, par.166.

⁴⁶³ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/8, 12.05.2005, par. 274.

⁴⁶⁴ ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Decision on Liability, Dava No ARB/02/1, 03.10.2006, par.131.

şekilde sağlanamamasına neden olmuştur. İkinci olarak, uygulama ve yorumlamada etkin olan ev sahibi devletin, hukuk mevzuatının sürekli değişmesi ihlal nedeni sayılmıştır. Son olarak, ev sahibi devlet organlarının idari uygulamaların tutarsızlık içermesi nedeniyle AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Tüm unsurlar incelendiğinde ikili yatırım antlaşmasının yanında Türk Anayasası'nda⁴⁶⁵ da yer alan hükmün ışığında, ev sahibi devletin tutarlı ve istikrarlı bir yatırım ortamı oluşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir ve Türk Devleti sorumlu tutulmuştur.⁴⁶⁶

Yatırımcının istikrar ve tutarlılık beklentisi ile meşru beklentisi birbiriyle çok yakın bir ilişki içerisindedir. Bu nedenle de bir ayırım yapılması gerekmektedir. Örneğin, ev sahibi devlet yatırımcıyı ilgilendiren hukuk mevzuatının değişmeyeceğine ilişkin bir teminat vermemiş olsa da böyle bir değişikliğin gerçekleşmesi halinde yatırımcı istikrarın ve tutarlılığın bozulduğu gerekçesiyle ev sahibi devletin tazminat sorumluluğunu talep edebilmektedir. Böyle bir durum, ev sahibi devletin yatırımcının meşru beklentisinin ötesinde iş ve hukuk ortamının istikrar ve tutarlı olmasını sağlamak gibi bir yükümlülüğü olduğu sonucunu doğurmaktadır.⁴⁶⁷

2.2.8. Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi, ev sahibi devlet tarafından yapılan ve yatırımı etkileyen herhangi bir uygulamanın makul bir gerekçeye dayanması ve yatırımın gereksiz şekilde devlet uygulamaları ile sınırlandırılmaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, tahkim heyetleri uyuşmazlık konusu devlet uygulamalarını incelerken, uygulamaların makul olup olmadığını ele almaktadır.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Türk Anayasası, m.166/2; Kalkınma planına ilişkin hüküm şu şekildedir: “*Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.*”

⁴⁶⁶ ICSID, *PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, Dava No. ARB/02/5, 19.01.2007, para. 246-256.

⁴⁶⁷ Picherack, J.R., “The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2008, (9), s. 278.

⁴⁶⁸ Klager, R., “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2010, (11), s. 442.

Ölçülülük ilkesi, bir çok hukuk sisteminde (Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku) kullanılmaktadır. Anglo Sakson hukuku sisteminde ölçülülük (*proportionality*) ve makul olma (*reasonableness*) ilkeleri birbirinden tamamen ayrılmaktadır.⁴⁶⁹ Ancak, emsal tahkim kararlarına bakıldığında böyle bir ayrıma gitmekten imtina edilmiştir. Ölçülülük ilkesi, kamusal ihtiyaçlar karşılanırken bunu başarmak için gerekenin ötesine geçilmemesi hali olarak ifade edilmektedir.⁴⁷⁰ Uluslararası yatırım hukukunda ölçülülük ilkesi, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya hangi ölçüde ve hangi araçlarla müdahale edebileceğine ilişkin tartışmalarda ele alınmaktadır.⁴⁷¹

Ölçülülük ilkesi, devletler arasında akdedilen antlaşmalar göz önüne alındığında uluslararası yatırım hukukunda ve tahkiminde tek başına varlık gösteren bir ilke olarak karşımıza çıkmamaktadır. Aksine, ikili yatırım antlaşmalarında kullanılan soyut kurallar ile ilkelerin yorumlanmasında yardımcı bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁷² Benzer şekilde *National Grid*⁴⁷³ davasında, AHM ilkesinin sınırları sabit bir ilke olmadığını ve dolayısıyla uyuşmazlıktan uyuşmazlığa farklı yorumlanabileceği göstermek adına ölçülülük ilkesi kullanılmıştır. Örneğin, normal şartlarda adil ve hakkaniyetli muamele ilkesini ihlal eden bir uygulama, ev sahibi devletin ekonomik veya sosyal kriz içerisinde bulunduğu göz önüne alınarak AHM ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilebilmektedir.⁴⁷⁴

Arjantin-ABD Arasında Yatırımın Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşmanın 11. maddesinde bu Antlaşmanın, tarafların kendi kamu düzenini koruması, uluslararası barış ve güvenliğin korunması yönündeki yükümlülüklerini yerine getirirken ya da kendi ülkesinin güvenliğini sağlaması gibi sorumluluklarını yerine

⁴⁶⁹ Ayrıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. : Jacob, M. ve Schill, S. W., “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, s. 736, par. 87.

⁴⁷⁰ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 737, par.89.

⁴⁷¹ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 737, par.91.

⁴⁷² Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 737, par.94.

⁴⁷³ UNCITRAL, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, 03.11.2008.

⁴⁷⁴ UNCITRAL, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, 03.11.2008, par.180.

getirirken gerekli önlemleri almasını engellemediği vurgulanmıştır.⁴⁷⁵ Diğer bir manada, yatırım antlaşmasının devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesinde ya da devletin zor durumda kalması hallerinde ev sahibi devletin önünde bir engel olarak durmadığı ifade edilmek istenmiştir. Bu maddenin yorumlanmasını gerektiren uyuşmazlıklarda, tahkim heyetleri genellikle ölçülülük ilkesinden ziyade uluslararası teamül hukukunun kavramlarından biri olan “*gereklilik*” ilkesine dayanmıştır. Bu durumda Arjantin’in maruz kaldığı ekonomik kriz ile baş etmek için uyguladığı önlemlerin gerekli olup olmadığı sorunu üzerinde durulmuştur.⁴⁷⁶

Daha sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ise tahkim kararları farklı bir yol izlemiştir. *Continental Casualty* davasında, başvuru ev sahibi devletin yatırımcının bankadaki malvarlıklarını dondurması, para transferine izin vermemesi, döviz üzerinden mutabık olunan sözleşmenin yerel para birimine geçirilmesi, yerel para biriminin (*peso*) dolar karşısındaki değerinin sabitlenmesi vb. yollarla⁴⁷⁷ birçok İYA hükmünün ihlal edildiği dile getirilmiştir. Bu iddiaya ilişkin olarak ev sahibi devlet ise, kendisinin istisnai bir finansal kriz yaşadığını ve bu durumlarda ev sahibi devletin ek önlemler almasının İYA kapsamında olduğunu belirtmiştir. İkinci olarak ise, uluslararası hukukta yer alan “*gereklilik*” kavramı gereğince kamu düzenini korumak için gerekli önlemler alındığını savunmuştur.⁴⁷⁸ Karar gerekçesinde, söz konusu önlemlerin antlaşma kapsamındaki gerekliliklerden olup olmadığının değerlendirilmesi ölçülülük ilkesi üzerinden gerçekleştirilmiştir. Böylece ev sahibi devletin, sivil hayatın barış içinde yürütülmesi ve demokratik hayatın devam ettirilmesi için almış olduğu önlemlerin İYA kapsamında olduğuna karar verilmiştir.⁴⁷⁹ Bu bağlamda ölçülülük ilkesi, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında bir denge kurma politikası işlevi görmüştür.

⁴⁷⁵ Treaty Between the United States and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and protection of Investment, 20.10.1994, art. XI: “*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.*”

⁴⁷⁶ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 741, par.104.

⁴⁷⁷ ICSID, *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Dava No ARB/03/9, 05.09.2008, par. 137-147.

⁴⁷⁸ ICSID, *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Dava No ARB/03/9, 05.09.2008, par. 160.

⁴⁷⁹ ICSID, *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Dava No ARB/03/9, 05.09.2008, par. 174.

Ölçölülük kavramının tarafların çıkarları arasında bir denge kurma vazifesi görmesi de AHM ilkesinin canlı, esnek ve gelişmeye açık bir unsur olmasını sağlamaktadır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULAMADA ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİ

Yukarıda değinildiği üzere adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında, ticaret antlaşmalarında ve diğer yatırım hukuku araçlarında yer almaktadır.⁴⁸⁰ Kimi zaman bu ilke tek başına varlık gösteren bağımsız bir ilke olarak ortaya çıkarken, bazı hallerde ise yatırımcılara yönelik diğer ilkelerle birlikte kullanılmaktadır. Diğer yandan, genellikle adil ve hakkaniyetli muamelenin gerekliliği bağlayıcı bir karaktere sahiptir. Buna karşın bazı durumlarda ise, sadece antlaşmanın başlangıç bölümünde yer verilerek veya emredici olmayan ifadelerle adil ve hakkaniyetli muamelenin uygulanması tavsiye edilmektedir. İlkenin böyle farklı ifade şekilleri ile farklı hukuki niteliğe sahip karakterde kullanılması ve bu durumların olası hukuki sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Genel olarak AHM ilkesiyle ilgili incelenmesi gereken üç durum ile karşılaşılmaktadır. İlk olarak, AHM ilkesi muğlak, genel ve esnek karaktere sahiptir. İkinci olarak, AHM ilkesini ihtiva eden antlaşmalarda bu ilkenin tanımlanması yapılmamakta ve ilkenin ne şekilde uygulanacağı hakkında bilgi verilmemektedir. Son olarak, ilkeye ilişkin olarak bolca tahkim kararı ve doktrin çalışması bulunmasına rağmen AHM ilkesinin uygulanması hala her bir uyuşmazlığın karakterine göre değişmektedir.⁴⁸¹

1. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNİN YATIRIM

ANTLAŞMALARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, uluslararası yatırım antlaşmalarında yer verildiği için sözleşmeden kaynaklanan bir ilke özelliği taşımaktadır. Bu ilkenin nasıl oluştuğunu ve kapsamını anlamak ve yorumlamak için, onun antlaşmalardaki konumu ve ilkenin muhtelif ifade ediliş şekillerinin incelenmesi gerekir. Çok taraflı ve iki taraflı yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğu adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine yer vermektedir. Bunun yanında AHM ilkesinin tek başına ya da farklı ilkelerle birlikte

⁴⁸⁰ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 705.

⁴⁸¹ Salacuse, 2015, s. 244.

bulunması, bağlayıcı ya da tavsiye niteliğinde olması ile ilkenin içerdiği unsurların (meşru beklenti, istikrar vb.) farklılık arz etmesi nedeniyle, ilkenin yeknesak bir ifade ediliş şekli bulunmamaktadır.⁴⁸² Bunun yanında AHM ilkesinin antlaşmalarda ifade ediliş şekli, ilkenin anlamını ve kapsamını kavrama açısından yol gösterici olmaktadır. Diğer yandan, AHM ilkesinin antlaşmalardaki kullanımı zaman içerisinde de değişime uğramıştır. Bu değişimin ilkenin anlamı, kapsamı ve uygulanması üzerindeki etkisi ele alınmalıdır. Sonuçta, ilkenin farklı şekillerde kullanımı farklı yorumlanmasına neden olmaktadır.⁴⁸³ Antlaşmalarda AHM ilkesine yer verilirken AHM ilkesinin tanımının tam olarak belirtilmemesi ya da ilkenin ne şekilde uygulanacağını kayıt altına alınmaması ve yatırım hukukunda ilkelerin genel olarak muğlaklık içermesi AHM ilkesine ilişkin yorum faaliyetin önemini artırmaktadır.⁴⁸⁴

AHM ilkesinin görünümü, diğer bir deyişle ifade ediliş biçimi, antlaşmadan antlaşmaya farklılık gösterdiği gibi antlaşma içerisindeki konumlandırılması da değişmektedir. Buna ilişkin olarak bazı yatırım antlaşmalarında ilke, antlaşmanın bağımsız ve etkili bir unsuru olduğunu belirtmek amacıyla başlangıç kısmında⁴⁸⁵ (*preambular language*) kullanılmaktadır.⁴⁸⁶ Ayrıca bazı durumlarda ise, AHM ilkesine antlaşma metni içerisinde ayrı bir hüküm (*self-standing*)⁴⁸⁷ olarak da yer verilmektedir. Buna ek olarak, AHM ilkesi yatırım hukukunun diğer ilkeleri ile birlikte de⁴⁸⁸ hüküm altına da alınmaktadır.⁴⁸⁹ İlkenin bu şekilde farklı versiyonlarda varlık göstermesi, yorumlanması ve uygulanması açısından farklılıklar doğurmaktadır.

⁴⁸² Salacuse, 2015, s.243; Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 704; Klager, 2011, s.9; Tudor, 2008, s.22.

⁴⁸³ Klager, 2011, s.14; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 17.

⁴⁸⁴ Schill, S. W., The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 263.

⁴⁸⁵ Treaty Between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 14.11.1991.

⁴⁸⁶ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 704; Salacuse, 2015, s.242; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.266.

⁴⁸⁷ Agreement Between The Republic of Turkey and the Transitional Islamic State Of Afghanistan Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 10.07.2004, art.2.

⁴⁸⁸ Agreement between the Federal Republic of Germany and the Hashemite Kingdom of Jordan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 13.11.2007, art.2, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1347>> (15.03.2018).

⁴⁸⁹ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 704.

Antlaşmalarda yer verilen AHM ilkelerinin yatırım tahkim heyetlerince geniş yorumlanması karşısında bazı devletler rahatsızlık duymuştur. Buna bağlı olarak devletler, akdettikleri antlaşmalarda kayıt altına aldığı AHM ilkesinin geniş yorumlanmasına müsaade etmeyecek dar kalıplar içerisinde tutmaya çalışmıştır.⁴⁹⁰ Böylece ev sahibi devleti ilgilendiren kamu yararı ilkesi ile yatırımcının haklarının daha net bir biçimde ayrışması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu durum, AHM ilkesinin çeşitli şekillerde kaleme alınmasına neden olmuştur.⁴⁹¹

AHM ilkesi yatırım antlaşmalarında yer alırken, bazı hallerde diğer ilkeler ile birlikte de kullanılmaktadır. Örneğin, Türkiye ile Azerbaycan arasında imzalanan İYA'da “*Her bir Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımları, diğer Akit Tarafın ülkesinde her zaman adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik de dâhil olmak üzere, uluslararası hukukun asgari muamele standartlarına uygun bir muameleye tabi tutulacaktır*”⁴⁹² denilerek AHM ilkesi ile tam koruma güvenlik ilkesi beraber kayıt altına alınmıştır. AHM ilkesi bunun dışında ulusal muamele ilkesi ya da en çok gözetilen ulus ilkesi ile birlikte de kullanılmaktadır. Ancak ilkelerin beraber veya ayrı kullanılmasının ilkelerin uygulanmasına ya da içeriğine ilişkin bir değişiklik meydana

⁴⁹⁰ Buna ilişkin olarak, Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika- ABD arasında imzalanan Serbest Ticaret Antlaşmasının (<https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf>) yatırıma ilişkin onuncu maddesinin beşinci fıkrası asgari muamele ilkesine ilişkindir. Bu maddede öncelikle antlaşmanın tarafı olan diğer devletlerin yatırımcılarına uluslararası teamül hukuku çerçevesi içerisinde adil ve hakkaniyetli muamele edileceği kayıt altına alınmıştır. Devamında, bu antlaşma kapsamında sağlanacak asgari muamele ilkesinin teamül hukukunun sağlamış olduğu muamelenin altında olmayacağı vurgulanmıştır. AHM ilkesinin ise teamül hukukunun sağladığı muamelenin ötesinde ek yükümlülükler getirmeyeceği özellikle anlatılmıştır. Son olarak AHM ilkesinin adli, idari ve cezai süreçlerde adaletin sağlanmasını gerektiren hukuki prosedür ilkesini içerdiği kaydedilmiştir. Görülmektedir ki AHM ilkesi çoğu zaman sorun çıkaran bir özelliği olan sade bir dil ile kullanılırken; daha ayrıntılı ve sınırları belirlenmiş bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır.

⁴⁹¹ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 705; Yatırım antlaşmalarının ve ilgili hükümlerin zaman içerisinde yeniden düzenlenmesine ilişkin olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Muchlinski, P., “Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate: The Issue of National Security”, Yearbook on International Investment Law&Policy, Oxford University Press, 2008-2009, ss. 35-78.

⁴⁹² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması Ve Teşvikine İlişkin Anlaşma, m. 2; Metnin orijinali şöyledir: “*Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded treatment in accordance with international law minimum standard of treatment, including fair and equitable treatment and full protection and security in the territory of the other Contracting Party.*” <<https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-018251.jsessionid=4qdocD R5JnZCQftctpgIQ9e4wPBF5DZhSdKvt9PGvYcqtqM2AJL!146676065>> (21.01.2018)

getirmediği, diğer bir ifadeyle bu durumun antlaşmanın şekli özelliklerine ilişkin bir durum olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹³

AHM ilkesi ile ev sahibi devletin iç hukuku arasındaki ilişki öncelikle ele alınması gerekmektedir. AHM ilkesinin uluslararası antlaşmalarda kullanılmasının amacı yabancı yatırımcının, ev sahibi devletin iç hukuk korumasının ötesinde uluslararası hukukun sağladığı korumalardan faydalanmasıdır. Ancak nadiren de olsa bazı antlaşmalarda ev sahibi devletin iç hukukuna gönderme yapılmaktadır. Örneğin, Karayip Devletler ile Küba arasında imzalanan İYA’da “*Akit taraflar, ulusal hukuku ve mevzuatları tahtında ve bağlamında diğer tarafın yatırımcılarının yatırımlarını adil ve hakkaniyetli muamele sağlar.*”⁴⁹⁴ denilmiştir. Halbuki AHM ilkesi ve diğer ilkelerin temel amacı, ev sahibi devletlerin korumasının ötesinde uluslararası hukuki koruma sağlanmasıdır. AHM ilkesinin bu şekilde ev sahibi devletin iç hukukunun sağladığı koruma ile sınırlandırılarak, antlaşmada kayıt altına alınması, ilkenin sağlayacağı korumanın ev sahibi devletin bahsettiği bir lütuf olarak görülmesine neden olacaktır.⁴⁹⁵

Adil ve hakkaniyetli muamele tabiri antlaşmalarda sürekli olarak bir bütün olarak kullanılmaktadır. Bu ilke, adil olma ve hakkaniyetli olma şeklinde iki ayrı unsurdan mı oluşmaktadır, yoksa iki terimin birleşerek yeni ve özgün bir ilke mi meydana getirmektedir sorusu akla gelmektedir. Yukarıdaki bölümlerde de değinildiği üzere, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ilkenin istikrarlı şekilde “adil ve hakkaniyetli muamele” şeklinde kullanılması ilkenin bir bütün olarak ele alındığını göstermektedir. Eğer devletler, adil olma ve hakkaniyetli olma ilkelerinin başlı başına ayrı ilkeler olduğunu kabul etseydi bu ilkeleri ayrık olarak kullanması gerekirdi. Ancak bugüne kadar hiçbir devletin böyle bir uygulanmasına şahit olunmamıştır.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Salacuse, 2015, s.243; Klager, 2011, s.17.

⁴⁹⁴ CARICOM-Cuba Cooperation Agreement, (05.07.2000, 01.01.2001), Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments, art. IV. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2498>> (22.01.2018)

⁴⁹⁵ Klager, 2011, s.21.

⁴⁹⁶ Salacuse, 2015, s.245.

