

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE
YATIRIMIN HUKUKA AYKIRILIĞI

Burak TERZİ

2501160675

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Emre ESEN

İSTANBUL – 2019



P
T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : BURAK TERZİ

Numarası : 2501160675

2501140506 : ÖZEL HUKUK

Danışmanı : PROF. DR. EMRE ESEN

DOÇ. DR. SEVTAP
DEMİR

: 22.08.2019

Saati : 11.00

Tez Başlığı : ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE YATIRIMIN HUKUKA AYKIRILIĞI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. EMRE ESEN		KABUL
2-DOÇ. DR. F. KEREM GİRAY		KABUL
3-DR. ÖĞR. ÜYESİ H. ZEYNEP NALÇACIOĞLU ERDEN		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DR. ÖĞR. ÜYESİ A. ELİF ULUSU KARATAŞ		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ AYŞE GÜVERCİN ŞAHAN		

ÖZ

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE YATIRIMIN

HUKUKA AYKIRILIĞI

BURAK TERZİ

Bu çalışmada, ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukuk çerçevesinde yabancı yatırımın hukuka aykırılığı incelenmiştir. Bu bağlamda, pek çok yatırım anlaşmasında bulunan ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı değerlendirilmiştir. Hukuka uygunluk şartının kapsam ve uygulaması bakımından içtihat ve doktrinde farklı görüşlerin benimsendiği görülmektedir. Hukuka uygunluk şartının kapsamı bakımından; genel olarak, temel ilkeler bakımından sınırlama, amaç bakımından sınırlama ve konu bakımından sınırlama olmak üzere üç görüş bulunduğu söylenebilir. Hukuka uygunluk şartının uygulaması bakımından ise; yine farklı görüşler mevcut olmakla birlikte hakem kurullarının, yatırımın başlangıcındaki hukuka aykırılıklar bakımından çoğunlukla yargılama yetkisi bulunmadığına karar verdikleri sonucuna ulaşılmıştır.

Hukuka uygunluk şartının bulunmadığı hallerde ise; uluslararası hukuk bağlamında, genel hukuk ilkeleri ve uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil eden hukuka aykırı davranışların, kabul edilebilirlik incelemesinde veya esas aşamasında yatırımcının iddialarının reddine sebebiyet verdiği tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Aykırılık, Hukuka Aykırı Yatırım, Yatırımın Hukuka Aykırılığı, Hukuka Aykırı Davranış, Uluslararası Yatırım Tahkimi, Uluslararası Yatırım Hukuku.

ABSTRACT
THE ILLEGALITY OF INVESTMENT IN INTERNATIONAL
INVESTMENT ARBITRATION

BURAK TERZİ

This study examines the illegality of foreign investment within the scope of host state law and international law. In this context, "in accordance with host state law" clause contained in many investment treaties was analyzed as part of the breach of the host state law. There are different approaches have been adopted by arbitral tribunals and scholars toward "in accordance with host state law" clause's scope and application. About the scope of the clause, in general, there are three different approaches as the fundamental principles limitation, the object and purpose limitation and the subject-matter limitation. Regarding the application of the clause, arbitral tribunals tend to dismiss cases for lack of jurisdiction as a consequence of initial illegality.

In cases where there is no "in accordance with host state law" clause in related investment treaty, the legality of the investment has been considered under international law by arbitral tribunals. In such circumstances, arbitral tribunals deal with the alleged illegality in the admissibility or merits phase of the case and dismiss investor's claims due to the contradiction to international public order or general principles of law.

Keywords: Illegality, Illegal Investment, The Illegality of Investment, Illegal Act, International Investment Arbitration, International Investment Law.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, uluslararası yatırım tahkiminde yatırımın hukuka aykırılığı, ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukuk kapsamında olası sonuçları bakımından incelenmiş ve bu çerçevede yatırım tahkimi davalarında mevcut tartışmalar değerlendirilmiştir.

Öncelikle gerek tez danışmanlığını üstlenmeden önce gerekse de tez danışmanlığı esnasında hiçbir zaman desteğini esirgemeyen; tez konusunun belirlenmesi dahil olmak üzere çalışmanın bütün aşamalarında önerileriyle çalışmanın mevcut halini almasını sağlayan hocam Sayın Prof. Dr. Emre ESEN'e içten teşekkürlerimi sunarım. Tez çalışması kapsamında bulunmuş olduğum Justus Liebig Giessen Üniversitesi'nde, değerli vaktini ayırarak tez hakkındaki görüş ve önerilerini belirten, kaynaklara erişimimde yardımcı olan Sayın Prof. Dr. Jens ADOLPHSEN'e teşekkür ederim. Ayrıca önerileriyle teze çok büyük katkı sunan ve yorumlarıyla yalnızca tez için değil gelecekteki akademik çalışmalar için de motive eden değerli hocalarım Sayın Doç. Dr. Faruk Kerem Giray ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Hümeysra Zeynep Nalçacıoğlu Erden'e çok teşekkür ederim. Son olarak, tez çalışması süreci dahil olmak üzere her zaman yanımda olan aileme minnettarım.

İSTANBUL, 2019

Burak TERZİ

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YATIRIMCININ HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İSTİSNALARI

I. YATIRIMCININ EV SAHİBİ DEVLET HUKUKUNA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	4
A. Yatırım Anlaşmalarında Hukuka Uygunluk Şartı.....	5
B. Hukuka Uygunluk Şartının Kapsamı	10
1. Temel İlkeler Bakımından Sınırlama.....	11
2. Konu Bakımından Sınırlama	12
3. Amaç Bakımından Sınırlama.....	16
4. Değerlendirme	21
II. YATIRIMCININ ULUSLARARASI HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	23
A. Uluslararası Hukukta Devlet Dışı Bir Aktör Olarak Yatırımcı	23
B. Uluslararası Anlaşmalarda Hukuka Uygun Davranma Yükümlülüğü.....	33
C. Uluslararası Örf ve Adet Kurallarında Hukuka Uygun Davranma Yükümlülüğü	35
D. Hukuka Uygun Davranma Yükümlülüğü ve Genel Hukuk İlkeleri	37
1. Dürüstlük Kuralı.....	38
2. Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans İlkesi.....	41
3. Uluslararası Kamu Düzeni.....	43

III. HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YAPTIRIMA BAĞLANMADIĞI İSTİSNALAR	44
A. Hukuka Aykırılıkta Yatırımcının Dürüstlük Kuralına Riayet Etmesi.....	44
B. Ev Sahibi Devletin Çelişkili Davranış Yasağı Nedeniyle Hukuka Aykırılık İtirazında Bulunamaması	46

İKİNCİ BÖLÜM

YATIRIMI HUKUKA AYKIRI HALE GETİREN DURUMLAR

I. YOLSUZLUK.....	52
A. Ev Sahibi Devlet Savunması Olarak Yolsuzluk	55
B. Yatırımcı İddiası Olarak Yolsuzluk	59
C. Yolsuzlukta Ev Sahibi Devletin Sorumluluğu.....	61
II. DOLANDIRICILIK VE GERÇEĞE AYKIRI BEYANAT	67
III. DİĞER HUKUKA AYKIRILIKLAR.....	78
A. Ticari ve Mali Yükümlülüklerin İhlali	78
B. Akdi Yükümlülüklerin İhlali	80
C. Yabancı Yatırıma İlişkin Düzenlemelerin İhlali.....	82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YATIRIM TAHKİMİNDE USULE İLİŞKİN MESELELER

I. YARGILAMA YETKİSİ	88
A. Genel Olarak Yargılama Yetkisi.....	88
1. Tarafların Rızası (<i>Ratione Voluntatis</i>)	89
1.1. Sözleşme ile Tahkime Rıza	90
1.2. Milli Hukuk ile Tahkime Rıza	90
1.3. İki Taraflı ve Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarıyla Tahkime Rıza ...	91
2. Konu Bakımından Yetki (<i>Ratione Materiae</i>)	92
B. Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışının Yargılama Yetkisi Bağlamında Değerlendirilmesi	96
1. Hukuka Uygunluk Şartının Yargılama Yetkisine İlişkin Olduğu Görüşü	96

1.1.	Hukuka Uygunluk Şartının Yatırım Tanımı İçerisinde Bulunması ..	96
1.2.	Hukuka Uygunluk Şartının Yatırım Tanımı Dışında Bulunması ...	101
2.	Hukuka Uygunluk Şartının Yargılama Yetkisine İlişkin Olmadığı Görüşü.....	104
3.	Değerlendirme	106
II.	KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEMESİ	108
A.	Genel Olarak Kabul Edilebilirlik İncelemesi	108
B.	Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışının Kabul Edilebilirlik Bağlamında Değerlendirilmesi	111
III.	ESAS İNCELEMESİ	116
A.	Genel Olarak Esas İncelemesi	116
B.	Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışının Esas Aşamasında Değerlendirilmesi	116
1.	Hukuka Uygunluk Şartının Bulunduğu Haller.....	116
1.1.	Değerlendirme	119
2.	Hukuka Uygunluk Şartının Bulunmadığı Haller.....	122
2.1.	Değerlendirme.....	125
IV.	İSPATA İLİŞKİN MESELELER	125
A.	İspat Yüğü.....	125
B.	İspat Standardı	127
1.	Genel Olarak İspat Standardı.....	127
2.	Hukuka Aykırılıkta İspat Standardı	128
3.	Değerlendirme	131
SONUÇ.....		133
KAYNAKÇA.....		136

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
ARSIWA	: Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
ASEAN	: Association of Southeast Asian Nations
aş.	: Aşağı
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
Ed.	: Editör
I.C.J.	: International Court of Justice
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
m.	: Madde
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NGO	: Non-Governmental Organization
No.	: Number
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development

P.C.I.J.	:	Permanent Court of International Justice
para.	:	Paragraf
PCA	:	Permanent Court of Arbitration
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SCC	:	Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute
UNCITRAL	:	United Nations Commission on International Trade Law
v.	:	Versus
v.d.	:	Ve Diğerleri
YKTK	:	Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

GİRİŞ

Yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki ilişkide tarafların konumu düşünüldüğünde, yabancı yatırımcı, ev sahibi devlete karşı hukuki korumaya ihtiyaç duyabilmektedir. Devletler arasında akdedilen iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ile genel olarak uluslararası yatırım tahkimi sisteminde bulunan yabancı yatırımcının korunması odaklı anlayış, ilişkinin mahiyetiyle birlikte hukuka aykırı davranışta bulunacak olan tarafın ev sahibi devlet olacağı öngörüsünün getirdiği bir sonuçtur. Fakat hukuka aykırı davranışta bulunan taraf yalnızca ev sahibi devlet değil, yabancı yatırımcı da olabilir ve yabancı yatırımcının davranışları, yatırımı hukuka aykırı hale getirebilir.

Yatırımın hukuka aykırılığı ev sahibi devlet bakımından istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Şöyle ki; yabancı yatırım, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin ekonomik büyümelerine pek çok yönden katkı sağlamaktadır¹. Yabancı yatırım; teknoloji transferi, maddi ve beşeri sermaye gelişimi, iş çevresinde rekabetin arttırılması, uluslararası ticaret entegrasyonuna katkı ve girişimciliğin gelişiminde ilerleme sağlanması gibi hususlar bakımından ekonomik büyümeye olumlu etkide bulunabilir². Fakat yabancı yatırımın ev sahibi devlet ekonomisine etkisinin olumlu yönde gerçekleşmesi için yatırımın hukuka uygun olması büyük önem taşımaktadır. Zira hukuka aykırı yatırım, beklenen olumlu etkiyi sağlamayabileceği gibi tersi bir etki de yaratabilir. Sözgelimi; yabancı yatırımların yolsuzlukla edinilmesi, ev sahibi devletin ekonomik büyümesini olumsuz etkileyebilir³ ve ekonomik etkinin yanısıra bu durumun sosyal, siyasal ve hukuki etkileri de olabilir. Yatırımın hukuka aykırılığı, ev sahibi devleti çeşitli açılardan etkileyebileceği gibi aynı zamanda yatırım tahkimi davalarının gidişatına yön vererek yatırımcıyı da etkilemektedir. Yatırımcının uluslararası yatırım tahkimi önünde açtığı bir davada, yatırımın hukuka aykırılığı, yatırımcı açısından beklenmeyen sonuçlar doğurabilir.

¹ Eduardo Borenstein, Jose De Gregorio, Jong-Wha Lee, "How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?", **Journal of International Economics**, C. 45, S. 1, 1998, s. 123.

² Selma Kurtishi-Kastrati, "The Effects of Foreign Direct Investments for Host Country's Economy", **European Journal of Interdisciplinary Studies**, C. 5, S. 1, 2013, s. 26.

³ Pak Hung Mo, "Corruption and Economic Growth", **Journal of Comparative Economics**, C. 29, S. 1, 2001, s. 76.

Uluslararası yatırım tahkiminde yatırımın hukuka aykırılığının incelendiği bu çalışmanın birinci bölümünde, yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğü, bu yükümlülüğü düzenleyen kaynaklar ile yükümlülüğün kapsamı incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; yabancı yatırımcıların hukuka aykırı davranışlarını konu edinen tahkim davaları incelenerek, yatırım tahkimi davalarında sıklıkla gündeme gelen hukuka aykırı davranış biçimleri olası sonuçlarıyla birlikte ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise usule ilişkin meseleler değerlendirilerek, çeşitli olasılıklar bakımından yatırımcının hukuka aykırı davranışının davanın hangi aşamasında değerlendirileceği meselesi, hakem kurullarının yaklaşımlarıyla birlikte doktrinde mevcut görüşlerle tespit edilmeye çalışılacak; bu hususta özellikle yargılama yetkisi, kabul edilebilirlik ve esas ayrımı göz önünde bulundurulacaktır. Bunun yanında yatırımcının hukuka aykırı davranışının ispatı üzerinde de durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YATIRIMCININ HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İSTİSNALARI

Hukuka aykırılık genel olarak, hukuk düzeninin izin vermediği davranış, hukuken müsaade edilmeme durumu, hukuksuzluk hali olarak tanımlanabilir⁴. Öyleyse, hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için öncelikle hukuka aykırılığın meydana geldiği hukuk düzenini tespit etmek gerekir. Odak noktasında yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki ilişki bulunan uluslararası yatırım hukuku, doğası gereği klasik uluslararası kamu hukuku ve uluslararası özel hukuk ayrımının belirsizleştiği, kendine özgü bir alan olmakla birlikte, uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilmektedir⁵. Her ne kadar devletlerin kendi aralarında akdettiği iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları, uluslararası örf ve adet hukuku ve hukukun genel ilkeleri uluslararası yatırım hukukunun birincil kaynakları olsa da⁶ yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki hukuki ilişkide ev sahibi devletin hukuku da önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin; ICSID Konvansiyonu’nun⁷ 42. maddesinde, taraflar arasında uyuşmazlığa uygulanacak hukuk üzerinde anlaşma sağlanamaması halinde, uyuşmazlığa ev sahibi devlet hukukunun ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarının uygulanacağı belirlenmiştir. Öyle ki, bazı davalarda uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ev sahibi devlet hukuku olmasa bile, uluslararası hukuk ile ev sahibi devlet hukukunun karşılıklı etkileşimi uyuşmazlığın çözümü için kritik öneme sahip olmaktadır. Ev sahibi devlet hukukunun eşya hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku, imar hukuku, vergi hukuku gibi alanları

⁴ Bryan A. Garner, **Black’s Law Dictionary**, 9. bs., Texas, West Publishing, 2009, s. 815.

⁵ Zachary Douglas, **The International Law of Investment Claims**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 6.

⁶ Moshe Hirsch, “Sources of International Investment Law”, **International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law**, (Çevrimiçi) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1892564>, 11 Mayıs 2019, s. 1.

⁷ ICSID Convention, Regulations and Rules, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 11 Mayıs 2019; Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme, RG., 02.06.1988 – 19830, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 11 Mayıs 2019.

uyuşmazlığın çözümünde başvurulabilecek kaynaklardan bazılarıdır⁸. Örneğin; *Emmis International Holding, B.V. and others v. Hungary*⁹ davasında, 1997 yılından itibaren Macaristan'da ulusal radyo istasyonu için yayın lisansını elinde bulunduran Hollandalı ve İsviçreli yatırımcılar, 2009 yılında yayın lisansının yenilenmesi için yapılan ihalenin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiğini ve böylece yatırımlarının haksız kamulaştırıldığını iddia etmiş; iki taraflı yatırım anlaşmalarına dayalı olarak ICSID tahkimine başvurmuşlardır. Fakat hakem kurulu, Macaristan hukukuna göre yatırımcıların yayın lisansı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığını ve kamulaştırmadan söz edilebilmesi için mülkiyet hakkının bulunması gerektiğini söyleyerek yatırımcıların iddialarını reddetmiştir¹⁰. Sonuç olarak; uluslararası hukuka tabi iki taraflı yatırım anlaşmalarına dayalı olarak açılmış davanın kaderini Macaristan milli hukuku belirlemiştir.

Aynı şekilde, yatırımın hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda da ev sahibi devlet hukukunu göz ardı etmek mümkün değildir. Yatırımın hukuka aykırılığı, yalnızca uluslararası hukuk düzleminde değil, ev sahibi devlet hukuku temelinde de gerçekleşebilir. Fakat hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için öncelikle, hem ev sahibi devlet hukuku hem de uluslararası hukuk bakımından yabancı yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün gerekçeleri ortaya konulmalıdır.

I. YATIRIMCININ EV SAHİBİ DEVLET HUKUKUNA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yatırımcının hukuka aykırı davranışı, ev sahibi devlet hukuku temelinde tezahür edebilir. Yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna uygun davranma yükümlülüğü, iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartı vasıtasıyla gerekçelendirilmektedir. Yatırım anlaşmalarında yatırımcıya doğrudan bir yükümlülük atfedilmese de yatırımcının anlaşma

⁸ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, **Principles of International Investment Law**, 2. bs., Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 12.

⁹ *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, 16.04.2014.

¹⁰ *Emmis International Holding, B.V. and others v. Hungary*, para. 255.

korumasından yararlanabilmesi için yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun olması gerekliliği aranmakta ve böylece anlaşma korumasında öngörülen hakların kazanılması bir nevi şarta bağlanmaktadır. Yatırım anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartının kapsamı bakımından ise farklı görüşler bulunmaktadır.

A. Yatırım Anlaşmalarında Hukuka Uygunluk Şartı

Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim, tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğine dair rızalarına dayalıdır. Tarafların rızası hakem kurulunun yargılama yetkisinin temelini oluşturur. Ticari tahkimden farklı olarak¹¹, yatırım tahkiminde taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğine dair irade beyanlarını üç farklı yolla sunabilir¹²: İlk olarak, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet karşılıklı olarak akdettikleri sözleşmeye tahkim şartı koyabilirler¹³. Tahkim şartı esas yatırım sözleşmesine dahil edilebileceği gibi, taraflar ayrı bir tahkim sözleşmesi de imzalayabilirler. İkinci olarak, ev sahibi devlet milli hukuku içerisinde yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine dair rızasını tek taraflı olarak beyan edebilir. Ülkeyi yabancı yatırımcılar için daha cazip hale getirmek isteyen pek çok devlet, özellikle yatırıma ilişkin kanunlarında tahkim rızasını belirten hükümler benimsemişlerdir. Uyuşmazlığın tahkimde görülebilmesi için rızanın iki taraflı olması gerektiğinden, yatırımcı ilgili kanun hükümlerinin yürürlükte bulunduğu süre içerisinde ev sahibi devletin icabını kabul edebilir¹⁴. *SPP v. Egypt*¹⁵ davasında, SPP, Mısır'ın yatırıma dair kanunlarından birinde bulunan hükme dayanarak ICSID'e tahkim talebinde bulunmuştur. Mısır'ın, yatırımcının ilgili maddeye dayanarak tahkim talebinde bulunamayacağı zira yatırımcı ile aralarında tahkim sözleşmesi bulunmadığı itirazına rağmen hakem kurulu, Mısır'ın

¹¹ İnci Ataman-Figanmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2011, s. 105.

¹² Bkz.: s. 89.

¹³ Örneğin; Maritime International Nominees Establishment v. Government of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Award, 06.01.1988; Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20.11.1984; Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25.02.1988; davaları devlet ve yatırımcı arasında imzalanan sözleşmedeki tahkim şartına dayanılarak görülmüştür.

¹⁴ Christoph Schreuer, "Consent to Arbitration", **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, s. 1406.

¹⁵ Southern Pasific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.05.1992.

kanun hükmüyle tahkim rızasını verdiğine ve ilgili hükmün yatırımcıyla sonraki bir sözleşme gerektirmediği kanaatine varmıştır. Bu dava ile ilk kez, İngilizce’de “*arbitration without privity*” kavramı ile ifade edilen, yatırımcının, tarafı olduğu bir tahkim sözleşmesi olmaksızın tahkime başvurabilmesinin önü açılmıştır¹⁶. Üçüncü ve modern yatırım tahkiminde en yaygın kullanılan yol olarak; devletler kendi aralarında akdettikleri iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğine dair irade beyanlarını ortaya koyabilirler¹⁷. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (YKTK) olarak da adlandırılan, yatırımcının taraf olmadığı iki taraflı anlaşmalar veya çok taraflı anlaşmalar vasıtasıyla yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında hukuki ilişkinin kurulması, ev sahibi devletin milli hukuku içerisinde rızasını belirtmesi ile benzer şekilde gerçekleşir. Yani ev sahibi devlet, YKTK anlaşmasında tahkime rıza gösterdiğinde, yatırımcı için bir icapta bulunmuş olur. Yatırımcının bu icabı kabul etmesi halinde karşılıklı tahkim rızası ortaya çıkar. Yatırımcı bu icabı doğrudan ev sahibi devlete yapacağı bir bildirim ile yahut ilgili YKTK anlaşmasına dayalı bir tahkim davası açarak kabul edebilir¹⁸.

1959 yılında Almanya ve Pakistan arasında imzalanan ilk YKTK anlaşmasından¹⁹ bu yana, günümüz itibarıyla dünya genelinde 2947 YKTK anlaşması imzalanmış olup, bu anlaşmaların 2364’ü halen yürürlüktedir²⁰. YKTK anlaşmaları, ev sahibi devletlerin tahkime rıza vermesiyle, yatırımcıya tarafsız ve adil yargılamaya erişim hakkı sunmasının yanında, yapılan yatırımın korunabilmesi için de pek çok hüküm barındırırlar. Zira yabancı sermaye ithaline en fazla ihtiyaç duyan ülkelerin kalkınmakta olan ülkeler olduğu ve bu ülkelerin de genellikle sosyal,

¹⁶ İnci Ataman-Figanmeşe, “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of Arbitration Without Privity”, *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul*, C. 43, S. 60, 2011, s. 188.

¹⁷ Yatırım tahkimi kavramı için İngilizce’de “*Investment Treaty Arbitration*” terimi de kullanılmaktadır ki, bu ifade Türkçe’ye çevrildiğinde “*Yatırım Anlaşması Tahkimi*” anlamına gelmektedir. Yatırım tahkiminde yatırım anlaşmalarının önemini belirtmesi açısından dikkat çekici bir husustur.

¹⁸ Guiguo Wang, “Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis”, *Chinese Journal of International Law*, C. 13, S. 2, 2014, s. 335.

¹⁹ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>, 11 Mayıs 2019.

²⁰ United Nations, Investment Policy HUB, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, 11 Mayıs 2019.

siyasal, ekonomik ve hukuki açıdan istikrarsız oldukları göz önünde bulundurulacak olursa²¹, yabancı yatırımcı uzun süreli yatırım yaptığı bu ülkelerde ticari riskin dışındaki risk faktörlerinin bertaraf edilebilmesi için korunmaya ihtiyaç duymaktadır²². Yatırımcının korunması için YKTK anlaşmalarında bulunan hükümlerden bazıları ulusal muamele, adil ve hakkaniyetli muamele, haksız doğrudan ya da dolaylı kamulaştırma yasağı, en çok gözetilen ulus kaydı, yatırım anlaşmazlıklarının çözümü, varlıkların transferine dair güvencelerdir²³. Fakat yatırımcının, ev sahibi devletin, YKTK anlaşmalarıyla taahhüt altına aldığı koruma hükümlerinden faydalanabilmesi için belirli koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Örneğin; yatırımcının, korumasından faydalanmak istediği YKTK anlaşmasında bulunan “yatırım” tanımına dahil olabilecek bir yatırımın bulunması gerekir. Belirtmek gerekir ki, YKTK anlaşmalarında bulunan yatırım tanımları taraf devletlerin koruma taahhüdünde bulunmak istediği varlıklar bakımından farklılık göstermektedir. Yine yatırımcının YKTK anlaşmasına taraf devletin vatandaşı olması gerekliliği de bu şartlardan biridir.

YKTK anlaşmalarında sıklıkla bulunan şartlardan biri de yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun yapılması gerekliliğidir²⁴. Ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı, YKTK anlaşmalarında yatırım tanımına dahil edilebileceği gibi, bu şarta anlaşmanın farklı kısımlarında da yer verilebilir. Örneğin; 2004 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti arasında akdedilen YKTK anlaşmasında²⁵; *“Yatırım” terimi, ev sahibi tarafın kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak, her türlü malvarlığını...* ifadesi kullanılmış ve ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartına yatırım tanımı kapsamında yer verilmiştir. 1986 tarihli

²¹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6.bs., İstanbul, Beta Basım, 2016, s. 532.

²² Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, 2013, s. 66.

²³ Faruk Kerem Giray, “Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 219.

²⁴ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **The ICSID Convention: A Commentary**, 2. bs., New York, Cambridge University Press, 2009, para. 199, s. 140.

²⁵ Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 01.04.2005 – 25773, (Çevrimiçi) <https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-018245>, 11 Mayıs 2019.

Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasında imzalanan YKTK anlaşmasında²⁶ ise “İşbu anlaşma, yatırımın yapıldığı tarihte. yatırımın yapıldığı ülkede yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak, bir tarafın ülkesinde diğer taraf yatırımcıları tarafından yapılan veya kontrol edilen yatırımlara uygulanacaktır.” denilerek yatırım tanımı dışında ayrı bir madde ile ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı konulmuştur.

Hukuka aykırı yatırımların YKTK korumasından faydalanmasını engellemeyi amaçlayan devletler²⁷, YKTK anlaşmalarına hukuka uygunluk şartı eklemeye başlamışlardır. Her ne kadar YKTK anlaşmaları uluslararası hukuka tabi anlaşmalar olsa da, anlaşmaya eklenen bu şartın milli hukuka yaptığı gönderme ile birlikte ev sahibi devlet hukukuna aykırılık, uluslararası hukuk etkisine sahip olarak²⁸, davanın gidişatı açısından önemli sonuçlara yol açmaktadır.

Yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışının tartışıldığı davalardan biri olan *Inceysa v. El Salvador*²⁹ davasında, YKTK’da bulunan ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı, yatırımcının YKTK korumasından yararlanmasını engellemiştir. İspanya Krallığı kanunlarına tabi olarak kurulmuş bir şirket olan Inceysa, El Salvador’da taşıt muayene hizmetleri için açılan kamu ihalesini kazanmasını takiben, 2000 yılında Doğal Kaynaklar ve Çevre Bakanlığı ile sözleşme imzalamıştır³⁰. Taraflar arasında meydana gelen çeşitli anlaşmazlıklar sonrasında Inceysa, El Salvador ve İspanya arasında akdedilmiş YKTK anlaşmasına³¹ dayanarak ICSID’e tahkim talebinde bulunmuştur. Davacı Inceysa’nın temel argümanı, El Salvador’un sözleşme şartlarına uymayarak, tek taraflı haksız fesihle birlikte dolaylı

²⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 08.09.1989 – 20276, (Çevrimiçi) <https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-018269>, 11 Mayıs 2019.

²⁷ Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Award, 31.07.2011, para. 46.

²⁸ Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2007, para. 394.

²⁹ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 02.08.2006.

³⁰ Inceysa v. El Salvador, para. 31.

³¹ Acuerdo para la promocion y proteccion reciproca de inversiones entre el reino de España y la Republica de El Salvador, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6098.pdf>, 11 Mayıs 2019.

kamulaştırma yaptığıdır³². Buna karşın davalı El Salvador, davacı Inceysa'nın ihale sürecinde sahte mali bilançolar beyan ettiğini, taşıt muayene alanındaki deneyimlerine dair gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunu, Filipinler ve Panama'daki sözleşmelerine kanıt olarak sahte evraklar düzenlediğini, ihaleye katılan diğer bir şirketle aralarındaki gerçek ilişkiyi gizlediğini iddia ederek dolandırıcılık yaptığını iddia etmiştir³³. Hakem kurulu, sunulan deliller ışığında El Salvador'un iddialarını ve YKTK anlaşmasında bulunan ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartını değerlendirerek; El Salvador ve İspanya'nın hukuka aykırı yatırımları YKTK anlaşması kapsamı dışında bırakmayı amaçladıklarını, hukuka aykırı yatırımlar için tahkim rızalarının bulunmadığını, Inceysa'nın yatırımının hukuka uygunluk şartını karşılamadığını gerekçe göstererek ICSID Konvansiyonu madde 25'e göre uyuşmazlığın merkezin yargılama yetkisi kapsamında olmadığı kanaatine varmıştır³⁴.

Fraport v. Philippines davasına da, 1997 tarihli Almanya ve Filipinler arasında imzalanan YKTK anlaşmasındaki³⁵ ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı yön vermiştir. Uluslararası havaalanı sektöründe faaliyet gösteren Alman şirketi Fraport, Manila'da yeni bir uluslararası havaalanı yolcu terminalinin inşaatı ve işletmesi için imtiyaz haklarını elinde bulunduran Filipin şirketi PIATCO'ya yatırım yapmıştır³⁶. Fraport, YKTK anlaşmasının ICSID tahkimine yargılama yetkisi veren hükümlerine dayanarak, Filipinler'in YKTK anlaşmasındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle ICSID'e başvurmuştur³⁷. Davalı Filipinler, Fraport dahil olmak üzere PIATCO hissedarlarının muhtelif kamu görevlileriyle birlikte yolsuzluk ve dolandırıcılık yaptıklarını ve ayrıca Fraport'un Filipinler'de yabancı yatırımcıların kamu hizmetlerinde yönetme, işletme ve kontrolünü yasaklayan kanunu (*Anti-Dummy Law*) ihlal ettiğini ileri sürerek, hakem kurulunun yargılama yetkisine itirazda bulunmuş ve YKTK anlaşması dahilinde hiçbir yükümlülüğü bulunmadığını

³² Inceysa v. El Salvador, para. 37.

³³ Inceysa v. El Salvador, para. 53.

³⁴ Inceysa v. El Salvador, para. 206-207-335.

³⁵ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik der Philippinen über die Forderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, m. 1, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1392>, 11 Mayıs 2019.

³⁶ Fraport v. Philippines, para. 2.

³⁷ Fraport v. Philippines, para. 3.

iddia etmiştir³⁸. Zira Filipinler'e göre YKTK anlaşmasında ev sahibi devlet hukukuna aykırı yatırımların korunmayacağı kararlaştırılmış olup, YKTK anlaşmalarının yorumlanmasında dengeli bir yaklaşım gözetilmesi gerekir; her ne kadar devletler YKTK anlaşmalarıyla yabancı yatırım teşviki için münasip bir ortam yaratma amacı gütmekterse de yabancı yatırıma gösterilen müsamaha, devletlerin hukuk düzeninin bozulmasına ve emredici kanun hükümlerinin ihlaline göz yumacakları anlamına gelmemektedir³⁹. Hakem kurulu öncelikle YKTK anlaşması hükümlerini değerlendirerek, korunacak yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun olması gerektiği, her ne kadar hukuka aykırı yatırımlar da ev sahibi devlet bünyesinde ekonomik değer yaratacak olsa da uluslararası hukuk ve uluslararası yatırım hukukunun tek amacının bu olmadığı, ev sahibi devlet hukukunun bütünlüğüne itibar edilmesinin de bu anlamda kritik önem arz ettiği tespitini yapmıştır⁴⁰. Fraport'un yerel hukuk danışmanının kurulacak yönetim yapısının Filipinler hukukuna aykırılık teşkil edeceğine dair uyarılarına rağmen, projenin kontrol ve işletmesinin devralınmasına dair pay sahipleri sözleşmesini akdettiği, hukuka aykırılığın yatırımdan kâr edilebilmesi ve projenin başarıya ulaşabilmesi için kilit rol oynadığı ve Fraport'un da bunun bilincinde olduğu, bu sebeple sözleşmenin gizlice yapılarak yürürlüğe konduğu kanaatine varmıştır⁴¹. Dolayısıyla hakem kuruluna göre, Fraport hiçbir şekilde dürüstlük kuralına uygun bir şekilde davranmadığı gibi, davalının hukuka aykırılığa göz yumduğunu da iddia edemez zira Filipinler hukuka aykırılıktan haberdar olmamıştır⁴². Belirtilen sebepler dolayısıyla hakem kurulu, yargılama yetkisinin YKTK anlaşmasına dayandığı ve ev sahibi devlet hukukuna aykırı yatırımların YKTK anlaşmasında açıkça korunmayacağı belirtildiği için de Fraport'un bütün iddialarını reddetmiştir⁴³.

B. Hukuka Uygunluk Şartının Kapsamı

Yatırımcıların hangi davranışlarının hukuka uygunluk şartı kapsamında görülerek, ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak değerlendirileceğinin tespiti hem

³⁸ Fraport v. Philippines, para. 4-5.

³⁹ Fraport v. Philippines, para. 288.

⁴⁰ Fraport v. Philippines, para. 398-402.

⁴¹ Fraport v. Philippines, para. 396-398.

⁴² Fraport v. Philippines, para. 401.

⁴³ Fraport v. Philippines, para. 404.

yatırımcılar hem de ev sahibi devletler açısından büyük önem arz etmektedir. YKTK anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartları anlaşmaların farklı bölümlerinde, farklı şekillerde yer alsa da genel olarak yalnızca “ev sahibi devlet hukuku”na atıf yaptıkları söylenebilir. Anlaşmalarda ev sahibi devlet hukukunun kapsamı açıkça belirtilmediği için hukuka aykırılığın kapsamı ile sınırları bakımından meydana gelen belirsizlik tartışmalara yol açmaktadır. Bu hususta hakem kurulları farklı kararlar verdiklerinden içtihatla genel bir anlayış yerleşmemiştir.

1. Temel İlkeler Bakımından Sınırlama

Hukuka uygunluk şartının kapsamı bakımından öne sürülen ilk görüş, yatırımcıların ev sahibi devlet hukukuna bütünüyle uyma zorunluluğunun bulunmadığı fakat ev sahibi devlet hukukunun temel ilkelerine uyma zorunluluğunun bulunduğudır.

Hakem kurulu tarafından bu görüşün benimsendiği davalardan biri olan *L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A v. Algeria* davasında; YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartının Cezayir hukukundaki gibi kısıtlayıcı bir biçimde yatırımın resmi onay şartına tabi kılınması durumlarında değil fakat yatırımın hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmesi halinde yatırımı YKTK anlaşmasında belirtilen korumalardan mahrum bırakacağı belirtilmiştir⁴⁴. Ev sahibi devlet tarafının Cezayir olduğu bir başka dava olan *L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria*⁴⁵ davasında da hakem kurulu aynı görüşü benimsemiştir⁴⁶. Yine *Desert Line v. Yemen*⁴⁷ davasında hakem kurulu, *Inceysa v. El Salvador*, *Fraport v. Philippines* ve *L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A v. Algeria* davalarına atıf yaparak YKTK anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartlarının, kasıtlı olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunma veya gerçek malikin gizlenmesi gibi ev sahibi devlet hukukunun temel prensiplerini ihlal ile yapılan yatırımları koruma dışında bırakacağını belirtmiştir⁴⁸. Benzer şekilde *Rumeli*

⁴⁴ L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A v. People’s Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision, 12.07.2006, para. 83.

⁴⁵ Consorzio Groupement L.E.S.I-DIPENTA v. People’s Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10.01.2005.

⁴⁶ L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria, para. 24.

⁴⁷ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 06.02.2008.

⁴⁸ Desert Line v. Yemen, para. 104.

v. *Kazakhstan*⁴⁹ davasında da hukuka uygunluk şartının ev sahibi devlet hukukunun temel ilkelerinin ihlali bakımından uygulama alanı bulacağı açıklanmıştır⁵⁰.

Hukuka uygunluk şartının temel ilkeler bakımından sınırlanması görüşü, YKTK anlaşmalarında temel ilkelere atıf yapılmaması sebebiyle eleştirilmiştir⁵¹. Yukarıda belirtilen davaların hiçbirinde hukuka uygunluk şartında temel ilkelere atıf yapılmamıştır. İlgili hukuka uygunluk şartlarında, genel olarak YKTK anlaşmalarında olduğu gibi “*ev sahibi devlet hukukuna uygun olarak*” denilmektedir. Maddelerin lafzından anlaşıldığı üzere, hukuka uygunluk şartları ev sahibi devletlerin pozitif hukukuna bütünüyle atıf yapmaktadır. Hakem kurulları hukuka uygunluk şartından bağımsız olarak farklı hususlarda da sıklıkla takdiri olarak maddelerin lafzını genişletici yahut daraltıcı biçimde yorum yapmaktaysalar da ilgili maddelerde hiçbir şekilde bahsedilmeyen hukuka uygunluğun temel ilkeler bakımından sınırlanması gerektiği görüşünün maddelerde hiçbir şekilde dayanağı bulunmamaktadır⁵².

Temel ilkeler bakımından sınırlama görüşünün, belirtilen davalar dışında içtihatla da karşılık bulmadığı söylenebilir. Hatta *Quiborax v. Bolivia*⁵³ davasında bu görüş açıkça reddedilmiştir. Bu davada davacı hukuka uygunluk şartının yalnızca temel ilkeler bakımından sınırlanabileceğini savunmuşsa da hakem kurulu, davacının yorumunun YKTK anlaşmasının sınırlarını aştığını ve ev sahibi devlet menfaatine aykırı olarak yatırımcı korumasını genişlettiğini belirtmiştir⁵⁴.

2. Konu Bakımından Sınırlama

Konu bakımından sınırlama görüşüne göre; yatırımcıların yalnızca ev sahibi devletin yatırıma ilişkin hukuki düzenlemelerine uyum sağlaması gerekliliği bulunmaktadır.

⁴⁹ Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29.07.2008.

⁵⁰ Rumeli v. Kazakhstan, para. 319.

⁵¹ Jarod Hepburn, “In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the ‘Defence’ of Investor Illegality in Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, C. 5, S. 3, 2014, s. 534.

⁵² Hepburn, *a.g.e.*, s. 535.

⁵³ Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27.09.2012.

⁵⁴ Quiborax v. Bolivia, para. 263.

*Saba Fakes v. Turkey*⁵⁵ davasında ev sahibi devlet olan Türkiye, Hollanda ve Türkiye arasında bulunan YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartına dayanarak, davacının yatırımların teşvikine ilişkin mevzuata, telekomünikasyon sektörüne ilişkin düzenlemelere ve Türk rekabet hukukuna aykırı davranışlarda bulunduğunu ileri sürmüştür. YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartı şu şekildedir: “*İşbu anlaşma, yatırımın yapıldığı tarihte. yatırımın yapıldığı ülkede yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş, bir tarafın ülkesinde diğer taraf yatırımcıları tarafından sahip olunan veya kontrol edilen yatırımlara uygulanacaktır.*”⁵⁶ Hakem kurulu, hukuka uygunluk şartının açıkça ev sahibi devletin kanun ve yönetmeliklerine göre yapılmayan yatırımlar bakımından YKTK anlaşmasının uygulanamayacağını belirttiğini fakat hukuka uygunluk şartının kapsamı bakımından taraflar arasındaki ihtilafın yoruma muhtaç olduğunu ifade etmiştir⁵⁷. Ev sahibi devlete göre; yatırım ev sahibi devlet hukukunun herhangi bir kanun veya yönetmeliğini herhangi bir şekilde ihlal ederek yapılmışsa yatırım koruma dışında kalacaktır. Buna karşın davacı daha önce açıklamış olduğumuz temel ilkeler bakımından sınırlama görüşünü öne sürmüştür. Buna göre; hukuka uygunluk şartının uygulanabilmesi için ihlalin belirli bir seviyede olması gerekir. Bir yatırım ancak ev sahibi devlet hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil ediyorsa hukuka aykırı yatırım olarak nitelenebilir⁵⁸. Hakem kuruluna göre; YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartı, yatırımın ev sahibi devlette kabulüne ilişkin kanun ve yönetmelikler bakımından geçerlidir. Bu husus “... *kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş ... yatırımlara*” denilerek anlaşma lafzında açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca yatırıma ilişkin mevzuat dışında ev sahibi devlet hukukunun

⁵⁵ Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14.07.2010.

⁵⁶ Anlaşma Türkçe, Felemenkçe ve İngilizce olarak bütün metinler aynı derecede geçerli olmak üzere akdedilmiştir. İngilizce metin: “*The present Agreement shall apply to investments owned or controlled by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party which are established in accordance with the laws and regulations in force in the latter Contracting Party's territory at the time the investment was made.*” şeklindedir. Türkçe metin “*İşbu Anlaşma, yatırımın yapıldığı tarihte yatırımın yapıldığı ülkede yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak, bir tarafın ülkesinde diğer taraf yatırımcıları tarafından yapılan veya kontrol edilen yatırımlara uygulanacaktır.*” şeklinde olsa da yorumlamada görüş ayrılığı olması durumunda İngilizce metnin esas alınacağı belirtilmiştir. Hakem kurulu da İngilizce metni esas alarak yorumlamada bulunduğundan hakem kurulunun yorumunu daha iyi aktarabilmek adına tarafımızca İngilizce metinden tercüme yapılmıştır.

⁵⁷ Saba Fakes v. Turkey, para. 115-116.

⁵⁸ Saba Fakes v. Turkey, para. 117-118.

ihlalde yatırımın YKTK anlaşması korumasından yararlanamaması, anlaşmanın amacına uygun olmayacaktır. Zira yatırımcının bu gibi ihlallerine karşı ev sahibi devlet, kendi hukuku çerçevesinde uygun yasal işlem başlatabilir. Dolayısıyla yatırım anlaşmasında özellikle belirtilmediği takdirde, ev sahibi devlet ülkesinde yapılan yatırımlar bakımından öngörölmüş karşılıklı uluslararası taahhütlerinden kaçınmak için yatırıma ilişkin olanlar dışında kendi yerel mevzuatını dayanak göstermemelidir. Hakem kurulu bu açıklamalara binaen davalı Türkiye'nin yalnızca yabancı yatırımın teşvikine ilişkin mevzuata aykırılık iddiasının hukuka uygunluk şartı bakımından değerlendirilmesi gerektiği ve telekomünikasyon sektörüyle ilgili düzenlemeler veya rekabet hukukuna aykırılığın hukuka uygunluk şartının kapsamına girmediği kanaatine varmıştır⁵⁹.

Quiborax v. Bolivia davasında, hukuka uygunluk şartının kapsamı bakımından davacı temel ilkeler bakımından sınırlama görüşünü, davalı ise zaman yahut öneminden bağımsız olarak her türlü ihlalin hukuka uygunluk şartı kapsamına girdiğini savunmuştur. Hakem kurulu, davacının yorumunun çok dar, davalının yorumunun ise çok geniş olduğunu belirterek iki görüşe de katılmadığını açıklamıştır. Hakem kuruluna göre; davacının yorumu YKTK anlaşmasının sınırlarını aşmakta ve ev sahibi devlet menfaatine aykırı olarak yatırımcı korumasını genişletmektedir. Davalının geniş yorumu da bunun tersi olarak yatırımcının menfaatlerini hiçe saymaktadır zira bu yaklaşıma göre ev sahibi devlet herhangi bir zamanda işlenmiş en ufak bir ihlali dayanak olarak göstererek yatırımcının korumasını devre dışı bırakabilir. Hakem kurulu bu nedenlerle tarafların menfaatlerini gözetken dengeleyici bir yorumda bulunması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre; hukuka uygunluk şartının kapsamı hem konu bakımından hem de zamansal olarak sınırlıdır. Hukuka uygunluk şartı konu bakımından, ev sahibi devlet hukukunun önemsiz olmayan biçimde ihlal edilmesi, ev sahibi devlet hukukunun yabancı yatırıma ilişkin hükümlerinin ihlali ve dolandırıcılık ile sınırlıdır. Ek olarak dava konusu YKTK anlaşmasıyla sınırlı kalmak üzere, hukuka uygunluk şartı

⁵⁹ Saba Fakes v. Turkey, para. 119-120.

yatırımın kuruluşuna ilişkin olarak uygulanabilir, müteakip faaliyetler için genişletilemez⁶⁰.

Temel ilkeler bakımından sınırlama görüşünde olduğu gibi, hukuka uygunluğun kapsamının yalnızca ev sahibi devletin yabancı yatırıma ilişkin mevzuatıyla sınırlanması görüşünün de YKTK anlaşmalarındaki hukuka uygunluk şartlarında karşılığının bulunduğunu söylemek güçtür. Her ne kadar *Saba Fakes v. Turkey* davasında hakem kurulu, görüşünü tamamıyla ilgili davanın dayandığı YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartına dayandırmışsa da kanaatimizce; hakem kurulu maddeyi fazlasıyla dar bir anlamda yorumlamıştır. Anlaşmanın İngilizce metninde bulunan “yatırımın yapıldığı ülkede yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş” ifadesi açıkça ve sınırlı bir biçimde yatırımın ev sahibi devlette kabulüne ilişkin kanun ve yönetmeliklere atıf yapmamaktadır. Anlaşmanın Türkçe metnindeki farklılık da göz önünde bulundurulduğunda, taraf devletlerin bu ifadeyle ev sahibi devletin pozitif hukukunun tümünü kastettiği söylenebilir. Ayrıca hakem kurulunun, hukuka uygunluk şartının yalnızca yatırımın kabulüne ilişkin kanun ve yönetmelikler bakımından geçerli olduğu görüşü doğru kabul edilecek olsa bile; göz ardı edilen telekomünikasyon sektörü veya rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler de yatırımın ev sahibi devlet tarafından kabulünü etkileyecek olabilir⁶¹. Hakem kurulu bu hususa değinmemiştir. Yine kanaatimizce; yatırıma ilişkin mevzuat dışında ev sahibi devlet hukukunun ihlallerine karşı ev sahibi devletin kendi hukuku çerçevesinde yaptırım uygulayabileceği görüşü de hukuka uygunluk şartının amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira YKTK anlaşmasına hukuka uygunluk şartı ekleyen taraf devletler, hukuka aykırı yatırımı YKTK anlaşmasıyla belirlenen yatırım koruması dışında bırakmayı hedeflemektedirler. Bu görüşün isabetli olduğu kabul edilecek olursa, ev sahibi devletin yatırıma ilişkin mevzuat kapsamında da yatırımcıya yaptırım uygulayabileceği ve bu kapsamdaki ihlallerin de YKTK anlaşmasıyla belirlenen korumayı etkilemeyeceği savunulabilir.

⁶⁰ Quiborax v. Bolivia, para. 263-264-265-266; Quiborax v. Bolivia davası ile Metal-Tech v. Uzbekistan davasında hakem kurulu başkanı aynı olup, Quiborax v. Bolivia davasında açıklanan konu bakımından sınırlama, Metal-Tech v. Uzbekistan davasında da aynı şekilde tekrarlanmıştır. Bkz: Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 04.10.2013, para. 165.

⁶¹ Hepburn, a.g.e., s. 547.

Ayrıca bu görüşün kabulü durumunda yolsuzluk, dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyanat gibi önemli hukuka aykırılıklar da hukuka uygunluk şartı kapsamı dışında bırakılabilir ki; bu da hem devlet hem de uluslararası kamu düzeni bakımından sakıncalı sonuçlar ortaya çıkarabilir.

3. Amaç Bakımından Sınırlama

Hukuka uygunluk şartının kapsamı bakımından öne sürülen bir diğer görüş, hukuka uygunluk şartının YKTK anlaşmasının amacına göre yorumlanması gerektiğidir. Hakem kurulları tarafından bu görüşün benimsendiği davalarda YKTK anlaşmasının genel amacının yabancı yatırımın korunması olduğu belirtilmiş ve bu nedenle yatırımcılar bakımından önemsiz bürokratik ihlaller hukuka uygunluk şartı kapsamına alınmayarak yatırımlar anlaşma koruması dışında bırakılmamıştır. Fakat altını çizmek gerekir ki; görüş kapsamında bürokratik ihlallerin tümüyle hukuka uygunluk şartı kapsamı dışında kalacağı savunulmamaktadır. Yalnızca önemsiz usul ihlallerinin hukuka uygunluk şartının yatırımı koruma dışında bırakan ağır yaptırımını tetiklemeyeceği savunulmaktadır⁶².

Örneğin; *Tokios Tokeles v. Ukraine*⁶³ davasında ev sahibi devlet, davacının şirket iştiraklerini Ukrayna hukukuna uygun olarak kaydettirmediği gerekçesiyle davacının yatırımının Ukrayna hukukuna uygun olmadığını ileri sürmüştür. Ev sahibi devlete göre; Ukrayna hukukunda “*subsidiary enterprise*” hukuken geçerli bir kavramken davacının iştirakinin ismini “*The Lithuanian subsidiary private enterprise The Publishing, Informational and Advertising Agency Taki Spravy*” olarak kaydetmesi uygunsuzdur zira Ukrayna hukukunda “*subsidiary private enterprise*” hukuken tanınmayan bir kavramdır. Ayrıca davacının malvarlığı temini ve transferiyle ilgili olarak sunduğu evraklarda gerekli imza ve noter tasdiki eksikliği gibi şekle aykırılıklar da bulunmaktadır. Hakem kurulu, *Salini v. Morocco* davasına atıfla, Ukrayna ve Litvanya arasında bulunan YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartının, hukuka aykırı yatırımların YKTK anlaşması korumasından faydalanmalarını engellemek amacıyla konulduğu tespitinde bulunmakla birlikte, ev

⁶² Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Treaty Arbitration”, **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, C. 11, S. 2, 2012, s. 293.

⁶³ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.04.2004.

sahibi devletin iddialarının hukuka aykırılık olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında hukuka uygunluk şartının yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Hakem kuruluna göre; hukuka uygunluk şartı, YKTK anlaşmasının amacına uygun olarak yorumlanmalıdır ve YKTK anlaşmasının amacı da yatırımcıların yatırımları için geniş bir koruma sağlamaktır. Ev sahibi devletin resmi makamlarının davacının iştirakini 1994 yılında geçerli bir işletme olarak kaydetmiş ve yine bu tarihten sonraki sekiz yılda davacının diğer yatırımlarını da aynı şekilde kaydetmiş olması bir yana, ev sahibi devletin iddialarının doğru olduğu kabul edilecek olsa bile bu gibi önemsiz hatalardan dolayı yatırımı YKTK anlaşmasının sağladığı korumanın dışında bırakmak anlaşmanın amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle hakem kurulu, davacının yatırımının Ukrayna kanun ve yönetmeliklerine uygun olduğunu belirterek ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını reddetmiştir⁶⁴.

*Mytilineos v. Serbia*⁶⁵ davasında ev sahibi devlet YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartına yatırımın onaylanmasının da dahil olduğunu, davacının yatırımını onaylatmadığını ve bu sebeple yatırımının YKTK anlaşması korumasının dışında kaldığını iddia etmiştir⁶⁶. Hakem kurulu öncelikle *Salini v. Morocco* ile *Tokios Tokeles v. Ukraine* davalarına atıfta bulunmuş⁶⁷ ve ev sahibi devletin kendisinin de davacının yatırımının özünde hukuka aykırı olmadığını ikrar ettiğini fakat yalnızca ilgili yatırımların yatırım olarak görülmeyerek uzun süreli ticari işlemler olarak değerlendirildiğini ve kaydedilmediğini iddia ettiğini belirtmiştir. Hakem kuruluna göre, davacının yatırımı YKTK anlaşmasının amacı doğrultusunda değerlendirildiğinde ev sahibi devlet hukukuna uygundur ve dolayısıyla YKTK anlaşmasının korumasından faydalanmalıdır⁶⁸.

*Alpha Projektholding v. Ukraine*⁶⁹ davasında Ukrayna, davacının yatırımının Yabancı Yatırım Kanunu'na uygun olarak kaydedilmediğini zira kanuna göre

⁶⁴ Tokios Tokeles v. Ukraine, para. 83-84-85-86.

⁶⁵ Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro, Republic of Serbia, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, 08.09.2006.

⁶⁶ Mytilineos v. Serbia, para. 137.

⁶⁷ Mytilineos v. Serbia, para. 149-150-151-152.

⁶⁸ Mytilineos v. Serbia, para. 154-157.

⁶⁹ Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 08.11.2010.

kaydedilmesi gerekenin sözleşmeler değil yatırımın kendisi olduğunu ve bunun da ayrı olarak özel bir usulü olduğunu, bu sebeple davacının yatırımının hukuka uygun olmadığını savunmuştur. Davacı, yatırımlarını kanuna uygun olarak farklı zamanlarda 12 kez tescil ettirdiğini, bu tescillerin yatırımın meşruluğunu ispatladığını beyan etmiştir. Hakem kuruluna göre; yatırımların usulüne uygun olarak kaydedilmediği düşünülecek olsa bile ev sahibi devlet bu gibi hataların yatırımı Ukrayna hukukuna göre neden hukuka aykırı hale getirdiğini açıklamamıştır. Ayrıca davacının kayıt evraklarının usule uygun olmadığını ispatlayan herhangi bir mahkeme kararı yahut idari karar da sunmamıştır. Bu noktada *Generation Ukraine v. Ukraine*⁷⁰ kararına atıf yapan hakem kurulu, kararda belirtilen ev sahibi devlet hukuku kapsamında şekil eksikliğini soruşturma hususunda hakem kurulunun yargılama yetkisinin bulunmadığı görüşüne katılmıştır. Hakem kurulu daha sonra *Tokios Tokelos v. Ukraine* kararını alıntılararak, bu davada belirtilen görüşe de tamamıyla katıldığını ve davacının yatırımının kayda ilişkin evraklardaki kusurlardan dolayı anlaşma koruması kapsamı dışında bırakılamayacağına karar vermiştir⁷¹.

Ukrayna'nın, davacının yatırımını kaydettirmediği ve anlaşmada bulunan hukuka uygunluk şartı gereğince yatırımın koruma dışında bırakılması gerektiğini öne sürdüğü bir diğer dava olan *Inmaris v. Ukraine*⁷² davasında da hakem kurulu; Ukrayna hukukuna göre yapılması gereken kaydın yatırımcıya belirli vergi ve gümrük muafiyetleri sağladığını, dolayısıyla yatırımın kaydettirilmemesinin neticesinin yatırımcının kanunda belirtilen muafiyetlerden yararlanamaması olduğunu, buna karşın ne kayda ilişkin kanunun ne de ilgili yönetmeliklerin belirtilen kayıt yaptırılmadığı takdirde yatırımın hukuka aykırı olacağını düzenlemediğini, YKTK anlaşmasında belirtilen hukuka uygunluk şartının ise hukuka aykırı yatırımlar için geçerli olacağını, bu nedenle yatırımın koruma dışında kalmayacağını açıklamıştır⁷³.

⁷⁰ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003.

⁷¹ *Alpha Projektholding v. Ukraine*, para. 292-293-294-295-296-297.

⁷² *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH and others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 08.03.2010.

⁷³ *Inmaris v. Ukraine*, para. 144-145.

*Metalpar v. Argentina*⁷⁴ davasında da ev sahibi devlet, davacının yatırımı zamanında kaydettirmediği gerekçesiyle YKTK anlaşması korumasından yararlanmaması gerektiğini öne sürmüştür. Buna karşın hakem kurulu, ev sahibi devletin ilgili mevzuat kapsamında yatırımcıya yaptırım uygulayabileceğini fakat bu ihmal dolayısıyla yatırımcının tahkime erişiminin kısıtlanması ve koruma kapsamı dışında bırakılmasının orantısız bir ceza olacağını belirtmiştir⁷⁵.

*Kim v. Uzbekistan*⁷⁶ davasında hakem kurulu, hukuka uygunluk şartı kapsamında YKTK anlaşmalarına atıf yapmayan temel ilkeler bakımından sınırlama görüşünü tatmin edici bulmamış⁷⁷ ve hukuka uygunluk şartının YKTK anlaşmasının amacına uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸. Bu bağlamda hukuka uygunluk şartını yorumlayan hakem kuruluna göre; YKTK anlaşmasının amacının yatırımlara koruma sağlamak suretiyle taraf ülkelerde yatırımı teşvik olduğu düşünüldüğünde, anlaşma taraflarının önemsiz ihlalleri hukuka uygunluk şartı kapsamına dahil etme niyetlerinin varlığı olası ve makul değildir⁷⁹. Fakat önemsiz ihlallerin hukuka uygunluk şartı kapsamı dışında bırakılması, hukuka uygunluk şartının kapsamının yalnızca temel ilkelerin ihlaliyle sınırlı olduğu anlamına da gelmemektedir⁸⁰. Hukuka uygunluk şartının kapsamının belirlenmesinde ölçülülük ilkesi yol gösterici olabilir. Buna göre, istikrarlı bir yatırım ortamı sağlanması, ekonomik ilişkilerin artırılması amacı ve hukuka aykırı yatırımın YKTK anlaşması kapsamında çıkarılarak, anlaşma korumasından faydalandırılmadığı ağır sonuç hakem kurulu tarafından birlikte değerlendirilmeli ve bu ağır sonucun ölçülü olup olmadığı hakem kurulu tarafından muvazene edilmelidir. Yatırımın YKTK anlaşması kapsamına alınmadığı ağır sonuç, ancak yatırımcının ihlali sonucunda ev sahibi

⁷⁴ Metalpar S.A., Buen Aire S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/03/5, Decision on Jurisdiction, 27.04.2006.

⁷⁵ Metalpar v. Argentina, para. 83-84.

⁷⁶ Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko and Gulzhamash Zaitbekova v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 08.03.2017.

⁷⁷ Kim v. Uzbekistan, para. 384-385.

⁷⁸ Kim v. Uzbekistan, para. 386-389.

⁷⁹ Kim v. Uzbekistan, para. 394.

⁸⁰ Kim v. Uzbekistan, para. 395.

devletin önemli bir çıkarı zedelenmişse ölçülü sayılabilir⁸¹. Hakem kurulu, hukuka uygunluk şartının kapsamının belirlenmesinde ihlalin temel bir ilkeye yönelip yönelmediğine değil fakat ihlalin önemine yoğunlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Hakem kuruluna göre; ihlal edilen hukuk kuralının önemi elbette bu incelemenin merkezindedir fakat tek odak noktası da değildir zira hukuka aykırı davranışın kendisi de en az ihlal edilen hukuk kuralı kadar önemlidir. Bir ihlalin hukuka uygunluk şartı kapsamına girip girmediği yalnızca ihlal edilen kuralın mahiyetiyle değil, ihlalin detaylarıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bir yatırımcı temel bir ilkeyi aşık bir biçimde kasıtlı olarak ihlal edebileceği gibi, önemsiz bir biçimde tesadüfen de ihlal edebilir. Dolayısıyla ev sahibi devlet hukuku bakımından hukuka aykırılığın ciddiyeti yalnızca ihlal edilen hukuk kuralının ciddiyetiyle değil ihlalin ciddiyetiyle de bağlantılı bir biçimde ortaya çıkan sonuca göre değerlendirilmelidir⁸². Hakem kurulu, hukuka uygunluk şartının kapsamının belirlenmesinde belirli kurallara dayanılmasından ziyade her durumun kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi ve bütün faktörler göz önünde bulundurularak ölçülülük ilkesinin benimsenmesi gerektiğini savunmuştur⁸³. Hakem kurulu, hukuka uygunluk şartının uygulaması bakımından üç aşamalı bir değerlendirme önermiştir, buna göre; birinci aşamada yatırımcının uyum sağlamadığı iddia edilen yükümlülüğün önemi, ikinci aşamada yatırımcının davranışının ciddiyeti, üçüncü aşamada ise yatırımcının davranışıyla ihlal edildiği iddia edilen yükümlülüğün ev sahibi devlet için yarattığı sonuç bakımından yatırımın YKTK anlaşması koruması dışında bırakılıp bırakılmamasının ölçülü olup olmadığı değerlendirilecektir⁸⁴. Belirtmek gerekir ki; *Cortec Mining v. Kenya*⁸⁵ davasında da *Kim v. Uzbekistan* davasında önerilen bu üç aşamalı değerlendirme hakem kurulu tarafından benimsenmiş ve uygulanmıştır⁸⁶.

⁸¹ Kim v. Uzbekistan, para. 396.

⁸² Kim v. Uzbekistan, para. 398.

⁸³ Kim v. Uzbekistan, para. 400.

⁸⁴ Kim v. Uzbekistan, para. 406-407-408.

⁸⁵ Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (PTY) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29, Award, 22.10.2018.

⁸⁶ Cortec Mining v. Kenya, para. 343.

4. Değerlendirme

Hukuka uygunluk şartının kapsamı halen tartışmalı bir husus olmakla birlikte, kanaatimizce bu kapsama önemsiz bürokratik ihlallerin dahil edilmemesi, hukuka uygunluk şartının temel ilkeler yahut konu bakımından sınırlandırılmasına göre daha isabetli bir yorumdur. Zira bu görüş yatırımcı lehine olarak YKTK anlaşmasının genel amacı olan yabancı yatırımın korunmasını gözetmekle birlikte hukuka uygunluk şartının kapsamını temel ilkeler bakımından sınırlama ve konu bakımından sınırlama görüşlerinde olduğu gibi ev sahibi devlet aleyhine orantısız bir biçimde sınırlamamaktadır. Bu bakımdan taraf menfaatlerinin dengelendiği bir görüş olduğu söylenebilir. Her ne kadar bazı yazarlar amaç bakımından sınırlama ve temel ilkeler bakımından sınırlama görüşlerini birbirine eş olarak değerlendirmişlerse de⁸⁷ ev sahibi devlet hukukunun önemsiz olmayan bazı ihlalleri aynı zamanda bu hukukun temel ilkelerinin ihlali olmayabilir. Başka bir deyişle, temel ilkelerin ihlali olmayan her ihlalin önemsiz olduğu söylenemez⁸⁸. Bu açıdan temel ilkeler bakımından sınırlama görüşü, amaç bakımından sınırlama görüşünü de kapsamakla birlikte ondan çok daha büyük bir ölçeği hukuka uygunluk şartı kapsamı dışında bırakmaktadır.

Gerçekten de önemsiz bürokratik ihlallerin yatırımı YKTK anlaşmasının koruma kapsamı dışında bırakması yatırımcılar için ağır bir yaptırımdır. Pek çok devlet, milli hukuku kapsamında yabancı yatırımların kontrolü ve denetimi için, ekonomik kamu düzenini temin veya kamu menfaatini korumak amacıyla yabancı yatırımlara ilişkin olarak onay veya tescil gibi belirli bürokratik süreçler öngörebilmektedir⁸⁹. Her ne kadar bu gibi bürokratik süreçlerin tümünün önemsiz olduğu söylenemeyecek olsa da bu kapsamda bahsedilen davalardan da anlaşılabilceği üzere; önemsiz bürokratik ihlaller, yatırımın kârlılığını hiçbir şekilde etkileme olasılığı bulunmayan, yatırımcıya bu hususta hiçbir fayda sağlamayan,

⁸⁷ Andrea Carlevaris, “The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals”, **The Journal of World Investment & Trade**, C.9, S.1, 2008, s. 47.

⁸⁸ Ursula Kriebaum, “Chapter V: Investment Arbitration – Illegal Investments”, **Austrian Yearbook on International Arbitration 2010**, Ed. Christian Klausegger, et. al., Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Verlag C.H. Beck; Stampfli Verlag, 2010, s. 319; Hepburn, **a.g.e.**, s. 545.