1.1. Sözleşmede Adil ve Hakkaniyetli Muamele Kaydının Bulunmaması

AHM ilkesi çok taraflı ve iki taraflı yatırım antlaşmalarının çoğunda bulunsa da bazı antlaşmalarda, bu ilkeye yer verilmemiştir. Diğer yandan, yatırım ile ilgili hususları içeren veya atıf yapan bazı ticaret antlaşmalarının da AHM ilkesini içermediği görülmektedir.⁴⁹⁷ AHM ilkesinin antlaşmalardaki kullanımı incelenirken, öncelikle AHM ilkesinin antlaşmada bulunmaması halinde ne olacağı konusu değerlendirilmelidir. Böylece AHM ilkesinin yatırım antlaşmalarında yer alması ve almaması arasındaki fark daha net görülecektir. Bu bağlamda ilk olarak akla gelen ve en önemli soru AHM ilkesinin antlaşmada yer almaması ilkenin uygulanmayacağı manasına gelir mi? Yoksa, AHM ilkesi teamül hukuku kapsamında mıdır ve buna bağlı olarak antlaşmada yer almasa dahi uygulanmalı mıdır? Veyahut antlaşmada yer alan diğer ilkeler taraf devletlerin yatırımcılarına AHM ilkesinin de uygulanmasını gerektirebilir mi?

Yatırım antlaşmalarında AHM ilkesine yer verilmemesi, devletlerin yabancı yatırımcılara yönelik muamelelerinin ve düzenlemelerinin bu ilkenin gerektirdiği şekilde olmasını istemedikleri manasına gelmektedir. Bir bakıma devletler, imzaladıkları antlaşmalarda AHM ilkesine yer vermediyse bu durumun bilinçli olarak yapıldığı kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak yatırım antlaşmasının AHM ilkesini barındırmaması halinde kural olarak yabancı yatırımcının bu ilkeye dayanarak koruma talep etmemesi gerekir. Bu durumda yabancı yatırımcı, antlaşma içerisinde bulunan yatırımcının korunmasına ilişkin diğer hükümlerden faydalanmayı talep etmelidir.⁴⁹⁸ Ancak AHM ilkesinin antlaşmada yer verilmemesi nedeniyle uygulanmadığı hallerde dahi uluslararası hukukta teamül niteliğini kazanmış uluslararası asgari muamele ilkesi etkisini sürdürmektedir.⁴⁹⁹ Bu açıdan bakıldığında, antlaşma kapsamında AHM ilkesi uygulanmadığı halde teamül hukukunun hala varlığını sürdürdüğü ve dolaylı olarak

⁴⁹⁷ Tudor, 2008, s. 23; Klager, 2011, s.10; Bu antlaşmalardan bazıları şunlardır: General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Investment Measures (TRIMS); Ayrıca AHM ilkesini içermeyen yatırım antlaşmalarına ilişkin olarak UNCTAD veri tabanında yapılan araştırma sonucunda kayıt altında olan toplamda 2573 ikili yatırım antlaşmasından 126 tanesi AHM ilkesini barındırmadığı sonucuna ulaşılmıştır. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>> (20.12.2017)

⁴⁹⁸ Tudor, 2008, s. 24; Klager, 2011, s.10.

⁴⁹⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 18-19.

yabancı yatırımcıların asgari düzeyde uygulanması gereken muameleyi talep edebilmesi gerekmektedir.⁵⁰⁰

Yatırım antlaşmasında AHM ilkesinin bulunmaması halinde akla gelen diğer bir soru antlaşma gereğince uyuşmazlık çözüm sürecinde yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin olarak uluslararası asgari muamele ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Örneğin, Oman Sultanlığı Hükümeti ve Türkiye Cumhuriyeti arasında imzalanan “*Yatırımların Karşılıklı Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Antlaşma*” AHM ilkesini içermemektedir. Aynı antlaşmanın “*Bir Akit Taraf ile Diğer Akit Tarafın Yatırımcıları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü*” başlıklı dokuzuncu maddesinde yatırım ile ilişkili tüm uyuşmazlıkların bu antlaşma kapsamında çözüme kavuşturulacağı kayıt altına alınmıştır.⁵⁰¹ Bu antlaşma hükmünde, yatırım ile ilgili tüm uyuşmazlıklar antlaşma kapsamı içerisinde tutulduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların uluslararası asgari muamele ilkesine uyumlu olarak yatırımcı-devlet tahkim sürecinden geçeceği noktasında kuşku yoktur. Diğer bir deyişle, antlaşmada yer almayan hükümlere dayanarak işlem yapılamasa da teamül niteliğini kazanmış kurallar varlıklarını sürekli sürdürmektedir.

Bazı antlaşmalarda AHM ilkesi kullanılmazken, en çok gözetilen ulus (EÇGU) ilkesine yer verilmektedir. Bu durumda EÇGU ilkesinin kullanılmasından ötürü, yatırımcının üçüncü bir devlet nezdinde hareket eden yatırımcıya tanınan adil ve hakkaniyetli muamele kaydını talep edebilip edemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Diğer bir deyişle, kendisine AHM ilkesi uygulanmayan yabancı yatırımcı EÇGU ilkesine dayanarak AHM ilkesi uygulanan başka bir yabancı yatırımcıya uygulanan muamelenin kendisine de uygulanmasını talep edebilecek midir? Bu konuya ilişkin olarak *Bayindir* davasına ilişkin tahkim heyeti, Pakistan ile Türkiye arasında akdedilen iYA’da⁵⁰² AHM ilkesinin antlaşmanın başlangıç kısmında verildiğini, bunun antlaşmanın taraflarının AHM ilkesini antlaşma metni içerisinde yer vermek

⁵⁰⁰ Klager, 2011, s.11.

⁵⁰¹ Oman Sultanlığı Hükümeti ve Türkiye Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Antlaşma, m.9, 04.02.2007 (imza tarihi) /15.03.2010 (yürürlük tarihi). <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5052>> (15.03.2018)

⁵⁰² Agreement Between The Islamic Republic of Pakistan and The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 16.03.1995 (imza tarihi) / 03.09.1997 (yürürlük tarihi) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2135>> (15.03.2018)

istemedikleri manasına geldiğini ifade etmiştir. Ancak diğer yandan, Türkiye ile Pakistan arasındaki antlaşmanın içerisine EÇGU ilkesinin yerleştirilmiş olduğunun ve Pakistan'ın diğer devletlerle yaptığı bir çok yatırım antlaşmasında ise AHM ilkesine yer verdiğine dikkat çekilmiştir. Sonuç olarak, devletlerin İYA kapsamında birbirilerine EÇGU ilkesi tanımış olduğuna ve Pakistan'ın diğer devletler nezdinde faaliyet gösteren yabancı yatırımcılara AHM ilkesini tanımış olduğundan dolayı uyuşmazlık tarafı şirketin de bu muameleden faydalanması gerektiğine karar verilmiştir.⁵⁰³ Bu karardan hareketle, devletlerin yaptıkları antlaşmalarda AHM ilkesine yer vermemesi veya sadece antlaşmanın başlangıç kısmında yer vermesi hâllerinde, AHM ilkesinin uygulanmaması tercihini kasten yaptıkları kabul edilmektedir. Ancak, uyuşmazlıkların çözümü esnasında bazı hukuki taktiklerle antlaşma yorumlanırken antlaşmada yer verilen diğer bazı hükümlerin (EÇGU ilkesi ve UM ilkesi) sağladığı koruma ile AHM ilkesinin de dolaylı olarak uygulanması mümkün hale gelmiştir.

1.2.Tavsiye Niteliğinde Kullanılan Adil ve Hakkaniyetli Muamele Kaydı

AHM ilkesinin antlaşmalarda kullanılan şekillerinden biri de onun ev sahibi devlet üzerinde doğrudan bağlayıcı etkiye sahip olmadığı hâldir. Bu durumda uluslararası antlaşmanın başlangıç kısmında⁵⁰⁴ AHM ilkesine yer verilmesi ya da antlaşma metninde, ilkenin uygulanmasını tavsiye eden bir üslubun kullanılması hâllerinde böyle bir kayıttan bahsedilebilir.⁵⁰⁵ Örneğin, adil ve hakkaniyetli muameleye atıf yapan ilk metin ve Uluslararası Ticaret Örgütü'nün kurulması için hazırlanan 1948 tarihli Havana Antlaşması kurulması planlanan örgütün görevlerinden birisinin de üye devletlerden birinden diğerine ulaşan girişim, yetenek, sermaye, sanat veya teknolojinin adil ve hakkaniyetli muameleye tabi olmasını sağlayabilmesidir.⁵⁰⁶ Antlaşmadaki

⁵⁰³ Tudor, 2008, s. 24; Klager, 2011, s.10-11; ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Award, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005, par.153-160; ICSID, *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, Dava No. ARB/05/16, Award, 29.07.2008, par. 575.

⁵⁰⁴ Milletlerarası antlaşmalarda başlangıç (*preamble*) bölümü yoğun olarak kullanılmaktadır. Başlangıç bölümü, antlaşmanın maddi içeriğine ilişkin olarak pek bilgi vermese de genel olarak antlaşmanın amacına ulaşılmasına ışık tutmaktadır. Aslında başlangıç bölümünde yer alan ifadeler uyuşmazlıkların çözümünde maddi hükümler kadar etkili olmasa da hukuki boşluk yada belirsizlik olması durumlarında ortaya çıkmaktadır.

⁵⁰⁵ Klager, 2011, s.11.

⁵⁰⁶ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing.<<http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>> (07.01.2018)

hükümün üslubu incelendiğinde kurulması planlanan örgütün hangi amaçlarla hareket edeceğini belirtmektedir ve bu nedenle de tavsiye niteliğinde AHM ilkesinin olması gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁰⁷

AHM ilkesinin tavsiye niteliğinde kullanıldığı diğer bir metin ise MIGA Konvansiyonu⁵⁰⁸’dur. Bu metnin 12(e) maddesinde yabancı yatırım sigortalanırken, ev sahibi devletin yatırım koşullarının nasıl olduğu ve bilhassa adil ve hakkaniyetli muamele ile yatırıma hukuki korumanın sağlanıp sağlanmadığı dikkate alınacaktır.⁵⁰⁹ Bu durumda MIGA Konvansiyonu’nun üye devletlere adil ve hakkaniyetli muamele uygulaması gerektiğine ilişkin bir yükümlülük atfettiğinden bahsedilemez. Bunun yerine, kurulacak olan MIGA (*Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı*)’nın yatırım yapılmadan önce garanti verilip verilmemesini tespit etmek amacıyla ev sahibi devletin adil ve hakkaniyetli muamele uygulayıp uygulamadığını araştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Diğer bir yönden bakıldığında ev sahibi devletlerin yabancı yatırım için uygun bir ortam sağlaması için gereken muamele belirtilmiştir. Sonuçta AHM ilkesinin uygulanması için bir zorunluluktan öte tavsiye boyutunda bir hüküm olarak kalmıştır.⁵¹⁰

Uluslararası antlaşmaların tamamında olmasa da AHM ilkesini içerenlerin büyük bir çoğunluğunda başlangıç bölümü içerisinde AHM ilkesine atıf yapılmaktadır. AHM ilkesi, başlangıç bölümünde kullanılırken genellikle benzer ifadelerle kullanılmaktadır. Örneğin, “*İstikrarlı bir yatırım ortamı meydana getirmek ve ekonomik kaynakların etkin biçimde kullanılmalarını sağlamak üzere, yatırımların adil ve hakkaniyete uygun*

⁵⁰⁷ Klager, 2011, s.11-12.

⁵⁰⁸ MIGA, Dünya Bankası grubunun bir üyesidir. MIGA’nın en temel amacı üye devletler arasında ve özellikle gelişmekte olan devletlere yönelik yatırımların serbestçe dolaşımını sağlamaktır. Bu amaçla MIGA, yatırımcılara ve kredi verenlere siyasi risk sigortası sağlamaktadır. Bu çerçevede örneğin, para biriminin çevrilememesi, transferin kısıtlanması, kamulaştırma yapılması, savaş yada iç kargaşa çıkması, sözleşmenin ihlal edilmesi vb. nedenlerle sigorta kapsamına girilmektedir. MIGA’nın kurulmasını sağlayan temel metin MIGA Konvansiyonu’dur.

⁵⁰⁹ Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency, art. 12(e) (iv): “...the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment.” <<https://www.miga.org/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>> (08.01.2018)

⁵¹⁰ Klager, 2011, s.12; Adil ve hakkaniyeti muamele ilkesini tavsiye eden diğer metinler şunlardır: The 1972 ICC Guidelines for International Investment, The 1992 World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, The 1995 Pacific Basin Charter on International Investments, The 2000 Cotonou Agreement.

*muameleye tabi tutulmasının arzu edileceğini kabul ederek ve...*⁵¹¹ ifadesi sıkça kullanılmaktadır. Her ne kadar farklı ifade şekilleri kullanılsa da genel olarak AHM ilkesinin gerekli olduğuna vurgu yapılmaktadır.⁵¹²

Bağlayıcı olmayan ve diğer bir deyişle tavsiye niteliğinde olan AHM ilkesinin çok taraflı antlaşmalarında kullanılması oldukça yaygındır. Antlaşmalarda AHM ilkesinin bu şekilde kullanılması, imzacı devletlerin yabancı yatırımlara adil ve hakkaniyetli muamelede bulunması yönünde teşvik etme amacı taşımaktadır. Diğer yünden, emredici nitelikte AHM ilkesinin kullanılamamasına ilişkin olarak, çok taraflı antlaşmalarda imzacı devletlerin sayıca çokluğu ve farklı/zıt görüşleri nedeniyle bir konsensüse ulaşmaları çok zor olduğundan, bu hüküm yumuşak kullanılmaktadır. Nitekim, çok taraflı antlaşma görüşmelerinde en temel konularda dahi devletler arasındaki görüş ayrılığı dikkate alındığında bu mesele daha iyi anlaşılacaktır.⁵¹³

AHM ilkesinin tavsiye edici mahiyette kullanılması hâlinde devletler üzerinde bağlayıcı olmayacağı ve sadece onları teşvik amacıyla kullanıldığı yukarıda vurgulanmıştır. Hâl böyle iken antlaşmanın başlangıç kısmında bu ilkeye yer verilmesi halinde ilkenin bağlayıcı mı yoksa tavsiye niteliğinde mi olduğu akla gelmektedir. Bu soruya ilişkin olarak *Bayındır* kararında, AHM ilkesine antlaşmanın başlangıç bölümünde yer verilmesi ve antlaşma metninin içerisinde yer verilmemesinin bariz bir şekilde antlaşmaya taraf devletlerin bu hükmü antlaşma kapsamında bulundurmamak istemediği manasına geldiği belirtilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere tahkim heyeti, antlaşmaya taraf devletlerin AHM ilkesini antlaşma içerisinde bulundurmamak istemediğine kanaat getirse de yine aynı antlaşmada en çok gözetilen ulus ilkesinin bulunması nedeniyle AHM ilkesinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁵¹⁴

⁵¹¹ Türkiye Cumhuriyeti ve Haşimi Ürdün Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 23.01.2006; Metnin orijinali şöyledir: “*Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources.*”

⁵¹² Tudor, 2008, s.22.

⁵¹³ Klager, 2011, s.13.

⁵¹⁴ ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Award, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005, par.155.

1.3.Sınırlandırılmamış AHM Kaydı

Sınırlandırılmamış AHM kaydı, diğer ilkelere atıf yapmaması ve AHM ilkesine ek şartlar getirmemesi açısından antlaşmalarda AHM ilkesinin en sade hâli olma özelliğini taşır.⁵¹⁵ AHM ilkesi, çoğu ikili yatırım antlaşmasında sınırlandırılmamış hâlde kullanılmaktadır. Örneğin, Türkiye ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması'nın⁵¹⁶ ikinci maddesi yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin ilkeleri barındırmaktadır. Buna göre “*Taraflardan her biri nezdinde faaliyet gösteren yatırımcıların yatırımları her zaman adil ve hakkaniyetli muameleye tabidir...*” denilerek AHM ilkesinin en sade, yani sınırlandırılmamış hali kullanılmıştır. Burada sınırlandırılmamış tabiri kullanılırken, uygulanacak muamelenin düşük bir seviyede olacağı manası anlaşılmamalıdır. Sınırlandırılmamış AHM kaydından kasıt, antlaşmada kullanılan üslubun sadece AHM ilkesini içerdiği ve başka kriterlerle kısıtlanmadığı veya genişletilmediğidir.

AHM ilkesi bazı hallerde tam güvenlik ve koruma ilkesi ile birlikte kullanılmaktadır. Bu durumda da yine AHM ilkesi ayrıca düzenlendiği şekil itibariyle nitelikli hale getirilmemişse sadece başka bir ilkeyle beraber kullanılması onu nitelikli yapmamaktadır. Bu durumda AHM ilkesinin yorumlanmasına ilişkin bir farklılık oluşmamaktadır. Sadece iki farklı ilke tek bir madde ile kayıt altına alınmaktadır.⁵¹⁷ Sonuç olarak, AHM ilkesi diğer ilkelere ayrı olarak kullanılırken, bazı durumlarda bitişik ya da birbiri ile ilişkili olarak kullanılmaktadır.⁵¹⁸ Diğer bazı hallerde ise AHM ilkesi EÇGU ve/veya UM ilkeleri ile birlikte kullanılmaktadır.⁵¹⁹ Esasında bu ilkelerin beraber aynı hüküm içerisinde ama birbirinden bağımsız ilkeler olarak kullanılmasının pratik manada bir faydası bulunmamaktadır. Yalnızca muamele standardı olma açısından aynı kategoride yer aldıklarından dolayı, kimi durumlarda beraber

⁵¹⁵ Tudor, 2008, s.24.

⁵¹⁶ Agreement Between The Czech Republic And The Republic of Turkey For The Reciprocal Promotion And Protection of Investments, 29.04.2009 (imza tarihi), m.2/2.

⁵¹⁷ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 21.

⁵¹⁸ Klager, 2011, s.14.

⁵¹⁹ Agreement Between The Czech Republic And The Republic of Turkey for the Reciprocal Promotion And Protection of Investments, 29.04.2009, art.3. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>> (25.02.2018)

kullanılması tercih edilmektedir.⁵²⁰ Öte yandan, bazı İYA’larda ise yatırımların AHM ilkesi ile sağlanacak muamelenin EÇGU ve UM ilkelerince sağlanacak muameleden daha az olmaması gerektiği kayıt altına alınmaktadır.⁵²¹ Böyle bir durumda AHM ilkesi gereğince ilgili yabancı yatırımlara uygulanacak muamele, ulusal yatırımcılar ve üçüncü devlet nezdindeki yatırımcılara uygulanan muameleye en azından eşit yada daha iyi olması gerekmektedir.⁵²² Netice itibarıyla, bu ilkelerin muamele açısından birbirine bağlanması durumunda bağımsız olarak yorumlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda AHM ilkesine ilişkin olarak ele alınan bir uyumsuzluk dolaylı olarak diğer ilkeleri de ilgilendirmektedir. Ancak yukarıda AHM ilkesinin özellikleri anlatılırken AHM’nin mutlak ve koşullu-bağımlı olmayan (*non-contingent*) karaktere sahip olduğundan bahsedilmiştir. Bu durumda AHM ilkesini diğer ilkelere ve ev sahibi devletin diğer yatırımcılara uyguladığı muamelelerden bağımsız olma özelliğine zarar vermeden yorum faaliyetinin gerçekleştirilmesi önem kazanmaktadır.

AHM ilkesinin herhangi bir nitelik eklenmeden kullanılması halinde uluslararası teamül hukukunun yabancılara ilişkin asgari muamele ilkesi kapsamında yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Buna ilişkin olarak ilke içerisinde asgari muamele ilkesine atıf yapılmamış olsa dahi AHM ilkesinin bu teamül hukuku ilkesi ile birlikte değerlendirileceği kabul edilmektedir.⁵²³ Nitekim OECD’nin 1984 tarihli Uluslararası Yatırım ve Çok Uluslu Şirketler raporunda tüm üye devletler, AHM ilkesinin açık bir şekilde belirtilmese bile uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu belgenin üye devletler açısından bir bağlayıcılığı bulunmadığı da belirtilmelidir.⁵²⁴

⁵²⁰ Tudor, 2008, s.32.

⁵²¹ “*Each Contracting Party shall in its territory accord investments and returns of investor of the other Contracting Party treatment which is fair and equitable and not less favourable than that which it accords to investments and returns of its own investors or to investments and returns of investors of any third State whichever is more favourable.*”, Agreement Between The Government Of The Czech Republic and the Government of Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 28.07.1994, art.3; <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/977>> (25.02.2018)

⁵²² Tudor, 2008, s.32.

⁵²³ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 21.

⁵²⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 21.

1.4.Uluslararası Hukuka Atıf Yapan Adil ve Hakkaniyetli Muamele Kaydı

Yatırım antlaşmalarında AHM ilkesine yer verilirken bazı durumlarda uluslararası hukuka atıf yapılmaktadır. Uluslararası hukuka atıf yapan AHM hükümleri yine de değişik şekillerde hüküm altına alınmaktadır. Buna ilişkin ilk örnek, Türkiye-ABD arasındaki İYA'da yer alan “Yatırımlar, uluslararası hukuka uygun olarak adil ve hakkaniyetli muamele ve tam güvenlik ve koruma ilkelerine tabi olacaktır.”⁵²⁵ hükmüdür. Böyle bir durumda AHM ilkesi koruması, teamül hukukunu da kapsayan uluslararası hukuk şemsiyesi altına girmektedir. Gerçekten de bir tahkim heyetinin böyle bir hüküm ile kayıt altına alınan AHM ilkesini yorumlarken uluslararası hukukun kaynakları kullanılarak ve uluslararası hukukun sınırları içerisinde yorumlanması gerekmektedir.⁵²⁶

AHM ilkesinin uluslararası hukuk ile anıldığı diğer bir tür antlaşma hükmü ise şöyledir: “Antlaşmanın taraflarından her biri diğer taraf nezdinde faaliyet gösteren yatırımcıların yatırımlarına ve dönen yatırımlarına tam güvenlik ve koruma sağlar ve adil ve hakkaniyetli muamele eder. Ancak her ne durumda olursa olsun bu antlaşmanın maddelerinden ve uluslararası hukukun sağladığı muameleden daha kötü bir muamele sağlayamaz.”⁵²⁷ Böyle bir antlaşma hükmü ile AHM ilkesinin kayıt altına alınması halinde ilke, daha geniş bir alanda yorumlanmaktadır. Sonuç olarak yabancı yatırımlar AHM ilkesine tabidir, ancak ne olursa olsun uluslararası hukukun koruması dışına çıkılmamalıdır. Bir bakıma kötü muamele yönünden uluslararası hukuk, sınırları asgari sınır olarak benimsenmiştir.⁵²⁸

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA)’nın “Asgari Muamele Standardı” başlıklı 1105/1 maddesinde “Akit devletlerden her biri diğer Akit devletler

⁵²⁵ Treaty Between The United States of America And The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 03.12.1985/ 18.05.1990, m.2/3.

⁵²⁶ Tudor, 2008, s.26; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 22.

⁵²⁷ Between the Republic of Finland and Serbia and Montenegro on the Promotion and Protection of Investments, 23.05.2005, m.2/2; Metnin orijinali şöyledir: “Each Contracting Party shall in its territory accord to investments and returns of investments of investors of the other Contracting Party full and constant protection and fair and equitable treatment. In any case a Contracting Party shall accord treatment no less favourable than that required by international law and the provisions of this Agreement.”

⁵²⁸ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 23.

nezdinde hareket eden yatırımcıların yatırımlarına adil ve hakkaniyetli muamele ile tam güvenlik ve koruma ilkelerini de içerecek şekilde uluslararası hukuka uygun olarak muamelede bulunur.” kaydına yer verilmiştir.⁵²⁹ Öte yandan, NAFTA kapsamında kurulan mahkemelerde AHM ilkesine ilişkin ilk incelenen kararlarda ilkenin sadece uluslararası teamül hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceği ve ilkenin ek unsurlar içerdiği belirtilmiştir.⁵³⁰ Ayrıca kararda ev sahibi devletin genel olarak uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmesinin değil, yabancı yatırımın korunmasına ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi halinde AHM ilkesinin ihlal edilebileceği vurgulanmıştır.⁵³¹

AHM ilkesi uluslararası hukuk ilkesi ile birlikte kullanılırken, yukarıda belirtildiği üzere üç farklı şekilde kullanılmaktadır. Buna göre antlaşmalarda AHM ilkesine atıf yapılırken uluslararası hukuka uygun olarak uygulanacağı, uluslararası hukukun sağladığı korumadan daha alt düzeyde bir koruma olamayacağı ya da uluslararası hukukun sağladığı korumaya dahil olduğu belirtilerek antlaşmalarda yer verilmektedir.⁵³² Bu şekilde farklı modellerin tercih edilmesine bağlı olarak AHM ilkesinin kayıt altına alınmasında, uluslararası hukukun rolünün ne olduğu sorusu akla gelmektedir. Hatta AHM ilkesine yer verilirken uluslararası hukuka atıf yapılması halinde uluslararası asgari muamele ilkesinin esas alınması gerektiği de belirtilmektedir. Bu kabulün dayanak noktası ise, asgari muamele ilkesinin teamül hukukunun bir gereği olarak görülmesi ve teamül hukukunun ise uluslararası hukukun bir parçası olduğu düşüncesidir.⁵³³

Bu tartışmaların etkisiyle bazı devletler, antlaşmalardaki ilkelerin kullanımına ilişkin değişikliğe gitmiştir. Böylece AHM ilkesi uluslararası teamül hukuku ile sınırlandırılmaya başlanmıştır. Bu durumda AHM ilkesi, uluslararası hukukun korumasından faydalanmak yerine onun bir parçası olan ve AHM ilkesini daha sınırlı tutacağı inancıyla uluslararası teamül hukuku ile sınırlandırılmıştır.⁵³⁴ Hatta ABD ve Kanada gibi bazı devletler, bu ilkelerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak çok ayrıntılı bir

⁵²⁹ NAFTA Antlaşması için bkz.: <<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>> (21.01.2018)

⁵³⁰ Salacuse, 2015, s.247.

⁵³¹ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, para. 264.

⁵³² Tudor, 2008, s.26; Klager, 2011, s.18.

⁵³³ Klager, 2011, s.18.

⁵³⁴ Klager, 2011, s.18.

dil kullanmakta ve böylece ilkenin yorumlanmasında istenilen sınırların dışına çıkılması engellenmeye çalışılmaktadır.⁵³⁵

1.5. Uluslararası Asgari Muamele İlkesi veya Uluslararası Teamül Hukukuna Atıf Yapılması

Uluslararası asgari muamele ilkesi, 19. yüzyıldan itibaren kullanılmaya başlanmış ve uluslararası teamül hukukunun başlıca ilkelerinden biri haline gelmiştir. İkili yatırım antlaşmalarında AHM ilkesi ele alınırken kullanılan yöntemlerden birisi de uluslararası asgari muamele ilkesi ile birlikte kullanılmaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere asgari muamele ilkesi ilk başlarda yabancıların temel insan hakları ve diğer haklarını koruyan bir ilke olarak ele alınmıştır.⁵³⁶ Ancak uluslararası yatırım hukuku açısından ikili yatırım antlaşmalarında da benimsenen bazı yorum ilkelerine göre⁵³⁷ uluslararası teamül hukuku kapsamında kullanılan uluslararası asgari muamele ilkesi, yabancıların ekonomik haklarını ve çıkarlarını koruyan tüm teamül hukuku kuralları manasına gelmektedir.⁵³⁸

2012 yılı ABD Model İYA'sında, antlaşmanın her bir tarafının AHM ilkesini de içerecek şekilde uluslararası teamül hukukuna uygun hareket edeceği kayıt altına

⁵³⁵ Kotera, 2008, s.1089; Buna ilişkin olarak 2004 yılı ABD Model İYA'sında, Art. 5: Minimum Standard of Treatment [Article 5 [Minimum Standard of Treatment] shall be interpreted in accordance with Annex A.]

Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide: (a) 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) 'full protection and security' requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

⁵³⁶ OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing.s.8 <<http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>> 09.03.2018.

⁵³⁷ 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, art.5. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2241>> (28.12.2017)

⁵³⁸ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 28.

alınmıştır.⁵³⁹ Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında AHM ilkesinin asgari muamele ilkesinin sağladığı korumanın ötesine gidemeyeceği belirtilmiştir. Böylece AHM ilkesinin yabancı yatırımlar için ek koruma sağlamayacağı ve teamül hukuku kapsamında uluslararası asgari muamele ilkesinin sınırlarında bir muameleye tabi tutulacağı belirtilmiştir.⁵⁴⁰ Bu düşünceyi destekler nitelikte *Genin v. Estonia* kararında, sonuçta AHM ilkesinin ihlal edildiği iddiası reddedilirken, AHM ilkesinin içeriğinin açık bir şekilde bilinemediği ve tahkim heyetinin AHM ilkesini uluslararası asgari muamele ilkesi kapsamında düşünmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁴¹ Uluslararası teamül hukuku ile AHM ilkesinin aynı ölçüde standartlar olup olmadığını ele alan *Occidental v. Ecuador* kararında, antlaşma kapsamında AHM ilkesinin uluslararası hukukun belirlediği sınırlar ile aynı düzeyde olduğu kabul edilmiştir. Özellikle hukuk ve iş dünyasında gerekli olan öngörülebilirlik ve istikrar kriterleri açısından ele alındığında bu şartların aynı olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴²

AHM ilkesi ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki, NAFTA kapsamındaki uyuşmazlıklarda da tartışma yaratmıştır. NAFTA Antlaşması'nın Asgari Muamele İlkesi başlıklı 1105(1) maddesine göre, “*Antlaşmanın taraflarından her biri diğer tarafların yatırımcılarının yatırımlarına adil ve hakkaniyetli muamele ve tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere uluslararası hukuka uygun olarak muamele eder.*”⁵⁴³ Bu maddeye ilişkin olarak, AHM ilkesinin ev sahibi devlet açısından uluslararası hukukun bir gereği mi olduğu yoksa uluslararası hukuka ek bazı yükümlülükler mi getirdiği tartışma konusu olmuştur. *Pope&Talbot* kararında, ilgili NAFTA maddesinde uluslararası hukuk kriterine ilave olarak AHM ilkesinin de bir gereklilik olduğunun ifade edilmesi nedeniyle uluslararası hukukun kendiliğinden bu

⁵³⁹ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art.5/1 <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> (26.12.2017).

⁵⁴⁰ Salacuse, 2015, s.246.

⁵⁴¹ ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par.367.

⁵⁴² UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, par. 190.

⁵⁴³ Metnin orijinali şöyledir: “*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*”

ilkeyi kapsamadığına karar verilmiştir.⁵⁴⁴ Aynı konuya ilişkin *SD Myers* kararında ise NAFTA 1105(1) maddesi değerlendirilirken, AHM ilkesi ve tam koruma ve güvenlik ilkesinin birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacağını belirtmiştir. Öncelikle her iki ilkenin de uluslararası hukuk ile uyumlu olarak uygulanması gerektiği anlatılmıştır.⁵⁴⁵ Bu maddede yer verilen ilkelerin uluslararası hukuk kriterine bağlanarak bir alt sınır oluşturulduğu kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, yabancı yatırımcıya yönelik uygun olmayan muamelelerin (ayrımcılık, haksız, keyfi vb. muameleler) ancak uluslararası hukuk perspektifinde kabul edilemez bir noktaya ulaştığında ihlal kararı verilecektir.⁵⁴⁶

AHM ilkesi ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye yönelik farklı yorumlar sebebiyle 31 Temmuz 2001 tarihinde üye devletlerin katılımıyla NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu yorum ilkeleri yayınlamıştır. Buna göre NAFTA 1105(1) maddesi gereğince yabancı yatırımcılara uygulanacak muamelede alt sınır, uluslararası teamül hukukunda var olan uluslararası asgari muamele ilkesi olarak belirlenmiştir. Bunun yanında AHM ilkesi, uluslararası teamül hukukunun sağladığı muamelenin ötesinde bir muameleyi gerektirmemektedir.⁵⁴⁷ NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun bu ilke kararı, sonrasında NAFTA üyesi devletlerin ve uzun vadede NAFTA üyesi olmayan devletlerin⁵⁴⁸ de imzaladığı İYA'ları şekillendirmiştir. Böylece bir çok devlet, imzaladığı İYA içerisinde AHM ilkesinin sağladığı korumanın uluslararası teamül hukukunun sağladığı uluslararası asgari muamele ilkesinin sağladığı korumanın altında olamayacağı kayıt altına alınmıştır.⁵⁴⁹ Bu sayede antlaşma akdeden devletler, daha sonra ortaya çıkacak uyuşmazlıkların öncesinde tahkim heyetlerinin ucu açık yorumlar yapmasını engellemiştir. Her ne kadar AHM ilkesini uluslararası asgari muamele

⁵⁴⁴ *Pope & Talbot Inc and The Government of Canada*, NAFTA, Award On The Merits of Phase 2, 10.04.2001, par.110.

⁵⁴⁵ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, par. 262.

⁵⁴⁶ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, par. 263.

⁵⁴⁷ North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, 31.07.2001 <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp> (27.12.2017)

⁵⁴⁸ Bu devletlerin imzaladığı yatırım antlaşmalarından bazıları şöyledir: ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (2009), the Japan-Philippines FTA (2006), the China-Peru FTA (2009), the Malaysia-New Zealand FTA (2009), the India-Republic of Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement (2009).

⁵⁴⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 25.

ilkesinin sınırları içerisinde tutulmaya çalışılsa da asgari muamele ilkesinin sınırları, kapsamı ve yorumlanması hususunda da münhasır bir uygulama bulunmamaktadır.⁵⁵⁰

1.6. Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesine Ek Şartların Eklenmesi

Uluslararası antlaşmalar ve içerdiği unsurlar sürekli bir gelişim içerisinde. Devletler de buna uygun olarak, gelişmeleri yakından takip etmekte ve politikalarına uygun olan gelişmeleri ve kriterleri antlaşmalarına uygulamaktadır. Sınırlandırılmamış AHM ilkesi hariç ilkenin diğer görünüm şekillerinde bazı ifadeler ile ilkenin sınırlandırıldığı ya da muğlak olan bazı yönlerinin somutlaştırıldığı ifade edilmişti. Gerçekten de ilkenin ek şartlarla kullanılması ilkenin sınırlandırılması ve yorumlanmasının daha açık olmasını sağlamaktadır.⁵⁵¹ Bu yönüyle güncel uygulamalarda görülen bazı unsurların incelenmesi gerekmektedir.

1.6.1. “Denial of justice” yasağı

“Denial of justice”⁵⁵² terimi kelime kelime bir çeviri yapılması halinde “adaletin inkârı” gibi bir anlam çıkmaktadır ancak bu ifade terimin amacını yansıtmamaktadır. Bu terim en kısa ifadeyle, adaletin tesis edilmesi sırasında ihmal veya adaletin tesisindeki eksikliğin ağır olmasıdır. Bu durumda bir çeviri yapılması gerekirse “adaletin sağlanamaması” denilmesi isabetli olur. “Denial of justice” terimi, devletler arası ilişkilerde zorba güç kullanma dönemlerinde bir müdahale nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece güçlü devletler, kendi vatandaşlarına uygulanan adli süreci bahane ederek ev sahibi devlet üzerinde güç kullanmaktadır.⁵⁵³ Hatta bu terimin yorumlanması daha da genişletilerek, uluslararası hukuku ihlal eden herhangi bir davranışın ev sahibi devletin yargı organlarıncı düzeltilmediği ya da telafi edilmediği hallerde ev sahibi

⁵⁵⁰ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 28.

⁵⁵¹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 26.

⁵⁵² “Denial of justice” ‘e ilişkin ilişkin olarak Partalçı’nın eserinde, “ihkak-ı haktan imtina”, “adaletten kaçmanın yasaklanması”, “adil yargılanma hakkının ihlali” terimlerinin Türk hukukunda kullanıldığı belirlenmiştir. “Denial of Justice”(Adaletin Sağlanamaması) teriminin uluslararası hukuktaki konumunu ele alan münhasır bir monolog niteliğinde olan eser için bkz.: Paulsson, J., Denial of Justice in International Law, Cambridge University Press, New York, 2005.

⁵⁵³ Paulsson, J., Denial of Justice in International Law, Cambridge University Press, New York, 2005, s.57.

devlete müdahale edilmiştir.⁵⁵⁴ Adaletin sağlanamaması, her ne kadar ev sahibi devletin genellikle yargının bağımsız olduğu savunması ile karşılık bulsa da, devletler arası ilişkilerde bu savunma yeterli görülmemektedir.⁵⁵⁵

Son zamanlarda düzenlenen ABD ve Kanada'nın ikili yatırım antlaşmaları, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun ilke kararları doğrultusunda AHM ilkesini asgari muamele ilkesi ile birlikte kullanıldığı gibi AHM ilkesinin “denial of justice” (adaletin sağlanamaması) yasağını da içerdiğini kayıt altına almaktadır.⁵⁵⁶ Yatırım antlaşmalarında AHM ilkesine yer verilirken, adaletin sağlanamaması durumuna atıf yapılmaktadır. Buna ilişkin olarak en çok kullanılan ifade, ev sahibi devletin uygulayacağı AHM ilkesinin içerdiği unsurlardan biri de hukuki ve idari prosedürlerde adaletin sağlanmasıdır. AHM ilkesi kapsamında böyle bir güvence getirilerek yatırımcıların ağır haksızlıklara maruz kalmaması veya bu ihlallerin çabucak telafi edilmesi için çalışılmaktadır.⁵⁵⁷

“Denial of justice” terimine atıf yapılan antlaşma metnine örnek olarak Türkiye ile Kolombiya arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunasına İlişkin Antlaşma'nın 4(4) maddesinde “*Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, hukuka uygun süreç (due process of law) ilkesine uygun olarak cezai, adli ve idari prosedürlerde adaletin sağlanmamasından (denial of justice) kaçınmayı da kapsamaktadır*” denilmiştir.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Paulsson, 2005, s.57.

⁵⁵⁵ Ev sahibi devletin uluslararası hukuka aykırı görülen davranışları iç hukuk vasıtasıyla telafi edilmediği hallerde güçlü devletler güç kullanmayı meşru görmüştür. Bazı yazarlar, bunu tam olarak kabul etmemektedir. Buna göre, ev sahibi devletin söz konusu ihlalleri telafi etmeyi reddetmesi yada aşırı olarak geç kalınması halinde adaletin sağlanamamasından bahsedilecektir. Bu çerçevede bir devletin uluslararası hukuku ihlal eden bir davranış sergilemesi halinde “denial of justice” gerçekleşmemektedir. Söz konusu davranışın düzeltilmemesi halinde bu durum ortaya çıkmaktadır.

⁵⁵⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 26.

⁵⁵⁷ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 30.