⁸⁹ Faruk Kerem Giray, “Yabancı Sermayeyi Teşvik Mevzuatında Lisans, Teknik Yardım, Know-How, Yönetim ve Franchise Anlaşmalarının Yürürlüğü İçin Öngörülen Tescilin Hukuki Niteliği”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, s. 207.

yatırımcının ihlalin farkında olması durumunda büyük ihtimalle ilgili bürokratik işlemleri yerine getireceği düşünülen, ev sahibi devletin kamu düzeniyle bağdaştırılamayacak bürokratik süreçlere yönelik ihlallerdir. Örneğin; *Tokios Tokelos v. Ukraine* davasında iddia edildiği gibi şirket isminde fazladan bir kelime bulunması veya yatırımlar için ayrı olarak düzenlenmiş bir sicile şirket isminin kaydettirilmemesi gibi hususlar önemsiz bürokratik ihlallere örnek olarak gösterilebilir. Önemsiz bürokratik ihlallerin hukuka uygunluk şartı kapsamına alınması durumunda, yabancı yatırımcılar her an hukuken korunmasız duruma düşme tehlikesiyle karşılaşabilir ki; bunun da yabancı yatırım iklimini oldukça olumsuz yönde etkileyeceği ve uluslararası yatırım tahkiminin ve devletler arasında imzalanan YKTK anlaşmalarının birincil amacını boşa çıkaracağı açıktır. Ayrıca kendi hukukuna yabancı yatırımcılardan daha fazla hakim olan ev sahibi devletlerin bu durumu suistimal etme olasılığı yüksek olacaktır⁹⁰. Her ne kadar diğer görüşlerde olduğu gibi önemsiz bürokratik ihlallerin de YKTK anlaşması kapsamında bırakılmayacağı, anlaşmalarda bulunan hukuka uygunluk şartlarında açıkça yer almasa da anlaşmanın yorumuyla bu sonuca ulaşılabileceğinin savunulması diğer görüşlere nazaran kabul edilebilirdir. Zira Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁹¹ 31. maddesinde de “*Bir anlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.*” denilmiştir.

Sonuç olarak, hukuka uygunluk şartı YKTK anlaşmalarında farklı biçimlerde yer aldığından her davada hukuka uygunluk şartının kapsamı farklılık gösterebilir ve bu nedenle hakem kurulları ilgili maddeyi taraf devletlerin iradesi çerçevesinde anlaşmanın bütünüyle uyumlu olarak yorumlamalıdır. Fakat yukarıda belirtilen davalar ve farklı görüşler çerçevesinde genel bir çerçeve çizmek gerekirse, kanaatimizce; yabancı yatırımcılar ev sahibi devlet hukukunun pozitif hükümlerine bütünüyle uymalıdır fakat önemsiz bürokratik ihlaller hukuka uygunluk şartı kapsamı dışında bırakılabilir. Bu hususta *Kim v. Uzbekistan* davasında açıklanan

⁹⁰ Carlevaris, **a.g.e.**, s. 47.

⁹¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, 11 Mayıs 2019.

ölçülülük kriterinin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu davada hakem kurulu tarafından açıklanan üç aşamalı değerlendirme⁹², diğer hakem kurullarına da yol gösterici olabilir. Böylece yalnızca ihlal edilen hukuk kuralının değil ihlalin mahiyetinin de değerlendirme kapsamına alınması daha adil sonuçlar doğuracaktır.

II. YATIRIMCININ ULUSLARARASI HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tahkim davasının dayandığı YKTK anlaşmasında ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartının varlığı halinde, ev sahibi devletler bu şart kapsamında yatırımcının hukuka aykırı davranışta bulunduğu iddiasını ileri sürmektedir. Fakat bu şartın yokluğu halinde ev sahibi devletler, yatırımcının hukuka aykırı davranışını uluslararası hukuka dayandırmaktadırlar. Hukuka uygunluk şartı bulunsa dahi, ev sahibi devlet hukukuna aykırılık aynı zamanda uluslararası hukuka da aykırılık teşkil edebilmektedir. Uluslararası yatırım hukuku kaynakları bakımından büyük ölçüde uluslararası hukuk mahiyetli olduğundan⁹³, ev sahibi devletler tarafından yatırımcının hukuka aykırı davranışı uluslararası hukuk düzleminde de ileri sürülmektedir. Bu bakımdan hem devlet dışı bir unsur olan yatırımcının uluslararası hukuk bağlamında hukuka uygun davranma yükümlülüğü, hem de bu yükümlülüğü düzenleyen kaynakların incelenmesi gerekmektedir.

A. Uluslararası Hukukta Devlet Dışı Bir Aktör Olarak Yatırımcı

Yatırımcının uluslararası hukuk ile ilişkisi ve uluslararası hukuk bağlamında yatırımcıya herhangi bir yükümlülük atfedilebilmesinin mümkün olup olmadığını incelemeden önce, yatırımcının uluslararası hukuktaki konumunu ve uluslararası hukuk kişiliğini değerlendirmek gerekir.

Bir hukuk sisteminde haklara ve yükümlülöklere sahip olabilme yetisini, yalnızca sistemin hukuki kişilik atfettiği varlıklar haizdir. Bu nedenle bir varlığın

⁹² Bkz.: s. 20; Kim v. Uzbekistan, para. 406-407-408.

⁹³ Christian J. Tams, "The Sources of International Investment Law: Concluding Thoughts", **International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations**, Ed. Tarcisio GAZZINI, Eric De BRABANDERE, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 321.

hukuki kişiliğe sahip olup olmadığı, uluslararası hukuk düzeninde de aynı derecede önem arz etmektedir. Modern uluslararası hukukun ayırt edici özelliklerinden biri, uluslararası kuruluşlar, bölgesel kuruluşlar, hükümet dışı kuruluşlar, şirketler ve bireyler gibi çeşitli katılımcıları bünyesinde barındırmasıdır⁹⁴. Her ne kadar belirtilen katılımcılar uluslararası hukuk düzleminde belirli ölçüde etkiye sahip olsalar da, bu etki uluslararası hukuk kişiliğini haiz olmak için yeterli olmayabilir.

Bir varlığın uluslararası hukukun süjesi olabilmesi için uluslararası hak ve yükümlülüklerle haiz olmakla birlikte; haklarını uluslararası davalarla koruyabilme ve yine ihlal ettiği yükümlülüklerinden dolayı uluslararası davalara maruz kalabilme yeterliliğine sahip olması gerekir⁹⁵. Geleneksel görüşe göre, uluslararası hak ve yükümlülüklerle yalnızca devletler sahiptir ve uluslararası hukukun tek süjesi de devletlerdir⁹⁶. Bu görüş, bireyler ve diğer devlet dışı aktörlerin uluslararası düzlemde varlığını reddetmekte; devlet dışı aktörlerin devletlerle sözleşmelerinin uluslararası hukuk kapsamında olmadığını ve uluslararası hukuk çatısı altında dava açmaya hakları olmadığını savunmaktadır. Buna göre yalnızca devletler egemenlik haklarından doğan diplomatik koruma yolunu işleterek, vatandaşları adına diğer devletlerden talepte bulunabilirler⁹⁷. Fakat İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki süreçte, devlet dışı aktörlerin uluslararası düzlemde etkilerinin artmasıyla birlikte geleneksel görüş terkedilmeye başlanmıştır. Örneğin; Uluslararası Adalet Divanı, bir hukuk sistemindeki süjelerin hepsinin haklarının kapsamının aynı olmasının veya bu süjelerin özdeş olmalarının gerekmediğini vurgulamış; süjelerin mahiyetlerinin topluluğun ihtiyaçlarına göre şekillendiğini söyleyerek, Birleşmiş Milletler'in uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğu tespitinde bulunmuştur. Buna göre; Birleşmiş Milletler'in uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğunu söylemek, Birleşmiş Milletler'in bir devlet olduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca hukuk kişiliğinin, haklarının ve yükümlülüklerinin de devletlerle aynı olmadığı açıktır.

⁹⁴ Malcolm N. Shaw, **International Law**, 6. bs., New York, Cambridge University Press, 2008, s. 195-196.

⁹⁵ James Crawford, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 8. bs., Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 115; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 127.

⁹⁶ Hersch Lauterpacht, "The Subjects of International Law", **Non-State Actors and International Law**, Ed. Andrea Bianchi, Cornwall, Ashgate Publishing Limited, 2009, s. 3.

⁹⁷ Julian G. Ku, "The Limits of Corporate Rights Under International Law", **Chicago Journal of International Law**, C. 12, S. 2, 2012, s. 733.

Hatta devletlerin bütün hak ve yükümlülükleri uluslararası düzlemdeyken, Birleşmiş Milletler'in bütün hak ve yükümlülüklerinin uluslararası düzlemde olması da gerekmez. Birleşmiş Milletler'in uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması; uluslararası hukukun bir süjesi olmakla birlikte uluslararası hak ve yükümlülükleri haiz olma ve haklarını uluslararası davalarla koruma yeterliliğine sahip olma anlamına gelmektedir⁹⁸.

İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı kavramı genellikle geniş anlamda bireyler ve şirketler dahil edilerek tanımlanmaktadır. Öncelikle uluslararası hukuk kapsamında bireylerin pozisyonu ele alınacak olursa; *Danzig Railway Officials*⁹⁹ davasında; uluslararası anlaşmaların yalnızca devletlere doğrudan haklar verebileceği, devletler kendi aralarındaki anlaşmalarla bireylere belirli haklar tanıyabilecekse de bu hakların bireyler tarafından kendiliğinden kazanılmadığı, yine bu hakların ihlalinde de dava açabilecek tek tarafın anlaşmanın tarafı diğer devlet olduğu belirtilmiştir. Fakat İkinci Dünya Savaşı sonrası süreçte, uluslararası insan hakları anlaşmalarıyla bireyler de geniş ölçüde haklar elde etmiştir. Shaw'a göre; yalnızca devletlerin ve uluslararası organizasyonların süje olarak, bireylerin ise nesne olarak kabul edildiği teori kısıtlı bir değere sahiptir. Uluslararası hukuk özünde temel olarak insanla ilgilenmiştir ve bu klasik uluslararası hukukun doğal hukuk kökeninde de açıkça ifade edilmektedir. Özellikle on dokuzuncu yüzyılda pozitivist teorilerin gelişmesiyle, bu husus dikkate alınmamış ve bu bağlamda devletin merkeze alınması ve hatta münhasırlığı üzerinde durulmuştur. Buna karşın, modern uygulama, bireylerin giderek artan bir şekilde uluslararası hukukun katılımcısı ve süjesi olarak tanındığını göstermektedir¹⁰⁰. Yirminci yüzyılın sonunda bireylerin uluslararası hukuk kapsamında doğrudan haklara sahip olabileceği görüşü yaygın olarak kabul edilmiştir¹⁰¹. *Danzig Railway Officials* davasında belirtilen görüşün aksine, pek çok anlaşma bireylere doğrudan haklarla birlikte, haklarını koruyabilmeleri için uluslararası mahkemelere doğrudan erişim imkanını da sağlamıştır. Bu anlaşmalara;

⁹⁸ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J Reports, 11.04.1949, s. 178-179.

⁹⁹ Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 P.C.I.J. (ser. B) No. 15 (Mar. 3)

¹⁰⁰ Shaw, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁰¹ Ku, **a.g.e.**, s. 734.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁰², Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁰³, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme¹⁰⁴, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme¹⁰⁵, ICSID Konvansiyonu örnek olarak gösterilebilir.

Bireylerin yanı sıra yatırım tahkimi davalarında çoğunlukla şikayetçi taraf şirketler olmaktadır¹⁰⁶. Küreselleşen dünyada ekonomik güç bakımından pek çok devleti geride bırakan şirketler¹⁰⁷, uluslararası yatırım tahkiminin merkezinde olmakla kalmayıp, uluslararası hukuku da etkilemektedirler¹⁰⁸. Şirketlerin hukukun süjesi olduğu ve kayıtlı oldukları hukuk düzeni kapsamında hukuki kişiliğe sahip oldukları tartışmasız olsa da, özellikle çok uluslu (*multinational*) ya da uluslar ötesi (*transnational*) olarak adlandırılan şirketlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olup olmadıkları tartışmalıdır.

Bu hususta doktrinde baskın görüş; farklı sebeplerle birlikte şirketlerin uluslararası hukukun bir süjesi olmadığı yönünde olmuştur¹⁰⁹. Uluslararası hukukun tek süjesinin devletler olduğunu savunan geleneksel görüş temsilcileri, diğer devlet

¹⁰² European Convention on Human Rights, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 11 Mayıs 2019; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, RG., 19.03.1954 – 8662, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 11 Mayıs 2019.

¹⁰³ American Convention on Human Rights, (Çevrimiçi) <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, 11 Mayıs 2019.

¹⁰⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, 11 Mayıs 2019.; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, RG., 21.07.2003 – 25175, 11 Mayıs 2019.

¹⁰⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/doc/Treaties/1969/03/19690312%2008-49%20AM/Ch_IV_2p.pdf, 11 Mayıs 2019; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, RG., 09.04.2002 – 24721, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf, 11 Mayıs 2019.

¹⁰⁶ Patrick Dumberry, Erik Labelle-Estaugh, “Non-state Actors in International Investment Law: The legal personality of corporations and NGOs in the context of investor-state arbitration”, **Participants in the International Legal System, Multiple Perspectives on Non-state Actors in International Law**, Ed. Jean D’aspremont, New York, Routledge, 2011, s. 360.

¹⁰⁷ Milan Babic, Jan Fichtner, Eelke M. Heemskerk, “States versus Corporations: Rethinking the Power of Business in International Politics”, **The International Spectator, Italian Journal of International Affairs**, C. 52, S. 4, 2017, s. 27.

¹⁰⁸ Kemal Başlar, **Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar, Vestalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2005, s. 192.

¹⁰⁹ Dumberry, Labelle-Estaugh, **a.g.e.**, s. 362.

dışı aktörlerle birlikte şirketlerin de uluslararası hukukun süjesi olmadığını belirtmişlerdir¹¹⁰. Aynı şekilde Sovyet doktrinine göre de, ne bireyler ne de şirketler uluslararası hukukun süjesi değildirler¹¹¹. Bir başka görüş, şirketlerin güç ve etkilerinin azaltılması gerektiğini savunmakta ve şirketlerin uluslararası hukuk kişiliğinin tanınmasının halihazırda uluslararası ekonomik ilişkilerdeki baskın konumlarını daha da kuvvetlendirerek gelişmekte olan ülkelere zarar vereceğinden endişe etmektedir¹¹². Aynı şekilde gelişmekte olan ülkeler de çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin gelişmiş ülkelere bağımlılığı kalıcılaştırdığını iddia ederek, bunu sömürgeciliğin yeni bir biçimi olarak addetmiştir¹¹³. Devletlerin, çok uluslu şirketlerin uluslararası düzlemde etkilerinin azaltılmasını istemesinin bir diğer sebebi de, kendileriyle çok uluslu şirketler arasında bir iktidar mücadelesinin meydana geleceğine inanmalarından dolayıdır¹¹⁴. Bir görüşe göre; çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliğinin tanınması, devletlerin uluslararası hukuk sistemindeki baskın konumlarını zayıflatarak güç dengesinin bozulmasına yol açacak ve bu da otorite boşluğuna sebebiyet verecektir¹¹⁵. Ayrıca bu hususta devletler ve şirketler arasında akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak uluslararası hukukun seçilmesinin, şirketleri uluslararası hukukun süjesi haline getirmeyeceği, yalnızca ilgili sözleşmeyi uluslararası hukuka tabi kılacağı¹¹⁶ ve şirketlerin uluslararası norm yaratma sürecine doğrudan katılım gücünün bulunmaması¹¹⁷ gibi sebepler de öne sürülmüştür.

¹¹⁰ Louis Henkin, "International Law: Politics, Values and Functions: General Course on Public International Law", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law**, C. 216, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 1989, s. 199.

¹¹¹ David Feldmann, "International Personality", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law**, C. 191, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 1985, s. 359.

¹¹² Fleur Johns, "The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory", **Melbourne University Law Review**, C. 19, 1994, s. 913.

¹¹³ Lewis D. Solomon, "Multinational Corporations and the Emerging World Order", **Case Western Reserve Journal of International Law**, C. 8, S. 2, 1976, s. 332-333.

¹¹⁴ Jonathan I. Charney, "Transnational Corporations and Developing Public International Law", **Duke Law Journal**, C. 32, S. 4, 1983, s. 765.

¹¹⁵ Charney, **a.g.e.**, s. 773.

¹¹⁶ Christian N. Okeke, **Controversial Subjects of Contemporary International Law**, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1974, s. 214.

¹¹⁷ Hans W. Baade, "The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises", **German Yearbook of International Law**, C. 22, 1979, s. 16.

Buna karşın bazı yazarlar ise Uluslararası Adalet Divanı'nın, uluslararası hukuk kişiliğinin kazanılabilmesi için belirlediği kriterler olan, uluslararası hak ve yükümlülükleri haiz olma ve hakların uluslararası davalarla koruma yeterliliğine sahip olunması kriterlerinden yola çıkarak çok uluslu şirketlerin de yatırımcı sıfatıyla uluslararası organizasyonlar gibi uluslararası hukuk kişiliğinin olabileceğini savunmuşlardır. Buna göre, yatırımcıların devletlerle akdettikleri yatırım sözleşmeleri ve yine belirli haklar elde ettikleri YKTK anlaşmaları yatırımcılara uluslararası hukuk kişiliği sağlamaktadır¹¹⁸. YKTK anlaşmaları devletlerin iradeleriyle oluştuğu için yatırımcılar ikincil ve pasif konumda olurken, yatırımcılar devletlerle akdettikleri sözleşmelerde doğrudan katılımcı konumuna geçmekte¹¹⁹ ve uluslararası norm yaratma sürecinin de bir parçası olmaktadır¹²⁰. Her ne kadar *Plama v. Bulgaria* davasında çok taraflı yatırım anlaşması olan Enerji Şartı Anlaşması'nın, yatırımcıların uluslararası hukukun nesnesi olmaktan çıkıp süjesine dönüşümünde önemli bir adım olduğu vurgulanmışsa da¹²¹, özellikle tartışma kapsamında önem arz eden hususlardan biri olan yatırımcıların devletler arası anlaşmalardan doğan haklarının vasfı konusunda hakem kurulları farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

Örneğin, *Archer Daniels Midland, Tate & Lyle v. The United Mexican States* davasında hakem kurulu, NAFTA'dan¹²² doğan hakların özünde yatırımcıların bireysel hakları değil de, yatırımcının tabi olduğu devletin hakları olduğu sonucuna varmıştır¹²³. Archer Daniels Midland Company ("ADM") ve Tate & Lyle Ingredients Americas ("TLIA") yüksek fruktozlu mısır şurubu üreticisi Amerikan menşeli şirketler olup Meksika'da da yatırımları bulunmaktadır. Birleşik Devletler'de 1970'lerin sonu ve 1980'ler itibarıyla meşrubat maliyetlerini düşürmek amacıyla

¹¹⁸ Robin F. Hansen, "The International Legal Personality of the Multinational Enterprises: Treaty, Custom and the Governance Gap", **Global Jurist**, C. 10, S. 1, 2010, s. 34.

¹¹⁹ Dumberry, Labelle-Eastaugh, **a.g.e.**, s. 365.

¹²⁰ Julian Arato, "Corporations as Lawmakers", **Harvard International Law Journal**, C. 56, S. 2, 2015, s. 231.

¹²¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 08.02.2005, para. 141.

¹²² North American Free Trade Agreement, (Çevrimiçi) <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>, 11 Mayıs 2019.

¹²³ *Archer Daniel Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21.11.2007, para. 171.

meşrubat üreticileri şeker yerine yüksek fruktozlu mısır şurubu tercih etmeye başlamış olup, daha sonra bu tercih Meksika’da da yaygınlaşmaya başlamıştır¹²⁴. Mısır şurubunun Meksika şeker endüstrisini tehdit etmeye başlamasıyla birlikte Meksika, zararını dengelemek amacıyla ithalat sınırlamalarının bulunduğu Amerikan şeker piyasasına girmeye çalışmış fakat bunun üzerine taraflar arasında çözümsüz kalan bir uyuşmazlık meydana gelmiştir¹²⁵. Daha sonra Meksika, şeker dışında tatlandırıcıların kullanıldığı meşrubatlar için %20 ek vergi getiren bir kanun değişikliği yapmıştır¹²⁶. Davacılar; getirilen verginin, şeker endüstrisi lehine yüksek fruktozlu mısır şurubu kullanımının cezalandırıldığını ve bunun da yatırımlarının değerini tahrip ettiğini iddia ederek; NAFTA’nın ulusal muamele, performans yeterlilikleri ve kamulaştırma maddelerine istinaden tahkim davası açmışlardır¹²⁷. Davalı Meksika ise, vergi düzenlemesinin Birleşik Devletler’in NAFTA’da belirtilen yükümlülüklerini ihlallerine karşı önlem olarak benimsendiğini iddia etmiştir. Buna göre Birleşik Devletler’in Meksika şekerinin Birleşik Devletler pazarına girmesine izin vermeyişi ve anlaşmada belirtilen uyuşmazlık çözüm yöntemini tamamlamayı reddetmesine karşılık olarak ilgili vergi düzenlemesi kabul edilmiştir¹²⁸. Davacılar, yatırımcı sıfatıyla doğrudan bağımsız haklara sahip olduklarını ve bu hakların devletler arasındaki ilişkiden etkilenmemesi gerektiğini, ev sahibi devletin ilgili anlaşmadaki yükümlülüklerini ihlalinin devletler arası yükümlülüklerin ihlali olarak değil de doğrudan yatırımcıya karşı olan yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Buna göre devletler arasında alınan karşı önlemler eğer yatırımcıya karşı yükümlülüklerin ihlali anlamına geliyorsa; yatırımcı tazminata hak kazanabilmelidir¹²⁹. Hakem kuruluna göre; anlaşmayla yatırımcıya sağlanan haklar yatırımcının vatandaşlığına bağlıdır. Her ne kadar ev sahibi devlet bu hakları ihlal ettiğinde yatırımcı tazminat talebiyle uluslararası tahkim mahkemesine başvurabilirse de; aslında yatırımcı bu davranışıyla devletin yerine geçerek onun haklarını ileri sürmektedir. Hakem kurulu; uluslararası hukukun belirli şartlar dahilinde bireyler üzerinde doğrudan haklar temin edebileceğini fakat

¹²⁴ ADM, TLIA v. Mexico, para. 40-49.

¹²⁵ ADM, TLIA v. Mexico, para. 78-79.

¹²⁶ ADM, TLIA v. Mexico, para. 81.

¹²⁷ ADM, TLIA v. Mexico, para. 101.

¹²⁸ ADM, TLIA v. Mexico, para. 106.

¹²⁹ ADM, TLIA v. Mexico, para. 162.

NAFTA ile yatırımcıya sağlanan hakların bu tarz haklardan olmadığını belirtmiştir. Ayrıca NAFTA ile yatırımcılara sağlanan korumalar insan hakları anlaşmalarıyla da karşılaştırılmaz zira NAFTA yatırımcılara bireysel, asli haklar sağlamamakta; yalnızca geleneksel uluslararası hukuk altında yabancıların korunmasına ilişkin kurallar ve koruma standartları arttırılmaktadır¹³⁰. Fakat hakemlerden Arthur W. Rovine, bu hususta çoğunluğun görüşüne katılmamıştır: Rovine’e göre, NAFTA gibi ikili ve çoklu yatırım anlaşmalarıyla kurulan sistem diplomatik korumadan farklıdır. Bu dava göstermektedir ki, yatırımcılar diplomatik koruma yerine, taraf devletler için yükümlülükler içeren, yatırımcılara tazminat talep etme hakkı tanıyan ve devletleri yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlayan daha iyi bir sisteme itimat etmişlerdir. Ve bu sürecin başlatılması, yatırımcının devletinin değil, yatırımcının kendi inisiyatifindedir¹³¹. Yatırımcının tahkim mahkemesi önünde tazminat talep hakkı, vatandaşı olduğu devletin asli hakkından türeyen usuli bir hak olmaktan ziyade yatırımcı için doğrudan ve asli bir haktır¹³². Bir başka deyişle, yatırımcı tahkim mahkemesine başvurduğunda vatandaşı olduğu devletin yerine hareket etmemektedir, hak özünde yatırımcıya aittir. Ayrıca Rovine’e göre; NAFTA’da belirtilen yatırımcı hakları, devletler arası ilişkilere binaen karşı önlemlerle de askıya alınamaz zira bu haklar devletlerin ilişkisinden bağımsız, bireysel, üçüncü taraf haklarıdır¹³³.

Meksika’nın mısır şurubuyla ilgili vergi düzenlemesine karşı bir başka Amerikan şirketi olan Corn Products International (“CPI”) da NAFTA’ya dayanarak tahkim talebinde bulunmuştur. *Corn Products International v. The United Mexican States*¹³⁴ davasında hakem kurulu yatırımcı haklarının vasfı konusunda Rovine’in görüşüne katılarak, *Archer Daniels Midland, Tate & Lyle v. The United Mexican States* davasındaki hakem kurulu çoğunluğunun tam tersi şekilde karar almıştır. Hakem kurulu, Meksika’nın karşı önlem savunmasının başarısız bir savunma olduğunu zira karşı önlemin yalnızca devletler arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiğini; bu

¹³⁰ ADM, TLIA v. Mexico, para. 169-171.

¹³¹ Concurring Opinion of Arthur W. Rovine, Issues of Independent Investor Rights, Diplomatic Protection and Countermeasures, para. 32.

¹³² Concurring Opinion of Arthur W. Rovine, para. 47.

¹³³ Concurring Opinion of Arthur W. Rovine, para. 44-77.

¹³⁴ Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States, Decision on Responsibility, ICSID Case No. ARB(AF)/04/01, 15.01.2008

davada ise davacının bir yatırımcı olduğunu belirtmiştir. NAFTA'nın yatırımcı haklarının düzenlendiği 11. bölümün temel amacı bu gibi iddiaların devletler arası düzlemden çıkarılması ve yatırımcıların haklarını doğrudan ev sahibi devlete karşı öne sürebilmesidir¹³⁵. Yine hakem kuruluna göre, Meksika'nın yatırımcıların NAFTA kapsamında yalnızca usuli bir hakka sahip olduğu ve bu hakların bağımsız, asli hak olarak değerlendirilemeyeceği argümanı ikna edicilikten uzaktır. Hakem kurulu; NAFTA'nın yatırımcılara, vatandaşı oldukları devletten bağımsız olarak asli haklar sağladığını belirtmiştir¹³⁶.

Meksika'nın vergi düzenlemesine karşı açılmış bir başka dava olan *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* davasında da hakem kurulu, aynı şekilde Meksika'nın "Amerika Birleşik Devletleri'ne yönelik meşru bir karşı önlemin, aslında Amerika Birleşik Devletleri'nin vatandaşlarına karşı da meşru bir önlem anlamına geldiği" yönündeki savunmasını yüzeysel bularak; devlete yönelik karşı önlemin büyük olasılıkla vatandaşlarını da etkilemesinin, bu karşı önlemin doğrudan devletin vatandaşlarına karşı olan yükümlülüklerin tartışıldığı mahkemede hukuki etkisi olacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir¹³⁷. Hakem kuruluna göre; eğer yatırımcının taraf olduğu bir dava değil de devletin taraf olduğu diplomatik korumadan bahsediliyor olsaydı, karşı önlem savunması geçerli olabilirdi fakat NAFTA ile sağlanan prosedür taraf olarak devleti değil yatırımcıyı öne çıkarmaktadır. Yine Meksika'nın "NAFTA'nın bir uluslararası anlaşma olduğu ve yatırımcı haklarının belirlendiği bölümün de devletlerin birbirlerine karşı yükümlülüklerini içerdiği" savunması da isabetli değildir zira hakların kökeni ile o hakların sahibi olmak farklı kavramlardır. Bahse konu yatırımcı hakları uluslararası bir anlaşmadan doğmaktadır ve belirli ölçüde bu anlaşmaya bağımlıdır fakat bu durumun milli hukuk sistemlerindeki birey haklarından bir farkı yoktur. Burada önemli olan husus; davaya konu hakları kimin öne sürdüğü, davayı kimin açtığı ve yürüttüğüdür ki bu da yatırımcıdan başkası değildir¹³⁸.

¹³⁵ CPI v. Mexico, para. 161.

¹³⁶ CPI v. Mexico, para. 166-167.

¹³⁷ Cargill, Incorporated v. United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB (AF)/05/2, 18.09.2009, para. 422.

¹³⁸ Cargill v. Mexico, para. 424-426.

Kanaatimizce; *ADM, TLIA v. Mexico* davasında, yatırım anlaşmalarıyla tanınan hakların, özünde yatırımcının devletine tanındığı ve yatırımcıya yalnızca uluslararası yatırım tahkimi önünde aslen devlete ait olan bu hakları öne sürebilme gibi bir usuli hak verildiği görüşü isabetsizdir. Bu hususta yine aynı dava kapsamında hakemlerden Rovine'in karşı oy görüşü ve *CPI v. Mexico* davası ile *Cargill v. Mexico* davalarında benimsenen; yatırım anlaşmalarında tanınan hakların doğrudan yatırımcıya tanındığı ve bu hakların yatırımcının devletinden bağımsız olarak, asli haklar olduğu görüşü doğrudur. Zira belirtildiği üzere, yatırım anlaşmaları ve uluslararası yatırım tahkiminin yatırımcılara sunduğu koruma, devletlerin diplomatik korumasından farklıdır ve yatırımcının devletini değil, yatırımcıyı ön plana çıkarmaktadır. Ayrıca yatırım anlaşmalarının lafzına bakıldığında da bu hakların açık bir şekilde doğrudan yatırımcıya tanındığı görülebilmektedir.

Bir görüşe göre; eğer iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarının yatırımcılara doğrudan bireysel hak tanındığı kabul edilecek olursa, yatırımcılar da uluslararası hukukun kısmi süjesi olarak kabul edilebilir. Devletler aralarındaki anlaşmaları her zaman tashih veya ilga edebilir fakat yatırım anlaşmaları yatırımcılara bağımsız haklar tanındığı sürece, devletler bu doğrudan bireysel hakları tanımak ve gerektiğinde kendilerine karşı uygulanmalarına izin vermek zorundadır. Yatırımcıların kısmi süje olması, kişiliklerinin sınırlı olduğu anlamına gelir: Yatırımcılar uluslararası hukuk kapsamında, yatırımlarının korunabilmesi için gerekli olan özel, belirlenmiş haklara sahip olabilmektedir. Her ne kadar bu hakları talep edebilecek olsalar da haklarını zararlar karşılık (*reprisals/retaliation*) gibi uluslararası hukukun klasik yöntemleriyle icra etme kabiliyetine sahip değildirler. Fakat yatırımcılar ilgili devlet tarafından alınan karşı önlemleri kabul etmek zorundadır. Bununla birlikte devletler, uluslararası ilişkilerin düzeni için gerekli olduğu ölçüde yatırımcılara uluslararası hukuk kişiliği bahşetmektedir. Dolayısıyla yatırımcılar uluslararası hukuk kişiliğine sahip olsa bile bahsedilen kişilik devletlerin kişiliğinden farklı niteliktedir¹³⁹.

Kanaatimizce; yatırımcının kısmi süje olduğu ve kısıtlı uluslararası hukuk kişiliğinin bulunduğu görüşü doğrudur. Zira Uluslararası Adalet Divanı'nın,

¹³⁹ Tillmann Rudolf Braun, "Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law", *The Journal of World Investment & Trade*, C. 15, S. 1-2, 2014, s. 107.

uluslararası hukuk kişiliğinin kazanılabilmesi için belirlediği kriterler olan, uluslararası hak ve yükümlülükleri haiz olma ve hakların uluslararası davalarla koruma yeterliliğine sahip olunması kriterlerinden yola çıkılacak olursa; yatırımcılar hem uluslararası haklara hem de bu hakları uluslararası davalarla koruma yeterliliğine sahiptirler. Fakat hem yatırımcının uluslararası hakları hem de bu hakları uluslararası davalarla koruma yeterliliği, devletlerin yatırımcılara çizdiği çerçeveye sınırlı olduğundan tam bir uluslararası hukuk kişiliğinden bahsetmek mümkün değildir. Yatırımcının uluslararası yükümlülüklerine ilişkin ise aşağıda detaylı inceleme yapılacaktır.

B. Uluslararası Anlaşmalarda Hukuka Uygun Davranma Yükümlülüğü

Yatırımcının uluslararası hukuk kişiliği ve yatırımın hukuka aykırılığı bağlamında değerlendirilmesi gereken hususlardan biri, devletlerin kendi aralarında akdettikleri iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile yatırımcılara herhangi bir yükümlülük atfedebilmelerinin mümkün olup olmadığıdır. Uluslararası anlaşma vasfına sahip yatırım anlaşmalarıyla taraf devletlerin anlaşma kapsamında belirli yükümlülükler altına girdiği şüphesizdir. Fakat *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (Anlaşma yalnızca tarafları bağlar, üçüncü kişiler bakımından hak ve yükümlülük doğurmaz.) ilkesi gereğince uluslararası anlaşmalar yalnızca tarafları bağlamaktadır¹⁴⁰. Yine Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre de bir uluslararası anlaşma üçüncü bir devlet için rızası olmadan hak veya yükümlülük yaratmaz. Yatırımcıların uluslararası hukuk kişiliğine sahip oldukları varsayılsa bile, yatırımcılar bu anlaşmaların tarafı değildirler. Dolayısıyla devletlerin uluslararası anlaşmalarla bir devlet dışı aktör olan yatırımcı için rızası ve anlaşmaya katılımı olmadığı halde doğrudan uluslararası hukuk yükümlülükleri yaratması, yaratılan yükümlülüğün meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir¹⁴¹.