⁵⁵⁸ Agreement Between The Republic of Colombia and The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Promotion and The Protection of Investments, 28.07.2014 (imza tarihi, henüz yürürlükte değil), m.4(4). Metnin orijinali şöyledir: “*Fair and equitable treatment includes the prohibition against denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings in accordance with the principle of due process of law.*”

1.6.2. Keyfi, Gerekçesiz ve Ayrımcı Muamele Yasağı

Yatırım antlaşmalarında AHM ilkesi ifade edilirken, devletler bir çok özel unsura yer vermektedir. Bunlar AHM ilkesini barındıran hüküm içerisinde keyfi, gerekçesiz veya ayrımcı muamelelere ilişkin yasaklardan biri ya da birkaçı olabilmektedir. Aslında, AHM ilkesine ilişkin tahkim kararını⁵⁵⁹ da incelediğimiz ikinci bölümde, bu unsurların her birinin AHM ilkesinin doğal kapsamı içinde olduğu belirtilmiştir. Ancak devletler, bu unsurları açık bir şekilde belirterek, uyuşmazlık ortaya çıkması halinde AHM ilkesinin içeriğine ilişkin tartışmalara açıklık kazandırmak istemektedir. Diğer bir ifadeyle, AHM ilkesinin genel olarak ifade edilmesinden sonra ayrıca bazı unsurlara yer verilerek, bu unsurların kesin bir şekilde gözetileceği belirtilmek istenmektedir.⁵⁶⁰ Aslında AHM ilkesi, bu unsurların sağladığı korumanın ötesinde bir koruma sağlamaktadır. Çünkü bir muamelenin keyfilik ve ayrımcılık yasağı ya da gerekçeli olma ilkelerine uygun olmasına rağmen AHM ilkesini ihlal etmesine bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan, devletler AHM ilkesini sadece bu unsurlar ile sınırlı tutmayı arzu ediyorsa, bu durumda ayrıca ve açıkça bunu da hüküm içerisinde belirtmeleri gerekmektedir.⁵⁶¹

1.6.3. Antlaşmadaki Diğer Taahhütlerin İhlal Edilmesi

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun yayınladığı rapordan sonra bazı yatırım antlaşmaları, yatırım antlaşmasının farklı bir hükmünün ya da farklı bir uluslararası antlaşmanın ihlal edilmesinin ayrıca AHM hükmünün ihlalini doğurmayacağını açık bir şekilde kayıt altına almıştır.⁵⁶² Örneğin, Meksika ile Singapur arasında imzalanan yatırım antlaşmasında “*Bu antlaşmanın herhangi bir hükmünün yada uluslararası başka bir antlaşmanın ihlal edilmesi doğrudan bu maddenin ihlal edilmesine neden*

⁵⁵⁹ UNCITRAL, *Lauder v. The Czech Republic*, 03.09.2001, par.221; ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003; ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001; *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (United States Of America v. Italy), Uluslararası Adalet Divanı, 20.07.1989; ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003.

⁵⁶⁰ Tudor, 2008, s.27-28; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 31.

⁵⁶¹ Tudor, 2008, s.27-28; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 31.

⁵⁶² United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 33.

olmamaktadır”⁵⁶³ denilerek, AHM ilkesine ilişkin yeni bir nitelikli hâl oluşturulmuştur. Böylece, AHM ilkesinin sınırları diğer ilkelerden ayrılmış ve tek başına ihlal sebebi olduğu vurgulanmıştır. Öte yandan, yatırım antlaşmalarına eklenen böyle bir hükmün, AHM ilkesini uluslararası teamül hukukunun bir gereği olduğunu fikrini benimseyenlerce kullanılmaktadır. Böylece AHM ilkesinin teamül hukukunun bir gereği olduğu kabul edilirse, yatırım antlaşmasının ya da herhangi bir uluslararası antlaşmanın bir hükmünün ihlal edilmesinin doğrudan bir teamül kuralının ihlalini doğurmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.⁵⁶⁴

AHM ilkesinin ihlalinin, antlaşmadaki diğer maddelerin veya diğer uluslararası antlaşmaların ihlalinden ayrılması uyuşmazlık çözüm mercilerinin her bir ihlalden ötürü doğrudan AHM ilkesinin ihlali sonucuna ulaşmalarını engellemektedir. Bu madde ile, antlaşmanın kapsamı konusundaki belirsizliklerden biri giderilmeye çalışılmaktadır. Böylelikle örneğin, ticaret hukukuna ait bir kuralın ihlal edilmesi halinde doğrudan uluslararası yatırım hukuku kapsamında olan AHM ilkesi sorumluluğu yoluna gidilememektedir.⁵⁶⁵ Zira tam tersi düşünüldüğünde, AHM ilkesi tüm ekonomik uyuşmazlıklarda başvuru ve sonuç elde edilen bir bahaneye dönüşecektir.

1.6.4. Gelişmişlik Düzeyinin Dikkate Alınması

Son zamanlarda ön plana çıkan ve gittikçe önem kazanan diğer bir ek şart ise, AHM ilkesi değerlendirilirken, ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyinin dikkate alınması gerektiğine ilişkin savunmadır.⁵⁶⁶ Örneğin 2007 yılında imzalanan Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Yatırım Antlaşmasının 14(3) maddesinde, antlaşmayı imzalayan devletlerin her birinin farklı hukuki, idari ve yargı usulüne sahip olduğu, yine her birinin farklı gelişmişlik seviyesinde olduğu ve bu nedenle de her birinin aynı ölçüde muamelede bulunamayacağı belirtilmiştir.⁵⁶⁷ Antlaşmada böyle bir hükme yer verilerek,

⁵⁶³ <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/136/treaty/2538>> (06.01.2018)

⁵⁶⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 33.

⁵⁶⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 33.

⁵⁶⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 33.

⁵⁶⁷ Metnin orijinali şöyledir: “*For greater certainty, Member States understand that different Member States have different forms of administrative, legislative and judicial systems and that Member States at*

ev sahibi devletin uyguladığı muamelelerin yorumlanmasında daha esnek davranılmasının önü açılmıştır. Bu durumda az gelişmiş bir devletin ülkesine yatırım yapan bir yatırımcının gelişmiş bir devletin uyguladığı muameleyi beklemesi makul olmayacaktır.⁵⁶⁸

AHM ilkesini gelişmişlik düzeyiyle ilgili olarak ele alırken dikkate alınan diğer bir ölçüt ise, akit devletlerin gelişmişlik düzeyidir. Diğer bir ifadeyle, bir gelişmekte olan devlet ile gelişmiş devlet arasında imzalanan İYA ile iki gelişmiş devlet arasında imzalanan İYA aynı şekilde değerlendirilmemektedir. İki gelişmiş devlet arasında imzalanan İYA’da yer alan AHM ilkesi bir “muamele seviyesi” olarak değerlendirilirken, bir gelişmekte olan devlet ile gelişmiş devlet arasında imzalanan İYA’da yer alan AHM ilkesi yatırımların korunması ve teşvik edilmesi aracı olarak görülmektedir.⁵⁶⁹ Çünkü yatırım hukukunda, AHM ilkesinin koruma aracı olarak kullanılması ile bir muamele seviyesi göstergesi olarak kullanılması arasında ayrım yapılmaktadır. AHM ilkesinin yatırımın korunması aracı olarak kullanılması yatırım hukukunun ilk dönemlerinde yoğun olarak dile getirilirken, muamele seviyesini ifade etmek amacıyla kullanılması son dönemlerde gündeme gelmiştir. Çünkü yabancı yatırımın korunması ilk dönemlerden itibaren gündemde olmasına karşın, yabancı yatırıma karşı uygulanan muamele doğrudan yatırımı ilgilendirmesi ve onun ev sahibi devletin ülkesinde hızlı hareket edebilmesi yönüyle son zamanlarda tartışma konusu olmaktadır.⁵⁷⁰ Nitekim bazı İYA’larda, hem koruma hem de muamele aracı olarak AHM ilkesinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Öncelikle, AHM ilkesinin İYA içerisinde iki veya ikiden çok kez yer almasının AHM ilkesinin içeriğine ilişkin bir farklılık doğurmadığını belirtmek gerekir. AHM ilkesinin böyle iki veya daha fazla

different levels of development may not achieve the same standards at the same time. Paragraphs 1 and 2 of this Article do not establish a single international standard in this context.” <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092>> (06.01.2018)

⁵⁶⁸ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 34.

⁵⁶⁹ Tudor, 2008, s.29.

⁵⁷⁰ Juillard, P., L'évolution des sources du droit des investissements, Martinus Nijhoff, 1994, s.48'den aktaran Tudor, 2008, s.29.

kullanımı hâlinde, onun hem koruma aracı hem de bir muamele göstergesi olarak değerlendirilmektedir.⁵⁷¹

Bu durum ile benzerlik taşıyan *Metalpar* kararında, Arjantin’de otomobil endüstrisine yatırım yapan yabancı yatırımcı, henüz ev sahibi devlet ile bir sözleşme imzalamamış olduğu ve ev sahibi devletin otomobil endüstrisindeki kötü gidişatın farkında olduğundan dolayı meşru beklentisinin zedelendiği ve böylece AHM ilkesinin ihlal edildiği iddiası reddedilmiştir.⁵⁷² Ancak bu davada değerlendirilen hususun ev sahibi devletin gelişmişlik durumu değil, belirli bir sektörün genel gidişatı olduğu unutulmamalıdır.

Ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyinin AHM ilkesinin ihlal edilmesinde göz önüne alınması gerektiğinin kayıt altına alınması, yaygın bir uygulama değildir. Bu durumda AHM ilkesi kayıt altına alınırken ev sahibi devletin gelişmişlik düzeyinin belirleyici bir unsur olduğunun anlaşmada ayrıca ve açıkça belirtilmemesi durumunda bu husus dikkate alınmayacak mıdır? Yatırımcının meşru beklentisinin ve dolayısıyla AHM ilkesinin yatırım ortamının şartları ile orantılı olduğu yukarıda ifade edilmişti. Yabancı yatırımcının, yatırım öncesinde ev sahibi devletin genel olarak ekonomik düzeyini bilmesi ve özellikle yatırım yapacağı sektörün durumuna ilişkin araştırma yapması beklenmektedir. Bu durumda yatırım antlaşmalarında ev sahibi devletin gelişmiş düzeyinden bahsedilmese de yatırımcının, zaten buna ilişkin bilgili ve öngörülü olması gerekmektedir. Zira uluslararası yatırım hukuku beklenmedik, öngörülemez veya keyfi tutumlara karşı koruma sağlamaktadır. Diğer yandan, AHM ilkesinin uluslararası teamül hukuku ya da uluslararası asgari muamele ilkesi ile birlikte kullanıldığı hâllerde ev sahibi devletin gelişmişlik seviyesinin bir etkisi olmayacaktır. Çünkü uluslararası teamül hukuku kuralları tüm devletlerce uygulanmak zorunda olduğu gibi, uygulanması gereken iyi muamelenin en asgarisini şart koşturmaktadır. Uluslararası asgari muamele ilkesinin ihlal edilmesi hâlinde, asgari ölçüde uygulanması gereken muameleden daha az bir muamele uygulandığından ötürü uluslararası hukuk ihlal edilmiş olmaktadır. Bu durumda, uluslararası teamül hukukunun esas alındığı

⁵⁷¹ Tudor, 2008, s.30.

⁵⁷² ICSID, *Metalpar S.A. And Buen Aire S.A. V. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/5, 06.06.2008, par.180-188.

antlaşmalar doğrultusunda çıkan uyuşmazlıklarda ev sahibi devletin gelişmişlik seviyesi dikkate alınmayacaktır.⁵⁷³

AHM ilkesinin kapsamı itibariyle sınırlandırılmasına yönelik tartışmalar devam ederken, onun antlaşmalarda yer verilen şekline ilişkin değişikliklerin hem uygulanmasına hem yorumlanmasına katkı yaptığı söylenebilir. Ancak tam olarak bir sonuca varılması ve sınırlarının net olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmelidir. Çünkü içeriği, yapısı ve unsurları itibariyle AHM ilkesi olaydan olaya farklılık gösteren ve her bir uyuşmazlıkta ayrıca ele alınması gereken bir ilke özelliği taşımaktadır.

2. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE İLKESİNE İLİŞKİN YORUM FAALİYETİ

Önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere, AHM ilkesinin yatırım antlaşmalarında farklı şekillerde ifade edilmesi, ilkenin sınırlarının genellikle açık bir şekilde belirtilmemesi gibi nedenlerle, uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda AHM ilkesinin uygulanmasında zorluk çıkmaktadır. Öncelikle yatırım antlaşmalarında bu ilkenin ya da ilkeyi oluşturan unsurların ne anlama geldiği belirtilmediğinden, AHM ilkesine ilişkin yorum faaliyeti önem kazanmaktadır.⁵⁷⁴ AHM ilkesinin yorumlanmasında temel olarak üç yaklaşım bulunmaktadır.⁵⁷⁵ İlk olarak, AHM ilkesi müstakil ve bağımsız ilke olarak değerlendirilerek, teamül hukukunun sağladığı korumanın ötesinde bir koruma sağladığını savunanlardır. İkinci olarak, AHM ilkesinin teamül hukuku kapsamında asgari muamele ilkesinin bir yansıması olduğu ve bu nedenle asgari muamele ilkesinin sağladığı korumanın aynısını sağladığını savunanlar bulunmaktadır.⁵⁷⁶ Son olarak, AHM ilkesi başlı başına varlık gösteren müstakil bir ilke

⁵⁷³ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 34-35.

⁵⁷⁴ Salacuse, 2015, s.251.

⁵⁷⁵ Bu görüşlerden ayrı olarak savunulan düşünceler de bulunmakla birlikte burada ele alınan üç görüş baskın görüşleri teşkil etmektedir.

⁵⁷⁶ ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/12, 14.07.2006, par.361; ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/8, 12.05.2005, par. 282-284; UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, par. 190; ICSID, *Siemens A. G. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/02/8, 06.02.2007, par.292; ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par.367; ICSID, *El Paso Energy International Company v. The*

olduğu gibi, zaman içerisinde İYA'larda çok sık kullanılması nedeniyle bir teamül kuralı haline geldiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır.⁵⁷⁷ AHM ilkesinin yorumlanması faaliyeti münhasıran genel yorum kuralları ile sınırlı olarak yapılması mümkün görünmemektedir. Ancak bunun yanında genel yorum kuralları olarak lafzi, amaçsal ve bütüncül yorumlama ilkelerinin de ele alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan AHM ilkesi, yatırım antlaşmalarında yer verilen diğer birçok ilke gibi genellikle soyut bir deyişle kaleme alınmaktadır. Bunun başlıca nedeni, ev sahibi devletlerin yabancı yatırıma zarar verebilecek tüm davranışlarının önceden tespit edilmesinin mümkün olmamasıdır.⁵⁷⁸ Bu nedenle AHM ilkesine yönelik yargı ve tahkim uygulamaları ile doktrin tartışmaları sayesinde, ilkenin kapsamı ve uygulanması açıklık kazanacaktır.⁵⁷⁹ Nitekim bu soyutluk hâli, sadece AHM ilkesine özgü bir mesele değil, genel olarak uluslararası hukukta ve devletler arası ilişkilerde sıkça karşımıza çıkan bir yaklaşımdır. İşte bu durumda, uluslararası yatırım antlaşmalarında yer alan AHM ilkesinin uluslararası hukuka dayanarak ne ölçüde ve hangi yöntemlerle daha somut bir hale getirilmesi çalışmanın mühim bir noktasını teşkil etmektedir.

AHM ilkesine ilişkin uyuşmazlıklarda ev sahibi devletler, ilkenin varlığına ilişkin bir itirazda bulunmamaktadır. Nitekim AHM ilkesi ve diğer ilkelerin soyut bir halde olması da onların varlığının itiraz konusu olmasını engellemektedir. Diğer bir açıdan bakıldığında, AHM ilkesinin soyut halde kaleme alınması nedeniyle, uyuşmazlık konusu her bir somut olay değerlendirilirken ev sahibi devletin uyguladığı muamelenin AHM ilkesini ihlal edip etmediği yeniden değerlendirilmektedir. Bu durumda AHM ilkesinin var olup olmadığı hususundan öte muamelenin ilkeyi ihlal edip etmediği hususu tartışılmaktadır. Nitekim ev sahibi devlet AHM ilkesinin ihlal edildiğini iddia

Argentine Republic, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011, par. 337; ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.122; ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, par.128.

⁵⁷⁷ Dumbery, P., *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105.*, Kluwer Law International, 2013, s.36; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.264.

⁵⁷⁸ Vasciannie, 2000, s. 104.

⁵⁷⁹ Weil, P., "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage A Trois", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2000, (15/2), s. 415; Bu makale yazıldığı tarih itibarıyla AHM ilkesinin günümüzde olduğu kadar gelişmediği bir dönemde yazılmıştır. Yazar, gelecek yıllarda oraya çıkacak tahkim uyuşmazlıklarında yer alacak hakemlerin uluslararası hukuka ilişkin standartları yorumlamak zorunda kalacakları ve bu nedenle uluslararası hukukta yeni ilkelerin ortaya çıkacağını öngörmüştür.

eden bir yatırımcının iddiasına karşılık olarak, yatırımcının adil ve hakkaniyetli muameleyi hak etmediğini savunmamaktadır. Diğer bir deyişle, ev sahibi devlet AHM ilkesi yükümlülüğü altında olmadığını iddia etmemektedir. Zira tahkim kararlarında ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya AHM ilkesini uygulaması gerekip gerekmediği konusu ya da AHM ilkesinin varlığı sorunu tartışılmamaktadır. Bundan ziyade, belirli bir muamelenin bu ilkeyi ihlal edip etmediği yargılamanın temel tartışma noktasıdır.⁵⁸⁰ Sonuçta, somut uyuşmazlıkta taraflarının tartıştığı ve tahkim heyetinin karar vermesi gereken husus, ev sahibi devletin yaptığı muamelenin ne olduğu ve bu muamelenin AHM ilkesini ihlal edecek boyutta olup olmadığıdır. Mesela ev sahibi devletin iç hukukunda yürütülen yargılamada yabancı yatırımcıya ayrımcı bir muamelede bulunulması halinde, ev sahibi devletin AHM ilkesi yükümlülüğü altında olup olmadığı, AHM ilkesinin varlığı, adil veya hakkaniyetli terimlerinin manası gibi hususlar tartışma konusu teşkil etmemektedir. Buna karşın, yerel mahkemede yapılan yargılamadaki ayrımcı muamelenin AHM ilkesini ihlal edecek boyuta ulaşip ulaşmadığı tahkim kararının verilmesinde belirleyici olacaktır.

2.1. Genel Yorum Faaliyeti

Antlaşmalara ilişkin yorum faaliyetinin amacı, antlaşmayı akdeden tarafların ilgili metni kaleme alırken niyet ettiği amaca ulaşılmasıdır. Bu amacı gerçekleştirmek adına, uluslararası hukukta, genel olarak yorum faaliyeti için kullanılan ilkeler ve teknikler bulunmaktadır. Yorum teknikleri açısından örneğin, objektif olarak antlaşma metni ele alınması hâlinde kelimelerin sözlük anlamları üzerinde durarak sonuca ulaşmaya çalışılmaktadır. Bunun yanında, sübjektif bir yaklaşım ile ele alındığında ise, tarafların antlaşma metnini kaleme alırken asıl olarak elde etmeye çalıştığı niyete ulaşmaya çalışılmaktadır. Bunlardan farklı olarak amaçsal yorum tekniğinin uygulanması hâlinde, genel olarak antlaşmanın konusu ve amacı ışığında ilgili antlaşma metninin

⁵⁸⁰ Douglas, 2009, s.81; ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, 25.05.2004, par. 107.

yorumlanmasına uğraşmaktadır.⁵⁸¹ Bu sayılan üç farklı yöntem de Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi(VAHS)'nde kural olarak yer almıştır.⁵⁸²

VAHS'nin genel yorum kuralına ilişkin ilk fıkrasında “*Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır*” denilmiştir.⁵⁸³ Antlaşmanın bütünü, antlaşmanın başlangıç hükümlerini ve eklerini de kapsamaktadır.⁵⁸⁴ Antlaşma kavramının kapsadığı unsurlar bunlarla da sınırlı kalmamaktadır. Ayrıca, aynı taraflar arasında ilgili antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin sonraki antlaşmalar, antlaşmanın uygulanmasına ilişkin olan devlet uygulamaları ve son olarak antlaşmanın tarafları arasındaki ilişkilerde uygulama alanı bulan uluslararası hukuk kuralları da antlaşmanın bütünü içerisinde değerlendirilmektedir.⁵⁸⁵ Sonuç olarak, VAHS ile antlaşmaların mahiyetinin bir önemi olmaksızın devletler arasında akdedilecek antlaşmaların yorumlanması için genel geçer ilkeler belirlenmiştir.

2.2. Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesinin VAHS Kapsamında Yorumlanması

AHM ilkesi yatırım uyuşmazlıklarında genel olarak iki şekilde yorumlanmaktadır. İlk olarak ilkenin, bir teamül hukuku kavramı olduğu düşüncesinden hareketle teamül hukuku kriterince yorumlanmasıdır. Bu durumda, AHM ilkesi teamül hukuku kapsamında değerlendirildiğinden ötürü doğrudan antlaşmalar hukuku kapsamındaki yorum ilkeleri kullanılmamaktadır. Ancak yatırım antlaşmasına eklenen bazı unsurlar ile birlikte AHM ilkesinin teamül hukukunun sağladığı korumanın ötesinde bir koruma sağlayacak hükümleri VAHS kapsamında değerlendirmeye tutulacaktır. İkinci durum ise AHM ilkesinin bir antlaşma hükmü olduğundan hareketle antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kuralların esas alınmasıdır.⁵⁸⁶ Bu durumda AHM ilkesi bir antlaşma hükmü olduğundan, uluslararası hukuktaki antlaşmaların yorumlanmasına

⁵⁸¹ Klager, 2011, s.39; Antlaşmanın konusu ve amacı ışığında yapılan yorum faaliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Jonas, D, Saunders, T.N., “The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods”, VJTL, 2010, (43/3), ss. 565- 609.

⁵⁸² Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, m. 31-32.

⁵⁸³ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, m. 31(1).

⁵⁸⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, m. 32.

⁵⁸⁵ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, m. 31(3).

⁵⁸⁶ Dumberry, 2013, s.36;ICSID, *Glamis Gold v. United States of America*, 08.06.2009, par. 606.

ilişkin kurallar gözetilir. Uluslararası hukukta yorum faaliyetine ilişkin başlıca kaynak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesidir. Uluslararası hukukta yorum faaliyeti icra edilirken uygulanan ilkeler ve teknikler devletler arasında akdedilen tüm antlaşmalara uygulanmaktadır. AHM ilkesi de yukarıda da anlatıldığı üzere devletler arasında akdedilen yatırım antlaşmalarında kullanılan bir ilkedir. Bu yönüyle uluslararası hukukta kullanılan genel yorum ilkelerinin AHM ilkesine de uygulanması gerekir. Nitekim bir çok yatırım uyuşmazlığında uluslararası hukukun genel yorum kurallarına ve bilhassa VAHS'ne atıf yapılmaktadır.⁵⁸⁷

AHM ilkesinin VAHS kapsamında genel yorum ilkeleri ile yorumlanması bir çok tahkim kararında tartışılmıştır.⁵⁸⁸ Bu çerçevede AHM ilkesi, antlaşma metnine dayalı yorum (*lafzi yorum*) ve genel olarak antlaşmanın bütününe konu ve amacı (*amaçsal yorum*) kapsamında yorumlanmıştır.⁵⁸⁹ Diğer yandan AHM ilkesi, gerek Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında gerekse teamül hukuku kapsamında yorumlansın, ilkenin muğlaklığı tam olarak giderilememektedir. Bu nedenle somut uyuşmazlıklarda farklı yorum teknikleri ve yaklaşım uygulandığına şahit olunmaktadır.

Lafzi yorum ilkesinin uygulanması ile birlikte ilkeyi meydana getiren kavramların birbirinden bağımsız olarak anlamları üzerinde durulmaktadır. Bu durumda adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin anlamı veya ilkeyi oluşturan her bir kelimenin (adil olma ve hakkaniyetli olma) semantik açıdan incelemesi yapılsa da, ilkenin anlamı genellikle açıklığa kavuşturulamamaktadır. Buna sebep olarak yakın anlamlı soyut

⁵⁸⁷ ICSID, *DC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Dava No. ARB/03/16, Award, par. 290; ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Award, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005, par.96; ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011, par. 589- 605; *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005, par. 247.

⁵⁸⁸ ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Award, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005, par.96; ICSID, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, Dava No. ARB(AF)/05/Z, 18.09.2009, par.133; Permanent Court of Arbitration, *Fleming Dutyfree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, 12.09.2016.

⁵⁸⁹ Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.265; Klager, 2011, s.40; Örneğin *Siemens* kararında, tahkim heyetinin İYA'nın amacını elde etmesi için antlaşmanın başlığı ve başlangıç hükümlerine öncelikle bakması gerektiği vurgulanmıştır. Almanya ile Arjantin arasında akdedilen bu antlaşmanın başlığında antlaşmanın amacının yatırımları korumak ve teşvik etmek olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca antlaşmanın başlangıç hükümlerine göre antlaşmanın amaçlarından birisi de diğer taraf nezdinde faaliyet gösteren yatırımcı ve şirketlerin kendi ülkesi içerisindeki yatırımları için elverişli bir ortam sunmaktır. Sonuçta, tahkim heyeti İYA'nın başlığı ve başlangıç hükümlerini amaçsal yorum ilkesi gereğince kullanarak hüküm vermiştir.

kelimelere bir arada yer verildiği, gerektiğinden fazla sözcük kullanıldığı (*pleonasm*) ve aslında ilkenin temel olarak adaletli muameleyi sağlamaya çalıştığı da savunulan görüşler arasındadır.⁵⁹⁰ Sonuç itibariyle genel ilkelerin karakteristik özelliği olan belirsizlik ve muğlaklık hali, AHM ilkesinin genel yorum kuralları çerçevesinde ele alınması hâlinde de geçelidir. Diğer yandan, böyle bir muğlaklık hâlinin varlığının, devletlere ve yatırımcılara hareket serbestisi sağladığı yönünde olumlu eleştiriler de yapılmaktadır.⁵⁹¹

Yatırım uyuşmazlıklarının son zamanlarda artmasının da etkisiyle AHM ilkesinin muğlaklığı ya da belirsizliği daha çok tartışmaya konu olmaktadır. AHM ilkesi ve tam güvenlik ve koruma ilkesi, antlaşmalardaki ifade ediliş tarzı ve tahkim uyuşmazlıklarında kritik konumu ele alındığında, “*kara delik*”⁵⁹² benzetmesine muhatap olmuştur. Bu benzetme, AHM ilkesinin anlamına ilişkin kötümser bir tablo çizmiştir. Ancak buna karşın, bu benzetmenin AHM ilkesinin temelinde bir anlam taşıdığı ve genel yorum ilkeleri ile ulaşılabileceği anlamına da gelmektedir.⁵⁹³

AHM ilkesinin manasına ulaşmak için uygulanan ilk yöntem lafzi yorum tekniğidir. Bu yöntem, VAHS’nin 31(1) maddesinde yer alan ve antlaşmanın ilgili hükmünün “alelade manasına” (*ordinary meaning*) ulaşmak amacıyla uygulanmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak uygulanan yöntem, terimi meydana getiren adil olma ve hakkaniyetli olma unsurlarının sözlük anlamına ulaşılmasıdır. Bu yaklaşımı uygulayan *MTD*⁵⁹⁴ kararında, adil ve hakkaniyetli olma tarafsız, bağımsız, objektif, meşru gibi terimler ile açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak bu ifadelerin de en az adil olma ve hakkaniyetli olma terimleri kadar muğlak olduğu vurgulanmıştır.⁵⁹⁵ Bu yaklaşım ile, AHM ilkesini meydana getiren sözcükler hakkında bir fikir edinilebilmektedir. Ancak lafzi yorum ilkesinin sözlük manası olarak algılanmasının olumsuz etkisi, ilkenin nasıl

⁵⁹⁰ Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, s.264.

⁵⁹¹ Klager, 2011, s.46.

⁵⁹² Garcia, C.G., *All The Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, And The Necessary Evil Of Investor-State Arbitration*, FJIL, 2004, (16), s.333.

⁵⁹³ Klager, 2011, s.46-47.

⁵⁹⁴ ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, 25.05.2004.

⁵⁹⁵ UNCITRAL, *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v The Czech Republic*, Kısmi Karar (*Partial Award*), 17.03.2006, para. 297; Schill, S.W., *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, IILJ, 2006/6, s.6.

uygulanacağına ilişkin bir sonuca ulaştıramamasıdır.⁵⁹⁶ Diğer bir deyişle lafzi yorum yöntemi ile, AHM ilkesini meydana getiren sözcüklerin anlamına ulaşılsa da AHM ilkesi kapsamında ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya nasıl bir muamelede bulunacağına ilişkin sonuca ulaşamamaktadır. Kısacası, AHM ilkesinin nasıl uygulanacağı veya yorumlanacağı ile ilgili olarak sözlüğe başvurulmasının pratik bir faydası olmayacaktır. VAHS kapsamında antlaşmanın bir hükmünün alelade manasına ulaşma adına “*antlaşmanın bütünü içinde ve konu ile amacının ışığında*”⁵⁹⁷ yorum faaliyeti yapılması gerekmektedir. Bu durumda ilkeyi meydana getiren sözcüklerin her birinin anlamından ziyade AHM ilkesine ve antlaşmanın geneline bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşmak gerekmektedir.⁵⁹⁸

Netice itibariyle AHM ilkesinin yorumlanması ve uygulanması için yatırım antlaşması ve bu antlaşmada yer verilen metnin ve amacının incelemesi gerekmektedir, ancak bu da yeterli değildir. Diğer tahkim kararlarının bu ilkeyi nasıl değerlendirdiği de ele alınarak mevcut yorum faaliyeti güçlendirilmelidir. Her ne kadar diğer tahkim kararlarının dava konusu yatırım uyuşmazlığı açısından bağlayıcılığı olmasa da AHM ilkesinin manasına ve kapsamına ulaşma açısından önem arz etmektedir.⁵⁹⁹ Uluslararası hukukta egemen güç olan devletler, kendi ülkelerinde yer alan kişilere yönelik düzenlemeler yapma hakkına sahiptir. Bunun da ötesinde, devletler yatırım antlaşması imzalaması bu hakkından vazgeçtiği manasına gelmemektedir. Ancak yabancı yatırımcıların belli haklarını zarara uğratabilecek düzenleme yapma hakkından ya da bu hakları ihlal edecek davranışlardan kaçınma yönünde taahhütte bulunmaktadır. Somut uyuşmazlıklarda ise tahkim heyetinin AHM ilkesine ilişkin görevi, yatırımcıya yönelik muamelenin ihlal sınırını aşıp aşmadığına yatırım antlaşması kapsamında karar vermektir.

Uluslararası yatırım antlaşmaları yabancı yatırımların teşviki ve korunmasını amaçlamaktadır. Zira, hem yabancı olması hem de devlet karşısında özel bir tüzel yada

⁵⁹⁶ Douglas, Z., The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s.82; Klager, 2011, s.41; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.267.

⁵⁹⁷ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, m.31(1).

⁵⁹⁸ Tudor, 2008, s.36.

⁵⁹⁹ Salacuse, 2015, s.253; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.265.

gerçek kişi olması yabancı yatırımcıyı korumaya muhtaç hale getirmektedir. Ev sahibi devlet açısından ise, sermaye akışını artıracak ve böylece ekonomisini güçlendirecek yabancı yatırımların artması için yatırım antlaşmaları yapılmaktadır.⁶⁰⁰ Sonuçta, yabancı sermayenin hareketliliğinde daha liberal bir anlayışın zemin oluşturan yatırım antlaşmalarında AHM ilkesine yer verilerek yabancı yatırımcılara sağlanacak korumanın asgari düzeyi belirlenmektedir.⁶⁰¹

2.3. Uluslararası Teamül Hukuku

AHM ilkesinin muğlaklığı doktrinde ve tahkim uyuşmazlıklarında tartışılırken, aynı zamanda en sert tartışma, AHM ilkesi ile teamül hukuku arasındaki ilişkinin ele alınmasında yaşanmaktadır.⁶⁰² Buna ilişkin olarak temelde iki soruna çözüm bulunmalıdır. Öncelikle, AHM ilkesinin teamül hukuku kapsamında bir ilke olup olmadığı, şayet olmadığına kanaat getirilirse AHM ilkesinin yabancılara yönelik asgari muamele ilkesinden daha iyi bir muamele sağlayıp sağlamadığı cevaplandırılmalıdır.⁶⁰³ AHM ilkesine ilişkin yorum faaliyeti icra edilirken sadece VAHS kapsamında genel yorum kuralları kullanılarak AHM ilkesinin lafzi ve amaçsal yorumu yapılmaya çalışılmış ve sonuçta ilkenin sadece bu yöntemlerle yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Diğer yandan, AHM ilkesinin tek başına varlık gösteren bir ilke olarak bağımsız yorumlanmasının yeterli olmadığı belirtilmiştir. AHM ilkesinin devletler arasındaki yatırım antlaşmalarında çok sık şekilde kullanılması, kimi tahkim kararlarında da belirtildiği üzere AHM ilkesinin uluslararası teamül kuralı olmasına

⁶⁰⁰ Garcia-Bolivar, O.E., *The Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements*, JWIT, 2005, (6), s.751; Bu makalede yatırım antlaşmalarının temelinde yatan tarafların çıkar çatışması üzerinde durulmaktadır. Yatırım hukukunun başlıca aktörleri devlet ve yatırımcı iken, yatırım antlaşmalarının imzalanması esnasında yatırımcıların bir rolü olmamaktadır. İşte bu durumda, devletler kendi ekonomik çıkarları doğrultusunda yatırımcıya uygun olarak davranmaktadır. Örneğin, yoğun olarak sermaye ihraç eden bir devlet, yatırımcılarının yurtdışında yaptığı yatırımların korunmasına yönelik hareket ederken, sermaye ithal eden veya etmek isteyen devletler ise yatırımcının teşviki kolaylaştıracak adımlar atmaktadır. Bu yönüyle makale, uyuşmazlığın çözümü adına yorum faaliyeti yapılırken devletlerin antlaşmayı imzalarken sahip olduğu amaçların da dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

⁶⁰¹ Klager, 2011, s.45.

⁶⁰² Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 706.

⁶⁰³ Orakhelashvili, A., "The Normative Basis of Fair and Equitable Treatment: General International Law on Foreign Investment", *Archiv des Völkerrechts*, 2008, (46/1), s. 76; Tudor, 2008, s. 56, Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.124.

neden olmuştur.⁶⁰⁴ Bu durumda, AHM ilkesinin daha doğru bir yorumuna ulaşılması için genel yorum ilkeleri dışında AHM ilkesinin teamül hukukundaki konumu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Yatırım hukukuna ilişkin tahkim kararlarında, AHM ilkesi ve teamül hukukuna ilişkin en yoğun tartışma NAFTA 1105(1) maddesi kapsamında gerçekleşmiştir.⁶⁰⁵ NAFTA Antlaşması kapsamında ele alınan bazı tahkim uyuşmazlıklarında⁶⁰⁶ AHM ilkesine ilişkin farklı yorumların yapılması nedeniyle NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu karar almıştır.⁶⁰⁷ Bu komisyon kararlarının özelliği, NAFTA'ya üye devletler arasındaki uyuşmazlıklarda bağlayıcı olmasıdır. Yani bu komisyon kararları doğrultusunda uyuşmazlığın çözülmesi gerekmektedir. Bu karara göre NAFTA 1105 maddesinde belirtilen asgari muamele ilkesi yabancılara uygulanabilecek muamelenin asgari düzeyini ifade etmektedir. Ayrıca AHM ilkesinin asgari muamelesinin ötesinde veya ona ilave bir muamele sağlamadığı ve NAFTA Antlaşmasının farklı bir hükmünün ihlal edilmesinin AHM ilkesinin ihlali sonucu doğurmayacağına karar verilmiştir.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 709.

⁶⁰⁵ Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.124-125.

⁶⁰⁶ İlk olarak *Metalclad* kararında, NAFTA 1105(1) maddesinde düzenlenmiş AHM ilkesinin kapsamı ele alınırken AHM ilkesi ve asgari muamele ilkesi arasındaki ilişkiye hiç değinmemiştir. Bunun yerine NAFTA Antlaşmasının başlangıç hükümlerine ve NAFTA 102(1) maddesinde yer alan NAFTA'nın amaçları ele alınmıştır. NAFTA'nın amaçları arasında yer verilen şeffaflık ilkesinin NAFTA Antlaşmasının en önemli amaçlarından biri olduğu vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu kararda AHM ilkesi değerlendirilirken lafzi yorum yaparak adil olma ve hakkaniyetli olma unsurları üzerinde durulmamıştır. Bunun yerine, genel olarak antlaşmanın amaçları değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, ev sahibi devlet Meksika'nın muamelesinin şeffaflık unsuruna aykırı olduğu belirtilerek AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Şeffaflık unsurunun AHM ilkesini ele alan NAFTA 1105 maddesinde yer verilen bir ilke olmaması ve hatta uluslararası hukukta şeffaflığa ilişkin bir teamül olmamasına rağmen tahkim heyeti NAFTA Antlaşmasının genel amaçlarını gözeterek böyle bir sonuca ulaşması yönüyle bu karar farklılık arz etmektedir. *S.D. Myers* kararında ise yine NAFTA antlaşması kapsamında yer alan ulusal muamele ilkesinin ihlal edildiğini ve bu nedenle de AHM ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu iki karar da AHM ilkesini ve asgari muamele ilkesi ile ilişkisini yorumlama yönüyle diğerlerinden ayrılmaktadır. *Pope & Talbot* kararında, AHM ile asgari muamele arasındaki ilişki farklı bir boyuta taşınmıştır. Bu kararda NAFTA antlaşmasının AHM dışındaki ilkelerine ilişkin bir ihlal olmadığından diğer kararlarda olduğu gibi bir AHM yorumu yapılmamıştır. Bu kararda öncelikle AHM ilkesinin uluslararası hukuk gereğince uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar asgari muamele ilkesi uygulanması gerekse de adil olma ve hakkaniyetli olma kriterlerinin teamüllere ilave bir yükümlülük olduğu vurgulanmıştır. Böylece AHM ilkesinin yorumlanmasında adil olma ve hakkaniyetli olma kriterlerine vurgulanarak genel yorum ilkelerinin çizgisi takip edilmiştir.

⁶⁰⁷ NAFTA 1131(2) maddesine göre Serbest Ticaret Komisyonu'nun aldığı kararlar NAFTA Antlaşması kapsamında oluşan tahkim heyetleri üzerinde bağlayıcıdır.