¹⁴⁰ Crawford, **a.g.e.**, s. 384.

¹⁴¹ Cedric Ryngaert, "Imposing International Duties on Non-State Actors and the Legitimacy of International Law", **Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers**, Ed. Math Noortmann, Cedric Ryngaert, New York, Routledge, 2016, s. 75; Guoda Dziugaite, "The Responsibilities and Obligations of the Non-State Actors Under the International Human Rights Law", (Danışman: Nabuo Hayashi), University of Oslo Faculty of

Her ne kadar Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi¹⁴² veya Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme¹⁴³ gibi çok taraflı anlaşmalar yatırımcılar dahil olmak üzere devlet dışı aktörleri ilgilendiriyor olsa da bu anlaşmalarda yükümlülüğü üstlenen yine devletlerdir. Örneğin; Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi rüşvet verme eylemini doğrudan suç haline getirmemekte, bunun yerine taraf devletler ilgili yasal düzenlemeleri kendi yargı çevrelerinde yapma taahhüdü altına girmektedirler. Bazı yazarlar, devletlerin uluslararası anlaşmalarla devlet dışı aktörleri dolaylı olarak yükümlülük altına sokabilmelerinden bahisle bu yükümlülüklerin insan hakları alanı için de genişletilmesi gerektiğini ve devletlerin anlaşmalarla doğrudan yükümlülük oluşturabilmesi için uluslararası hukuk kapsamında herhangi bir teorik engelin bulunmadığını iddia etmişlerdir¹⁴⁴. Yine insan haklarına dair yükümlülüklerin YKTK anlaşmalarına eklenerek doğrudan yükümlülük olarak yatırımcılara uygulanabileceği önerisi de getirilmiştir¹⁴⁵. Fakat halihazırda YKTK anlaşmaları yatırımcılar için herhangi bir doğrudan yükümlülük barındırmamaktadır¹⁴⁶. Bu yönüyle YKTK anlaşmalarının hak ve yükümlülükler açısından devletler için orantısız halde olduğunu söylemek mümkündür zira YKTK anlaşmalarında yalnızca devletler

Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, (Çevrimiçi) <https://www.duo.uio.no/handle/10852/43057>, 11 Mayıs 2019, s. 18.

¹⁴² Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, 11 Mayıs 2019.

¹⁴³ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/doc/Treaties/1969/03/19690312%2008-49%20AM/Ch_IV_2p.pdf, 11 Mayıs 2019; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, RG., 09.04.2002 – 24721, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf, 11 Mayıs 2019.

¹⁴⁴ Steven R. Ratner, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, **The Yale Law Journal**, C. 111, S. 3, 2001, s. 488; Carlos Manuel Vazquez, “Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law”, **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 43, S. 3, 2005, s. 930.

¹⁴⁵ Patrick Dumberry, Gabrielle Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties”, **Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012**, Ed. Karl P. SAUVANT, New York, Oxford University Press, 2013, s. 582.

¹⁴⁶ Veronika Zhejbalova, “Selected Substantial and Procedural Aspects of Investors’ Misconduct in International Investment Law”, The Faculty of Law of Masaryk University, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, (Çevrimiçi) https://is.muni.cz/th/vujnj/TEXT_FINAL.pdf, 11 Mayıs 2019, s. 29.

yükümlülük altına girerken, yatırımcılar kendilerine tanınan haklardan faydalanmaktadır¹⁴⁷.

Bu noktada, YKTK anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartının uluslararası hukuk kapsamında herhangi bir yükümlülük oluşturup oluşturmadığı gündeme gelebilir. Fakat daha önce belirtildiği üzere anlaşmalarda bulunan hukuka uygunluk şartları uluslararası hukuka atıf yapmamakta, yalnızca ev sahibi devlet hukukuna atfen düzenlenmektedir. Ayrıca hukuka uygunluk şartını, ev sahibi devlet hukukuna uygunluk bakımından da doğrudan bir yükümlülük olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Zira devletler arasında akdedilen bu yatırım anlaşmalarıyla yalnızca devletler bağlıdır. Hukuka uygunluk şartı, yalnızca anlaşmanın kendisine sağladığı haklardan yararlanmak isteyen yatırımcıların, yatırımlarının ev sahibi devlet hukukuna uygun olması gerekliliğini düzenlemektedir. Dolayısıyla yatırımcılar için doğrudan bir yükümlülük öngörülmemekte fakat öngörülen hakların kazanılması böylece şarta bağlanmaktadır.

C. Uluslararası Örf ve Adet Kurallarında Hukuka Uygun Davranma Yükümlülüğü

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38'e göre "*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası örf ve adet kuralları*" uluslararası hukukun kaynaklarından biridir¹⁴⁸. Uluslararası örf ve adet hukuku devletlerin teamüllerinin genelleştirilmiş hali olarak tanımlanabilir¹⁴⁹. Bir örf ve adet kuralı maddi ve manevi unsurun bileşiminden oluşmaktadır. Örf ve adet kuralının maddi unsuru, aynı durumlarda aynı davranış ve tutumların sürekli olarak tekrarlanmasıyken, manevi unsuru ise bu davranış ve tutumların hukukun bir gereği olarak zorunlu olduğu konusunda inancın varlığıdır¹⁵⁰. Antlaşmalar hukuku, diplomatik ilişkiler ve bu minvalde elçilik binalarının dokunulmazlığı, uluslararası sorumluluk, deniz hukuku ilkeleri ve savaş hukuku normları özünde uluslararası örf

¹⁴⁷ Dumberry, Dumas-Aubin, **a.g.e.**, s. 573.

¹⁴⁸ Statute of The International Court of Justice, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/en/statute>, 11 Mayıs 2019; Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, (Çevrimiçi) http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf, 11 Mayıs 2019.

¹⁴⁹ United Kingdom v. Norway (Fisheries), ICJ, Dissenting Opinion of Judge J.E. Read, 18.12.1951, s. 191; Crawford, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁵⁰ Pazarıcı, **a.g.e.**, s. 97-99.

ve adet kurallarına dayanmaktadır¹⁵¹. Uluslararası örf ve adet hukuku kaynaklı bazı ilkeler uluslararası yatırım hukuku alanında da tatbik edilmektedir. Örneğin; ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara sağlaması gereken asgari muamele standardı esasen bir örf ve adet kuralıdır¹⁵². Aynı şekilde, belirli koşullar sağlanmadıkça ev sahibi devletin yatırımı kamulaştıramaması¹⁵³, kamulaştırma halinde tazminat ödenmesi yükümlülüğü¹⁵⁴, hukuka aykırı kamulaştırmada tam tazminat ödenmesi gerekliliği¹⁵⁵ de örf ve adet hukuku kaynaklı ilkelerden bazılarıdır. Uluslararası örf ve adet hukukunun, uluslararası hukuk alanında olduğu gibi uluslararası yatırım hukuku alanında da devletlere birtakım yükümlülükler yüklediği tartışmasızdır fakat devlet dışı bir aktör olan yatırımcıların uluslararası örf ve adet hukuku bağlamında herhangi bir yükümlülüğü bulunmakta mıdır? Uluslararası örf ve adet hukukunun zamanla bazı alanlarda devlet dışı aktörler üzerinde de sorumluluk doğurduğu kabul edilmiştir. Örneğin; bireyler korsanlık, savaş suçları, köle ticareti, soykırım, yabancı devlet görevlilerine karşı cebir gibi suçlardan dolayı yargılanabilmektedir¹⁵⁶. Fakat halihazırda yatırım hukuku kapsamında hiçbir uluslararası örf ve âdet kuralı yatırımcılara yükümlülük atfetmemektedir¹⁵⁷.

Bu noktada gündeme gelebilecek bir diğer husus ise, YKTK anlaşmalarında bulunan ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartının bir uluslararası örf ve adet kuralı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Shaw’a göre; bir dizi YKTK anlaşmasının benzer kuralı içermesi, o kuralın örf ve adet hukuku kuralı olduğunun delili olabilir fakat kendisinin de belirttiği üzere, YKTK anlaşmalarının doğası gereği münferit hâllerin yansıması olduğu göz önünde bulundurulmalı ve bu önermeye dikkatle yaklaşılmalıdır¹⁵⁸. Currie’ye göre ise; hukuk olarak kabul edilmiş genel bir

¹⁵¹ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 12. bs., İstanbul, Beta Basım, 2018, s. 81.

¹⁵² H. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, **Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 32.

¹⁵³ Patrick Dumbery, “Are BITs Representing the “New” Customary International Law in International Investment Law?”, **Penn State International Law Review**, C. 28, S. 4, 2010, s. 680.

¹⁵⁴ Nalçacıoğlu Erden, **a.g.e.**, s. 45-46.

¹⁵⁵ Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, s. 147.

¹⁵⁶ Jordan J. Paust, “Non-State Actor Participation in International Law and The Pretense of Exclusion”, **Virginia Journal of International Law**, C. 51, S. 4, 2011, s. 997.

¹⁵⁷ Zhejbalova, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁵⁸ Shaw, **a.g.e.**, s. 97-98.

teamül, bir uluslararası örf ve adet kuralına delalet eder¹⁵⁹. Ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı pek çok YKTK anlaşmasında yer almaktadır fakat henüz yalnızca bir anlaşma hükmü olmaktan çıkıp, hukuk olarak kabul edilmiş genel bir teamül haline geldiğini ve uluslararası örf ve adet kuralına dönüştüğünü söylemek mümkün değildir¹⁶⁰.

D. Hukuka Uygun Davranma Yükümlülüğü ve Genel Hukuk İlkeleri

Her hukuk sisteminde görülen davayı kapsayan, tam olarak ilgili vakaya uygulanacak kanun veya içtihadın bulunmadığı durumlar meydana gelebilir. Bu gibi durumlarda hâkim, önüne gelen vakayı mevcut kanunlardan kıyas yoluyla yahut o hukuk sistemine rehberlik eden, adalet, hakkaniyet veya kamu düzeninden doğmuş olan genel ilkeleri uygulayarak çözecektir. Bu gibi hukuk boşluklarının oluşma olasılığı uluslararası hukukta milli hukuklara nazaran daha fazladır zira uluslararası hukuk alanında hem karar verilmiş dava sayısı daha azdır hem de yeni durumlara uygulanacak kuralların temin edilebileceği herhangi bir kanunlaştırma yöntemi bulunmamaktadır. Bu sebeple oluşabilecek hukuk boşluklarının giderilebilmesi için Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38'e "*uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri*" bir hukuk kaynağı olarak eklenmiştir¹⁶¹. Genel hukuk ilkeleri ibaresi ile kastedilen hukukun uluslararası hukuk mu yoksa iç hukuk mu olduğu hususunda hakim görüş; belirtilen genel ilkelerin uluslararası hukukun genel ilkelerinden ziyade iç hukukun genel ilkeleri olduğu yönündedir¹⁶². Bahsedilen iç hukuk spesifik olarak bir devletin iç hukuku değil fakat milli hukuk sistemlerince genel olarak kabul görmüş ilkelerdir¹⁶³. Yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğü bakımından, hakem kurulları genel hukuk ilkelerine atıfla yatırımcıların uluslararası hukuka uygun davranma yükümlülüğü bulunduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁴. Hakem kurulları, bu hususta özellikle dürüstlük kuralı ve *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (Kimse kendisi için ayıp teşkil eden bir fiile istinat edemez.)

¹⁵⁹ John H. Currie, **Public International Law**, 2. bs., Toronto, Irwin Law Inc., 2008, s. 188.

¹⁶⁰ Zhejbalova, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁶¹ Shaw, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁶² Currie, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁶³ Shaw, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁶⁴ Bkz.: aş.

ilkesine atıf yapmış, ayrıca uluslararası kamu düzenine aykırılığın da yatırımı koruma kapsamı dışında bıraktığını belirtmişlerdir.

1. Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük kuralı (*good faith*), Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38’de bahsedilen genel hukuk ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵. Dürüstlük kuralı, devletler arası ilişkilerde uygulanmakla birlikte, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişkide yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğünün gerekçelendirilmesinde de rol oynamaktadır.

*Phoenix v. Czech Republic*¹⁶⁶ davasında hakem kurulu tarafından belirtildiği üzere; ICSID tahkiminin yatırımlar için sağladığı koruma, ev sahibi devlet hukukuna aykırı yapılmış yatırımları veya dürüstlük kuralıyla bağdaşır biçimde yapılmamış, örneğin; gerçeğe aykırı beyanatla, yolsuzlukla yahut ICSID tahkim sistemini kötüye kullanma amacıyla edinilmiş yatırımları kapsamamaktadır. Bir diğer deyişle, uluslararası yatırım koruma mekanizmasının amacı yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuka uygun yatırımları korumaktır. Devletler kendi hukuklarına aykırı biçimde yapılmış yatırımlar için yatırımcılara ICSID uyuşmazlık çözüm mekanizmasına erişim imkânı sunmuş sayılmazlar. Örneğin, bir devlet ekonomi sektöründe yabancı yatırımları kısıtlamışsa ve yabancı yatırımcı böyle bir kısıtlamayı tanımamışsa, yapılan yatırım ICSID ve YKTK anlaşması kapsamında korunmayacaktır. Bu gibi yatırımlar ev sahibi devlet hukukuna göre hukuka aykırı yatırım kapsamına girmektedir. Ev sahibi devlet hukukuna uygunluk koşulu, ilgili YKTK anlaşmasında açıkça belirtilmemiş olsa bile zımni olarak bulunmaktadır¹⁶⁷. Zira uluslararası yatırım tahkiminin yatırımcılara sunduğu koruma, dürüstlük kuralı dahil olmak üzere genel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil edemez. Dürüstlük kuralı, bütün milli hukuk sistemlerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da uzun zamandır tanınmaktadır. Bu kural, tarafların ilişkilerinde birbirlerine karşı dürüstçe ve adilce

¹⁶⁵ Andreas R. Ziegler, Jorun Baumgartner, “Good Faith as a General Principle of (International) Law”, **Good Faith and International Economic Law**, Ed. Andrew D. Mitchell, M. Sornarajah, Tania Voon, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 10; Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25.09.1983, para. 14.

¹⁶⁶ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.04.2009.

¹⁶⁷ Phoenix v. Czech Republic, para. 100-101.

davranmalarını, saik ve maksatlarını doğru bir şekilde yansıtmasını ve haksız menfaat elde etmekten sakınmalarını gerektirmektedir. Dürüstlük kuralı, devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde uygulandığı gibi bir uluslararası anlaşmaya dayalı olarak talepte bulunanların hak ve yükümlülüklerine de uygulanmaktadır. Hiç kimse anlaşmalar tarafından kendisine bahşedilmiş hakları kötüye kullanamaz ve daha da genel olarak söylemek gerekirse, her hukuk kuralı kötüye kullanılmaması gerektiğine dair zımni bir ibare içermektedir¹⁶⁸. Hakem kuruluna göre, YKTK anlaşması ve ICSID Konvansiyonu, uluslararası hukuktan ve uluslararası genel hukuk ilkelerinden bağımsız bir şekilde yorumlanamaz. Örneğin; kimse işkence, soykırım, kölelik veya organ kaçakçılığı gibi insan haklarının temel ilkelerine aykırılık barındıran yatırımların, ICSID koruması kapsamında olması gerektiğini öneremez¹⁶⁹. Bu sebeple hem YKTK anlaşması hem de ICSID Konvansiyonu dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır. Dürüstlük kuralı, bir yönüyle milli hukuk sistemlerine dayanmakta, bir yönüyle ise uluslararası hukuk sistemine dayanmaktadır. Ve pek çok davada, uluslararası hukuk ilkesi olarak dürüstlük kuralının ihlali aynı zamanda bir milli hukuk ilkesi olarak da dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle, hakem kurulları korunması gereken bir yatırımın var olup olmadığını tespit ederken dürüstlük kuralını iki yönüyle de değerlendirmektedirler¹⁷⁰.

*Hamester v. Ghana*¹⁷¹ davasında da hakem kuruluna göre, eğer bir yatırım dürüstlük kuralının ihlaliyle, yolsuzluk, dolandırıcılık, hile vasıtasıyla oluşturulmuşsa yahut ICSID Konvansiyonu kapsamında uluslararası yatırım koruma mekanizmasını kötüye kullanma amacını taşıyorsa bu yatırım korunmayacaktır. Aynı şekilde ev sahibi devlet hukuku ihlal edilerek yapılmış yatırımlar da bu korumadan yararlanamayacaklardır. Hakem kurulu, bunların YKTK anlaşmasından bağımsız olarak var olan genel ilkeler olduğunu belirtmiştir¹⁷².

¹⁶⁸ Phoenix v. Czech Republic, para. 106-107.

¹⁶⁹ Phoenix v. Czech Republic, para. 78.

¹⁷⁰ Phoenix v. Czech Republic, para. 109-110.

¹⁷¹ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18.06.2010.

¹⁷² Hamester v. Ghana, para. 123-124.

Yine *Saur v. Argentina*¹⁷³ davasında aynı görüş benimsenerek; yatırım tahkimi mekanizmasının yalnızca dürüstlük kuralına ve hukuka uygun yatırımları korumayı amaçladığı ve bu amaca yönelik olarak ilgili YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartının aranmasının gerekli bir koşul olmadığı zira hukuk düzenini ihlalde bulunmama şartının her YKTK anlaşmasında zımni olarak bulunduğu belirtilmiştir. Hakem kuruluna göre, bir devletin hukuka aykırı edinilmiş yatırımlar için yatırım tahkimi vasıtasıyla koruma sunduğunun varsayılması mantık dışı olacaktır¹⁷⁴.

Saba Fakes v. Turkey davasında ise dürüstlük kuralının, yatırım tanımının zorunlu unsuru olarak görülmesi görüşü eleştirilmiştir. Hakem kurulu, ICSID Konvansiyonu değiştirilmediği takdirde dürüstlük kuralı ve hukuka uygunluk şartının ICSID Konvansiyonu m. 25/1¹⁷⁵ kapsamına dahil edilmesi görüşünü reddetmiştir. Hakem kuruluna göre; bir yatırım hukuka uygun veya aykırı olabilir, dürüstlük kuralına uygun şekilde yapılmış veya yapılmamış da olabilir fakat her hâlükârda yatırım vasfını taşımaya devam eder. “Hukuka uygun yatırım” veya “dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış yatırım” kavramları laf kalabalığı teşkil etmemektedir ve aynı zamanda “hukuka aykırı yatırım” veya “dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılmış yatırım” kavramları da bir tezat oluşturmaz. Bir uluslararası anlaşma elbette dürüstlük kuralı kapsamında yorumlanmalıdır fakat bu husus anlaşmalar hukukunun genel gereksinimlerinden biridir. Yatırım kavramı için ek bir kriter olarak “dürüstlük kuralına uygunluk” kriteri, ICSID Konvansiyonu metninde tasarlanmamıştır ve metinden böyle bir anlam da türetilemez. Her ne kadar yatırımların hukuka uygunluğu değerlendirilecekse de bu konu ICSID Konvansiyonu m. 25/1 kapsamı dışında değerlendirilmelidir. Hakem kuruluna göre ICSID Konvansiyonu bu hususta tarafsız kalmaktadır fakat devletler YKTK anlaşmaları ile

¹⁷³ *Saur International S.A. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 06.06.2012.

¹⁷⁴ *Saur v. Argentina*, para. 308.

¹⁷⁵ ICSID Konvansiyonu m. 25/1: “Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyumsuzluk haliyle ilgili yazılı rızasını merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”

tahkime rıza ve hukuka uygunluk şartı da dahil olmak üzere sundukları koruma kapsamı ve anlaşmanın uygulanma koşullarını belirlemede serbestiye sahiptirler¹⁷⁶.

Aynı şekilde *Metal-Tech v. Uzbekistan*¹⁷⁷ davasında da hakem kurulu *Phoenix v. Czech Republic* davasında belirtilen görüşe katılmayarak, ev sahibi devlet hukukuna uygunluk ve dürüstlük kuralına riayet etmenin ICSID Konvansiyonu m. 25/1 kapsamında değerlendirilemeyeceğini; tarafların YKTK anlaşmasına hukuka uygunluk şartı ekleyerek sundukları korumanın kapsamını kısıtlama serbestisine sahip olduklarını, bu kısıtlamanın anlaşmanın diline bağlı olarak farklı şekillerde yapılabileceğini, aynı şekilde dürüstlük kuralının bir tezahürü olan hakkın kötüye kullanılmasının yargılama yetkisine itiraz nedeni veya esas hakkında savunma olabileceğini fakat bütün bunların ICSID Konvansiyonu m. 25/1 kapsamında “yatırım” tanımının bir parçası olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönünde kanaatlerini açıklamışlardır¹⁷⁸.

2. Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans İlkesi

Inceysa v. El Salvador davasında hakem kurulu, YKTK anlaşmasında tahkime uygulanacak hukuk olarak uluslararası genel hukuk ilkelerine yapılan atıftan yola çıkarak, yatırımın hukuka aykırılığını genel hukuk ilkeleri kapsamında değerlendirmiştir¹⁷⁹. Hakem kuruluna göre; Inceysa’nın yatırımı “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” (Kimse kendisi için ayıp teşkil eden bir fiile istinat edemez.) ilkesine aykırıdır. Bu ilkeyle bağlantılı olarak “*ex dolo malo non oritur actio*” (Hileden dava hakkı doğmaz.), “*malitiis nos est indulgendum*” (Kötü niyetli davranışlara müsamaha olmamalıdır.), “*dolos suos neminem relevat*” (Kimse kendi hilesinden muaf tutulamaz.), “*in universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur*” (Kural olarak hile her zaman cezalandırılmalıdır.), “*unusquique doli sui poenam sufferrat*” (Herkes hilesinin cezasına katlanmalıdır.), “*nemini dolos suosprodesse debet*” (Kimse kendi hilesinden faydalanmamalıdır.) ilkeleri de göz önünde bulundurulması gereken, hakkaniyet ve adalet temelli diğer ilkelerdir. Yabancı yatırımcı, hukuka aykırı eylemler vasıtasıyla edindiği yatırımı

¹⁷⁶ Saba Fakes v. Turkey, para. 112-113-114.

¹⁷⁷ Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 04.10.2013.

¹⁷⁸ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 127.

¹⁷⁹ Inceysa v. El Salvador, para. 222.

için menfaat elde etme arayışına giremez ve dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkime erişim gibi ev sahibi devlet tarafından sağlanan korumalardan da yararlanamaz. Zira ilke gereğince kimse kendisi için ayıp teşkil eden bir fiile istinat edemez¹⁸⁰. Yatırımcının hukuku ihlal ederek yaptığı bir yatırımdan menfaat elde etmesine izin vermek, hakkaniyeti sağlamakla yükümlü mahkemenin başarısızlığı anlamına gelir. Rasyonel temellere dayalı hiçbir hukuk sistemi, hukuka aykırı davranışlarda bulunmuş tarafın bu davranışlarından menfaat elde etmesine izin vermez¹⁸¹.

*Plama v. Bulgaria*¹⁸² davasında da *Inceysa v. El Salvador* davasında yapılan açıklamalara atıf yapılmış ve gerçeğe aykırı beyanlarla elde edildiği kanaatine varılan yatırımın korunmasının “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” ilkesine aykırılık teşkil edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Hakem kuruluna göre, yatırım özelinde bu ilke yatırımcının, hukuka aykırı davranışlarla oluşturulmuş bir yatırımdan menfaat elde etmesini yasaklamaktadır¹⁸³.

Hukuka uygunluk şartının bulunmadığı Enerji Şartı Anlaşması’na¹⁸⁴ dayalı olarak açılan *Khan v. Mongolia*¹⁸⁵ davasında hakem kurulunun belirttiği üzere; yatırımını dürüstlük kuralına aykırı olarak veya ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak edinen bir yatırımcı, yalnızca hukuka aykırı davranışlarının neticesinde Enerji Şartı Anlaşması’nın sağladığı korumadan faydalanmış olacaktır ki “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” ilkesi gereğince böyle bir yatırımcının hukuka aykırı davranışlarından çıkar sağlamasına izin verilemez¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Inceysa v. El Salvador, para. 240-241-242.

¹⁸¹ Inceysa v. El Salvador, para. 244.

¹⁸² Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27.08.2008.

¹⁸³ Plama v. Bulgaria, para. 141-143.

¹⁸⁴ Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty, Trade Amendment and Related Documents, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2427>, 11 Mayıs 2019.

¹⁸⁵ Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, Monatom LLC, PCA Case No. 2011-09, Decision on Jurisdiction, 25.07.2012.

¹⁸⁶ Khan v. Mongolia, para. 383.

3. Uluslararası Kamu Düzeni

Rüşvetin uluslararası kamu düzeni kapsamında değerlendirildiği *World Duty Free v. Kenya*¹⁸⁷ davasında hakem kurulunun belirttiği üzere; uluslararası kamu düzeni, uluslararası alanda uygulanması zorunlu evrensel standartlar ve genel kabul görmüş ilkelere ilişkin mutabakat anlamına gelmektedir. Hakem kurulları, kararlarını sıklıkla ahlak ve adap, uluslararası ticaret ahlakı veya uluslar ötesi kamu düzeni gibi çeşitli terimler kullanarak evrensel değerler temelinde almaktadırlar. Fakat hakem kurulları bu bağlamda olabildiğince ihtiyatlı davranmalı ve uluslararası anlaşmalar, karşılaştırmalı hukuk ve tahkim kararları vasıtasıyla belirli bir uluslararası kamu düzeni kuralının gerçekten var olup olmadığını dikkatlice değerlendirmelilerdir¹⁸⁸. Bu bağlamda milli hukukları, uluslararası anlaşmaları, mahkeme ve tahkim kararlarını inceleyen hakem kurulu, *World Duty Free v. Kenya* davasında rüşvetin uluslararası kamu düzenine aykırı olduğunu saptayarak, yolsuzlukla edinilmiş sözleşmelere dayalı iddiaların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir¹⁸⁹.

Aynı şekilde *Inceysa v. El Salvador* davasında hakem kurulu, uluslararası kamu düzeninin devletlerin özünü oluşturan temel ilkelerden oluştuğunu ve esas işlevinin de uluslararası hukuk sisteminin değerlerine aykırı eylemlere karşı bu değerleri korumak olduğunu belirtmiştir. Hakem kuruluna göre; YKTK anlaşmalarına hukuka uygunluk şartının eklenmesi, uluslararası kamu düzeninin açık bir tezahürüdür ki; bu da taraf devletlerin iç hukuklarına aykırı yatırımları koruma dışında bırakmaya yönelik kesin niyetlerini göstermektedir. Hukuka uygunluk şartının, hukuka aykırı eylemleri yaptırıma bağlayan uluslararası kamu politikalarının izdüşümü olduğu söylenebilir¹⁹⁰. Dolayısıyla hukuka aykırı eylemlere dayalı hakların varlığını tanımak uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Sonuç olarak hakem kurulu, hukuka aykırı yatırımları YKTK anlaşmalarının koruması kapsamında değerlendirmenin uluslararası kamu düzenini ihlal edeceğinden bahisle, *Inceysa*'nın

¹⁸⁷ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4.10.2006.

¹⁸⁸ *World Duty Free v. Kenya*, para. 139-141.

¹⁸⁹ *World Duty Free v. Kenya*, para. 157.

¹⁹⁰ *Inceysa v. El Salvador*, para. 245-246-247.

yatırımının ilgili YKTK anlaşması koruması kapsamında olmayacağına karar vermiştir¹⁹¹.

III. HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YAPTIRIMA BAĞLANMADIĞI İSTİSNALAR

Her ne kadar hakem kurulları, hukuka uygunluk şartı ve genel hukuk ilkeleri kapsamında, yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna veya uluslararası hukuka uygun davranma yükümlülüğünün sonucu olarak yatırımı hukuka aykırı olarak niteleseler de bazı durumlarda tespit ettikleri hukuka aykırılığa yaptırım uygulamamaktadırlar. Bu durumlardan ilki, yatırımcının dürüstlük kuralıyla bağdaşacak biçimde yaptığı, mazur görülebilecek hatalardan kaynaklanan hukuka aykırılıklardır. İkinci olarak, ev sahibi devletin estoppel doktrini çerçevesinde hukuka aykırılık itirazını öne sürememesidir.

A. Hukuka Aykırılıkta Yatırımcının Dürüstlük Kuralına Riayet Etmesi

Hakem kurulu tarafından yatırımcının ev sahibi devlet hukukunu ihlal ettiği saptansa dahi bu ihlalde yatırımcı, kendisinin dürüstlük kuralını ihlal etmediğini ispatlayabilirse yatırım YKTK anlaşması koruması dışında kalmayabilir¹⁹². *Fraport v. Philippines* davasında bu görüş hakem kurulu tarafından oldukça açık bir şekilde dile getirilmiştir. Hakem kuruluna göre; bazı durumlarda ev sahibi devlet hukuku tamamıyla net olmayabilir ve dolayısıyla yatırımcı dürüstlük kuralı çerçevesinde davranmasına rağmen hata yapmış olabilir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde davranılmış olmasının göstergelerinden biri, yetkili yerel danışmanın hukuki durum tespiti raporunda hata yapılan konuya dikkat çekmemesi olabilir. Yatırımcının lehine olarak değerlendirilebilecek bir başka gösterge de ihlalin yatırımın kârlılığını etkilememesidir; örneğin, hukuka aykırı eylem olmadan da öngörülen kârlılığa erişilebilecekse bu husus da yatırımcının dürüstlük kuralı çerçevesinde davrandığını

¹⁹¹ Inceysa v. El Salvador, para. 252.

¹⁹² Thomas Obersteiner, “In Accordance with Domestic Law Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors”, **Journal of International Arbitration**, C. 31, S. 2, 2014, s. 286.

gösterebilecektir¹⁹³. Bu davada hakem kurulu, yatırımcının dürüstlük kuralını ihlal ettiğine kanaat getirmişse de¹⁹⁴ dürüstlük kuralı istisnasına ilişkin önemli bir tespitte bulunmuştur.

Fraport v. Philippines davasındaki bu görüşe, *Desert Line v. Yemen* davasında hakem kurulu tarafından atıf yapılmış ve YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartlarının da birbirine benzer olmasından hareketle bu davada dürüstlük kuralı istisnasının uygulanabileceği belirtilmiştir. Hakem kurulu, dürüstlük kuralına uygunluğun göstergesi olarak varsayımsal bir sorunun cevabını aramıştır: Yatırımcı, eğer zorunlu olduğuna inansaydı ve kendisinden talep edilseydi, yatırımın kabulüne dair ilgili kurumdan ruhsat alır mıydı? Hakem kurulu, yatırımcının böyle bir durumda çok büyük olasılıkla ilgili ruhsatı alacağına kanaat getirmiştir¹⁹⁵. Böylelikle hakem kurulu, yatırımın hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁹⁶.

*Anderson v. Costa Rica*¹⁹⁷ davasında öncelikle hukuka uygunluk şartı oldukça katı bir şekilde yorumlanarak, her yatırımcının, ev sahibi devlet hukukuna dair bilgisi yahut bu hukuka uyma niyetinden bağımsız olarak yatırımının hukuka uygun olma gerekliliğini sağlamasının zorunlu olduğu açıklanmıştır. Hakem kuruluna göre; her ne kadar davacı hukuka uyma niyetinde olduğunu veya hukuku bilmediğini iddia etse de bu hususlar yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun olup olmamasıyla ilgisizdir¹⁹⁸. Hakem kurulu bu katı yorumuna karşın, yatırımcının özen yükümlülüğüne dair de bazı tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, makul bir yatırımcı yatırımını yapmadan önce yatırımın uygunluğuna dair gerekli özeni göstermelidir. Söz konusu gerekli özenin en önemli unsurlarından biri de yatırımın hukuka uygun olduğuna emin olmaları gerekliliğidir¹⁹⁹. Bazı yazarlarca hakem kurulunun bu yorumu, gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayabilecek

¹⁹³ *Fraport v. Philippines*, para. 396.