⁶⁰⁸ North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, 31.07.2001 <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp> (27.12.2017)

Böylece AHM ilkesi ile asgari muamele ilkesi eşit tutulmuştur.⁶⁰⁹ Bu kararlar ile NAFTA üye devletleri *Metalclad, S.D. Myers* kararlarına tepkisini belli etmiş ve bu uygulamadan vazgeçilmiştir.⁶¹⁰ Diğer yandan, böyle bir yorumun benimsenmesi ile asgari muamele ilkesinin esas ilke olduğu vurgulanmış ve sonuçta AHM ilkesi dar olarak yorumlanmıştır.⁶¹¹ NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu’nun bağlayıcı olan bu yorumu, bundan sonra imzalanacak yatırım antlaşmalarını etkilediği gibi uyuşmazlık çözümünde tahkim heyetlerini de etkilemiştir.⁶¹²

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu’nun AHM ilkesini asgari muamele ilkesinin sınırları içerisinde uygulanması gerektiğine ilişkin kararı ile, AHM ilkesinin ihlal edilmesi için asgari muamele ilkesinin öncelikle ihlal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Asgari muamele ilkesinin ihlali ise, yabancıya karşı muamelenin ağır suiistimal, bariz haksızlık, ağır kusur, kötü niyet ya da görevi kasten ihmal durumlarında ortaya çıkmaktadır.⁶¹³ Daha basit bir deyişle, AHM ilkesinin asgari

⁶⁰⁹ Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.272-73; Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 706; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.125.

⁶¹⁰ Klager, 2011, s.71; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.272-73; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.125.

⁶¹¹ AHM ilkesi ve asgari muamele ilkesi arasındaki ilişkiyi inceleyen bu tartışma daha sonraki uyuşmazlıklarda da ele alınmıştır. NAFTA kapsamında olmayan davalarda NAFTA kararlarının etkili olup olmadığını anlamak adına bazı davaların yaklaşımını ele almak gerekmektedir. NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu’nun AHM ilkesine ilişkin almış olduğu karar diğer uyuşmazlıklarda bir bağlayıcılığı olmadığı kesindir. Hatta AHM ilkesi NAFTA Antlaşmasında yer aldığı aynı üslupla yer alsa dahi bir bağlayıcılıktan bahsedilemez. *Occidental Exploration, CMS Gas Transmission, Enron ve Sempra Energy International* davalarında AHM ilkesi ile asgari muamele ilkesi arasındaki ilişkiyi ele almaktan bariz bir şekilde kaçınılmıştır. Öte yandan, AHM ilkesinin uluslararası hukukun içerisinde olduğu fikrini de kabul etmemiştir. Bu bakımdan AHM ilkesinin daha geniş yorumlanması adına bir adım atılmıştır. *Saluka* kararında, her ne kadar AHM ile teamül hukuku arasındaki uyuşmazlığa girilmek istenmese de; AHM ile teamül hukuku arasındaki teorik farkın somut uyuşmazlıklara uygulandığında daha belirgin hale geldiği ifade edilmiştir. Bunun yanında, AHM ilkesinin ihlal edilebilmesi için uluslararası teamül hukukunun ihlal edilmesinden daha ciddi ihlallerin uygulanması gerektiği ima edilmiştir. Ancak bu karar, AHM ilkesine genel yorum kuralları çerçevesinde ele alması ve AHM ilkesinin diğer kurallardan bağımsız bir ilke olduğu vurgulanması açısından önemlidir. *Azurix* kararında, AHM ilkesinin Viyana Antlaşmalar Hukuku çerçevesinde sağlanan yorum kuralları ile yorumlanabileceği belirtilerek AHM ilkesinin uluslararası hukukun sağladığı korumadan bağımsız bir koruma sağladığı kesin bir şekilde ifade edilmiştir.

⁶¹² Jacob, M. ve Schill, S. W., 2015, s. 707; Tudor, 2008, s.59; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.125; Kanada ile Çekoslovakya ile 1990 yılında imzaladığı antlaşmada “uluslararası hukuk doğrultusunda adil ve hakkaniyetli muamele” edileceği taahhüt edilmiştir. Ancak yine Kanada ile Çek Cumhuriyeti arasında 2009 yılında imzalanan yatırım antlaşmasında “uluslararası teamül hukukuna ilave yada onun ötesinde bir muamele sağlanmayacağı” kaydı konulmuştur.

⁶¹³ *L. F. H. Neer And Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15.10.1926, Reports of International Arbitral Awards, (4), ss. 60-66; Her ne kadar *Neer* davasında asgari muamele ilkesinin ihlal edilmesi için gereken muamelelerin özellikleri belirtilse de *Pope & Talbot* kararında, bu muamelelerin

muamele ilkesine eşitlenmesi durumunda AHM ilkesinin ihlal edilmesi için söz konusu ihlalin ağır bir ihlal olması gerekmektedir. Bu durumda AHM ilkesinin ihlal edilebilmesi için, öncelikle yukarıda sayılan kötü muamelelerin uygulanması gerekmektedir. Sonuç itibariyle NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu kararıyla, AHM ilkesinin ucu açık bir şekilde yorumlanmasının önü kesilmiş ve hatta ihlalin gerçekleşmesi bir hayli zorlaştırılmıştır.

NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun bağlayıcı yorumuyla AHM ilkesinin asgari muamele ilkesi ile eşitlenmesi bu konudaki tartışmaları sonlandırmamıştır. Zira *Mondev* kararında, bir muamelenin adil ya da hakkaniyetli olmaması için ağır suiistimal, bariz haksızlık olmak zorunda olmadığı ifade edilmiştir.⁶¹⁴ Bu görüş, AHM ilkesinin asgari muamele ilkesi ile aynı manaya geldiğini ve yabancı yatırımcıya ilave hiçbir hak tanımadığını savunmaktadır.⁶¹⁵ Bu düşünce genellikle gelişmekte olan devletler tarafından öne sürülmüş ve AHM ilkesinin kapsamının dar tutulmasını amaçlamıştır. Örneğin, BM Ulusötesi Şirketler için Davranış Kodu metninin müzakereleri esnasında gelişmekte olan devletler toplu hâlde AHM ilkesinin uluslararası asgari muamele ilkesi ile aynı olduğunu savunmuştur.⁶¹⁶

AHM ilkesinin ihlal edilmesi için ev sahibi devlet tarafından uygulanan muamelenin kime yönelik olduğu ve buna bağlı olarak ilkenin ihlal edilip edilmeyeceği diğer bir tartışma noktasıdır. Örneğin, bir yabancı yatırımcının ev sahibi devlet ülkesinde haksız bir tutuklamaya maruz kalması sonucunda AHM ilkesinin ihlal edildiği söylenebilecek midir? Yani bireylere yönelik muameleler de AHM ilkesinin kapsamı içerisinde midir? Bireylere uygulanan muameleler söz konusu yabancı yatırımın kapsamında kaldığı sürece AHM ilkesinin kapsamında iken, doğrudan bireylerin uluslararası insan hakları kapsamındaki hakları AHM ilkesi korumasına dâhil

Neer davasından bu yana hiç değişmediğini kabul etmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Böylece teamül kuralların *Neer* davasından itibaren hiç değişmediği kabul edilmeyerek, asgari muamele ilkesinin statik olmadığına karar kılınmıştır. Bunun dayanağı ise teamül hukukunun devlet uygulamaları ile gelişmesidir. Özellikle son yarım yüzyılda devletler arasında gittikçe artan bir uygulama olan İYA'ların imzalanması da asgari muamele ilkesine ilişkin teamüllerin değişmesinde tetikleyici bir rol üstlenmiştir.

⁶¹⁴ ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.117.

⁶¹⁵ Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.26; Tudor, 2008, s.60.

⁶¹⁶ Salacuse, 2015, s.245-246.

değildir. Ancak böyle bir olayda, yatırımcının ev sahibi devlete yönelik sağladığı yatırımlar sebebiyle böyle bir tutuklamaya maruz kalması halinde AHM ilkesinin ihlal edildiği söylenebilecektir. Bu hâl dışında, yatırımcı ancak uluslararası teamül hukukunun yabancı kişilere sağladığı asgari muamele ilkesinden faydalanacaktır.⁶¹⁷

Hâlihazırda var olan tahkim kararlarında AHM ilkesinin ve uluslararası teamül hukukunun ve bu kapsamda olan asgari muamele ilkesinin sınırları net bir şekilde çizilememiştir. Uluslararası yatırım antlaşmalarında bu hususların sadeleşmesi ve belirginleşmesi için çaba gösterilse de belirsizlik ve öngörülemezlik sürmektedir.⁶¹⁸ Antlaşmalarda sınırlandırılmamış AHM ilkesinin kullanılması sonucunda ilkenin tahkim kararlarında çok geniş yorumlanması nedeniyle devletler, AHM ilkesine bazı unsurları ekleyerek nitelikli hale getirmek istemiştir. Bu nitelikli hale getiren unsurlardan birisi de AHM ilkesinin uluslararası teamül hukukuna veya yine onun kapsamında olan asgari muamele ilkesine uygun olarak yorumlanacağını belirtilmesidir. Amaçsal yorum ilkesi perspektifinden bakıldığında devletler, AHM ilkesini teamül hukukuna ya da asgari muamele ilkesine bağlayarak AHM ilkesinin sınırlandırılmasını istemiştir. Bu nedenle tahkim heyetlerinin kararlarında AHM ilkesinin ihlaline karar verilmesi için ihlalin daha üst seviyede gerçekleşmesi aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle ihlal kararı verilebilmesi için ihlal çitası yükseltilmiştir.⁶¹⁹

AHM ilkesinin yorumlanmasında kullanılan yöntemlerden biri de “yalın anlam” (*plain meaning*) metodudur. Bu yöntemde, AHM ilkesinin asgari muamele ilkesi ile uyumlu olduğu fikri reddedilmektedir. Teamül hukukunda, yabancılara uygulanması gereken asgari muamele ilkesinin belirli ve öngörülebiliir olması nedeniyle, AHM ilkesinin bu şekilde yorumlanamayacağı savunulmaktadır. Aksine AHM ilkesinin müstakil bir ilke olduğu, bu nedenle de tek başına ve bağımsız olarak yorumlanması gerektiği ve her bir uyuşmazlıkta uyuşmazlık konusu muamelenin adil ve hakkaniyetli

⁶¹⁷ Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.278.

⁶¹⁸ Dumberry, 2013, s.36; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 29.

⁶¹⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, s. 29.

olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiği gözetilmiştir.⁶²⁰ Ancak lafzi yorum bahsinde bahsedildiği üzere, bu yaklaşımın en önemli sorunu adil olma ve hakkaniyetli olma ilkelerinin soyut olarak sınırlandırılmasında güçlük yaşanmasıdır.⁶²¹ Diğer yandan yalın anlam yöntemine yapılan diğer bir eleştiri ise, uyumsuzluğun incelemesi yapılırken tahkim heyetine ilkenin sınırlarını belirleme noktasında aşırı taktir yetkisi verilmesidir.

2.4. Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri

AHM ilkesine ilişkin görüşlerden birine göre, AHM ilkesi yalnızca uluslararası asgari muamele ilkesinin sağladığı korumayı sağlamaktadır. Bu görüş, AHM ilkesinin sınırlarını daha dar tuttuğundan dolayı genellikle gelişmekte olan devletlerce ileri sürülmüştür. Bazı devletler yatırım antlaşmalarındaki AHM ilkesini bu görüşe uygun olarak düzenlemektedir.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsünde gösterilen, uluslararası hukukun kaynaklarından birisi de uluslararası hukukun genel ilkeleridir. AHM ilkesinin uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olup olmadığı konusu, hem tahkim kararlarında hem de doktrinde tartışılmıştır. Aslında adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin muğlak karakterinin uluslararası hukukun genel ilkelerinin karakteri ile benzerlik taşıdığı ifade edilmektedir.⁶²²

Uluslararası hukukun genel ilkeleri, yazılı kurallar olmamakla beraber genellikle devletlerin iç hukukunda uygulandıktan uzun bir süre sonra uluslararası hukukta da etkili olmaktadır. Ancak AHM ilkesi incelendiğinde öncelikle uluslararası yatırım hukuku metinlerinde varlığını gösteren bu ilke, uluslararası hukukta öncelikle varlığını kanıtladıktan sonra devletlerin iç hukukunda da etkili olmaya başlamıştır. Bu yönüyle uluslararası hukukun genel ilkeleri ile zıt bir karakterde olduğu ifade edilmektedir.⁶²³

Uluslararası hukukta, hukukun genel ilkeleri genel olarak, bir antlaşma hükmü veya teamül kuralı olmaması halinde uygulanmaktadır. Hukukun genel ilkelerinin bu yönüyle daha çok hukuktaki boşlukları doldurmak amacıyla kullanıldığı

⁶²⁰ Dumbery, 2013, s.36.

⁶²¹ Klager, 2011, s.59.

⁶²² Tudor, 2008, s.101; Klager, 2011, s.271.

⁶²³ Klager, 2011, s. 271.

belirtilmektedir. Diğer yandan, uluslararası mahkemeler ve tahkim heyetleri uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken, hukukun genel ilkelerinden ziyade antlaşma hükümleri ve teamül kurallarını esas almaktadır. Çünkü böyle bir yaklaşımın hukuki gerekçelendirme açısından daha ikna edici olduğu kanaati bulunmaktadır.⁶²⁴ AHM ilkesinin antlaşmalarda muğlak bir üslup ile kaleme alınması nedeniyle daha açık bir dille yazılmış başka hükümler bulunması hâlinde, onlar öncelikle uygulanmaktadır. Bu yönüyle uluslararası yatırım hukukunda uygulanan AHM ilkesi, uluslararası hukuktaki hukukun genel ilkeleri ile benzerlik göstermektedir.⁶²⁵

3. AHM İLKESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin devletler arasında akdedilen yatırım antlaşmalarında sıkça kullanıldığından yukarıda bahsedilmiştir. İlkenin antlaşmalarda ne şekillerde kaleme alındığı ve yorumlanmasına ilişkin doktrindeki ve yatırım tahkim uyuşmazlıklarındaki yaklaşım anlatılmıştır. Bu başlık altında ise, AHM ilkesinin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Yani AHM ilkesi antlaşmalarda yer aldığı hâliyle başlı başına ve sadece sözleşmeden doğan bir ilke midir yoksa uluslararası hukuk kapsamında teamül niteliğini veyahut uluslararası hukukun genel ilkesi olma vasfı kazanmış mıdır? AHM ilkesi ile uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olan asgari muamele ilkesi arasındaki yorum tartışması AHM ilkesinin niteliğini belirlemede zorluk yaşatmaktadır. Ayrıca sözleşmede yer alan ilkeler ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki hâlihazırda uluslararası hukukta tartışma konusudur.⁶²⁶

AHM ilkesi, devletler arasında imzalanan yatırım antlaşmalarında kullanılmaktadır. Yatırım antlaşmalarında bu ilkeye yer verilmesinin birçok anlamı bulunabilir. Örneğin devletler, zaten var olan bir teamül kuralını tekrardan vurgulamak amacıyla ya da belirsizlik içeren bir ilkenin varlığını daha belirgin hale getirmek adına bu ilkeye yer verebilir. Veyahut böyle bir ilkenin teamül hukukunda var olmadığını düşündüğünden bu ilkeyi antlaşmada bulundurmamak isteyebilir veya teamül kuralı olarak

⁶²⁴ Klager, 2011, s. 272.

⁶²⁵ Klager, 2011, s.272-273.

⁶²⁶ Jia, B.B., “The Relations between Treaties and Custom”, Chinese Journal of International Law, 2010, (9/1),ss. 81–109; Sands, P., Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, Yale Human Rights and Development Journal, 2014, (1), ss. 85-106.

var olduğunu bildiği bu ilkeye açık bir şekilde muhalefet ederek bu teamül kuralından etkilenmemeyi isteyebilir. Genel olarak AHM ilkesinin devletler tarafından bu alanda teamül kuralının varlığına ilişkin belirsizlik bulunduğu ve bu nedenle AHM ilkesine antlaşmada yer vererek bu ilkenin en azından antlaşmanın tarafları arasında uygulanmasını kesinleştirdiği kabul edilmektedir.⁶²⁷

AHM ilkesinin asgari muamele ilkesi ile aynı kapsamda olduklarını belirten görüş⁶²⁸ AHM ilkesini sadece uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak değerlendirmektedir.⁶²⁹ Bu çerçevede AHM ilkesinin yatırım antlaşmalarında yer verilmesinin uzun zaman içerisinde gelişen asgari muamele ilkesini yansıtan bir ilke olduğu savunulmaktadır.⁶³⁰ Bu durumda, AHM ilkesinin sürekli bir şekilde yatırım antlaşmalarında yer alması başlı başına bir teamül kuralının doğmasına neden olmuş mudur? Diğer bir ifadeyle, antlaşmalarda AHM ilkesine yer verilmese de devletlerin uluslararası teamül hukuku gereğince yabancı yatırımcılara AHM ilkesi gereğince muamele etmesi gerekir mi? Bir ilkenin teamül kuralı niteliğini kazanmasında en önemli rolü çok taraflı antlaşmalar oluşturmaktadır. Buna karşın çok taraflı antlaşmaların oluşturulması çok sayıda devletin bir araya gelerek ortak kurallar belirlemesini gerektirdiğinden, yatırım hukukunda çok taraflılıktan (*multilateral*) ziyade

⁶²⁷ Klager, 2011, s.264.

⁶²⁸ ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/12, 14.07.2006, par.361; ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/8, 12.05.2005, par. 282-284; UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004, par. 190; ICSID, *Siemens A. G. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/02/8, 06.02.2007, par.292; ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Case No. ARB/99/2, 25.06.2001, par.367; ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011, par. 337; ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.122; ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003, par.128.

⁶²⁹ Partalçı, 2016, s.142-143; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.268.

⁶³⁰ ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.117; Tahkim heyetine göre devletlerin AHM ilkesini istikrarlı bir şekilde İYA’larda kullanılmasının yabancı yatırımlara ilişkin uluslararası teamül hukukunun kapsamını zorunlu olarak etkilediğine karar vermiştir. Bunu destekler nitelikte, yabancılara ilişkin teamül hukukunun 1926 yılında görülen *Neer* davası ile öne çıkan kuralların zaman içerisinde değişmediğini kabul etmenin mümkün olmadığı da vurgulanmıştır.

iki taraflı (*bilateral*) antlaşmalar akdedilmektedir.⁶³¹ İki taraflı antlaşmaların da teamül kuralı oluşturmada etkili olduğu kabul edilmektedir.⁶³²

Teamül kuralının oluşması için, belirli bir ilkenin hukuki bir zorunluluk hissiyle devletler tarafından uygulanması gerekmektedir. Buna karşın AHM ilkesinin devletler tarafından hukuki zorunluluk hissiyle (*opinio juris*) uygulandığına ilişkin netlik olmasa da, devletlerin istikrarlı şekilde AHM ilkesine antlaşmalarda yer vermesinin hukuki zorunluluk hissiyle hareket ettiklerinin göstergesi olduğu savunulmaktadır. Ayrıca, hukuki zorunluluk hissiyle hareket etmenin hukukun bir çok alanında belirsizleştiği ve bu nedenle de AHM ilkesinin hukuki zorunluluk hissiyle uygulandığının ispatlanmasının bu nedenle zorlaştığını savunanlar da olmuştur.⁶³³ Diğer yandan, çok taraflı yatırım antlaşmalarına bakıldığında AHM ilkesinin bu antlaşmalarda istikrarlı bir şekilde yer aldığı görülse de bu antlaşmalar ya yürürlüğe girmemiştir ya da sektörel veya bölgesel bazda etkili olmuştur. Çok taraflı yatırım antlaşmaların hâlihazırda başarılı olamaması nedeniyle bu antlaşmaların AHM ilkesine teamül kuralı niteliği kazandırdığı görüşü savunulmamaktadır.⁶³⁴ Çok taraflı yatırım antlaşmalarının aksine iki taraflı yatırım antlaşmaları tartışmasız, kolay uygulanabilir ve uzun vadeli olma özellikleri taşımaktadır.⁶³⁵ Geleneksel teamül hukukunun oluşumunda öncelikle kural ortaya çıkmakta ve sonrasında bu kural antlaşmalarda kullanılmaktadır. Ancak AHM ilkesi için bu durumun tersi gerçekleşmiştir.⁶³⁶ İkili yatırım antlaşmalarının hızlı şekilde dünya genelinde yaygınlaşması ve bu antlaşmaların çok büyük çoğunluğunda bu ilkeye yer verilmesinin AHM ilkesini teamül hukukunun bir parçası yaptığı kanaati oluşmuştur.⁶³⁷ Teamül kuralının meydana gelmesinde bir ön şart olarak devletlerin söz

⁶³¹ Baklacı, 2009, s.28.