¹⁹⁴ *Fraport v. Philippines*, para. 397-398.

¹⁹⁵ *Desert Line v. Yemen*, para. 116-117.

¹⁹⁶ *Desert Line v. Yemen*, para. 122.

¹⁹⁷ *Alasdair Ross Anderson Et Al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19.05.2010.

¹⁹⁸ *Anderson v. Costa Rica*, para. 52.

¹⁹⁹ *Anderson v. Costa Rica*, para. 58.

yatırımcıların dürüstlük kuralı istisnasından yararlanabileceği şeklinde değerlendirilmiştir²⁰⁰.

Dürüstlük kuralı istisnasının, hukuka uygunluk şartı bakımından değerlendirme yapılan davalarda uygulandığı gibi hukuka uygunluk şartının bulunmadığı yatırım anlaşmalarına dayalı olarak açılmış davalar bakımından ise evleviyetle uygulanabileceği söylenebilir²⁰¹. Zira genel hukuk ilkeleri başlığı altında da incelendiği üzere, dürüstlük kuralı da genel hukuk ilkelerinden biridir ve dürüstlük kuralına riayet etmemek hukuka aykırılık sebebi olarak görülmektedir.

B. Ev Sahibi Devletin Çelişkili Davranış Yasağı Nedeniyle Hukuka Aykırılık İtirazında Bulunamaması

Bir kişinin önceki davranışlarıyla karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra davranışını kısmi olarak veya tamamen değiştirmek suretiyle karşı tarafı hukuken elverişsiz bir pozisyona sokmasını, hukuk düzeni himaye etmez. Kıta Avrupası hukuk sisteminde *çelişkili davranış yasağı* olarak ifade edilen bu prensip, Anglosakson hukuk sisteminde *estoppel* olarak isimlendirilmektedir²⁰². Estoppel doktrini, geçmiş Roma hukukuna dayanan ve daha sonra Anglosakson hukuk sistemi tarafından benimsenmiş, oldukça eski bir doktrindir²⁰³. Estoppel terimi, İngilizce ‘*durdurulmuş*’ anlamına gelen ‘*stopped*’ kelimesiyle aynı kökeni paylaşmakta olup, Fransızca ‘*estoup*’ kelimesinden türetilmiştir. Bu şekilde isimlendirilmesinin nedeni; bir kimsenin kendi eylem veya kabulünün aksini iddia etmesini veya savunmasını ‘durdurması’, bu hususta ağzını kapatması anlamını taşıdığındandır²⁰⁴. Estoppelin pek çok biçimi olmakla birlikte²⁰⁵ genel olarak, kişinin daha önce söyledikleriyle veya yaptıklarıyla çelişen bir iddiada bulunmasının veya hak iddia etmesinin

²⁰⁰ Obersteiner, **a.g.e.**, s. 286; Zhejbalova, **a.g.e.**, s. 49.

²⁰¹ Rahim Moloo, Alex Khachaturian, “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, **Fordham International Law Journal**, C. 34. S. 6, 2011, s. 1496.

²⁰² Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta Basım, 2008, s. 227-228.

²⁰³ Henry M. Herman, **The Law of Estoppel**, Albany, W.C. Little & Co., Law Booksellers and Publishers, 1871, s. 7.

²⁰⁴ Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or A Commentary upon Littleton**, 16. bs., London, Luke Hansard & Sons, 1809, s. 352a.

²⁰⁵ Sean Wilken Qc, Karim Ghaly, **The Law of Waiver, Variation, and Estoppel**, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2012, para. 7.33.

engellenmesi olarak tanımlanabilir²⁰⁶. Estoppel doktrininin özünde tutarlılık fikri yatmaktadır. Basit bir örnekle anlatmak gerekirse; komşusunun evini boyamak için geldiğini bildiği halde yanlışlıkla kendi evini boyayan boyacıyı görüp, buna ses çıkarmayarak boyacının işini bitirmesini bekleyen, boyacı ödeme talep ettiğinde ise ödemeyen bir kimse, boyacının ücreti için kendisine karşı açtığı davada, boyacıyla arasında bir sözleşme olmadığı savunmasında bulunabilir ki bu doğrudur. Fakat bu noktada hâkim, sözleşme bulunmadığı savunmasının estoppel engeline takıldığını söyleyebilir zira bu iddia kişinin evinin boyanmasına zımni rıza göstermesiyle çelişmektedir. Kişi önce boyacıyla aralarında sözleşme varmışçasına davrandığı için, kişinin daha sonra bu eylemiyle çelişkili olan sözleşme bulunmadığı savunması her ne kadar hukuki de olsa estoppel doktrini sebebiyle mahkeme tarafından dinlenmeyecektir²⁰⁷.

Her ne kadar yatırım anlaşmalarında estoppelden bahsedilmese de estoppel genel hukuk ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir²⁰⁸. Estoppelin uluslararası hukuk alanında kabulü, devletlerin davranışlarında tutarlı olması gerekliliğinden doğmuştur²⁰⁹. Uluslararası hukukta estoppelin temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır²¹⁰. Uluslararası hukukta genel olarak kabulünün yanında, yatırım tahkimi davalarında da hakem kurulları tarafından estoppel doktrini uygulanmaktadır ki, yatırımcının ev sahibi devlet hukukunu ihlalinin yaptırma uğramamasını sağlayan istisnalardan biri de budur. Özellikle ev sahibi devletin hukuka aykırılığın farkında olup da buna müsamaha gösterdiği hallerde estoppel doktrininin uygulanacağı söylenebilir²¹¹. Yine ev sahibi devletler, olası bir dava halinde koz olarak kullanabilmek için hukuka aykırılığa sessiz kaldıkları durumlarda da hukuka aykırılık iddiaları estoppel engeline takılacaktır²¹².

²⁰⁶ Garner, **a.g.e.**, s. 629.

²⁰⁷ N. Stephan Kinsella, “Estoppel: A New Justification for Individual Rights”, **Reason Papers**, C.17, 1992, s. 61-62.

²⁰⁸ Jarod Hepburn, **Domestic Law in International Investment Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.155.

²⁰⁹ I. C. Macgibbon, “Estoppel in International Law”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 7, S. 3, 1958, s. 468.

²¹⁰ Megan L. Wagner, “Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice”, **California Law Review**, C. 74, S. 5, 1986, s. 1778.

²¹¹ Obersteiner, **a.g.e.**, s. 284-285.

²¹² Zhejbalova, **a.g.e.**, s. 52.

*Kardassopoulos v. Georgia*²¹³ davası hem estoppel doktrininin kullanımı bakımından hem de ev sahibi devletin kendi hukukunu ihlalinden dolayı yatırımın koruma dışında kalıp kalamayacağı meselesi açısından örnek teşkil eden bir davadır. Ev sahibi devlet, kamu iktisadi kuruluşlarının, davacı yatırımcı ile yaptıkları ortak girişim ve imtiyaz sözleşmelerini yapmaya yetkili olmadıklarını, dolayısıyla sözleşmelerin Gürcistan hukukuna göre baştan itibaren hükümsüz olduğunu, YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartı gereğince davacının YKTK anlaşması korumasından yararlanamayacağını öne sürmüştür²¹⁴. Davacı ise farklı argümanlarının yanı sıra ev sahibi devletin bu savunmasının estoppel gereğince dinlenemeyeceğini iddia etmiştir²¹⁵. Hakem kurulu, öncelikle hukuka uygunluk şartını Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesi kapsamında yorumlayarak²¹⁶, ev sahibi devlet hukukuna uygun olmayan yatırımların koruma kapsamı dışında kalacağı kanaatine varmışsa da bu hukuka uygunluk denetiminin yatırımcının eylemleri gözetilerek yapılacağını belirtmiştir. Buna göre, hukuka uygunluk şartı, ev sahibi devletin kendi eylemleriyle yatırımı hukuka aykırı hale getirdiği bir durumda yabancı yatırımın koruma dışında bırakılmasına izin vermemektedir²¹⁷. Davacının estoppel itirazını da değerlendiren hakem kurulu; ortak girişim ve imtiyaz sözleşmelerinin geçerliliği hususunda hükümetin kendisinin teminat verdiğini ve hatta sözleşme görüşmelerine cumhurbaşkanı ve başbakan da dahil olmak üzere en yetkili hükümet görevlilerinden bazılarının katıldığını ve sözleşmeler imzalandıktan sonraki yıllarda ev sahibi devletin sözleşmelerin geçersizliğini hiçbir zaman iddia etmediğini, dolayısıyla ev sahibi devlet tarafından davacıda yatırımının hukuka uygun olduğuna dair haklı beklenti oluşturulduğu; bu nedenle ev sahibi devletin ortak girişim ve imtiyaz sözleşmelerinin hükümsüz olması nedeniyle yatırımın koruma kapsamı dışında kalacağı itirazının estoppel engeline takıldığını açıklamıştır²¹⁸.

²¹³ Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 06.07.2007.

²¹⁴ Kardassopoulos v. Georgia, para. 50.

²¹⁵ Kardassopoulos v. Georgia, para. 67.

²¹⁶ Kardassopoulos v. Georgia, para. 178.

²¹⁷ Kardassopoulos v. Georgia, para. 182.

²¹⁸ Kardassopoulos v. Georgia, para. 191-192-194.

*Swembalt v. Latvia*²¹⁹ davasında ev sahibi devlet, Riga limanı alanında kira sözleşmesi yapmaya yalnızca Riga liman idaresi yetkiliyken farklı yetkililerle imzalanan sözleşmenin hüküm ifade etmediğini savunmuş; hakem kurulu ise yetkililerin proje başlangıcında Swembalt'ı bilgilendirmemesi, geminin Kipsala'ya çekilmesinde Riga limanı başkanının kılavuz olarak yer alması ve ev sahibi devletin iddia ettiği hukuka aykırı duruma müdahalede bulunmak için dört aydan fazla bir süre beklemesi nedeniyle yatırımın koruma kapsamında olduğuna kanaat getirmiştir²²⁰. Daha önce belirtildiği üzere estoppel doktrininin tutarlılık fikrine dayandığı göz önünde bulundurulacak olursa, bu davada ev sahibi devletin önceki davranışları ile dava esnasındaki savunmalarının tutarlı olmaması, ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını boşa çıkarmıştır.

Desert Line v. Yemen davasında dürüstlük kuralı istisnasıyla birlikte hakem kurulu, yatırımın ev sahibi devlet hukukuna göre kabul edilmiş bir yatırım olmadığı iddiasının dava kapsamındaki deliller ışığında estoppel engeline takıldığını belirtmiştir. Zira hakem kuruluna göre; başbakan ve bakanlar gibi devletin üst kademeli yöneticilerinin yatırıma onay verdiği anlaşılmaktadır ki; ev sahibi devletin bu durumda devletin daha alt kademedeki bir kurumundan ruhsat alınmadığı gerekçesiyle yatırımın hukuka aykırı olduğu iddiası çelişki oluşturmaktadır²²¹.

*Tecmed v. Mexico*²²² davasında, ev sahibi devletin, yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırılıkları sebebiyle ruhsatını yenilememesi hususu değerlendirilmiş olup, hakem kurulu; ev sahibi devletin bu aykırılıklara binaen harekete geçmemesi ve yatırımcıyı bu hususlarda uyararak, bu durumun ruhsatın yenilenmemesine yol açabileceği hakkında bilgilendirmemesi sebebiyle ev sahibi devletin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığını ve haksız kamulaştırmada bulunduğu tespitinde bulunmuştur. Zira hakem kuruluna göre; yatırımcının, ruhsatın uzatılacağı yönünde inancını pekiştirecek haklı sebepleri bulunmakla birlikte yatırımcının yatırımdan beklentisi uzun vadeye yayılmıştır.

²¹⁹ SwemBalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia, UNCITRAL, Decision by the Court of Arbitration, 23.10.2000.

²²⁰ Swembalt v. Latvia, para. 34--35.

²²¹ Desert Line v. Yemen, para. 118-119-120.

²²² Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003.

Ayrıca ev sahibi devlet de yatırım yapılmadan önceki aşamada dahi yatırımcının yatırımdan ancak uzun vadede kazanç elde edebileceğinin ve bu sebeple yatırımcının yatırımını uzun vadeli olarak yaptığının farkındadır. Dolayısıyla ev sahibi devlet, yatırımcı açısından ruhsatın uzatılacağı yönünde bir kanaat uyandırıp, bu kanaatin tersi yönde davranmıştır²²³. Bu davada hakem kurulu tarafından doğrudan estoppel doktrinine atıf yapılmamış olsa da hakem kurulunun, ev sahibi devletin tutarlı davranmadığına dayalı gerekçesinin estoppel kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Inmaris v. Ukraine davasında, ev sahibi devlet, kamu iktisadi kuruluşuyla davacı arasında akdedilen sözleşmelerin döviz mevzuatına aykırı olduğunu iddia etmişse de hakem kurulu; mevzuattaki yükümlülüklerin yabancı yatırımcıdan ziyade kamu iktisadi kuruluşuna ait olduğunu, ev sahibi devletin bu sözleşmelerden habersiz olduğunu da iddia edemeyeceğini zira sözleşmelerde yetkililerin imzalarının bulunduğunu ve sözleşme tarihinde ev sahibi devletin sözleşmeleri Ukrayna hukukuna aykırı görmeyip, dava esnasında sözleşmelerin hukuka aykırılığı iddiasında bulunmasının estoppel engeline takılacağını belirtmiştir²²⁴.

Ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazının estoppel doktrini kapsamında engellendiği davaların²²⁵ yanı sıra, ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazının estoppel doktrini kapsamında görülmediği davalar da bulunmaktadır. Örneğin; *Fraport v. Philippines* davasında hakem kurulu öncelikle, adalet ilkelerinin ev sahibi devletlerin bilgisi dahilinde hukuka aykırı yatırımlara göz yumduğu ve onayladığı durumlarda hukuka aykırılık itirazlarının estoppel engeline takılacağını belirtmiştir. Fakat hakem kuruluna göre, ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak davacı tarafından yapılmış gizli anlaşmaları ev sahibi devlet bilmediğinden, bilmesi gerekmediğinden ve bilebilecek durumda da olmadığından hukuka aykırılık itirazı estoppel doktrini gereğince engellenemeyecektir²²⁶.

²²³ Tecmed v. Mexico, para. 149-150-151-174.

²²⁴ Inmaris v. Ukraine, para. 139-140.

²²⁵ Alpha Projektholding v. Ukraine, para. 302; Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 08.12.2000, para. 116; Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, Arbitration Award, 07. 07. 1998, s. 65-66.

²²⁶ Fraport v. Philippines, para. 346-347.

World Duty Free v. Kenya davasında da yatırımcının estoppel itirazı hakem kurulu tarafından reddedilmiştir. Bu davada yatırımcının Kenya başkanına rüşvet vermesi söz konusudur. Hakem kurulu, Kenya başkanının eylemlerinin Kenya devletine atfedilemeyeceğine karar vermiş olup, hakem kuruluna göre; ev sahibi devlet hukuka aykırılıktan habersiz olduğundan bunu onayladığı da söylenemeyecektir. Dolayısıyla hukuka aykırılık itirazı estoppel olarak değerlendirilmemiştir²²⁷.

Yine *Quiborax v. Bolivia* davasında, davacıya göre ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını estoppel doktrini engellemektedir zira ev sahibi devlet ile dava öncesi yaklaşık üç yıl müzakerelerde bulunulmasına rağmen yatırımın hukuka uygunluğu meselesi hiçbir zaman gündeme gelmemiştir²²⁸. Buna karşın ev sahibi devlet, yatırımın hukuka uygun olduğunu hiçbir zaman kabul etmediğini, uyuşmazlık üzerine anlaşabilmek için müzakerede bulunmanın davacının iddialarını kabul anlamına gelmediğini belirterek estoppel itirazını reddetmiştir²²⁹. Hakem kurulu, ev sahibi devletin yatırımın hukuka uygun olduğunu kabullendiğini gösteren bir delil bulunmaması ve müzakerede bulunmanın kabul anlamına gelmeyeceği sebebiyle ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazının estoppel engeline takılmayacağını açıklamıştır²³⁰.

²²⁷ *World Duty Free v. Kenya*, para. 183-184-185.

²²⁸ *Quiborax v. Bolivia*, para. 253.

²²⁹ *Quiborax v. Bolivia*, para. 244.

²³⁰ *Quiborax v. Bolivia*, para. 257.

İKİNCİ BÖLÜM

YATIRIMI HUKUKA AYKIRI HALE GETİREN DURUMLAR

Yabancı yatırımcıların uluslararası yatırım hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken hukuka aykırı yahut kusurlu davranışları çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Yatırımcının hukuka aykırı davranışları uluslararası hukuka aykırılık, ev sahibi devlet hukukuna aykırılık yahut ev sahibi devletin kamu hukukuna aykırılık veya özel hukukuna aykırılık gibi farklı kategorilere ayrılarak incelenebilir. Fakat hakem kurullarının bir hukuka aykırı davranışı aynı zamanda hem uluslararası hukuka hem de ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak nitelendirdiği haller göz önünde bulundurulursa, bu başlık altında böyle bir ayrımla inceleme yapmanın isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Yine yatırım tahkimi davalarına taraf olan ev sahibi devletlerin farklı hukuk sistemlerini benimsemesi nedeniyle kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yapmak da mantıklı olmayacaktır zira Anglosakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sisteminde kamu hukuku ve özel hukuk kavramlarına aynı anlamlar atfedilmemektedir²³¹. İctihatta görüldüğü üzere, yatırım tahkimi davalarında yatırımcının hukuka aykırı davranışları sıklıkla yolsuzluk, dolandırıcılık ile gerçeğe aykırı beyanat olmak üzere başlıca üç kategori altında meydana gelmekte ve bu hukuka aykırılık çeşitleri yalnızca ev sahibi devlet hukukuna aykırılık olarak değil uluslararası hukuka aykırılık olarak da değerlendirilmektedir. Bu nedenle bu hukuka aykırılık çeşitleri ayrı bir başlık altında incelenecektir.

I. YOLSUZLUK

Yolsuzluk, kamu görevinin kişisel çıkar için kötüye kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır²³². Yolsuzluk çeşitli kurumlarda, farklı seviyelerde, farklı biçimlerde gerçekleşebilir: Sıklıkla tekrar eden işlemler için ufak miktarlarda ödeme yapılması (*cüzi yolsuzluk*), yasal düzenlemelerden, vergilerden kaçınmak için ya da ihale kazanabilmek için rüşvet verilmesi (*idari yolsuzluk*) şeklinde meydana

²³¹ John Henry Merryman, “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”, **Journal of Public Law**, C. 17, S. 1, 1968, s. 18-19; Carol Harlow, “Public and Private Law: Definition Without Distinction”, **The Modern Law Review**, C. 43, S. 3, 1980, s. 241-242.

²³² Vinay Bhargava, “Curing the Cancer of Corruption”, **Global Issues for Global Citizens: An Introduction to Key Development Challenges**, Ed. Vinay BHARGAVA, Washington D.C., The World Bank, 2006, s. 341.

gelebilir. Yolsuzluk şirketler içinde (*kurumsal yolsuzluk*) veya siyasi arena dahil kamu sektöründe (*siyasi yolsuzluk*) gerçekleşebilir. Üst düzey görevliler, bakanlar, devlet başkanları, iş adamları, politikacılar dahil olmak üzere toplumun bütün katmanlarında sistematik şekilde yapılan yolsuzluk, *büyük yolsuzluk* olarak adlandırılmaktadır²³³. Yolsuzluk genel olarak, rüşvet, nüfuz ticareti, adaletin engellenmesi, haksız zenginleşme, kara para aklama gibi pek çok hukuka aykırı davranışı kapsamaktadır.

Uluslararası yatırım alanında yolsuzluk ise, sıklıkla ülkesindeki uluslararası ticaret üzerinde belirli bir etkiye sahip olan ev sahibi devletin kamu görevlisine rüşvet verme yoluyla gerçekleşmektedir. Rüşvet veren yatırımcı taraf, kamu görevlisine kamu görevini tatbik etmemesi yahut görevini yatırımcının belirlediği biçimde yapması karşılığında doğrudan ya da dolaylı olarak hukuksuz bir ödeme yapmakta veya farklı bir menfaat temin etmektedir. Böylelikle yatırımcı bulunduğu ülkede çeşitli şekillerde avantaj elde edebilmektedir²³⁴. Yolsuzluk doğası gereği iki taraflı olarak gerçekleşmektedir. Yolsuzlukta taraflar genellikle “aktif” veya “arz” ve “pasif” veya “talep” olarak ikiye ayrılmaktadır. Verilen örnekte yatırımcı aktif rolde rüşvet ilişkisini başlatan taraf olmakta ve kamu görevlisi de daha pasif bir davranış biçimi olarak rüşveti kabul etmektedir. Fakat uluslararası yolsuzlukta edinilen karşılıklı menfaatler farklı senaryoların da ortaya çıkmasına sebep olmakta ve yolsuzluk ilişkisinde tarafların isimlendirilmesini zorlaştırabilmektedir. Örneğin, rüşvet talebi, ev sahibi devletin kamu görevlileri tarafından, yabancı yatırımcının o ülkede yatırım yapabilmesi için bir önkoşul olarak dayatılabilir ve bu talep bir istemden ziyade zorbalık şeklinde de olabilir. Yine kamu görevlisine verilen rüşvet her zaman yatırımcı tarafın kârını arttırabilmesi için değil, bulunduğu ülkedeki riski en aza indirmek istemesi sebebiyle de olabilir. Yolsuzluk sıklıkla yabancı olduğu bir piyasaya giren yatırımcılar tarafından risk azaltıcı önlem olarak kullanılmaktadır; bahsedilen risk hem ekonomik hem de siyasi risktir. Yatırımcı kamu görevlisine rüşvet vererek yatırımın olası kârının güvenli piyasalardaki kâr potansiyelinden daha fazla olmasını garanti altına alarak, ekonomik olarak riskli yatırımını riske değer hale

²³³ Bhargava, **a.g.e.**, s. 342.

²³⁴ Mohamed Abdel Raouf, “How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?”, **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, C. 24, S. 1, 2009, s. 116-117.

getirebilmektedir. Yahut yatırımcı olası kârın veya mevcut yatırım değerinin kamu görevlileri tarafından haksız düzenlemelere maruz kalarak azaltılmasını engelleyebilmekte, böylelikle siyasi risklerden kaçınabilmektedir. Belirtilen siyasi riskler, ev sahibi devletlerin adil ve eşit davranma yükümlülüğü gibi yükümlülüklerle sahip olduğu, yatırımcının korunması için tasarlanmış olan YKTK anlaşmalarının da var oluş sebeplerinden biridir. Fakat belirtmek gerekir ki; her halükârda yapılan yolsuzluğun sebebi, eylemin hukuka aykırı mahiyetini değiştirmemekte ve yatırımcıları yaptırıma tabi kılmaktadır²³⁵.

Yolsuzlukla mücadele adına devletlerin milli hukuklarında yolsuzluğa karşı etkili soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma taahhüdü verdikleri pek çok uluslararası anlaşma bulunmaktadır²³⁶. Bu anlaşmalardan bazıları yalnızca yolsuzluğun “arz” tarafını yani rüşvet veren yabancı yatırımcıya yaptırımları merkeze alırken²³⁷, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi²³⁸ gibi bazı

²³⁵ Aloysius Llamzon, Anthony C. Sinclair, “Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct”, **Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series: No. 18**, Ed. Albert Jan van den Berg, Miami, Kluwer Law International, 2015, s. 460-461.

²³⁶ The Inter-American Convention Against Corruption, (Çevrimiçi) http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf, 11 Mayıs 2019; OECD Convention on Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, 11 Mayıs 2019; Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168007f3f5>, 11 Mayıs 2019; United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (Çevrimiçi) <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>, 11 Mayıs 2019; Southern African Development Community Protocol Against Corruption, (Çevrimiçi) https://www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol_Against_Corruption2001.pdf, 11 Mayıs 2019; United Nations Convention Against Corruption, (Çevrimiçi) https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf, 11 Mayıs 2019; The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, (Çevrimiçi) <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>, 11 Mayıs 2019.

²³⁷ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 462.

²³⁸ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 15: Her taraf, kasten işlenmesi halinde, aşağıdaki eylemleri suç olarak düzenleyen yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır: a) Bir kamu görevlisine, resmi görevlerinin ifası zımında hareket etmesi veya hareket etmekten kaçınması için, kendisi ya da bir başka kişi yahut kuruluş lehine, doğrudan ya da dolaylı olarak, haksız bir menfaatin vadedilmesi, teklif edilmesi veya sağlanması; b) Bir kamu görevlisinin, resmi görevlerinin ifası zımında hareket etmesi veya hareket etmekten kaçınması için, kendisi ya da üçüncü bir kişi yahut kuruluş lehine, doğrudan ya da dolaylı olarak, haksız bir menfaat talep veya kabul etmesi.”

anlaşmalar ise meseleyi iki taraflı ele alarak haksız menfaat talep veya kabul eden kamu görevlilerinin cezalandırılmasını da değerlendirmişlerdir.

A. Ev Sahibi Devlet Savunması Olarak Yolsuzluk

Uluslararası yatırım tahkimi davalarında yolsuzluk çoğunlukla ev sahibi devletler tarafından öne sürülmektedir. Bunun sebebi yolsuzluk iddialarının YKTK'da bulunan hukuka uygunluk şartı ile birlikte davanın tümüne etki ederek, ev sahibi devletler için yatırımcının diğer iddialarını da boşa çıkarabilecek geniş bir savunma oluşturuyor olmasıdır²³⁹.

Metal-Tech v. Uzbekistan davası ev sahibi devletin yatırımcının yolsuzluğunu ileri sürdüğü davalardan biri olarak örnek gösterilebilir. Metal-Tech, seramik tozu ile molibdenum ürünleri dahil olmak üzere metal ve metal türevleri üreticisi bir İsrail şirkettir. Metal-Tech, Özbekistan'da molibdenum madenciliği yapma hakkını tekeline bulunduran kamu şirketleriyle ortak girişim oluşturarak yatırım yapmıştır²⁴⁰. Ortaya çıkan uyuşmazlıklar sonucu, Metal-Tech 1994 tarihli İsrail-Özbekistan YKTK anlaşmasına dayalı olarak ICSID tahkimine başvurarak, ev sahibi devletin yatırımını haksız kamulaştırdığı, adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği, yatırıma karşı makul ve adil olmayan önlemler aldığı, yatırımı koruma ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediği iddialarıyla tahkim davası açmıştır²⁴¹. Buna karşın Özbekistan; davacının yatırım onayı alabilmek için yolsuzluk, dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyanat gibi hukuka aykırı eylemlerde bulunduğunu, öncelikle Özbekistan Ceza Kanunu'nu ihlal ederek, cumhurbaşkanının hizmetinde bulunan kıdemli bir hükümet görevlisine, başbakanın kardeşine, iş ortaklarına ve dördüncü bir kişiye başbakanın nüfuzunu kullanması ve yatırım için hükümetten onay alma karşılığında, danışmanlık ücreti adı altında 4.4 milyon dolardan fazla rüşvet verdiğini iddia etmiştir²⁴². Hakem kurulu, iddianın ispatlanmasıyla birlikte yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışta bulunduğunu belirterek, YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartı göz

²³⁹ Yolsuzlukta ev sahibi devletin sorumluluğu tartışmalı bir konu olmakla birlikte aşağıda detaylıca incelenmiştir. Bkz.: s. 61.

²⁴⁰ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 7 vd.

²⁴¹ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 108.

²⁴² Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 279.

önünde bulundurulduğunda ev sahibi devletin hukuka aykırı yatırımlar için tahkime rıza vermediğini²⁴³ ve bu sebeple yatırımcının diğer iddiaları üzerinde de yargılama yetkisi bulunmadığına karar vermiştir²⁴⁴.

World Duty Free v. Kenya davasında da yatırımcının yolsuz davranışları değerlendirilmiştir. Hakem kuruluna göre; Man Adası'na kayıtlı World Duty Free şirketi, 1989 yılında Kenya'da Nairobi ve Mombassa uluslararası havalimanlarında duty-free komplekslerinin inşa, bakım ve işletimini üstlenebilmek için Kenya başkanına kişisel bağış adı altında 2 milyon dolar rüşvet vermiştir²⁴⁵. Rüşvet, nüfuz ticareti, aktif ve pasif yolsuzluğun milli hukukların çoğunda cezai yaptırımı olduğunu saptayan hakem kurulu, yolsuzluğa karşı pek çok uluslararası anlaşma bulunduğunu belirterek, devletlerin yolsuzlukla mücadele niyetlerini yalnızca milli hukukları ile değil, uluslararası iş birliği ile de gösterdikleri tespitinde bulunmuştur²⁴⁶. Bu tespitle birlikte içtihatı da değerlendiren hakem kuruluna göre; rüşvet, uluslararası kamu düzenine aykırıdır ve bu sebeple yatırımcının yolsuz sözleşmeler veya yolsuzlukla edinilmiş sözleşmelere dayalı iddiaları tahkim mahkemesince korunamaz. Aynı zamanda İngiliz ve Kenya hukuku kapsamında kamu düzeni ve *ex turpi causa non oritur actio* ilkesi (ahlaka aykırı bir hukuki sebebe dayanan muamele dava hakkı vermez) gereğince yatırımcının hukuken talepte bulunmaya hakkı yoktur²⁴⁷. Belirtilen nedenlerle, hakem kurulu yargılama sonunda yatırımcının bütün iddialarını reddetmiştir²⁴⁸.

Her ne kadar *Metal-Tech v. Uzbekistan* ve *World Duty Free v. Kenya* davalarında ev sahibi devletler tarafından öne sürülen yolsuzluk savunması başarıyla sonuçlanmış olsa da bazı davalarda hakem kurulları yolsuzluğa dair güçlü belirtiler olmasına rağmen, ev sahibi devlet tarafından öne sürülen yolsuzluk iddialarına karşı usuli nedenlere dayanarak etkili soruşturma yapmamayı tercih etmişlerdir²⁴⁹.

²⁴³ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 379.

²⁴⁴ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 389-423.

²⁴⁵ World Duty Free v. Kenya, para. 136.

²⁴⁶ World Duty Free v. Kenya, para. 146.

²⁴⁷ World Duty Free v. Kenya, para. 179.

²⁴⁸ World Duty Free v. Kenya, para. 192.

²⁴⁹ Raouf, **a.g.e.**, s. 129.

SPP v. Egypt davası, bir Hong Kong şirketi olan SPP'nin Mısır Piramitleri alanındaki turistik komplekslerin geliştirilmesi amacıyla yaptığı yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar sonucu açılmıştır. Ev sahibi devlet, yatırımcının usulsüz irtibat ve bağlantılara sahip olduğunu, hükümet hizmetinden ayrılan bazı bireylerin davacı tarafından işe alındığını, davacının hükümet ile normal iletişim kanallarını atlayarak, doğrudan en yetkili kişilere ulaşabildiklerini iddia etmiştir²⁵⁰. Hakem kuruluna göre; ev sahibi devlet, iddialarını destekleyecek somut bir kanıt sunamamıştır ve ev sahibi devletin “*belirttiğimiz hususlar Mısır resmi görevlilerine karşı herhangi bir suçlama, isnat anlamına gelmemekle birlikte...*” şeklindeki beyanı da bunun dayanaklarından biridir. Zira ev sahibi devletin suçlamalardan muaf tutmaya çalıştıkları kişiler, yatırımcıyla ilk temasa geçen, yatırımcıyı Mısır’a ilk kez davet eden, projeye ilgili olarak önemli kararların alınması için yatırımcıya ziyarette bulunan hükümet içerisindeki üst düzey yetkililerdir. Tanık vasıtasıyla sözleşme sürecine herhangi bir aracının dahil olmadığına kanaat getirerek konu üzerinde daha fazla durmayan hakem kurulu, ev sahibi devletin iddialarının doğru olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır²⁵¹.