⁶³² Klager, 2011, s.266.

⁶³³ Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.271; Tudor, 2008, s.85.

⁶³⁴ Klager, 2011, s. 267.

⁶³⁵ Bu durum doktrinde de tartışılmaktadır. Çok taraflı yatırım antlaşmaları çok uzun tartışmalar sonucu ortaya çıkarken ve hiç bir zaman yürürlüğe girememişken ikili yatırım antlaşmaları yüksek bir hızla ve tarafların kolayca anlaşması sonucunda meydana gelmektedir. Bu soruna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Lowenfeld, “Investment Agreements and International Law”, CJTL, 2003, (42), s. 123.

⁶³⁶ Tudor, 2008, s. 83; Tudor’a göre her ne kadar İYA’larda yer alan AHM ilkeleri tek düze bir üslup içermese de antlaşmaların AHM ilkesini içermesi yönünden tekdüze bir uygulamanın olması AHM ilkesinin teamül kuralı haline gelmesinde birincil etken olmuştur.

⁶³⁷ Schwebel, S.M., Investor-State Disputes and the Development of International Law: The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law, ASIL, 2004, (98), s.27; Hindelang, S., “Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate- The Question of Whether

konusu teamül kuralını hukuki bir zorunluluk hissiyle uygulaması şartının AHM ilkesini ele alırken sert uygulanmasının yanlış sonuçlar doğuracağı da ifade edilmiştir.⁶³⁸ Böylece, AHM ilkesinin bir teamül kuralı olması için yeterince devlet uygulamasının gerçekleştiği savunulmuştur.⁶³⁹

AHM ilkesinin teamül kuralı niteliğini kazanmadığını ifade edenler ise, devletlerin AHM ilkesini uygularken hukuki bir zorunluluk hissiyle (*opinio juris*) uygulamadıklarını savunmaktadır.⁶⁴⁰ Bazı görüşlere göre ise İYA'ların uluslararası hukukta özel kanun (*lex specialis*) niteliğinde olduğu ve çoğu zaman İYA'ların imzalanmasında güçlü devletlerin etkili olduğu belirtilerek AHM ilkesinin teamül kuralı olduğu düşüncesi kabul edilmemiştir.⁶⁴¹ Ayrıca İYA'larda en çok gözetilen ulus ve ulusal muamele gibi ilkelerin de çok eskilere dayanan bir geçmişi olması ve sıkça kullanılmasına rağmen bu ilkelerin teamül kuralı oluşturduğu kabul edilmemektedir. Bu durumda AHM ilkesinin de teamül kuralı teşkil etmeyeceği savunulmaktadır.⁶⁴² Öte yandan, devletlerin AHM ilkesinin asgari muamele ilkesi ile aynı manaya gelen kavramlar olduğu kanaati ile hareket etmesi halinde bunu antlaşmada açık bir üslupla ifade edeceği şeklindeki eleştirisi ile bu terimlerin aynı olmadığı savunulmuştur.⁶⁴³ Nitekim NAFTA Antlaşmasında bu iki terimin aynı manaya geldiği ifade edilerek bu tartışmaya son verilmiştir. Sonuçta AHM ilkesi istikrarlı bir şekilde yatırım antlaşmalarında kullanılmakta ve hatta devletler tarafından yatırım hukukunun en temel

BITs Influence Customary International Law Revisited", JWIT, 2004, (5), s. 789; Tudor, 2008, s.75; UNCITRAL, Ad hoc Arbitral Tribunal, *Merrill & Ring Forestry L. P. v. The Government Of Canada*, Award, 31.03.2010, par.211.

⁶³⁸ Lowenfeld, 2003, s.130.

⁶³⁹ Schwebel, 2004, s.27; Tudor, 2008, s. 80; Tudor, AHM ilkesine ilişkin olarak devletlerin yoğun ve istikrarlı kullanımının AHM ilkesini bir teamül kuralı olması açısından yeterli olduğunu, devletlerin bu ilkeyi bir hukuki zorunluluk hissiyle uygulayıp uygulamadığının yani uluslararası teamül hukukunun sübjektif unsurunun sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesine gerek olmadığını savunmuştur.

⁶⁴⁰ Orakhelashvili, A., 2008, s. 77.

⁶⁴¹ Vasciannie, S., "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", BYIL, 2000, (70/1), s. 158.

⁶⁴² Doehring, K., "Gewohnheitsrecht aus Vertra"gen", Zao"RV, 1976 (36), s.77'den aktaran Klager, 2011, s.268.

⁶⁴³ Paparinskis, 2013, s.160; Schreuer, C., "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", JWIT, 2005, (6), s.360; Salacuse, 2015, s.249.

ilkelerinden biri olduğu da ifade edilmekte olmasına rağmen AHM'nin teamül kuralı olduğu konusundan açık bir konsensüs oluşmamıştır.⁶⁴⁴

AHM ilkesinin teamül kuralı olmadığı görüşü birçok hukukçu tarafından ve tahkim kararlarında savunulmuştur.⁶⁴⁵ Antlaşma metninde AHM ilkesine yer verilirken herhangi bir şart yada özellik eklenmediği hallerde AHM ilkesinin bağımsız bir karaktere sahip olacağı savunulmuştur. Bu durumda da AHM ilkesinin uluslararası teamül hukukunun gerektirdiği asgari muamele ilkesinden daha iyi bir muamele sağladığı kabul edilmektedir.⁶⁴⁶ Bu görüşe göre, AHM ilkesinin ihlal edildiği iddiası karşısında tahkim heyeti, söz konusu muamelenin adil ve hakkaniyetli olup olmadığını ele alacaktır. Böyle bir durumda tahkim heyetinin asgari, azami ya da ortalama bir muamele⁶⁴⁷ yönünden değerlendirmesini yapmak yerine bağımsız ve müstakil bir ilke olan AHM ilkesini kendi kriterleri içinde değerlendirecektir.⁶⁴⁸ Diğer taraftan, asgari muamele ilkesinin yatırımcıya ilişkin koruma sağladığı ancak AHM ilkesinin yabancı yatırımlara yönelik koruma sağladığı savunulmaktadır. Bu yönüyle asgari muamele ilkesini ihlal eden bir uygulamanın AHM ilkesini de ihlal edeceği savunulurken, AHM ilkesini ihlal eden bir uygulamanın doğrudan asgari muamele ilkesini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Birçok akademisyen ve yatırım uyuşmazlığını çözüme kavuşturmak isteyen tahkim heyeti⁶⁴⁹ AHM ilkesinin müstakil bir ilke olduğu ve asgari muamele ilkesinden bağımsız olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁵⁰

Sonuç olarak, AHM ilkesi ağırlıklı olarak devletler arasında akdedilen İYA'lara dayalı olarak gelişimini göstermiş olsa da uluslararası hukukun diğer kaynakları ile de

⁶⁴⁴ 1992 tarihli Dünya Bankası Rehberi'nde devletlerin ağırlıklı olarak AHM ilkesinin bir teamül kuralı olmadığını kabul etmesine karşın İYA'ların kati çoğunluğunun AHM ilkesini içerdiğine vurgu yapılmıştır; Tudor, 2008, s.83.

⁶⁴⁵ Dumbery, P., "Has the Fair and Equitable Treatment Standart Become a Rule of Customary International Law", JIDS, 2016, (8/1), s. 177.

⁶⁴⁶ Kotera, 2008, s.1089; Salacuse, 2015, s.249.

⁶⁴⁷ Uluslararası teamül hukukunda asgari muamele ilkesi mevcuttur. Azami yada ortalama muamele ilkesi bulunmamaktadır. Yazar böyle bir ifade kullanarak görüşünün desteklemek adına mecaz yapmıştır.

⁶⁴⁸ Mann, F.A., "Notes British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", BYIL, 1981, (52), s.244; Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.265; Dolzer, R. ve Schreuer, C., 2008, s.124; Partalçı, 2016, s.144.

⁶⁴⁹ ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Dava No. ARB/01/7, 25.05.2004, par. 110-115; ICSID, *PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic Of Turkey*, Dava No. ARB/02/5, 19.01.2007, par.239-240.

⁶⁵⁰ Newcombe A., ve Paradell, L., 2009, s.265; Partalçı, 2016, s.145; Klager, 2011, s.263.

sıkı bir ilişki içerisinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle AHM ilkesinin uluslararası hukukun kaynakları ve temel ilkeleri ile olan ilişkisi tartışılmaya devam edileceği gibi, AHM ilkesi de diğer hukuk ilkeleri gibi soyut nitelikte olduğundan ötürü uyuşmazlıklarda çözüme ulaşma esnasında somutlaştırılması gerekmektedir. Bu amaçla yatırım uyuşmazlıklarında AHM ilkesine ilişkin iddialar, her ne kadar AHM ilkesi bir çok uluslararası hukuk ilkesi ile ortak paydaları olsa da, AHM ilkesinin kendine özgü kriterleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.



SONUÇ

Bu çalışmanın amaçlarından birisi ve belki de en önemlisi AHM ilkesinin uygulanmasında ve yorumlanmasında istikrar ve öngörülebilirliği azami ölçüde sağlanmasına katkıda bulunmaktır. Ancak bunun yanında her bir olayın kendine özgü niteliklerini değerlendirmeden ve somut uyuşmazlığa ilişkin yatırım antlaşması ele alınmadan, her uyuşmazlığa aynı şekilde uygulanabilen bir ilkeyi ortaya çıkarmanın mümkün olmadığını vurgulamaktır. Bu şekilde değerlendirildiğinde AHM ilkesinin soyut ve değişken karakteri anlam kazanacaktır.

AHM ilkesinin tam manasıyla yer aldığı ilk uluslararası metin 1948 tarihli Havana Bildirgesi iken, AHM ilkesini ilgilendiren ilk tahkim kararı 1997 tarihli *AMT* davasıdır. Bu davadan itibaren AHM ilkesi, istikrarlı olarak yatırım uyumsuzluklarında yatırımcılar tarafından vazgeçilmez bir ihlal iddiası haline gelmiştir. İlkenin sürekli olarak tahkim kararları ve doktrinde tartışılması nedeniyle, yatırım hukuku gündemini işgal etmekte ve böylece ilke canlılığını ve esnekliğini korumaktadır. Diğer yandan AHM ilkesi yatırım antlaşmalarında farklı ifade ediliş şekillerinde kayıt altına alınmaktadır. İlke kimi durumlarda en basit hâli olan sınırlandırılmamış hâlde kaleme alınsa da kimi durumlarda ek şartlar getirilerek kapsamı genişletilmektedir. AHM ilkesinin antlaşmalardaki farklı ifade ediliş tarzına karşılık, tahkim heyeti tarafından ilke yorumlanırken yatırım antlaşmasının bütünü ve antlaşmanın oluşturulması aşamasında tarafların niyetleri göz önünde bulundurulmalıdır. Hatta bazı hâllerde antlaşma imzalandıktan sonra antlaşmaya taraf devletlerin yaptığı uygulamalar da dikkate alınmalıdır. Böylece AHM ilkesinin en doğru şekilde uygulanması sağlanacaktır.

AHM ilkesinin hukuki niteliğine ilişkin en yoğun tartışma, onun teamül kuralı olup olmadığı noktasındadır. Bu noktada AHM ilkesinin teamül kuralı oluşturmadığı ve bu nedenle bağımsız bir ilke olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda AHM ilkesi, bir teamül kuralı olan asgari muamele ilkesinden daha elverişli bir muamele sağlamaktadır. Buna karşın NAFTA Antlaşması ve AHM ilkesinin asgari muamele ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden uluslararası antlaşmalar kapsamında, AHM ilkesi uluslararası teamül hukuku ile uyumlu olarak değerlendirilmelidir. Kısacası sadece bu durumlarda asgari muamele ilkesinin ihlal edilmesi halinde AHM ilkesinin ihlalinden bahsedilecektir.

Yatırım antlaşmalarında, AHM ilkesinin usûle ilişkin veya maddi güvenceler sağlayıp sağlamadığı konusu ele alınmamaktadır. Uygulamaya baktığımızda tahkim kararlarında ilkeyi oluşturan unsurların hem maddi hem de usûli güvenceler içerdiği görülmektedir. Örneğin, yatırımcının meşru beklentileri, cebir ve tacizden uzak durma gibi unsurlar maddi hukuka ilişkin güvenceler sunmaktadır. Bunun yanında usule uygunluk ve hukuka uygun süreç (*due process*) ve şeffaflık unsuru ise yatırımcıyı usule ilişkin olarak koruma altına almaktadır. Bunlardan bağımsız olarak iyi niyet ilkesi ise, usûli veya maddi güvencelerin tamamına yönelik bir koruma sağlamaktadır.

AHM ilkesi, devletlerin yabancı yatırımcıları kendi ülkesine çekmek amacıyla, uluslararası antlaşmalarda tek taraflı olarak yer verdiği bir standarttır. Diğer bir ifadeyle, devletlerin yatırımcılara yönelik olarak adil ve hakkaniyetli davranması gerekirken, antlaşma gereğince yatırımcıların böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşın yatırımcıların hareketleri AHM ilkesinin ihlaline sebep olamasa da, sonuçta hükmedilecek tazminatın miktarını etkilemektedir. Ayrıca devletler uluslararası antlaşmalardan bağımsız olarak, kendi iç hukukunda da ulusal ya da yabancı yatırımcılara çeşitli korumalar sağlamaktadır. Ancak bu korumalar devletin sadece iç hukukunda etkili olduğundan, yabancı yatırımcıları teşvik etme noktasında yeterli değildir. Devletin yatırımcılara AHM ilkesine uygun olarak muamelede bulunacağını taahhüt etmesi halinde, devletin kendi iç hukukuna uygun hareket etmemesi hali de dahil olmak üzere, yabancı yatırımcının hakları uluslararası koruma altına alınmaktadır. Bu durum da göstermektedir ki AHM ilkesi, iç hukukun sağladığı korumalardan daha elverişli bir koruma sağlamaktadır.

Yabancı yatırımlara ilişkin bir somut uyuşmazlığın tahkim heyeti önüne gelmesi halinde, AHM ilkesine ilişkin olarak hakemlerin öncelikle üzerinde düşünmesi gereken sorular vardır. Ev sahibi devletin hangi muamelesinin AHM ilkesini oluşturan unsurları ihlal edecek ağırlıkta ve yoğunlukta olduğu hususu ele alınmalıdır. Ev sahibi devletin uyguladığı muameleler, AHM ilkesini oluşturan unsurlardan bir tanesine dahi uygun olmaması hâlinde ilkenin ihlâlinden bahsedilecektir. Öte yandan AHM ilkesini oluşturan unsurlara ilişkin olarak, bu unsurların ne sınırlı sayıda olacağı ne de sınırlarının sabit kaldığı söylenemez. Yatırım uyuşmazlıklarında AHM ilkesinin ihlal edildiği iddiasının devam edeceği ve AHM ilkesinin soyut karakteri de göz önüne

alındığında, önümüzdeki yıllarda ilkeyi oluşturan unsurların sayısında bir artış olması muhtemeldir.

Hülâsa, sermayenin giderek daha hızlı hareket ettiği ve yatırımcıların azami olarak kâr edecekleri mecrâlara yönelmesinin sonucunda, uluslararası yatırım hukuku geçmişe nazaran daha fazla tartışılmaktadır. Bu alanın altın kuralı olarak nitelendirilen AHM ilkesi, son yirmi yılda tahkim kararlarında kendine fazlasıyla yer bularak kendi unsurlarını oluşturmuştur. Sürekli gelişim içerisinde bulunan bu ilkenin çıkan her bir uyuşmazlık ile birlikte kendine yeni bir şeyler katacağı da aşıkardır.



KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

- Acer, Y. ve Kaya, İ., (2015), Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, 6. Baskı.
- Alexandrov, S. A., “Breaches of Contract and Breaches of Treaty The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”, *JWIT*, 2004, (5), ss. 555-577.
- Altıparmak, K., “ ‘Due Process of Law’ Kavramının Amerikan hukukundaki Yeri Üzerine bir İnceleme”, *AÜHF*, 1996, (1), ss.219-250.
- Bhardwaj, S., “National Treatment Clause In An International Investment Agreement: Determining The Standard Of Enforcement”, *SPIL International Law Journal*, 2014, (1), ss. 145-154.
- Blandford, A. C., “The History of Fair and Equitable Treatment Before the Second World War”, *ICSID Review*, 2017, 32/(2), ss. 287-303.
- Boogert, H.M. ve Fleet K. (ed.), (2003), *The Ottoman Capitulations: Text and Context*, Istituto per ‘Oriente CA Nallino’den aktaran Salacuse, J. W., (2015), *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, Second Edition, s. 90.
- Borchard, E. M., “Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad”, *AJIL*, 1913, (7/3), ss. 497-520.
- Bronfman, M.K., “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standart”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, C. 10, 2006.
- Brown, C., “The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 153-186.

- Choudhury, B., "Evolution or Devolution? : Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law", *JWIT*, 2005, (6), ss. 297-320.
- Cole, T., "The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law", *MJIL*, 2012, (33/3), ss.537-586.
- Crawford, J., "Treaty And Contract in Investment Arbitration", The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29.11.2007, ss.1-22.
- Cremades, B.M., "Disputes arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues", *Dispute Resolution Journal*, 2004, (59/2), ss. 78-84;
- Cremades, B.M., "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", *BLI*, 2006, (7), ss. 53-72;
- Dennis, W. C., "The Arbitration Treaties and the Senate Amendments", *AJIL*, 1912, (6/3), ss.614-628.
- Dillon, S., (2002), *International Trade and Economic Law and the European Union*, Hart Publication, Portland.
- DiMascio, N. ve Pauwelyn, J., Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin, *AJIL*, 2008, (48), ss. 48-89.
- Doehring, K., "Gewohnheitsrecht aus Vertrag", *Zao RV*, 1976 (36), s.77'den aktaran Klager, R., (2011), *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, (1. Baskı), New York, s.268.
- Dolzer, R. ve Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, (2008), , Oxford University Press, (1. Baskı), New York.
- Dolzer, R., "Fair and Equitable Treatment: A Key Standart in Investment Treaties", *The International Lawyer*, 2005, (39/1), ss.87-106.

- Dolzer, R., “National Treatment: New Developments, Symposium Co-Organised By ICSID, OECD And UNCTAD: Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda”, 12.12.2005.
- Dolzer, R., “New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property”, *AJIL*, 1981, (75/3), ss. 553-589.
- Douglas, Z., “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, *JIDS*, 2011, (2/1), ss.97-113.
- Douglas, Z., (2009), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge University Press, New York.
- Draguiev, D., “Bad Faith Conduct of States in Violation of the ‘Fair And Equitable Treatment’ Standard in International Investment Law and Arbitration”, *JIDS*, 2014, (5), ss. 273-305.
- Dumberry, P., “Has the Fair and Equitable Treatment Standart Become a Rule of Customary International Law”, *JIDS*, 2016, (8/1), ss.1-24.
- Dumberry, P., *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105.*, Kluwer Law International, 2013.
- Fietta, S., “Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?”, *IALR*, 2005, (4), s. 131.
- Freeman, A.V., “Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law”, *AJIL*, 1946, (40), ss.121-147.
- Garcia-Bolivar, O.E., *The Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements*, *JWIT*, 2005, (6), ss.751-772.
- Garcia-Mora, M.R., “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law”, *MarqLR*, 1950, (33/4), ss. 205-219.