*Azurix v. Argentina*²⁵² davasında, içme suyu ve kanalizasyon hizmetlerini özelleştirmek isteyen Arjantin, Azurix ile imtiyaz sözleşmesi imzalamış²⁵³ ve tahkim mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta, sözleşmenin tamamlanarak imzalanmasından sonra sözleşmeye ek bölümler eklendiğini fark ettiklerini iddia etmiştir. İlgili bölümlerden biri, yatırımcının ilk altı ayında performans standartlarını karşılayamaması halinde para cezasından muaf tutulacağını içermektedir. Arjantin, yerel savcılarının da konu hakkında soruşturma başlattığını belirtmiştir. Esas aşamasında duruşmalarda Arjantin tarafından getirilen bir tanığa davacı tarafından, imtiyaz sözleşmesinin elde edilmesi aşamasında herhangi bir yolsuzluk emaresine rastlayıp rastlamadığı sorulması üzerine tanık herhangi bir uygunsuz davranıştan haberdar olmadığını söylemiş, aynı zamanda başsavcı da soruşturma süresince yatırımcının kusurlu davranışına dair delil elde edilemediğini açıklamıştır. Hakem

²⁵⁰ *SPP v. Egypt*, para. 127.

²⁵¹ *SPP v. Egypt*, para. 128-130-132.

²⁵² *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.07.2006.

²⁵³ *Azurix v. Argentina*, para. 41.

kurulu, kendilerine iletilen başka bir bilgi olmaması sebebiyle, imtiyaz sözleşmesinin yolsuzlukla elde edilmediğine kanaat getirmiştir²⁵⁴.

*African Holdings v. Congo*²⁵⁵ davasında ev sahibi devlet, davaya konu sözleşmelerin yatırımcılarla yakın ilişki içerisinde olan önceki hükümet (Mobutu rejimi) vasıtasıyla temin edildiğini iddia etmiş, yatırımcı ise bir tanık ifadesine dayanarak sözleşmelerin kendileriyle akdedilmesinin sebebinin, işi yapabilecek tek şirket olmaları ve rakipsiz konumda olmaları olduğunu belirterek ev sahibi devletin iddialarının aksini savunmuştur. Hakem kurulu, yolsuzluk iddialarının aksi iddia edilemeyecek, yüksek delil standardı gerektiren çok ağır iddialar olduğunu²⁵⁶, ev sahibi devletin yalnızca Mobutu dönemi ve ilgili siyasi olaylar temelinde genel değerlendirmelerde bulunduğunu belirterek, delil yoksunluğundan dolayı iddiaları reddetmiştir²⁵⁷.

Belirtilen davaların yanı sıra bazı davalar ise tarafların anlaşmalarıyla sona ermiştir. *Azpetrol v. Azerbaijan*²⁵⁸ davasında, yatırımcı tarafın müdürlerinden biri yatırımcının, Azerbaycan'da kamu görevlilerine rüşvet verilmesi için kaynak temin ettiği ve bu rüşvetlerin Azerbaycan'da ismi bilinmeyen kişilerin korunması amacıyla ödendiği hususunda tanıklık yapmıştır²⁵⁹. Bu tanıklığın ardından Azerbaycan, yatırımcının uluslararası kamu düzenine aykırılıkta bulunduğu temeline dayalı olarak davanın reddi için talepte bulunmuştur²⁶⁰. Fakat daha sonra taraflar hakem kuruluna, tahkim davası üzerinde anlaşmalarını bildirmişlerdir²⁶¹. Bilgilendirmenin üzerine ev sahibi devlet tahkim prosedürünün sona erdirilmesi için talepte bulunmuşsa da yatırımcı geçerli bir anlaşma bulunmadığı gerekçesiyle tahkim davasının sürdürülmesini istemiş fakat hakem kurulu yaptığı değerlendirmelerden sonra

²⁵⁴ Azurix v. Argentina, para. 56.

²⁵⁵ African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L v. The Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/05/21, Award, 29.07.2008.

²⁵⁶ African Holdings v. Congo, para. 52.

²⁵⁷ African Holdings v. Congo, para. 53.

²⁵⁸ Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15, Award, 08.09.2009.

²⁵⁹ Azpetrol v. Azerbaijan, para. 6.

²⁶⁰ Azpetrol v. Azerbaijan, para. 7.

²⁶¹ Azpetrol v. Azerbaijan, para. 8.

anlaşmanın geçerli olduğuna karar vererek yargılama yetkisi bulunmadığına dair hüküm vermiştir²⁶².

Tarafların anlaşmasıyla sona eren bir diğer dava da *Siemens v. Argentina*²⁶³ davasıdır. 2007 yılında sonuçlanan davada hakem kurulu, ev sahibi devletin haksız kamulaştırma yaptığı, adil ve eşit davranma yükümlülüğü ile birlikte tam koruma ve güvenlik ilkesini yerine getirmediği, yatırım üzerinde keyfi tedbirler aldığı gerekçesiyle yatırımcı lehine 218 milyon dolar tazminata hükmetmiştir²⁶⁴. Bu kararın ardından Arjantin ICSID iptal prosedürlerini başlatmıştır. 2008'in başlarında yerel yetkililer tarafından yapılan soruşturmalar sonucunda Siemens'in pek çok ülkede yolsuzluğa karıştığı ortaya çıkmış, ayrıca eski bir Siemens yöneticisi, Alman mahkemesinde *Siemens v. Argentina* davasına konu olan yatırım sözleşmesinin rüşvetle elde edildiğine dair tanıklık yapmıştır. Almanya ve Birleşik Devletler yetkilileri tarafından yapılan geniş kapsamlı soruşturma sonucunda, Siemens'in Arjantin'de bir danışmanlık şirketi aracılığıyla Arjantin hükümet yetkililerine 40 milyon dolar rüşvet ödediği açığa çıkarılmıştır. Bu gelişmelerden sonra Siemens, Arjantin'le uzlaşmaya varmıştır. Uzlaşma kapsamında Arjantin iptal prosedürünü devam ettirmemiş, Siemens ise tahkim davasında lehine hükmedilen tazminattan vazgeçmiştir²⁶⁵.

B. Yatırımcı İddiası Olarak Yolsuzluk

Yolsuzluk, tabiatı gereği iki taraflı olarak gerçekleştirildiğinden, tahkim davalarında yalnızca ev sahibi devlet tarafından savunma olarak kullanılmayıp, yatırımcı tarafından davaya konu iddiaları kuvvetlendirmek adına da ileri sürülmektedir. Yatırımcılar genellikle ev sahibi devlet görevlileri tarafından kendilerinden rüşvet talep edilmesi veya irtikap suçu işlenmesi sebebiyle haksız muameleye maruz kaldıkları, dolayısıyla ev sahibi devletin adil ve eşit davranma yükümlülüğü ve asgari standart esasını ihlal ettiği gerekçesiyle yolsuzluk iddialarını öne sürmektedirler. Fakat tahkim davalarında anlaşılabilir bir şekilde yatırımcılar

²⁶² Azpetrol v. Azerbaijan, para. 9-2-108.

²⁶³ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/8, Award, 06.02.2007.

²⁶⁴ Siemens v. Argentina, para. 403.

²⁶⁵ Joe Tirado, Matthew Page, Daniel Meagher, "Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investment Arbitration: An Uneasy Relationship", *ICSID Review*, C. 29, S. 2, 2014, s. 508.

yolsuzluk iddialarını ev sahibi devletler kadar sık dillendirmemektedirler zira bu hususta yatırımcıların kendilerini de dahil etmeden ileri sürebileceği iddialar ev sahibi devletlerin yolsuzluk teşebbüsleriyle kısıtlıdır. Öyle ki, ev sahibi devletin rüşvet talep etmesi örneğinde bu talebin yatırımcı tarafından karşılık bulduğu ispatlanırsa tamamlanmış bir yolsuzluktan bahsedilecek ve yukarıda bahsedilen davalarda olduğu üzere iddia üzerinde avantaj ev sahibi devlet tarafına geçecektir²⁶⁶.

*EDF v. Romania*²⁶⁷ davası yolsuzluk iddialarının yatırımcı tarafından ileri sürüldüğü davalardan biridir. EDF, Romanya’da iki kamu şirketiyle ortak girişim oluşturarak çeşitli faaliyetlerde bulunan bir Birleşik Krallık şirkettir. EDF, Romanya’nın kendisini ülkeye yatırım yapmak için davet ettiğini, havaalanlarında ticari satıma dayanan işletmeler kurduğunu belirterek, bu işletmelerin yüksek standarda erişmesi ve kârlı hale gelmesiyle birlikte Romanya tarafından keyfi sebeplere dayanarak işletmelere el koyulduğu, dolayısıyla Romanya’nın YKTK anlaşmasını ihlal ettiği gerekçesiyle tahkim davası açmıştır²⁶⁸. Yatırımcıya göre; sözleşme süresi uzatılması konusunu görüşmek için bir araya geldiği başbakanlık özel kalem müdürü, kendilerinden 2,5 milyon dolar rüşvet talep etmiş fakat bu talep reddedilmiştir. Aynı talep bir bakan tarafından tekrarlanarak, talebin başbakanın talebi olduğu belirtilmiş fakat talep bir kez daha yatırımcı tarafından reddedilmiştir. Bu reddin ardından ev sahibi devlet yatırımcının yatırımını kaybetmesiyle sonuçlanacak eylemlerine başlamıştır²⁶⁹. Yatırımcının iddialarına cevaben ev sahibi devlet, yatırımcının rüşvet talebi gerçekleştiği zaman yetkili kurumları bilgilendirmediği, yatırımcı tarafından bir Alman gazetesinde rüşvet talebine ilişkin iddiaların yer alması üzerine olay hakkında soruşturma başlatıldığı fakat yetersiz kanıt sebebiyle bu iddiaların mahkemece reddedildiği, dolayısıyla yatırımcının iddialarının asılsız olduğu yönünde savunma yapmıştır²⁷⁰. Hakem kuruluna göre; yatırımcı, rüşvet talebinin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğu konusunda haklıdır ve hatta bu eylem uluslararası kamu düzenine de aykırı niteliktedir. Fakat yolsuzluğun ispatlanması gerekir. Romanya hükümetinin üst

²⁶⁶ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 463.

²⁶⁷ EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 08.11.2009.

²⁶⁸ EDF v. Romania, para. 66.

²⁶⁹ EDF v. Romania, para. 71-72-73.

²⁷⁰ EDF v. Romania, para. 145-146.

düzy görevlilerinin dahil olduğu bir yolsuzluk suçlaması açık ve ikna edici delil gerektirmektedir ve hakem kurulu yatırımcının sunduğu delilleri açık ve ikna edici olmaktan uzak olarak nitelemiştir²⁷¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yatırımcı hakem kuruluna rüşvet talebinin yapıldığı konuşmayı içeren ses kaydı sunmuş fakat bu delil hakem kurulu tarafından güvenilirlikten yoksun olması dahil olmak üzere çeşitli sebeplerle kabul edilemez olarak değerlendirilmiştir²⁷².

Yine *Rumeli v. Kazakhstan* davasında yatırımcı, Kazakistan mahkemelerinde yargı sürecinin aleyhlerine işleminin sebebinin yolsuzluk olduğunu, bir hâkimin lehe karar vermek için kendilerinden 400.000 Euro rüşvet talep ettiğini, bu talepten sonra ise aynı hâkimin kendilerine, en yüksek mercilerden davanın aleyhe sonuçlanması için talimat aldığını ve bu talimata karşı çıkması halinde kendisinin ve ailesinin hayatını tehlikeye atacağını söylediğini iddia etmiştir. Davada tanıklık yapan hâkim, suçlamaları kabul etmemişse de hakem kurulu, hâkimin suçlamaları kabul etmemede kişisel çıkarı olduğunu, atılı suçlamayı kabul etmesi halinde hapse atılabileceğini veya işini kaybedebileceğini, buna karşın yatırımcının tanığının herhangi bir kişisel çıkarı bulunmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur²⁷³. Bu değerlendirmeye rağmen hakem kurulu, yatırımcının iddialarını ispatlayamadığı kanaatine varmıştır²⁷⁴.

C. Yolsuzlukta Ev Sahibi Devletin Sorumluluğu

Yolsuzluk, yatırımcı tarafından yapılan tek taraflı bir hukuka aykırı davranış olmadığı için bu bağlamda ev sahibi devlet görevlilerinin eylemlerinden dolayı devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Kamu görevlisinin yolsuz davranışından dolayı devlete atfedilecek sorumluluk, halen tartışmalı bir konu olmakla birlikte farklı senaryolar altında değerlendirilebilir.

World Duty Free v. Kenya davasında, hakem kurulu Kenya başkanının yaptığı yolsuzluğun Kenya'ya atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Fakat bu dava çoğu tahkim davası gibi iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarına dayalı

²⁷¹ EDF v. Romania, para. 221.

²⁷² EDF v. Romania, para. 225.

²⁷³ Rumeli v. Kazakhstan, para. 425.

²⁷⁴ Rumeli v. Kazakhstan, para. 655.

olarak açılmamış olup, devlet ve yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesine dayalıdır. Hakem kurulu, başkanın hukuka aykırı davranışını Kenya ve İngiliz hukukuna göre değerlendirmiş ve bu hukuklar kapsamında hukuka aykırı davranışın devlete atfedilebileceğine dair bir hüküm bulunmadığı kanaatine varmıştır²⁷⁵. Hakem kurulunun bu kararı bazı yazarlarca eleştirilmiştir. *Kulick*'e göre; Kenya başkanının davranışının devlete atfedilemeyeceği kanaati devlet sorumluluğu üzerine uluslararası hukuk kurallarıyla uyuşmamaktadır. ARSIWA²⁷⁶ m. 4'e göre, devlet organlarının davranışları devletin bir fiili olarak kabul edilmektedir. Kenya başkanı yürütmenin başı olarak, Kenya anayasasına göre devletin en güçlü organıdır. ARSIWA m. 7'ye göre ilgili organın veya kişinin yetkisini aşması halinde dahi davranış devlete atfedilmektedir. Öyleyse yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında genellikle tatbik edilen ARSIWA kuralları bakımından, Kenya başkanının davranışının Kenya devletine atfedilebileceği açıkken, hakem kurulunun aksi yönde kanaatini anlayabilmek güçtür²⁷⁷. Aynı şekilde *Yackee*'ye göre; devletin uluslararası sorumluluğunu düzenleyen uluslararası hukuk kuralları açısından, Kenya başkanının davranışları Kenya devletinin sorumluluğu olarak değerlendirilebilir²⁷⁸. *Raeschke-Kessler* ve *Gottwald* ise doğrudan davaya atıfta bulunmasalar da yolsuzluk durumunda yatırım sözleşmesinin geçersiz hale gelmesiyle ev sahibi devletin yükümlülüklerinden kaçınabilmesinin yabancı yatırım iklimi için risklerine dikkat çekmişlerdir. Yazarlara göre; uluslararası hukukta devlet sorumluluğu ilkeleri, devletlerin uluslararası hukuk ihlallerinden mesul tutulabilmeleri ve bu ihlaller sebebiyle yol açtıkları zararı telafi etmeleri için bulunmaktadır. Yolsuzluğa karşı giderek artan uluslararası mutabakat ve imzalanan çok taraflı yolsuzluk karşıtı anlaşmalar göz önünde bulundurulduğunda, yolsuzluk uluslararası hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda sorumluluk, devletlerin yolsuzluğun sonuçlarına katlanmaları ve organlarının davranışlarının bütün sorumluluğunu

²⁷⁵ World Duty Free v. Kenya, para. 185.

²⁷⁶ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, 11 Mayıs 2019.

²⁷⁷ Andreas Kulick, "Corruption and Other Irregularities", **Global Public Interest in International Investment Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 319-320.

²⁷⁸ Jason W. Yackee, "Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States", **Virginia Journal of International Law; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1181**, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1946341, 11 Mayıs 2019, s. 10.

üstlenmeleri anlamına gelmektedir. Düşük kıdemli devlet görevlileri vasıtasıyla gerçekleşen yolsuzluklar için dahi sonuç değişmeyecek olsa da devletin yolsuzluktan sorumlu olması gerekliliği özellikle devlet başkanları veya başbakanlar gibi yüksek kıdemli devlet görevlilerinin dahil olduğu yolsuzluklar düşünüldüğünde açıkça ortaya çıkmaktadır. Devletin sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluğu da kapsamaktadır ki bu da devletin kamu görevlilerinin yolsuz davranışlarına rağmen sözleşmenin tarafı olarak yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğu anlamına gelir. Eğer yolsuzluk yatırım sözleşmesini direkt geçersiz hale getiriyor ve devlet yolsuzluk sebebiyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kolaylıkla kaçınıbiliyorsa, devletler basitçe uluslararası hukuk ihlallerinden yarar sağlayabilir. Örneğin; nakit problemi sebebiyle veya ana sözleşme altında üretilen malların fiyatının değişmiş olması durumlarında yatırım sözleşmesi kapsamında yükümlülüklerinden kaçınmak isteyen bir devlet bunu yapabilmek için kolay bir vasıtaya sahip olmuş olur. Devlet, sözleşmeyi ihlal edebilir ve yatırımcı tazminat isteminde bulunduğu da sözleşmenin yolsuzluk sebebiyle geçersiz olduğunu öne sürebilir²⁷⁹.

Crawford'a göre ise sözleşmesel sorumluluk, sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili bir meseledir. Devletin hukuka aykırı davranışlarından dolayı uluslararası sorumluluğunun doğması ise bir uluslararası hukuk doktrini'dir. Farklı isimler altında benzer kurallar milli hukuk sistemlerinde de bulunmaktaysa da milli hukuk sistemlerinde devlet tek bir kavram olarak algılanmadığından dolayı sorumluluk devletin farklı kısımlarına dağıtılmaktadır. Uluslararası yatırım tahkiminde sözleşmesel sorumlulukla ilgili hukuki problemlere uygulanacak hukuk sözleşmeye uygulanacak hukuktur. ARSIWA kurallarının ise sözleşmesel sorumlulukla bir ilgisi bulunmamaktadır. Sıklıkla, devletin bir organı sözleşmeye taraf olduğunda sözleşmeye uyumdan devletin de sorumlu olduğu varsayılmaktadır fakat bu sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değişiklik gösterebilecek bir husustur. Pek çok davada sözleşmeye aykırılıktan sözleşmenin tarafı olan tüzel kişi sorumlu olmaktadır. Devletin uluslararası sorumluluğuyla sözleşmesel sorumluluk arasında

²⁷⁹ Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, "Corruption", **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, s. 1029-1030.

hiçbir ilişki bulunmamaktadır. Örneğin, yatırımcı yolsuzlukla bir sözleşme edindiye elbette sözleşmenin geçerliliği tartışılacaktır fakat bu bağlamda ARSIWA kapsamında sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Burada asıl sorun sözleşmenin geçerliliğinin yolsuzluktan etkilenip etkilenmediğidir ki; bu da yolsuzluğa ilişkin uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Yine burada da uygulanacak hukuk her zaman uluslararası hukuk olmayabilir. Fakat bu yolsuzlukla ilgili devletin hiçbir şekilde uluslararası sorumluluğunun doğmadığı anlamına da gelmemektedir. Örneğin; yolsuzlukla edinilen bir ihalede, ihaleyi kaybeden taraflardan biri devlete karşı hak iddia edebilir. Böyle bir varsayımda devletin sorumluluğu olası hale gelecektir. Fakat yazara göre, devletin sorumluluğu ile sözleşmenin yolsuzluktan etkilenip etkilenmediği farklı hususlardır ve ayrı olarak değerlendirilmelidir²⁸⁰.

Crawford ile aynı görüşü paylaşan *Lim*'e göre; *World Duty Free v. Kenya* davasında hakem kurulunun İngiliz hukuku çerçevesinde Kenya başkanının hukuka aykırı davranışlarını Kenya devletine atfetmemesi yerinde bir karardır. Zira sözleşmeye uygulanacak hukuk uluslararası hukuk değil, İngiliz hukukudur. Dolayısıyla hakem kurulunun ARSIWA kurallarını uygulamaması nedeniyle eleştirilmesi yersizdir. Ayrıca devlet sorumluluğu ile devletin irade beyanı birbirine karıştırılmaması gereken kavramlardır. *World Duty Free v. Kenya* davasında uygulanacak hukuk uluslararası hukuk olsaydı bile; mesele ARSIWA bağlamında devlet sorumluluğu kapsamında değil de Kenya başkanının davranışlarının geçerli bir devlet irade beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda ele alınacaktır²⁸¹.

World Duty Free v. Kenya davası, yatırım tahkimi davalarının çoğunluğunda olduğu gibi iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmasına dayalı olarak görülen bir dava olmayıp, yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmeye dayalı olduğu için uluslararası hukukun bir parçası olan devletlerin uluslararası sorumluluğu ilkelerinin uygulanması gerekip gerekmediği hususunda fikir ayrılıkları olduğu gözlenmektedir. Kanaatimizce; ARSIWA, yalnızca devletin uluslararası hukuka

²⁸⁰ James Crawford, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Review*, C. 25, S. 1, 2010, s. 134-135.

²⁸¹ Kevin Lim, "Upholding Corrupt Investors' Claims Against Complicit or Compliant Host States – Where Angels Should Not Fear to Tread", *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2011-2012, Ed. Karl P. Sauvant, New York, Oxford University Press, 2013, s. 616.

aykırı davranışlarından dolayı uluslararası sorumluluğa ilişkindir ve *World Duty Free v. Kenya* davasında mevzu bahis sözleşme uluslararası hukuka tabi değildir. Dolayısıyla, bu davada hakem kurulunun ilgili sözleşmeye uygulanacak milli hukuk çerçevesinde değerlendirme yapması doğrudur. Fakat uluslararası hukuka tabi yatırım anlaşmalarına dayalı açılan davalarda devletin uluslararası sorumluluğu gündeme gelebilir.

Örneğin; ev sahibi devletin yolsuzluk savunmasının başarıyla sonuçlandığı bir diğer dava olan *Metal-Tech v. Uzbekistan* davası YKTK anlaşmasına dayalı olarak açılmıştır. Hakem kurulu, yatırımcının yatırımının yolsuzluk nedeniyle korumadan mahrum kaldığını ve bu sebeple ev sahibi devletin olası yükümlülüklerinden kaçınabildiğini fakat yatırımcının iddialarının reddine yol açan durumun oluşmasında yolsuzluğun doğası gereği ev sahibi devletin de katkısı olduğunu belirterek, tarafların dava masraflarını paylaşmasına karar vermiştir²⁸². Hakem kurulunun ev sahibi devletin de yolsuzluğun sonuçlarına katlanması için dava masrafları yoluyla cezalandırma yoluna gitmesi, devlet görevlilerinin davranışını devlete atfettiği şeklinde yorumlanabilirse de hakem kurulu, sorumluluğun hukuki temellerinden yahut devletin uluslararası sorumluluğu ilkelerinden bahsetmemiş olup, bu hususta ARSIWA'ya da atıf yapmamıştır.

Alekhin ve Shmatenko'ya göre; tamamlanmış yolsuzluk durumunda davranışın devlete atfedilmesi içtihat ve doktrinde tartışmalıdır fakat kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunmasıyla birlikte yatırımcının bu talebi reddetmesi ve yolsuzluğun teşebbüs aşamasında kalması durumunda devlet bu davranıştan sorumlu olmaktadır ki *EDF v. Romania* kararı da bu görüşü desteklemektedir²⁸³. Daha önce de bahsedildiği üzere, *EDF v. Romania* davasında her ne kadar hakem kurulu yatırımcının ev sahibi devlet tarafından rüşvet talebinde bulunulduğu iddiasını yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiş olsa da bir devlet görevlisinin rüşvet

²⁸² *Metal-Tech v. Uzbekistan*, para. 422.

²⁸³ Sergey Alekhin, Leonid Shmatenko, "Corruption in Investor-State Arbitration – It Takes Two to Tango", **New Horizons of International Arbitration**, Ed. A.V. Asoskov, A. I. Muranov, R. M. Khodykin, Moskova, Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018, s. 173.

talebinde bulunmasının adil ve eşit davranma yükümlülüğüne ve uluslararası kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmiştir²⁸⁴.

Llamzon ve Sinclair'e göre; mevcut içtihat kapsamında, şartlara göre değişmekle birlikte yolsuzlukta devletin uluslararası sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmektedir²⁸⁵:

i. Yolsuzluktan sorumluluk ile yolsuzluk vasıtasıyla edinilmiş sözleşmeden doğan sözleşmesel sorumluluk ayrı değerlendirilmesi gereken konulardır; yatırım sözleşmelerinin yolsuzluk sebebiyle geçersizliği uygulanacak milli hukuka göre değerlendirilir.

ii. Eğer kamu görevlisi yatırımcıya rüşvet verirse, kamu görevlisinin davranışından dolayı devlet sorumlu olur.

iii. Eğer kamu görevlisi yatırımcıyı rüşvet vermeye zorlarsa ve yatırımcı isteyerek rüşvet vermezse devletin uluslararası sorumluluğu doğar.

iv. Kamu görevlisi yalnızca rüşveti kabul ederse, tartışmaya açık bir şekilde devlet bu davranıştan dolayı sorumlu olmayabilir. Zira bu davranış tamamen o kamu görevlisinin kişisel davranışı anlamına gelir ve yatırımcı da bunu bilmektedir dolayısıyla bu davranış devlete atfedilemez. Her ne kadar ARSIWA m. 7'de kişinin yetkisini aşması halinde dahi davranışın devlete atfedilebileceği belirtilmişse de yatırımcının kamu görevlisinin yetkisi dahilinde bir davranışta bulunmadığını bilmesi m. 7'nin uygulanmasını engeller.

v. Ev sahibi devlet, yolsuz davranışlara katılmayan ve bu davranışlar hakkında bilgisi olmayan üçüncü kişilere karşı sorumlu olur.

vi. Yolsuzluğu tahkim davasında savunma olarak kullanan ev sahibi devletler, belirtilen her durumda gerek devletlerin uluslararası sorumluluğu ilkeleri gereğince, gerekse de milli hukukundan veya uluslararası hukukta yolsuzlukla mücadele anlaşmalarından doğan yolsuzluk takibatını yapma yükümlülüğü sebebiyle

²⁸⁴ EDF v. Romania, para. 221.

²⁸⁵ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 466.

yolsuzluğa karışmış kamu görevlileri hakkında etkin bir soruşturma ve kovuşturma süreci yürüttüğünü ispatlamak zorundadır.

II. DOLANDIRICILIK VE GERÇEĞE AYKIRI BEYANAT

Ceza hukuku bağlamında dolandırıcılık anlamına gelen İngilizce *fraud* kelimesinin hile, aldatma, sahtekarlık, yolsuzluk, kaçakçılık gibi pek çok anlamı da bulunmaktadır. Yatırım tahkiminde fraud kelimesi yalnızca ceza hukukunda bir suç tipi olarak öngörülen dolandırıcılık manasında kullanılmayıp, özellikle Anglosakson hukuku temelli hakemler tarafından ev sahibi devlet hukukuna aykırılık, yolsuzluk ve dürüstlük kuralının ihlali gibi genel olarak istenmeyen davranışları betimlemekte de kullanılmaktadır²⁸⁶. Yine fraud kelimesi *misrepresentation* kelimesiyle birlikte de kullanılmaktadır. Genel olarak yanlış temsil, gerçeğe aykırı beyanat, yanıltıcı beyanda bulunma anlamlarına gelen *misrepresentation* kelimesi aynı zamanda İngiliz sözleşme ve haksız fiil hukukunda da kullanılan bir terimdir. İngiliz sözleşme hukuku bağlamında *misrepresentation*, taraflardan birinin diğer tarafın sözleşmeye girmesini sağlamak amacıyla bir olgu hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunması olarak tanımlanabilir²⁸⁷. Bu bakımdan İngiliz sözleşme hukukunda *misrepresentation*, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 36'da irade bozuklukları başlığı altında düzenlenmiş olan aldatma ile benzeşmekteyse de birebir örtüşen hukuki müesseseler olduğunu söylemek mümkün değildir. *Misrepresentation*, aldatmayı da içine almakla birlikte ondan daha kapsamlı bir müessesedir²⁸⁸. Örneğin; aldatmanın varlığından söz edebilmek için kasıt unsuru gerekliken²⁸⁹, *misrepresentation* için temel olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin beyanının gerçeğe aykırı olup olmadığını bilmemesi yahut beyanda bulunmakta kusurlu olup olmaması önem arz etmemektedir²⁹⁰. Zira *misrepresentation* her biri farklı unsurlara

²⁸⁶ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 469; Kathrin Betz, **Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration on Applicable Criminal Law and Evidence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 48.

²⁸⁷ Marnah Suff, **Essential Contract Law**, 2. bs., London, Cavending Publishing Limited, 1997, s. 62; Gareth Spark, **Vitiating of Contracts: International Contractual Principles and English Law**, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 170.

²⁸⁸ Elif Yavuz, “**Türk ve İngiliz Hukukunda Hile Kavramına Bakış**”, (Danışman: Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 38.

²⁸⁹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 111.

²⁹⁰ Neil Andrews, **Contract Law**, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 236-237.

dayanan ve farklı muamele gören türlere ayrılmakta olup; gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin beyanının gerçeğe aykırı olduğunu bildiği ve kasıtlı olarak diğer tarafı yanılttığı durumda *fraudulent misrepresentation*, beyanda bulunanın kastı olmasa dahi diğer tarafa karşı özen yükümlülüğünü ihmalkâr bir şekilde ihlal ettiği durumda *negligent misrepresentation*, beyanda bulunanın beyanının gerçekliğine inandığı ve diğer tarafı aldatmaya yönelik kast veya ihmalinin bulunmadığı durumda *innocent misrepresentation* kavramlarından söz edilmektedir²⁹¹. Yatırım tahkiminde genellikle yalnızca misrepresentation kelimesi kullanılmakta olup, İngiliz hukukunda olduğu gibi bir ayrıma gidilmediğinden bu durum misrepresentation ve fraud kelimeleri bakımından anlam karmaşasına sebebiyet verebilmektedir²⁹². Çalışmamız kapsamında bu kelimelerin kullanıldığı bağlamlar da göz önünde bulundurularak, fraud için dolandırıcılık ve misrepresentation için de gerçeğe aykırı beyanat karşılıkları kullanılacaktır.

Dolandırıcılık, kasıtlı olarak gerçeğin çarpıtılması veya bir maddi vakıanın gizlenmesi suretiyle başkasının kendi zararına hareket etmesine sebebiyet vermek olarak tanımlanabilir²⁹³. Dolandırıcılık pek çok ülkenin milli hukukunda, eylemin yöneldiği kişi veya bir başkasının zararına olacak biçimde; bir kimseyi aldatma maksadıyla birlikte maddi vakıanın yanlış temsili yahut gizlenmesi unsurlarını barındıracak şekilde düzenlenmiştir²⁹⁴. Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 157’de dolandırıcılık, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak olarak tanımlanmıştır. Türk ceza hukuku bakımından dolandırıcılık suçunun unsurları; hileli davranışların gerçekleştirilmiş olması, muhatabın aldatılmış olması, buna bağlı olarak malvarlığı üzerinde belli bir yönde tasarrufta bulunulmuş olması, bir zararın meydana gelmesi ve haksız bir menfaatin temin edilmesidir²⁹⁵. Benzer şekilde İsviçre ceza hukuku bakımından dolandırıcılık suçunun unsurları ise; yanılgı, kötü niyetle aldatma,

²⁹¹ Paul Richards, **Law of Contract**, 13.bs., New York, Pearson, 2017, s. 307-313-315.

²⁹² Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 469.

²⁹³ Garner, **a.g.e.**, s. 731.

²⁹⁴ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 468.

²⁹⁵ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 647.

malvarlığı üzerinde tasarruf ve maddi zarardır²⁹⁶. İngiliz hukukunda ise Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi dolandırıcılık bir ceza kanunu içerisinde tanımlanmamış olup, 2006 tarihli dolandırıcılığa ilişkin yasada da²⁹⁷ tek bir dolandırıcılık tanımı verilmemiş, bunun yerine; gerçeğe aykırı beyan/temsille dolandırıcılık, bilgilendirmekle yükümlü olduğu halde bilgilendirmeyerek dolandırıcılık, makamın kötüye kullanımıyla dolandırıcılık gibi dolandırıcılığın farklı biçimleri açıklanmıştır²⁹⁸.

Dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyanat, yolsuzluğun aksine tek taraflı hukuka aykırı davranışlardır ve çoğunlukla²⁹⁹ ev sahibi devletler tarafından savunma olarak kullanılmaktadır. Bu davalardan biri olan *Azinian v. Mexico*³⁰⁰ davasında, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşları olan Robert Azinian, Kenneth Davitian ve Ellen Baca, bir Meksika şirketi olan Desona'nın pay sahipleridir. Davacılar, Naucalpan şehrinin katı atık problemini çözmek üzere katı atık alanlarındaki bütün toplama ekipmanlarını ileri teknolojiye sahip yenileriyle değiştireceklerini, etkili ve hijyenik katı atık toplama, nakliye ve işleme için yaklaşık 20 milyon dolar yatırım yapılacağını, katı atık endüstrisinde uzman olduklarını ve Los Angeles bölgesinde 40 yıllık tecrübeye sahip olduklarını söyleyerek 15 yıllık imtiyaz sözleşmesi elde etmişlerdir³⁰¹. Sonrasında Desona'nın sözleşmedeki taahhütlerini yerine getirmediği gerekçesiyle imtiyaz sözleşmesi feshedilmiş ve davacılar NAFTA'ya dayalı olarak ICSID tahkimine başvurmuşlardır³⁰². Davacılar ev sahibi devletin haksız kamulaştırma yaptığı ve asgari muamele standardına aykırı davrandığı iddiasında bulunmuşlardır³⁰³. Dava sürecinde davacıların, sözleşme akdedilirken kendilerini tanıttıkları üzere katı atık alanında 40 yıllık bir tecrübeye sahip olmadıkları, finansal

²⁹⁶ Swiss Criminal Code 311.0, (Çevrimiçi) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>, 11 Mayıs 2019, m. 146; BETZ, a.g.e., s. 47.

²⁹⁷ Fraud Act 2006, (Çevrimiçi) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf, 11 Mayıs 2019.

²⁹⁸ Fraud Act 2006, m. 2-3-4.

²⁹⁹ Yatırımcının ev sahibi devletin kasıtlı olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunu iddia ettiği istisna davalar da bulunmaktadır. Bkz.: Jan De Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 06.11.2008, para. 112.

³⁰⁰ Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 01.11.1999.

³⁰¹ Azinian v. Mexico, para. 5-9.

³⁰² Azinian v. Mexico, para. 13-17-24.

³⁰³ Azinian v. Mexico, para. 75.

kapasiteleri hakkında yanıltıcı beyanlarda bulundukları³⁰⁴, sunulan yatırım planlarının gerçekçi olmadığı ortaya çıkmıştır³⁰⁵. Hakem kuruluna göre, davacılar gerçeğe aykırı beyanlarıyla ev sahibi devleti yanıltarak sözleşme akdetmeye teşvik etmiş olup³⁰⁶, davacılar kendilerini yapılan beyanlar fazlaca iyimser biçimde sunulduğu için ev sahibi devletin inanmaması gerektiği şeklinde de savunamazlar³⁰⁷ zira ev sahibi devlet karşı tarafın deneyim ve niteliklerinden etkilenerken kendileri için sıkıntılı bir problemin kârlı bir işletmeye dönüştürülebileceğine inanmıştır³⁰⁸. Belirtilen sebeplerden dolayı hakem kurulu, davacıların bütün iddialarının reddine karar vermiştir³⁰⁹.

Azinian v. Mexico davasında olduğu gibi *Plama v. Bulgaria* davasında da dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı yatırım gündeme gelmiştir. Bu dava, ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartının bulunmadığı çok taraflı bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması'na dayalı olarak açılmıştır³¹⁰. Bulgaristan devleti, petrol rafinerisine sahip Nova Plama şirketinin hisselerinin %75'ini özelleştirme ile EuroEnergy Holding adlı şirkete devretmiştir³¹¹. Kıbrıslı bir şirket olan Plama, özelleştirilen hisseleri EuroEnergy Holding'ten devralmıştır³¹². 2005 yılında iflas sürecine giren Nova Plama'nın tasfiyesinin ardından Plama, Bulgaristan hükümetinin yatırım için kasten problemler yarattığını, ıslaha yönelik tedbirleri reddettiğini yahut sebepsizce geciktirdiğini ve bu eylemlerin rafineri işletmesine maddi olarak zarar verdiğini, yine Plama'nın şirketlerinin piyasa değeri ve itibarına olumsuz etkide bulunduğunu, dolayısıyla Bulgaristan'ın eylem ve ihmallerinin Kıbrıs'ın da taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması'nı ihlal ettiğini iddia etmiştir³¹³. ICSID tahkimine başvurarak tazminat talebinde bulunan Plama'ya göre Bulgaristan, güvenilir ve şeffaf bir yatırım ortamı oluşturmamış, adil ve eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmiş, yatırım için gerekli korumayı sağlamamıştır. Yatırım, kamulaştırmaya denk ölçüde makul

³⁰⁴ Azinian v. Mexico, para. 29-30-32-33.

³⁰⁵ Azinian v. Mexico, para. 107.

³⁰⁶ Azinian v. Mexico, para. 104.

³⁰⁷ Azinian v. Mexico, para. 108.

³⁰⁸ Azinian v. Mexico, para. 107.

³⁰⁹ Azinian v. Mexico, para. 128.

³¹⁰ Plama v. Bulgaria, para. 1.

³¹¹ Plama v. Bulgaria, para. 56.

³¹² Plama v. Bulgaria, para. 67.

³¹³ Plama v. Bulgaria, para. 71-72.

olmayan ve ayrımcı tedbirlere maruz kalmıştır³¹⁴. Davalı Bulgaristan ise, Plama'nın yatırımı gerçeğe aykırı beyanatlarla Bulgaristan hukukuna aykırı olarak edindiğini, Özelleştirme Kanunu'na göre yatırımın baştan itibaren hükümsüz ve Borçlar Kanunu'na göre de nisbi butlanla sakat olduğunu iddia etmiştir. Bulgaristan'a göre davacının Enerji Şartı Anlaşması'nın yatırım tanımını barındıran 1. maddesinin 6. fıkrasına göre geçerli bir yatırımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakem kurulunun yargılama yetkisi yoktur; hakem kurulu yargılama yetkisi olduğuna karar verse bile davacının iddialarının kabul edilemez olduğuna karar vermelidir.³¹⁵ Hakem kurulu, Plama'nın, yatırımcının kimliği ve şirket yönetiminde kimlerin rol aldığı konusunda Özelleştirme İdaresi'ne kasıtlı olarak gerçeğe aykırı beyanat verdiği kanaatine varmıştır³¹⁶. Hakem kuruluna göre; her ne kadar Enerji Şartı Anlaşması pek çok YKTK anlaşmasında olduğu gibi hukuka uygunluk şartı bulundurma da bu durum devletlerin iç hukukuna veya uluslararası hukuka aykırı yatırımların da Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunacağı anlamına gelmemektedir. Zira Enerji Şartı Anlaşması'nın esas amacı enerji sorunları bakımından hukukun üstünlüğünü güçlendirmektir. Dolayısıyla Enerji Şartı Anlaşması, hukukun üstünlüğüne riayet etmeyi teşvik edici biçimde yorumlanmalıdır. Plama'nın yatırımı yalnızca Bulgaristan hukukunu değil, başta dürüstlük kuralı ve *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (Kimse kendisi için ayıp teşkil eden bir fiile istinat edemez.) ilkesi olmak üzere genel hukuk ilkelerini de ihlal etmektedir³¹⁷. Ayrıca yatırım uluslararası kamu düzenine de aykırıdır³¹⁸. Plama'nın yatırımının Enerji Şartı Anlaşması'nın koruması kapsamında olmaması bir yana, davalı Bulgaristan Enerji Şartı Anlaşması'yla kararlaştırılan yükümlülüklerini de ihlal etmemiştir. Hakem kurulu belirtilen sebeplerden dolayı Plama'nın tazminat taleplerini reddetmiştir³¹⁹.

Hamester v. Ghana davası da dolandırıcılığın tartışıldığı davalardan biridir. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG ("*Hamester*"), kakao işleme ve kakao ile kakao ürünlerinin uluslararası ticareti alanında faaliyet gösteren bir Alman şirkettir.

³¹⁴ Plama v. Bulgaria, para. 73.

³¹⁵ Plama v. Bulgaria, para. 96.

³¹⁶ Plama v. Bulgaria, para. 129.

³¹⁷ Plama v. Bulgaria, para. 138-139-140.

³¹⁸ Plama v. Bulgaria, para. 143.

³¹⁹ Plama v. Bulgaria, para. 306.

Hamester, 1992 yılında bir kamu kuruluşu olan Gana Kakao Kurulu (“GKK”) ile ortak girişim sözleşmesi akdetmiştir. Ortak girişimin amacı GKK’nın sahibi olduğu eski bir kakao işleme fabrikasının ileri teknolojiyle donatılarak onarımı olup, bu amaçla Hamester teknoloji, teknik uzmanlık ve fonlamayı sağlayacak, GKK ise eski fabrikanın devriyle birlikte fabrikaya işlenmesi için kakao çekirdeklerini temin edecektir. Taraflar bu amaçla Gana yasalarına tabi olarak West African Mills Company Limited (“Wamco I”) şirketini kurmuşlardır³²⁰. Sonraki yıllarda GKK’dan farklı fabrikaların da devralınmasıyla birlikte Wamco II ve Wamco III kurulmuştur³²¹. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar sonrasında Hamester, ev sahibi devletin ortak girişim sözleşmesine ve YKTK anlaşmasına aykırı davrandığı gerekçesiyle ICSID tahkimine başvurmuştur. Davacıya göre, ev sahibi devlet YKTK anlaşması çerçevesinde adil ve eşit muamele ilkesi, adil olmayan ve ayrımcı muamele yasağı, yatırımın korunması ve güvenliği ile birlikte haksız kamulaştırma yasağına aykırı davranışlarda bulunmuştur³²². Buna karşın ev sahibi devlet, Gana hukuku uyarınca davacının yatırımı olmadığı gerekçesiyle hakem kurulunun yargılama yetkisine itirazda bulunmuştur. Ev sahibi devlete göre, davacı ortak girişim sözleşmesini dolandırıcılıkla elde etmiş olup, ortak girişim aracılığıyla Wamco ve GKK’yı dolandırmaya devam etmiştir³²³. Buna göre dolandırıcılık çeşitli şekillerde gerçekleşmiştir: Öncelikle Hamester Wamco’nun çoğunluk hissedarı olarak şirket üzerindeki kontrolünü suistimal etmiştir. Wamco’nun bütün üretimini suni olarak düşürülmüş fiyatlardan satın alarak, aldığı ürünleri hiçbir katma değer eklemeyen kendi müşterilerine yüksek fiyatlardan satmıştır. Ayrıca Wamco’nun ürünlerini kendisine satarken bütün satış masraf ve komisyonlarını Wamco’nun üzerinde bırakmıştır ki; bu masraflar o zamanlarda Wamco’nun yıllık net kârından fazladır. Bunların dışında, Hamester şirkete olan kendi borçlarının azaltılması karşılığında Wamco’ya hiçbir zaman teslim almadığı bir Belçika şirketi satın aldırıştır. Wamco’nun tapularını almadığı iki binanın satın alınması aracılığıyla kendi hesabına para aktarmıştır. Yine Hamester’ın sponsor olduğu bir Alman futbol

³²⁰ Hamester v. Ghana, para. 23.

³²¹ Hamester v. Ghana, para. 30, 32.

³²² Hamester v. Ghana, para. 69.

³²³ Hamester v. Ghana, para. 81.

kulübünün futbolcu transfer masrafları Wamco tarafından ödenmiştir³²⁴. Davacı şirkete göre, GKK ile aralarında herhangi bir kâr paylaşma sözleşmesi olmadığı gibi, tekrar satışlardan elde edilen kârın paylaşımıyla da yükümlü değillerdir. Bunun yanında kendileri açısından zaten yatırımın birincil ekonomik değeri, sonraki satışlar için Wamco'nun ürün tedarik etmesidir ve hiçbir zaman sonraki satışlardan elde edilen kârın GKK ile paylaşılacağı taahhüdü de verilmemiştir³²⁵. Ayrıca satın alınan mülkler piyasa değerinde alınmış olup, iktisaplardan biri yapılmadan önce yönetim kurulu bu konu hakkında bilgilendirilmiştir. Futbolcu transfer masrafları ise bir Gana futbol kulübüne ve Gana Futbol Federasyonu'na kamu çıkarları için yapılmıştır zira futbol kulübünün başkanı Wamco'ya hükümetle müzakerelerinde yardımcı olabilecek önemli bir siyasi aktördür. Yine şirket satın alımı da yönetim kurulu onayıyla yapılmıştır³²⁶. Hakem kurulu, öncelikle *Phoenix v. Czech Republic* davasına atıfla, dürüstlük kuralıyla bağdaşır biçimde yapılmamış, yolsuzluk, dolandırıcılık içeren veya ev sahibi devlet hukukuna aykırı yatırımların korunmayacağını belirtmiştir³²⁷. Fakat hakem kuruluna göre, ev sahibi devlet hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili ispat külfetini yerine getirememiştir ve bu nedenle yargılama yetkisine itiraz reddedilmiştir³²⁸. Davanın esas aşamasında hukuka aykırılık iddiaları tekrar değerlendirilmese de Hamester'ın iddiaları farklı nedenlerle reddedilmiştir³²⁹.

Anderson v. Costa Rica davasında 137 Kanada vatandaşı, Kanada ve Kosta Rika arasında akdedilen YKTK anlaşmasına dayanarak ICSID tahkimine başvurmuş ve Kosta Rika'nın ulusal finans sistemi üzerinde yeterli denetimi sağlayamadığından bahisle tam koruma ve güvenlik ilkesi, adil ve eşit davranma yükümlülüğü ve haksız kamulaştırma yasağına aykırı davrandığını iddia etmişlerdir. Luis Enrique Villalobos Camacho ve kardeşi Osvaldo Villalobos Camacho ("*Villalobos Kardeşler*") Kosta Rika vatandaşı olup, Kosta Rika'da döviz bürosu sahibidirler. Villalobos kardeşler bireylerin ve şirketlerin, banka mevduatlarının üzerinde yüksek bir faiz oranıyla ve belirli şartlar altında anaparanın da geri ödenmesi karşılığında kendilerine mevduat

³²⁴ Hamester v. Ghana, para. 99.

³²⁵ Hamester v. Ghana, para. 116.

³²⁶ Hamester v. Ghana, para. 120-121-122.

³²⁷ Hamester v. Ghana, para. 123.

³²⁸ Hamester v. Ghana, para. 132-139.

³²⁹ Hamester v. Ghana, para. 362.

yatıracakları bir saadet zinciri (*ponzi scheme*) geliştirmişlerdir. Villalobos kardeşler, yatırımcıları toplanan sermayenin nasıl değerlendirileceği hususunda bilgilendirmemiş, iş planını oldukça gizli tutmuş ve yalnızca kendilerine referanslarla gelen kişilerin yatırımlarını kabul etmişlerdir³³⁰. Saadet zinciri kapsamında 6200'den fazla kişinin katkısıyla yaklaşık olarak 405 milyon dolar toplanmış olup, mevduat sahiplerinin büyük çoğunluğu da yabancı devlet vatandaşlarından olmuştur. Mevduat yatıran kişiler genellikle ehemmiyetsiz şekilde araştırma yapmışlar ve bunun yerine kendilerine öneride bulunan tanıdıklarının Villalobos kardeşlerin vaat edilen yüksek faiz oranlarını düzenli bir şekilde ödediğine dair beyanlarına güvenmişlerdir. Villalobos kardeşler, kendilerine para yatıran kişilere fonlarının durumu yahut yapılan yatırımlarla ilgili raporlar vermemiş ve bununla birlikte resmi makamlara da saadet zinciriyle ilgili herhangi bir bilgilendirmede bulunmamıştır³³¹. Resmi makamlar yürütülen faaliyetten şüphelenerek zaman zaman soruşturma yapmışlarsa da mevduat sahiplerinin kendileriyle iş birliği yapmaması nedeniyle hukuka aykırı faaliyetlerin kanıtlanabilmesi için yeterli delil elde edilememiştir. Kosta Rika adli makamları, Kanada'da bulunan bir suç örgütünün Villalobos kardeşlerin saadet zinciri vasıtasıyla kara para akladığını belirterek Kanada Adalet Bakanlığı'ndan iş birliği ve hukuki yardım talebinde bulunmuş ve sonrasında işletmelere baskın yapılarak şüpheliler dolandırıcılık ve hukuka aykırı finansal aracılık suçlarından yargılanmışlardır. Saadet zincirinin çökertilmesiyle birlikte geriye kalan varlıklar ile mağdurların tamamının zararının karşılanabilmesi bir yana, yerel mahkemeye başvurarak tazminat talebinde bulunan az sayıda mağdurun zararları bile tam anlamıyla telafi edilememiştir³³². Bunun üzerine ICSID tahkimine başvuran davacılar tazminat talep etseler de ev sahibi devlet, hakem kurulunun yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Ev sahibi devlete göre, öncelikle davacıların YKTK anlaşması kapsamında bir yatırımları bulunmamakta, yatırımları bulunsa dahi bu yatırımların Kosta Rika hukukuna ve uluslararası anlaşmalara aykırı davranışlar barındırması nedeniyle yatırımlar YKTK kapsamında korunmamaktadır³³³. Hakem kurulu, davacıların Villalobos kardeşlere para yatırmasını YKTK anlaşması kapsamında bir yatırım

³³⁰ Anderson v. Costa Rica, para. 16-17-18.

³³¹ Anderson v. Costa Rica, para. 22.

³³² Anderson v. Costa Rica, para. 23-24-26-27.

³³³ Anderson v. Costa Rica, para. 30-34.

olarak değerlendirirken, YKTK anlaşmasında bulunan ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı sebebiyle yatırımcının yatırımının Kosta Rika hukukuna uygun olması gerektiğinin altını çizmiştir. Hakem kuruluna göre bu şart, yatırımcının hukuku bilip bilmemesinden yahut hukuka uyma niyetinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir şarttır. Villalobos kardeşlerin kanuni bir gereklilik olan Merkez Bankası'nın izni olmaksızın finansal aracılık faaliyetinde bulunması ve nitelikli dolandırıcılık yaptığı göz önünde bulundurulacak olursa davacılar ile Villalobos kardeşler arasındaki bütün işlemler hukuka aykırı hale gelmektedir. Her ne kadar davacıların eylemleri suç teşkil etmese de Merkez Bankası kanununa aykırı olarak malvarlığı edindiklerinden dolayı, mülkiyetleri Kosta Rika hukukuna aykırı hale gelmekte ve YKTK anlaşması çerçevesinde korunmamaktadır³³⁴. Belirtilen sebeplerle hakem kurulu ev sahibi devletin itirazını kabul ederek, yargılama yetkisi bulunmadığına karar vermiştir³³⁵. *Anderson v. Costa Rica* davası, yatırımcının hukuka aykırılıkta kastının ve hukuka aykırılığa doğrudan katkısının bulunup bulunmamasının hukuka aykırılık yaptırımına etkisi bakımından önemli tespitler içermektedir. Bu dava göstermektedir ki, yatırımcının yatırıma ilişkin araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır ve yatırımcı bu hususta gerekli özeni göstermelidir. Zira hukuka aykırılık, yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna dair bilgisi veya yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna uyma isteğinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Elbette daha önce de bahsedildiği üzere yatırımcının dürüstlük kuralına uygun davranması, hukuka aykırılık yaptırımının istisnası olarak görülmektedir fakat bu davada yatırımcıların dürüstlük kuralına uygun davrandığından söz etmek de mümkün değildir zira görülmektedir ki, yatırımcılar tarafından yüksek kâr beklentisiyle risk alınmış ve yatırımın hukuka aykırı olması olasılığı göz ardı edilmiştir.

Dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyanat sebebiyle yatırımın hukuka aykırılığının³³⁶ yanı sıra bazı davalarda da tahkim sürecine yönelik hileler gündeme

³³⁴ Anderson v. Costa Rica, para. 50-51-52-55.

³³⁵ Anderson v. Costa Rica, para. 59.

³³⁶ Daha önce bahsi geçen *Inceysa v. El Salvador* ve *Fraport v. Philippines* davaları da dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyanatın tartışıldığı davalara örnek olarak gösterilebilir.

gelmiştir. Bu davalardan biri olan *Cementownia v. Turkey*³³⁷ davası, Çukurova Elektrik A.Ş. (“ÇEAŞ”) ve Kepez Elektrik Türk A.Ş. (“Kepez”) şirketlerine karşı alınan tedbirler sebebiyle Polonya şirketi olan Cementownia “Nowa Huta” S.A. tarafından açılmıştır. 1992 yılında ÇEAŞ ve Kepez’in özelleştirme ihalelerini Uzan ailesinin sahibi olduğu Rumeli Elektrik Yatırım A.Ş. kazanmıştır. 1998 yılında ÇEAŞ ve Kepez ile imtiyazların ifası için kullanılacak tesislerin devlet mülkiyetinde kalması ve imtiyaz sözleşmesi bitiminde zilyetliğin geri alınması şartıyla elektrik üretim, iletim ve dağıtımı için imtiyaz sözleşmeleri imzalanmıştır. 2001 yılında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile bütün elektrik iletim ağının kamu kuruluşu olan Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (“TEİAŞ”) tarafından yürütüleceği kararlaştırılmış olup, ÇEAŞ ve Kepez’den de iletim tesislerini TEİAŞ’a devretmesi talep edilmiştir. Buna karşın ÇEAŞ ve Kepez tazminat ödenmeksizin devri reddetmiştir. Davacıya göre, 30 Mayıs 2003’te ÇEAŞ’ta %12.23 ve Kepez’de %10.74 olmak üzere hisseler Kemal Uzan tarafından kendilerine devredilmiştir ve hisse devrinden 12 gün sonra 1998 tarihli imtiyaz sözleşmeleri Türkiye tarafından tek taraflı olarak feshedilmiştir. Bununla birlikte polis tesislere baskın yapmış, baskında ÇEAŞ ve Kepez’in diğer varlıklarıyla birlikte ticari defterlerine, kayıt ve dokümanlarına el konularak tesislere girişe izin verilmemiştir. Türkiye’ye göre fesih sözleşme şartları uyarınca yapılmıştır ve imtiyaz sözleşmelerinin feshedilmesinin nedeni ÇEAŞ ve Kepez’in sözleşmelere süregelen aykırılıkları ve Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca iletim tesislerini devretmeyi reddetmeleridir.³³⁸ Bu gelişmeler üzerine Cementownia, Türkiye’nin Enerji Şartı Anlaşması’nı ihlal ettiği iddiasıyla ICSID tahkimine başvurmuştur. Ev sahibi devlet olarak Türkiye, Cementownia’nın tahkime başvururken ilgili tarihte ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olmadığını bildiğini, Türk vatandaşlarının Cementownia’yı dolandırıcılık ve dava hakkının kötüye kullanımı için araç olarak kullandığını, Cementownia’nın Uzan ailesinin çeşitli uluslararası tahkim mahkemelerinde asılsız iddialar öne sürebilmek için kullandığı yabancı şirketlerden birisi olduğunu iddia etmiştir³³⁹. Hakem kurulu öncelikle tahkim davasında tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğini belirtmiş ve *Phoenix v. Czech*

³³⁷ Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17.09.2009.

³³⁸ Cementownia v. Turkey, para. 8-9-10-11-14-15-16.

³³⁹ Cementownia v. Turkey, para. 151.

Republic davasına atıfla taraflardan birinin ticari faaliyet amacıyla değil de yalnızca uluslararası yargıya erişim amacıyla yatırım yapmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini, böyle bir yatırımın koruma kapsamında olmayacağını ve sahip olunmayan uluslararası tahkim prosedürüne erişim hakkını elde edebilmek için yasal kurgu yaratılmasının kötüye kullanım olarak addedileceği yönünde kanaatini açıklamıştır³⁴⁰. Hakem kuruluna göre; davacı Cementownia 30 Mayıs 2003'te hisse sahibi olduğunu kanıtlayamamıştır³⁴¹ ki sunulan delillere göre davacı bunu kanıtlayabilseydi bile bu işlemin uluslararası anlaşmalar altında koruma elde edebilmek için yapıp yapılmadığı şüphesi giderilmediğinden dolayı davacının davranışı dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilecektir ve iddiaları da açıkça dayanaktan yoksundur³⁴². Hakem kurulu davacının kasten ve kötü niyetli olarak tahkim sürecini suistimal ettiğini belirtmiştir. ICSID içtihadı uyarınca tahkim yargılamasının kötüye kullanımı genellikle kötü niyetli tarafın dava masraflarına katlanması sonucunu doğururken hakem kurulu ayrıca davacı aleyhine beyanname sunmaya da karar vermiştir³⁴³. Hakem kuruluna göre, Uzan ailesinin bu davanın yanı sıra ICSID tahkiminde aynı hususta *Europe Cement v. Turkey*³⁴⁴ ile *Libananco v. Turkey*³⁴⁵ davalarını da açtığı³⁴⁶, Kemal Uzan'ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurduğu göz önünde bulundurulacak olursa diğer uluslararası mahkemeler ve hatta ICSID önünde aynı veya benzer davalar açma ihtimali bulunmaktadır ve bu durum açıkça uluslararası kurumsal tahkim sisteminin kötüye kullanımıdır. Dolayısıyla davacının asılsız iddialarını diğer uluslararası mahkemeler ve ICSID önünde tekrar sunmasının önüne geçebilmek adına kararlar birlikte

³⁴⁰ *Cementownia v. Turkey*, para. 153-154.

³⁴¹ *Cementownia v. Turkey*, para. 149.

³⁴² *Cementownia v. Turkey*, para. 156-157.

³⁴³ *Cementownia v. Turkey*, para. 159.

³⁴⁴ *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13.08.2009.

³⁴⁵ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 02.09.2011.

³⁴⁶ *Europe Cement v. Turkey* ile *Libananco v. Turkey* davalarında da ÇEAŞ ve Kepez uyuşmazlıkları sebebiyle farklı şirketler üzerinden dava açılmış olup, iki davada da *Cementownia v. Turkey* davasına benzer şekilde davacıların belirttikleri tarihten önce şirketlerde hisse sahibi olduklarını kanıtlayamamaları üzerine hakem kurulları yargı yetkilerinin bulunmadığına karar vermiştir. Bkz: *Europe Cement v. Turkey*, para. 176; *Libananco v. Turkey*, para. 570.

davacının davranışlarının kınandığı resmi bir beyanname sunulması gerekliliği doğmuştur³⁴⁷.

III. DİĞER HUKUKA AYKIRILIKLAR

Yolsuzluk, dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyanat dışında yatırımcının hukuka aykırı davranışı ev sahibi devlet hukukunun farklı düzenlemelerine aykırılık şeklinde de gerçekleşebilir.

A. Ticari ve Mali Yükümlülüklerin İhlali

Ev sahibi devletin ticaret hukukunda öngörülen bir takım yükümlülükler ve yine vergi ve diğer mali yükümlülüklerin ihlali de hukuka aykırılığın konusu olabilir. Örneğin, *Quiborax v. Bolivia* davasında ev sahibi devlet, yatırımcıların ticaret hukuku ve vergi hukukuna aykırı davranışlarda bulunduğunu iddia etmiştir. Bu davada davacılar Şilili maden şirketi Quiborax, Şili vatandaşı Allan Fosk Kaplun ve Bolivyalı maden şirketi Non-Metallic Minerals'tir ("NMM"). Quiborax, 2001 yılında Bolivyalı bir başka şirket Rio Grande'den madencilik imtiyazlarını satın almış ve bu imtiyazlar davacı Quiborax ve Allan Fosk'un hissedarı olduklarını iddia ettikleri NMM'ye devredilmiştir. Daha sonra NMM bu imtiyazlara ek olarak farklı imtiyazların da sahibi olmuştur. Davaya konu uyuşmazlık özetle, NMM'nin imtiyazlarının feshedilmesinden doğmuş olup, Quiborax ve Allan Fosk NMM'de hissedar olduklarını iddia ederek ICSID tahkimine başvurmuşlardır³⁴⁸. Bolivya, YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartına dayanarak hakem kurulunun yargılama yetkisi bulunmadığını iddia etmiştir. Ev sahibi devlete göre davacılar, Bolivya kanun ve yönetmeliklerini farklı sebeplerle ihlal etmişlerdir: NMM ticaret kanununa aykırı bir şekilde ticaret sicil müdürlüğü onayı olmaksızın sermaye artırımını yapmış, davacılar Rio Grande'ye karşı dolandırıcılık yapmış zira Rio Grande davacılarından devir için ödeme almamıştır. Eğer bu devir bağışlama şeklinde gerçekleşmişse Quiborax karşılıksız devir için vergi ödememiş ve bağış noter onayıyla gerçekleşmemiş; eğer devir bağışlama şeklinde değilse Quiborax ve Allan Fosk intikal vergisini ödememiş ve Rio Grande ticaret kanunundan doğan bir gereklilik olan sermayenin azaltılması işlemini gerçekleştirmemiş, davacılar yabancı

³⁴⁷ Cementownia v. Turkey, para. 154.

³⁴⁸ Quiborax v. Bolivia, para. 14-15-16-17.

lehtarlar için kurumlar gelir vergisini ödememiş, madencilik imtiyazlarının kaydına, finansal tabloların doğruluğuna ve hissedarların tesciline ilişkin düzenlemeleri ihlal etmiştir³⁴⁹. Davacılar, ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazlarını reddederek, Bolivya hukukunu ihlal edecek herhangi bir davranışları bulunmadığını, hukuka aykırılık olsaydı bile bunun dürüstlük kuralı istisnası kapsamında değerlendirileceğini belirtmişlerdir. Zira davacılara göre; bahsedilen hukuka aykırı davranışların hiçbirisi *Plama v. Bulgaria*, *World Duty Free v. Kenya*, *Inceysa v. El Salvador* davalarında olduğu gibi ne yatırımı korumaya yardımcı olmuş ne de yatırımı daha kârlı hale getirmiştir³⁵⁰. Ev sahibi devletin iddialarını ayrı ayrı değerlendiren hakem kurulu, yatırımcıların hukuka uygunluk şartını ihlal etmediğine karar vererek ev sahibi devletin itirazını reddetmiştir³⁵¹. Belirtmek gerekir ki; bu davada hakem kurulu, ev sahibi devletin iddialarının tümünü incelemiş ve yatırımcının davranışlarının belirtilen düzenlemelere aykırılık oluşturmadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla ticaret ve vergi hukuku dahilindeki düzenlemelerin de hukuka uygunluk şartı bakımından ev sahibi devlet hukuku kapsamında görüldüğü hususunda şüphe yoktur. Zira ticaret ve vergi hukukuna ilişkin düzenlemeler de ev sahibi devlet hukukunun bir parçasıdır. Bu davada hakem kurulu, her ne kadar hukuka uygunluk şartının konu bakımından; ev sahibi devlet hukukunun önemsiz olmayan biçimde ihlal edilmesi, ev sahibi devlet hukukunun yabancı yatırıma ilişkin hükümlerinin ihlali ve dolandırıcılık ile sınırlı olduğu kanaatine varmışsa da³⁵² ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazlarının hiçbirini konu bakımından hukuka uygunluk şartı kapsamına girmediği gerekçesiyle reddetmemiş; bunun aksine ev sahibi devletin bütün iddialarını hukuka uygunluk şartı kapsamında görerek ayrı ayrı değerlendirmiştir. Bu değerlendirme kapsamında iddiaların bir kısmını ev sahibi devletin ticaret ve vergiye ilişkin düzenlemelerine aykırılık olmaması nedeniyle, bir kısmını yeterli delil sunulmadığı gerekçesiyle, bazılarını ise yatırımın kuruluşundan sonraki sürece ilişkin olması sebebiyle reddetmiştir.

³⁴⁹ Quiborax v. Bolivia, para. 242-243.

³⁵⁰ Quiborax v. Bolivia, para. 252.

³⁵¹ Quiborax v. Bolivia, para. 282.

³⁵² Quiborax v. Bolivia, para. 266.

B. Akdi Yükümlülüklerin İhlali

Ev sahibi devletin ticaret ve vergi hukukuna dair düzenlemeleri hukuka uygunluk şartı kapsamında görülmekle birlikte yatırımcının akdetmiş olduğu sözleşmelere aykırı davranışları, ev sahibi devlet hukukuna aykırılık kapsamında değerlendirilmemektedir.