- Garcia, C.G., "All The Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, And The Necessary Evil Of Investor-State Arbitration", *FJIL*, 2004, (16), ss.304-369.
- Haynes, J., "The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing", *JWIT*, 2013, (14), ss. 114-146.
- Hindelang, S., "Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate- The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited", *JWIT*, 2004, (5), ss. 789-809.
- Horn, H. ve Mavroidis, P.C., "Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation Clause", *EJPE*, 2001, (17), ss.233-279.
- Hyland, R., "Pacta Sunt Servanda: A Meditation", *VJIL*, 1994, (34), ss. 405-433.
- International Law Commission, Annual Report of 2015, (A/70/10) <<http://legal.un.org/ilc/reports/2015/>> (15.04.2017).
- Jacob, M. ve Schill, S. W., "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method", ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 700-764.
- Jia, B.B., "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, 2010, (9/1), ss. 81–109.
- Jonas, D ve Saunders, T.N., "The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods", *VJTL*, 2010, (43/3), ss. 565- 609.
- Juillard, P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, Martinus Nijhoff, 1994, s.48'den aktaran Tudor, I., (2008), *The Fair and Equitable Treatment Standart in International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, (1. Baskı), New York.

- Khursid, H., (1968), *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, Springer, The Hague.
- Klager, R., “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, *JWIT*, 2010, (11), ss. 435-455.
- Klager, R., (2011), ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*, Cambridge University Press, New York.
- Klein, B., “How to Avoid Conflicting Awards: The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, 2004, (5/1), ss.19-22.
- Kotera, A., “Regulatory Transparency”, *The Oxford Handbook Of International Investment Law*, ed. Muchlinski/ Ortino / Schreuer, Oxford University Press, (1. Baskı), 2008, ss.1071-1104.
- Kunoy, B., “Singing in the Rain: Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses”, *JWIT*, 2006, (7), s. 275-300.
- Lauterpacht, H., “The Grotian Tradition in International Law”, 1946, *BYIL*, (23/1), ss.1-53.
- Lipstein, K., “The Place of the Calvo Clause in International Law”, *BYIL*, 1945, (22).
- Lorz, R. A., “Protection and Security (including the NAFTA Approach)”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 764-789.
- Lowenfeld, “Investment Agreements and International Law”, *CJTL*, 2003, (42), ss. 123-130
- Mann, F.A., “Notes British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, *BYIL*, 1981, (52), ss.241-254.
- Manning-Cabrol, D., “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, *Law& Policy in International Business*, 1994, (26), ss.1169-1200.

- McLachlan QC, Campbell, vd., (2010), *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (İkinci Baskı), Oxford University Press, New York.
- Meltzer, J.P., (2009), *Investment, Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, ed. Lester, S. ve Mercurio, B., Cambridge University Press, New York, ss.215-273.
- Miles, K., (2013), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, New York.
- Monebhurrin, N., “Revisiting The Fair And Equitable Treatment In International Investment Law”, *Cosmopolitan Law Journal*, 2013, (1/1), ss.145-164.
- Montt, S., (2009), *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Studies in International Law, Hart Publishing, Portland.
- Muchlinski, P., (2008-2009), “Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate: The Issue of National Security”, *Yearbook on International Investment Law&Policy*, Oxford University Press, , ss. 35-78.
- Naniwadekar, M.C., “The Scope And Effect Of Umbrella Clauses: The Need For A Theory Of Deference?”, *Trade Law and Development*, (2/1), 2010, s. 171-194.
- Newcombe, A. ve Paradell L., (2009), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Great Britain.
- Nussbaum, A., *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government*, *Cornell Law Review*, 1950, (36), s.31-53.
- OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing. <<http://dx.doi.org/10.1787/675702255435> > (07.01.2018)

OECD, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. <<http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>> (15.03.2018)

OECD, “OECD Begins Negotiations on a Multilateral Agreement on Investment”, 27.09.1995, SG/PRESS(95)65 <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/43389907.pdf>> (22.09.2017).

Orakhelashvili, A., “The Normative Basis of Fair and Equitable Treatment: General International Law on Foreign Investment”, *Archiv des Völkerrechts*, 2008, (46/1), ss. 74-105.

Organization For Economic Co-Operation And Development (OECD), National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises: Including Adhering Country Exceptions to National Treatment, 2013.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), The Multilateral Agreement on Investment Draft Consolidated Text, DAF/MAI (98) 7/REV1, 22.03.1998.

Pandya, Abhijit P.G. ve Moody, A., “Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future”, *Tilburg Law Review*, 2010, ss. 93-119.

Paparinkis, M., “Good Faith and Fair and Equitable International Investment Law”, *Good Faith and International Economic Law*, (ed. Mitchell/Sornarajah/Voon), Oxford University Press, New York, (1. Baskı), 2015, ss. 143-172.

Paparinskis, M., (2013), *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford Monographs in International Law, Croydon.

Paulsson, J., (2005), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, New York.

Permanent Court of International Justice (PCIJ), Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux- Proceedings of the Committee, The Hague, Van Langenhuysen Brothers.

Picherack, J.R., “The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?”, *JWIT*, 2008, (9), ss. 255-291.

Potestà, M., “Legitimate Expectations In Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of A Controversial Concept”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2013, (28/1), ss. 88-122.

Radi, Y., “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’”, *EJIL*, 2007, (18/4), ss.757-774.

Reinisch, A. “Most Favoured Nation Treatment”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, *International Investment Law: A Handbook*, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 807- 845.

Rodriguez, A. F., “The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, *JoIA*, 2008, (25/1), ss. 89-102.

Root, E., “The Outlook for International Law”, *AJIL*, 1916, (10/1), ss.1-11.

Rousseau, C., *Droit International Public*, Paris, 1970, s.46’den aktaran Tudor, I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, New York, 2008, s.61.

Salacuse, J. W., (2015), *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, İkinci Baskı.

Salacuse, J.W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2015, Second Edition, ss. 280-284;

Sands, P., *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, *Yale Human Rights and Development Journal*, 2014, (1), ss. 85-106.

- Schefer, K.N., (2016), *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, İkinci Baskı, Cheltenham.
- Schill, S. W., (2009), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, New York.
- Schill, S.W., “Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties”, *Minn. J. Int’l. L.*, 2009, (18/1), ss. 1-97.
- Schill, S.W., “Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law”, *Global Administrative Law Series*, IILJ Working Paper 2006, (6), ss.1-39.
- Schreuer, C., “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, *JWIT*, 2005, (6), ss. 357-385.
- Schreuer, C., “Fair and Equitable Treatment”, *Transnational Dispute Management*, 2005, (2/5).
- Schreuer, C., “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, (1/2), ss. 357-386.
- Schreuer, C., *Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, *JWIT*, 2004, (5), ss.231-256.
- Schwarzenberger, G., “The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary”, *Journal of Public Law*, 1960, (9), ss.146-171.
- Schwebel, S.M., *Investor-State Disputes and the Development of International Law: The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*, *ASIL*, 2004, (98), ss.27-30.
- Sharp, M.P. “Pacta Sunt Servanda”, *Columbia Law Review*, 1941, (41/5), ss. 783-798.

- Shea, D., (1955), The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, University of Minnesota Press.
<<https://muse.jhu.edu/book/31623>> (20.09.2017)
- Sinclair, A. “Umbrella Clause”, ed. Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch, International Investment Law: A Handbook, Beck/Hart/ Nomos Publisher, 2015, ss. 887-958.
- Snodgrass, E., Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, 2006, (21/1), ss. 1-58;
- Sornarajah, M., (2010), The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, (Üçüncü Baskı), New York.
- Sornarajah, M., (2015), Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, (Birinci Baskı).
- Subedi, S.P., (2016), International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, (Üçüncü Baskı).
- Subedi, S.P., International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, (Third Edition), 2016, s. 91-94;
- Summers, L.M., “The Calvo Clause”, *Virginia Law Review*, 1933, (19), ss.459-484.
- Telli, S., (1991), Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Tzanakopoulos, A., “National Treatment and MFN in the (invisible) EU Model BIT”, *JWIT*, (15/3-4), ss. 484-505.
- UNGA, “Charter of Economic Rights and Duties of States”, A/RES/29/3281, 12.12.1974.

United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, 2010, Geneva.

United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2002.

United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), International Investment Agreements: Key Issues Volume II , United Nations, New York And Geneva, 2004.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Most-Favoured-Nation Treatment II UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2010.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999.

United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, 2012, Geneva.

United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), World Investment Report 2017: Investment and The Digital Economy, United Nations Publications, 2017.

United States-Morocco Free Trade Agreement, 15.06.2004, <http://tcc.export.gov/static/final_text_Morocco_FTA.pdf> (15.06.2017)

Uzun, E., (2002), “Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2002.

Vasciannie, S., "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *BYIL*, 2000, (70/1), ss. 99-164.

- Vattel, E. de, *Les Droits des Gens*, 1758, Cilt I, s.49 ‘den aktaran Blandford, A. C., *The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War*, *ICSID Review*, 2017, 32/(2), s. 289.
- Vattel, E. De, *The Law of Nations and Principles of National Law*, Book 2, 1798, Ch. 8’den aktaran Schefer, K.N., , *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, (İkinci Baskı), 2016, s. 5.
- Veeder, V.V., “The *Lena Goldfields* Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, (47), ss. 748-792.
- Walde, T. W., “The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, *JWIT*, 2005, (6), ss. 183-236.
- Wehberg, H., “Pacta Sund Servanda”, *AJIL*, 1959, (53), ss. 775-786.
- Weil, P., “The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage a Trois”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2000, (15/2), s. 401-416.
- Wong, J., “Umbrella Clauses In Bilateral Investment Treaties: Of Breaches Of Contract, Treaty Violations, And The Divide Between Developing And Developed Countries In Foreign Investment Disputes”, *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, (14/1), ss.135-177.
- Yannaca-Small, K., “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing.
<<http://www.oecdilibrary.org/docserver/download/415453814578.pdf?expires=1507268292&id=id&accname=guest&checksum=C8803CD97E14DF4D8FE18F813C593CD0>> (05.10.2017).
- Tiryakioğlu, B., (2003), *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.

TAHKİM VE YARGI KARARLARI

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award, SCC No. 088/2004, 27.03.2007.

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, 29.03.2015.

Eureko BV v. Poland, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, 19.08.2005.

ICJ (Uluslararası Adalet Divanı), Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain), 05.02.1970.

ICJ (Uluslararası Adalet Divanı), *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, 20.12.1974.

ICJ(Uluslararası Adalet Divanı), *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (United States Of America v. Italy), 20.07.1989.

ICSID, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Dava No. ARB/03/16, 02.10.2006.

ICSID, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic Of Estonia*, Dava No. ARB/99/2, 25.06.2001.

ICSID, *American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire*, Dava No. ARB/93/1, 21.09.1997.

ICSID, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) V. Republic Of Sri Lanka*, Dava No. ARB/87/3, 27.06.1990, par.77.

ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/12, 14.07.2006.

ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/12, 14.07.2006, par.361;

ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic Of Pakistan*, Award, Dava No. ARB/03/29, 14.11.2005.

ICSID, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, Award, Dava No. ARB(AF)/05/Z, 18.09.2009.

ICSID, *Cementownia ‘Nowa Huta’ SA v. Republic of Turkey*, Dava No. ARB(AF)/06/2, Award, 17.09.2009.

ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, Dava No. ARB/01/8, 12.05.2005.

ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007.

ICSID, *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Dava No ARB/03/9, 05.09.2008.

ICSID, *DC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Dava No. ARB/03/16, Award,

ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Dava No.ARB/05/17, Award, 06.02.2008.

ICSID, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Dava No.ARB/09/2, Award, 31.10.2012.

ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic Of Ecuador*, Case No. ARB/04/19, 18.08.2008.

ICSID, *EDF (Services) Limited v. Romania*, Dava No.ARB/05/13, Award, 08.10.2009.

ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/15, 31.11.2011.

ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain*, Dava No.ARB/97/7, Award, 09.11.2000.

ICSID, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, Dava No. ARB/01/3, 22.05.2007.

ICSID, *Europe Cement Investment & Trade SA v. Republic of Turkey*, Dava No ARB(AF)/07/2, Award, 13.08.2009.

ICSID, *Gas Natural SDG v the Argentine Republic*, Dava No ARB/03/10, 2005, par.29.

ICSID, *Gemplus S.A. , Slp S.A. , Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States*, Award, 15.05.2010.

ICSID, *Glamis Gold v. United States of America*, Award, 08.06.2009.

ICSID, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Dava No. ARB/07/24, 18.06.2010.

ICSID, *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/07/17, 21.06.2011.

ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Award, 28.03.2011.

ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Dava No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.01.2010.

ICSID, *LG&E Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. against Argentine Republic*, Dava No.ARB/02/1, 25.07.2007.

ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Decision on Liability, Dava No ARB/02/1, 03.10.2006.

ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc., v. Argentine Republic*, Dava No ARB/02/1, 25.07.2007.

ICSID, *Metalclad Corporation v. Mexico*, Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.08.2000.

ICSID, *Metalpar S.A. And Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, Dava No. ARB/03/5, 06.06.2008.

ICSID, *Mondev International Ltd. v. United States Of America*, Dava No. ARB(AF)/99/2, 11.10.2002, para.118;

ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Dava No. ARB/01/7, 25.05.2004.

ICSID, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Dava No. ARB/01/11, 12.10.2005.

ICSID, *Parkerings-Compagniet As v. Republic of Lithuania*, Dava No. ARB/05/8, 11.09.2007.

ICSID, *PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic Of Turkey*, Dava No. ARB/02/5, 19.01.2007.

ICSID, *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, Dava No. ARB/05/16, Award, 29.07.2008.

ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan*, Dava No ARB/01/13, 08.09.2003.

ICSID, *SGS v Philippines*, Dava No ARB/02/6, 29.01.2004.

ICSID, *Siemens A. G. against Argentine Republic*, Dava No.ARB/02/8, 06.02.2007.

ICSID, *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Dava No. ARB/02/8, 06.02.2007.

ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic Of Egypt*, Dava No. ARB/84/3, 20.05.1992.

ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Dava No. ARB (AF)/00/2, 29.05.2003.

ICSID, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Dava No. ARB(AF)/98/3, 26.06.2003.

ICSID, *Total SA v The Argentine Republic*, Dava No. ARB/04/01, Decision on Liability, 24.12.2010.

ICSID, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Dava No. ARB/05/15, Award, 01.06.2009;.

ICSID, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Dava No ARB(AF)/00/3, 30.04.2004.

L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, 15.10.1926, Reports of International Arbitral Awards, Volume IV ss. 60-66.

London Court of International Arbitration, UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Dava No. UN 3467, 01.07.2004.

NAFTA, *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award Of The Tribunal On Jurisdiction And Merits, 03.08.2005.

Permanent Court of Arbitration, *Flemingo Dutyfree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, 12.09.2016.

UNCITRAL, Ad hoc Arbitral Tribunal, *Merrill & Ring Forestry L. P. v. The Government Of Canada*, Award, 31.03.2010.

UNCITRAL, *CME Czech Republic (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Final Award, 14.03.2003.

UNCITRAL, *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004.

UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Separate Opinion of Professor Thomas W. Wälde 26.01.2006.

UNCITRAL, *Lauder v. The Czech Republic*, 03.09.2001.

UNCITRAL, London Court of International Arbitration, Dava No. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 01.07.2004.

UNCITRAL, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, 03.11.2008.

UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000.

UNCITRAL, *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v The Czech Republic*, *Kısmi Karar (Partial Award)*, 17.03.2006.

UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, Final Award, 30.11.2011, par. 10.3.7.

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty<<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> (26.12.2017).

Agreement Between the Arap Republic and Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2005.

Agreement Between The Czech Republic And The Republic of Turkey for the Reciprocal Promotion And Protection of Investments, 29.04.2009.
<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>> (25.02.2018)

Agreement between the Federal Republic of Germany and the Hashemite Kingdom of Jordan Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 13.11.2007. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1347>> (15.03.2018).

Agreement Between The Government of The Republic of Turkey and The Government of The Republic Of Azerbaijan on The Reciprocal Protection And Promotion Of Investments, 25.10.2011.

Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and The Government of the Republic of Singapore Concerning The Reciprocal Promotion And Protection of Investments, 27.03.2010.
<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2260>> (02.05.2018)

Agreement Between The Government Of The Republic Of Turkey And The Government of The Republic of Senegal Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 15.06.2010;

Agreement Between The Islamic Republic of Pakistan and The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 16.03.1995 (imza tarihi) /03.09.1997 (yürürlük tarihi) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2135>> (15.03.2018)

Agreement Between The Republic of Colombia and The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Promotion and The Protection of Investments, 28.07.2014 (imza tarihi, henüz yürürlükte değil).

Agreement Between The Republic of Turkey and the Transitional Islamic State Of Afghanistan Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 10.07.2004.

Agreement on Investment Under The Framework Agreement Establishing A Free Trade Area Between The Republic of Korea And The Republic of Turkey, 26.02.2015;

ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (2009),

Between the Republic of Finland and Serbia and Montenegro on the Promotion and Protection of Investments, 23.05.2005.

Canadian Model Bilateral Investment Agreement, 2004. <<https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>> (19.06.2017)

CARICOM-Cuba Cooperation Agreement, (05.07.2000, 01.01.2001), Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2498>> (22.01.2018)

China-Peru Free Trade Agreement (2009),

Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency, <<https://www.miga.org/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>> (08.01.2018)

Convention of Friendship, Commerce and Extradition, 25.11.1850, United States- Swiss Confederation, art. II(3) ‘den aktaran; O’Connor, Lee A., “The International Law of Expropriation of Foreign-Owned Property: The Compensation Requirement and the Role of the Taking State, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 1983, (6), s. 367.

Çok Taraflı Yatırım Antlaşması Taslak Metni için bkz.: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> (22.09.2017)

Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika- ABD arasında imzalanan Serbest Ticaret Antlaşması (<https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf>)

Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations,1983,

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

General Agreement on Trade in Services (GATS).

India-Republic of Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement (2009).

Japan-Philippines FTA (2006).

Malaysia-New Zealand FTA (2009),

NAFTA Antlaşması için bkz.: <<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>> (21.01.2018)

North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, 31.07.2001
<http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp> (27.12.2017)

Oman Sultanlığı Hükümeti ve Türkiye Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Antlaşma. 04.02.2007 (imza tarihi) /15.03.2010(yürürlük tarihi). <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5052>> (15.03.2018)

The Agreement on Trade-Related Aspects of Investment Measures (TRIMS);

The Cotonou Agreement.

The ICC Guidelines for International Investment.

The Pacific Basin Charter on International Investments.

The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment.

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. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2241>> (28.12.2017)

Treaty Between the United States and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and protection of Investment, 20.10.1994.

Treaty Between The United States Of America and The Republic of Turkey Concerning The Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 03.12.1985.

Treaty Between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 14.11.1991.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması Ve Teşvikine İlişkin Anlaşma, <<https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-018251.jsessionid=4qdocDR5JnZCQftctpgIQ9e4wPBF5DZhSdKvt9PGvYCqtiqM2AJL!146676065>> (21.01.2018)

Türkiye Cumhuriyeti ve Haşimi Ürdün Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 23.01.2006.

Türkiye ile Küba arasında 1997 yılında imzalanan ve 1999 yılında yürürlüğe giren Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvik Edilmesine İlişkin Antlaşma (<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>> (09.11.2017))

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969. <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf> (02.05.2018)