Ev sahibi devletin, yatırımcının akdi yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasıyla hukuka aykırılık itirazında bulunduğu davalardan biri *Vannessa Ventures v. Venezuela*³⁵³ davasıdır. Bu davada ev sahibi devlet, davacının bir ortak girişimin hissedarlar sözleşmesine aykırı bir şekilde şirket devraldığını, böylece Venezuela Medeni Kanunu'nun taraflar arasındaki sözleşmelerin kanun hükmünde olacağını belirten maddesini ihlal ettiğini ve bu ihlalle YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartının gereği gibi yerine getirilmediğini belirterek, hakem kurulunun yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Buna karşın davacı, hisselerin devri sürecinde Venezuela hukukunun gerektirdiği bütün formalitelerin yerine getirildiğini, hissedarlar sözleşmesine aykırılık bulunmadığını, sözleşmeye aykırılık bulunsa bile bunun Venezuela hukukunu ihlal olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Hakem kurulu, öncelikle ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazının davanın esasında inceleneneğini belirtmiştir³⁵⁴. Davanın esas aşamasında ev sahibi devlet; davacının yatırımının Venezuela hukukuna aykırı olduğunu tekrarlayarak, YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartının hem Venezuela medeni hukuku hem de taraflar arasındaki akdi ilişki kapsamında davacının dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğini de şart koştuğunu, “*Venezuela hukuku*” tabirinin yalnızca kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, yönetmelikleri kapsamadığını, bu tabirin hukuk sisteminin bütününe ifade ettiğini ve akdi yükümlülüklerin de hukuk sisteminin bütünü içinde yer aldığını söylemiştir³⁵⁵. Davacı ise Kanada ve Venezuela arasındaki YKTK anlaşmasında bulunan en çok gözetilen ulus kaydından hareketle Venezuela ve Birleşik Krallık arasındaki YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartı bulunmadığını bu sebeple hukuka uygunluk şartının kendisi için de uygulanmaması

³⁵³ *Vannessa Ventures Ltd v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/06, Award, 16.01.2013.

³⁵⁴ *Vannessa Ventures Ltd v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/06, Decision on Jurisdiction, 22.08.2008, para. 3.3.

³⁵⁵ *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Award, para. 128-129.

gerektiğini iddia etmiştir³⁵⁶. Hakem kurulu öncelikle en çok gözetilen ulus kaydına değinerek, en çok gözetilen ulus kaydının yalnızca Kanada ve Venezuela arasındaki YKTK anlaşmasındaki yatırım tanımı kapsamına giren yatırımlar için geçerli olduğunu ve hukuka uygunluk şartının da yatırım tanımı içerisinde bulunduğu dikkate alındığında en çok gözetilen ulus kaydının YKTK anlaşmasıyla devletlerin koruma taahhüt ettiği yatırımların kapsamını genişletemeyeceğini belirtmiştir. Hakem kuruluna göre; YKTK anlaşmasında bahsi geçen ev sahibi devlet hukuku, devletin kamu yetkilileri tarafından kamusal yetkiye binaen çıkartılan kanunlar veya düzenlemeleri ifade etmektedir ve bütünüyle akdi olan yükümlülükleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla ev sahibi devlet hukukundan anlaşılması gereken, özel hukuk kişilerinin kendileri için yarattığı yükümlülükler değil, ev sahibi devlet tarafından kişilere atfedilen yükümlülüklerdir. Bu açıklamaya binaen hakem kurulu, davacı hissedarlar sözleşmesine aykırılıkta bulunmuş olsa bile bu durumun YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartı kapsamına giren bir ev sahibi devlet hukukuna aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir³⁵⁷.

Kanaatimizce; hakem kurulunun akdi yükümlülüklerin ihlalini, hukuka uygunluk şartı çerçevesinde ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak addetmemesi son derece isabetli bir karardır. Zira kamusal otorite dışında, özel hukuk kişilerinin kendi iradeleriyle kendileri için yarattığı yükümlülükler, ev sahibi devlet hukukunun emredici hükümleri çerçevesine tabi olmakla birlikte ev sahibi devlet hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme yalnızca tarafları bağlarken, medeni hukuk kapsamında sözleşmenin geçerlilik şartları gibi hususlara dair devlet tarafından çıkarılan kanun veya yönetmelik gibi düzenlemeler bir sözleşme akdedecek kişilerin tümünü bağlar. Dolayısıyla bu davada olduğu gibi yatırımcının ortak girişim kapsamında, ortak girişimin tarafı olan diğer kişilere karşı akdi yükümlülüklerini ihlal etmesi elbette ev sahibi devlet hukukunun ihlali olarak görülmemelidir. Zira ilgili sözleşme, ev sahibi devlet hukukunun bir parçası değildir, yalnızca ev sahibi devlet hukukuna tabi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yatırımcının akdi yükümlülüklerini ihlali, hukuka uygunluk

³⁵⁶ Vannessa Ventures v. Venezuela, Award, para. 131.

³⁵⁷ Vannessa Ventures v. Venezuela, Award, para. 133-134-135.

şartı kapsamında değerlendirilecek olursa, yapılan yabancı yatırımların büyük çoğunluğu YKTK anlaşmalarının koruma kapsamı dışında kalma ihtimaliyle karşı karşıya kalabilir. Zira bir yabancı yatırımın kurulması veya işletilmesi aşamasında yatırımcılar pek çok kişiyle farklı hususlarda pek çok sözleşme akdedebilmektedir. Yatırımcının akdi yükümlülüklerini ihlalinin yatırımı hukuka aykırı hale getirdiği düşünülecek olursa, akdedilen çok sayıda sözleşmenin belirli hükümlerinin ihlali halinde yatırım, YKTK anlaşması koruması dışında kalacaktır. Bu durum, en başta devletler arasında akdedilen YKTK anlaşmalarının amacına ters düşmektedir.

C. Yabancı Yatırıma İlişkin Düzenlemelerin İhlali

Yabancı yatırıma yönelik düzenlemelerin, ev sahibi devlet hukukunun bir parçası olduğu tartışmasızdır. Fakat hukuka uygunluk şartının kapsamı çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde de belirtildiği üzere; hakem kurulları farklı sebeplerle yabancı yatırıma yönelik düzenlemelerin ihlali nedeniyle hukuka aykırılık itirazını reddedebilmektedir.

Swembalt v. Latvia davasında ev sahibi devlet, yatırımcının Yabancı Yatırım Kanunu'na uymadığını ve ayrıca yatırımcıyla akdedilen kira sözleşmesinin geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Swembalt İsveçli bir şirket olup, dava konusu uyuşmazlık ise Swembalt'ın sahibi olduğu, İsveç'e kayıtlı bir geminin yetkili makamların izni doğrultusunda Riga limanına demir atmasından sonra gelişen olaylardan doğmuştur. Davacının iddialarına göre gemi kendilerinin izni olmaksızın liman yetkilileri tarafından kira sözleşmesine konu yerden iki deniz mili öteye götürülmüş, davacı ve kiracıların gemide iş faaliyetleri yürütmesi yasaklanmış ve gemi enkaz olduğu belirtilerek açık arttırmaya çıkarılmıştır³⁵⁸. Ev sahibi devlet, ilgili YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartına dayanarak hakem kurulunun yargılama yetkisi bulunmadığını öne sürmüştür. Ev sahibi devlete göre öncelikle gemi Riga limanına yenileme için Nisan 1993'te çekilmişken, Swembalt tarafından Letonya'da kurulmuş şirket olan Swede Balt SIA'nın kaydı Ekim 1993 tarihlidir. Dolayısıyla bu durum, faaliyetini Letonya'da sürdürecektir yabancı yatırımcıların bir Letonya şirketi kurması gerekliliğini düzenleyen Yabancı Yatırım Kanunu'na

³⁵⁸ Swembalt v. Latvia, para. 7.

aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca davacıların kira sözleşmesi geçersizdir zira Riga limanı alanında kira sözleşmesi yapmaya yalnızca Riga liman idaresi yetkiliyken farklı yetkililerle imzalanan sözleşme hüküm ifade etmemektedir. Hakem kurulu, yatırımcının Letonya'daki faaliyetinin Kasım 1993'te geminin Kipsala'daki demir yerine çekildikten sonra başladığını, bunun öncesinde Riga limanında yalnızca yenileme için bulunduğunu ve bu durum da Yabancı Yatırım Kanunu tarafından faaliyet olarak değerlendirilmediği için ev sahibi devletin ilk iddiasının temelsiz olduğunu belirtmiştir. Hakem kurulu kira sözleşmesinin geçersiz olduğu iddiasıyla ilgili ise, yetkililerin proje başlangıcında Swembalt'ı bilgilendirmemesinin, geminin Kipsala'ya çekilmesinde Riga limanı başkanının kılavuz olarak yer almasının ve iddia edildiği üzere hukuka aykırı duruma müdahalede bulunmak için yetkililerin dört aydan fazla bir süre beklemelerinin şaşırtıcı olduğunu ifade etmiştir. Hakem kurulu belirtilen sebeplerle yatırımcının Letonya hukukuna aykırı davranışta bulunmadığı sonucuna ulaşmış olup, her halükârda ev sahibi devletin müdahalelerinin var olmuş olabilecek hukuka aykırılıklar nispetinde ölçülü olmadığını da eklemiştir³⁵⁹. Bu davada hakem kurulu, yabancı yatırıma ilişkin düzenlemelerin ihlalini hukuka uygunluk şartı kapsamında görmüş olmakla birlikte, yatırımcının davranışının ilgili kanunu ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Kira sözleşmesinin geçersiz olmasıyla ilgili yapılan değerlendirme bakımından ise, hakem kurulunun gerekçeleri daha önce bahsetmiş olduğumuz estoppel istisnasıyla örtüşmektedir ve kanaatimizce isabetli bir değerlendirmedir.

Saba Fakes v. Turkey davasında da ev sahibi devlet olan Türkiye, davacının yabancı yatırımı teşvik ve telekomünikasyon sektörü düzenlemeleri ile birlikte rekabet hukukuna aykırı davranışlarda bulunduğunu öne sürmüştür. Dava, telekomünikasyon şirketi olan Telsim'in 2003 yılında kamulaştırılmasından doğmuştur. 28 Mart 2003 tarihi itibarıyla Telsim hisselerinin yaklaşık %67'sine Standard Telekomünikasyon Bilgisayar Hizmetleri A.Ş. ("Standard Telekom") vasıtasıyla Uzan ailesi sahipken, Hollanda ve Ürdün vatandaşı olan davacı Saba Fakes 3 Temmuz 2003'te Telsim'in %66,96 oranında hissesini devraldığından bahisle ev sahibi devletin Türkiye ve Hollanda arasında akdedilen YKTK

³⁵⁹ Swembalt v. Latvia, para. 32-33-34-35.

anlaşmasına uymadığını iddia ederek ICSID tahkimine başvurmuştur³⁶⁰. Türkiye, Uzan ailesi ve bu ailenin kontrolünde bulunan kuruluşların Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en büyük bankacılık dolandırıcılığını gerçekleştirdiğini ve uyuşmazlığın bu dolandırıcılıkla doğrudan ilişkili olduğunu belirtmiş³⁶¹, ayrıca davacının Telsim hisselerini devralmasının da YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartını karşılamadığını iddia etmiştir. Davacı Saba Fakes'e göre, Standard Telekom hisselerini Ürdün vatandaşı Nasser Masoud tarafından kurulan Masoud International Trading Establishment ("Masoud") şirketine devretmiş ve kendisi de Masoud'tan bu hisseleri hukuka uygun olarak devralmıştır. Ev sahibi devlete göre öncelikle hisse senedi yerine çıkarılmış geçici ilmühaberler başlangıçtan itibaren hükümsüzdür zira 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu madde 413'e göre *"Hisse senetlerinin şirketin unvanını, esas sermaye miktarını ve tescil tarihini, senedin nevi ve itibari kıymetini ihtiva etmesi ve şirketin adına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından imza edilmiş olması şarttır."* Oysa dava konusu geçici ilmühaberler yalnızca Hakan Uzan tarafından imzalanmış olup, iki imza şartını taşınamaması nedeniyle Türk hukukuna göre geçerli değildirler. Davacı tarafın karşı argümanlarıyla birlikte konuyu değerlendiren hakem kurulu, Türk hukukunda geçici ilmühaberler için iki imza şartını taşıyan herhangi bir açık hüküm bulunmadığı ve içtihat da bu hususa değinilmediğinden bahisle geçici ilmühaberlerin şekil yönünden geçerli olduğu sonucuna varmıştır³⁶². Hakem kurulu, Uzan-Masoud-Fakes zincirinde hiçbir zaman gerçek niyetin hisselerin davacıya devri olmadığı, hatta ilgili geçici ilmühaberlerin davacıya fiziki olarak bile teslim edilmediğinden bahisle davacının ICSID Konvansiyonu m. 25/1'e göre yatırımı olmaması nedeniyle uyuşmazlığın yargılama yetkisi kapsamında olmadığını belirtmiştir. Bu sebeple hukuka aykırılığa dair diğer iddiaların değerlendirilmesine lüzum görülmemiştir³⁶³. Hakem kurulu, hukuka aykırılığa ilişkin iddiaları detaylıca incelememiş olsa dahi; telekomünikasyon sektörüne ilişkin düzenlemeler ile rekabet hukukuna aykırılığın,

³⁶⁰ Saba Fakes v. Turkey, para. 29-30-32.

³⁶¹ Saba Fakes v. Turkey, para. 33.

³⁶² Saba Fakes v. Turkey, para. 126-128-129.

³⁶³ Saba Fakes v. Turkey, para. 147-148-149.

hukuka uygunluk şartı kapsamında olmadığını fakat yabancı yatırımı teşvik ile ilgili itirazların hukuka uygunluk şartı kapsamında görülebileceğini ifade etmiştir³⁶⁴.

Desert Line v. Yemen davasında ev sahibi devlet, davacının yatırımının Yatırım Kanunu'na göre “*kabul edilmiş*” bir yatırım olmadığı ve bu sebeple YKTK anlaşması kapsamında korunmayacağı savunmasında bulunmuştur. Ev sahibi devlete göre, hükümet davacının projesini kabul etmiş olsa bile bu kabul ilgili kanun ve yönetmeliklere uygun olarak YKTK anlaşması kapsamında kabul anlamına gelmemektedir. Yemen Yatırım Kanunu, yatırımın kaydedilmemesi durumunda davacının faaliyetlerini tek başına hukuka aykırı hale getirmiyor olsa da yatırımın YKTK anlaşması çerçevesinde korunmasını engellemektedir. Davacıya göre; ev sahibi devletin hukuka uygunluk şartını da barındıran YKTK'nın ilgili maddesi Yemen Yatırım Kanunu'na herhangi bir atıfta bulunmamakta, yalnızca “kanun ve yönetmelikler” ifadesini barındırmaktadır. Dolayısıyla ev sahibi devlet eğer “kanun ve yönetmelikler” ifadesini Yemen Yatırım Kanunu'na atıfla tanımlamak isteseydi bunu açıkça yapabilirdi. Ayrıca ev sahibi devletin ilgili maddeye dair yorumu, yatırım tanımı için yerel hukuk gerekliliklerine değil de tarafların niyetine göre değerlendirme yapan uluslararası hukuka ve uygulamaya aykırıdır. Yerel hukuk yalnızca yatırımın hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda gündeme gelebilir. Bütün bunların dışında Yemen Yatırım Kanunu Yemen'deki bütün yatırımlar için değil yalnızca kanun bağlamında lisans şartı öngörülmüş yatırımları kapsamaktadır ve dava konusu yatırım bu yatırımlardan değildir³⁶⁵. Hakem kurulunun değerlendirmesine göre; ev sahibi devletin davacının yatırımının kanun ve yönetmeliklere göre kabul edilmiş bir yatırım olmadığı ve bu nedenle YKTK anlaşmasının korumasından yararlanamayacağı savunması ikna edicilikten oldukça uzaktır³⁶⁶. YKTK anlaşması 1998 yılında akdedilmiş ve Yemen Yatırım Kanunu ise 1991 yılında yürürlüğe girmiş olduğuna göre, ev sahibi devlet YKTK anlaşmasında yer alan “*kanun ve yönetmeliklerine göre*” ifadesiyle Yemen Yatırım Kanunu'na atıf yapma niyetinde olsaydı bunu daha spesifik olarak belirtme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir. Fakat ev sahibi devlet bunu spesifik olarak belirtmemiştir,

³⁶⁴ Saba Fakes v. Turkey, para. 120.

³⁶⁵ Desert Line v. Yemen, para. 93-94.

³⁶⁶ Desert Line v. Yemen, para. 99.

belirtseydi bile Yemen Yatırım Kanunu'nda bir yatırımın “kabul edilmiş” sayılabilmesi için belirli bir şekil şartı öngörülmemiştir ayrıca devletin en yüksek kademelerinin farklı bir “kabul” biçimi benimsemesini de yasaklamamıştır. Davacının cumhurbaşkanı, başbakan, ekonomi bakanı, çevre ve şehircilik bakanıyla anlaşmalar yaptığı göz önünde bulundurulacak olursa ev sahibi devlet yatırımın Yemen hukukuna göre kabul edilmiş bir yatırım olmadığı yönündeki savını tatmin edici bir şekilde ispatlayamamıştır³⁶⁷. Hakem kurulu ayrıca, yatırımcının dürüstlük kuralı çerçevesinde davrandığını ve ev sahibi devletin iddialarının estoppel engeline takıldığını belirtmiştir. Hakem kuruluna göre; üst düzey devlet görevlilerinin yatırıma onay verdiği bir durumda, ev sahibi devletin daha alt kademedeki bir kurumdan onay alınmadığı gerekçesiyle yatırımın hukuka aykırı olduğunu iddia etmesi çelişki oluşturmaktadır³⁶⁸. Kanaatimizce, hakem kurulunun, hukuka uygunluk şartında açıkça Yemen Yatırım Kanunu'na atıf yapılmadığına dair sunduğu gerekçe makul değildir zira “*kanun ve yönetmeliklerine göre*” ifadesi ile zaten genel olarak ev sahibi devletin kanunlarına atıf yapılmıştır. Dolayısıyla, bu genel ibarenin yerine YKTK anlaşmasında spesifik olarak, ev sahibi devletin her kanununun belirtilmesini beklemek makul bir beklenti değildir. Fakat ilgili kanunda farklı bir kabul biçimi benimsenmesinin yasaklanmamış olması ve yatırımcının anlaşmalarını üst düzey devlet görevlileriyle yapması, yatırımın ev sahibi devlet tarafından kabul edildiğine delalet edebilir ve hakem kurulunun bu nedenle ev sahibi devletin itirazını reddetmesi doğrudur. Hakem kurulunun bu hususta, ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını estoppel nedeniyle öne süremeyeceği değerlendirmesi de oldukça isabetlidir zira daha önce de belirtildiği üzere, estoppel doktrini, bir kimsenin kendi eylem veya kabulünün aksini iddia etmesini engellemektedir. Ev sahibi devletin üst kademesini temsil eden cumhurbaşkanı, başbakan ve bazı bakanlar bizzat yatırıma onay vermişken, ev sahibi devletin daha alt kademedeki bir kurumdan onay alınmadığı gerekçesiyle yatırımın hukuka aykırı olduğunu iddia etmesi; açıkça kendi kabulünün aksini iddia etmesidir.

³⁶⁷ Desert Line v. Yemen, para. 103-105.

³⁶⁸ Desert Line v. Yemen, para. 118-119.

L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria davasında da *Desert Line v. Yemen* davasına benzer şekilde, ev sahibi devlet yatırımın ilgili kuruma kaydedilmediğinden bahisle tahkim yargılamasına rızası bulunmadığını savunmuştur³⁶⁹. İtalyan şirket L.E.S.I-DIPENTA, Cezayir’de içme suyu sağlanması amacıyla baraj inşaatı yapım ihalesini kazanmış ve daha sonra gelişen olaylar çerçevesinde Ulusal Barajlar Kurumu tarafından mevcut sözleşmenin feshedilmesi sebebiyle ICSID tahkimine başvurmuştur³⁷⁰. Ev sahibi devlet, davacının faaliyetlerinin YKTK anlaşması kapsamında yatırım olarak tanımlanabilmesi için Cezayir hukukuna uygun olması gerektiğini, hukuka uygunluk şartının yalnızca Cezayir’in 1990 yılından itibaren akdettiği bütün YKTK anlaşmalarında bulunmakla kalmayıp dünya çapında neredeyse bütün YKTK anlaşmalarında bulunan bir örf ve adet kuralı olduğunu, davacının yabancı yatırımların Yatırımların Teşviki, Korunması ve Gözetimi Kurumu’na bildirilmesi gerekliliğini düzenleyen kanun hükmünde kararnameye uymadığını belirterek yargılama yetkisine itirazda bulunmuştur. Hakem kurulu, YKTK anlaşmasının bir uluslararası anlaşma olduğunu ve bu nedenle tek tarafın yerel mevzuatına göre yorumlanamayacağını, hukuka uygunluk şartının Cezayir hukukundaki gibi yatırım kavramına dair resmi bir onay prosedürü oluşturmadığını, yalnızca hukukun temel ilkelerine aykırı biçimde yapılmış yatırımları koruma dışında bırakacağını ve dolayısıyla mevcut YKTK anlaşması çerçevesinde Cezayir’in dava konusu uyuşmazlık için tahkim yargılamasına rızasının bulunduğu yönünde kanaatini açıklamıştır³⁷¹.

³⁶⁹ L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria, para. 21.

³⁷⁰ L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria, para. 4-24-37.

³⁷¹ L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria, para. 22-24-25.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YATIRIM TAHKİMİNDE USULE İLİŞKİN MESELELER

Yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışları bakımından önem arz eden hususlardan biri de hukuka aykırılığın yargılamanın hangi aşamasında değerlendirileceğidir. Önceki bölümlerde açıklanan davalardan da anlaşılabileceği üzere; kimi hakem kurulu hukuka aykırılığı yargılama yetkisi bakımından değerlendirmiş, kimi kabul edilebilirlik bakımından değerlendirmiş, kimi ise bunu esasa ilişkin bir mesele olarak görmüştür. Öyleyse görülen davalardaki farklı usul yaklaşımlarının sebepleriyle birlikte incelenebilmesi için öncelikle yatırım tahkiminde yargılamanın aşamaları hakkında genel bilgi verildikten sonra özel olarak hukuka aykırılığa dair usul uygulamalarının incelenmesi daha uygun olacaktır.

I. YARGILAMA YETKİSİ

A. Genel Olarak Yargılama Yetkisi

Hakem kurulunun yargılama yetkisi, önüne gelen dava hakkında karar verebilme salahiyetini ifade eder³⁷². Yargılama yetkisi, hakem kurulunun verdiği kararın meşruiyeti bağlamında en önemli unsur olarak sayılabilir. Zira yargılama yetkisi olmadan verilen yahut hakem kurulunun yargılama yetkisini aştığı bir karar iptal davasına konu olabilir³⁷³ veya kararın tanınması ve tenfizi mümkün olmayabilir³⁷⁴. Tahkim usulünün etkin bir biçimde işleyebilmesi için büyük önem arz eden *Kompetenz-Kompetenz* prensibi gereğince hakem kurullarının kendi yargı yetkileri hakkında karar verme yetkisi bulunsun da³⁷⁵ yargılama yetkisinin kapsamı belirli hususlarla sınırlıdır.

³⁷² Filip Balcerzak, “Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights”, *ICSID Review*, C. 29, S. 1, 2014, s. 218.

³⁷³ ICSID Convention, m. 52/1-b.

³⁷⁴ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), (Çevrimiçi) <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>, 11 Mayıs 2019, m. 5/1-c.

³⁷⁵ Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2011, s.358; Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4. bs., London, Sweet & Maxwell, 2004, s.252; Alvaro Santiago Rey de Castro Alarco, “The Competence of an Arbitral

Uluslararası yatırım tahkiminde hakem kurulunun uyuşmazlık üzerinde yargılama yetkisinin varlığı için öncelikle tarafların tahkim yargılamasına geçerli bir rızası olmalıdır. (*ratione voluntatis*) Bu rızanın yetkiye dair kapsamı ise kişi bakımından (*ratione personae*), konu bakımından (*ratione materiae*), zaman bakımından (*ratione temporis*) ve yer bakımından (*ratione loci*) olmak üzere dört ana başlık altında incelenebilir³⁷⁶. Yatırımcının hukuka aykırı davranışının yargılama yetkisi kapsamında değerlendirildiği davalarda, genel olarak tahkime rıza ile konu bakımından yetkinin varlığı tartışılmaktadır. Bu nedenle öncelikle bu iki unsur hakkında genel bilgi verilecektir.

1. Tarafların Rızası (*Ratione Voluntatis*)

Tahkim usulünde yargılama yetkisinin özünde tarafların rızası yatmakla birlikte, yatırım tahkiminde tarafların konumu düşünülecek olursa yargılama yetkisine ev sahibi devletin rızasının yön verdiği söylenebilir³⁷⁷. Daha önce de belirtildiği üzere yatırım tahkiminde bu rıza, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmesi, ev sahibi devletin milli hukukundaki düzenlemeler yahut devletler arasında akdedilen iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla sunulabilir. Ev sahibi devletin milli hukuk ve iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla tahkim yargılamasına sunmuş olduğu rıza, yabancı yatırımcıyla akdedilen yatırım sözleşmesi ile sunulan rızadan farklılık gösterir. Zira ev sahibi devletin yatırım sözleşmesinde tahkim yargılamasına rıza beyanı, yalnızca bu sözleşmenin tarafı olan yatırımcı bakımından geçerli olurken; diğerleri bakımından belirli şartların gerçekleşmesi dahilinde yabancı yatırımcılara genel bir rıza sunulmaktadır³⁷⁸.

Tribunal under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, An Analysis of Bilateral Investment Treaties Provisions and a Question of Admissibility”, **Agenda Internacional**, C. 14, S. 25, 2007, s. 204-205.

³⁷⁶ Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, **University of Cambridge Faculty of Law Research Paper**, S. 9, 2014, s. 31.

³⁷⁷ Douglas, **a.g.e.**, s. 145.

³⁷⁸ İnci Ataman-Fıganmeşe, **Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of Arbitration Without Privity**, s. 191.

1.1. Sözleşme ile Tahkime Rıza

Ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında doğrudan akdedilen bir sözleşmeyle tahkime rıza verilebilmesi mümkündür. Bu rıza gelecekte doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından verilebileceği gibi tarafların anlaşması üzerine var olan bir uyuşmazlık bakımından da verilebilir. Verilen rıza, bir yatırım sözleşmesine dahil olabileceği gibi ayrı bir sözleşme kapsamında da olabilir. Veya örneğin; sözleşmede bir YKTK anlaşmasına atıf yapılarak bu anlaşmadaki tahkim rızasının geçerli olacağı kararlaştırılabilir³⁷⁹.

Bir yatırım kapsamında taraflar arasında birden fazla sözleşme akdedilmesi ve bu sözleşmelerin bir kısmında tahkim şartı bulunurken bir kısmında bulunmaması durumunda, tahkim şartının bütün sözleşmeler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı problemi gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda genellikle hakem kurulları tahkim rızasını geniş bir bakış açısıyla yorumlamakta ve taraflar arasındaki ilişkinin bütününe değerlendirmektedir. Dolayısıyla tahkim rızası yalnızca tahkim şartının bulunduğu sözleşmeler bakımından değil, yatırım faaliyetinin bütünü kapsamında ilişkili tüm sözleşmeler bakımından geçerli olmaktadır³⁸⁰.

1.2. Milli Hukuk ile Tahkime Rıza

Ev sahibi devlet, kendi hukukundaki düzenlemeler ile uluslararası yatırım tahkimine rıza gösterebilir. Rıza karşılıklı olduğundan, bu düzenlemeler ev sahibi devletin tek taraflı olarak yabancı yatırımcıya sunduğu icap olarak düşünülmelidir. Yabancı yatırımcının bu icabı kabulüyle birlikte karşılıklı olarak tahkime rıza oluşmuş olur. Yabancı yatırımcı bu icabı, tahkim davası açarak kabul edebileceği gibi önceki bir zamanda da kabul edebilir. Karşılıklı rıza oluşmadan önce ev sahibi devletin istediği zaman kendi hukukunu değiştirerek, tek taraflı olarak sunduğu bu icabını geri alabileceği düşünülecek olursa yabancı yatırımcılar için bu gibi durumlarda dava açmayı beklemek yerine, önceki bir zamanda icabı kabul etmeleri

³⁷⁹ Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999, para. 55-59.

³⁸⁰ Schreuer, **a.g.e.**, s. 1409; Pierre Lalive, "The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems", **The British Year Book of International Law**, C. 51, S. 1, 1980, s. 156-160.

daha ihtiyatlı bir davranış olacaktır. Yabancı yatırımcının kabulü, yalnızca ev sahibi devletin sınırlarını kendisinin çizdiği kapsam bakımından verdiği rıza ile sınırlıdır. Bu kapsam ev sahibi devlet bakımından dar bir biçimde belirleneceği gibi geniş bir biçimde de saptanabilir³⁸¹.

1.3. İki Taraflı ve Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarıyla Tahkime Rıza

Uluslararası yatırım tahkiminde ev sahibi devletlerin tahkime rıza vermesi, yaygın olarak iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Milli hukuk vasıtasıyla tahkime rıza sunulmasında olduğu gibi, yatırım anlaşmalarıyla uluslararası tahkime rıza verilmesi de ev sahibi devletler tarafından tek taraflı olarak sunulan icaptır. Dolayısıyla aynı şekilde yatırımcının bu icabı kabulüyle karşılıklı yükümlülük doğar.

İlgili yatırım anlaşmalarında devletler tahkime rızayı çeşitli şekillerde verebilirler. Örneğin; tahkime başvurmadan önce anlaşmazlığın sulh yoluyla çözümü için yatırımcının ev sahibi devlete başvurması gerektiği şart koşulabilir³⁸². Yahut uyuşmazlığın çözümü için seçenekli olarak farklı tahkim mahkemelerine rıza sunulabileceği gibi, yol ayrımı hükmü (*fork in the road*) ile yatırımcıya ev sahibi devlet mahkemesi ile uluslararası tahkim arasında tercih hakkı da sunulabilir³⁸³. Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın³⁸⁴ “*Bir Akit Taraf ile Diğer Akit Tarafın Yatırımcıları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü*” başlıklı 9. maddesinde taraf devletlerin tahkime verdikleri rıza bu hususlara misal gösterilebilir. Maddeye göre;

“1. Bir Akit Taraf ile diğer Akit Tarafın bir yatırımcısı arasındaki, yatırımcının yatırımı ile ilgili uyuşmazlıklar, yatırımcı tarafından ülkesinde yatırım

³⁸¹ Schreuer, **a.g.e.**, s. 1410-1411.

³⁸² İlias Bantekas, **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s. 303-304.

³⁸³ Schreuer, **a.g.e.**, s. 1425.

³⁸⁴ Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 24.08.2013 – 28745, (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130824-1-1.pdf>, 11 Mayıs 2019.

yapılan Akit Tarafa ayrıntılı bilgi içerecek şekilde yazılı olarak bildirilecektir. Mümkün olduğunca, yatırımcı ile ilgili Akit Taraf bu uyuşmazlıkları iyi niyetli danışmalar ve müzakereler aracılığıyla çözmeye gayret edecektir.

2. Eğer bu uyuşmazlıklar 1'inci paragrafta bahsedilen yazılı bildirim tarihini takip eden altı (6) ay içerisinde bu şekilde çözümlenemezse, uyuşmazlık, yatırımcının seçebileceği aşağıdaki mekanizmalara sunulabilecektir:

(a) ülkesinde yatırım yapılan Akit Tarafın yetkili mahkemesine,

(b) Her iki Akit Tarafın Sözleşmeye imza koymuş olması durumunda, “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi” ile kurulmuş Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID),

(c) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)’nın Tahkim Usulü Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir hakem mahkemesi.

3. Yatırımcının uyuşmazlığı bu Maddenin 2'inci paragrafında bahsedilen uyuşmazlık çözüm yollarından birine sunmuş olması durumunda, bu yollardan birinin seçimi nihai olacaktır.”

Bu anlaşmada taraf devletler yatırım uyuşmazlıkları için tahkime rızalarını sunmuşlarsa da yatırımcı, uyuşmazlığı öncelikle ev sahibi devlete bildirecek ve müzakereler aracılığıyla uyuşmazlık çözümlenmeye çalışılacaktır. Eğer bildirimden sonraki altı ay içerisinde uyuşmazlık çözülemezse³⁸⁵, yatırımcı kendisine sunulan seçimlik haklar çerçevesinde üç uyuşmazlık çözüm yolundan birini tercih edebilir.

2. Konu Bakımından Yetki (*Ratione Materiae*)

Tarafların tahkime rızasının olması, tek başına yargılama yetkisinin varlığına işaret etmez. Hakem kurulu aynı zamanda konu bakımından da yetkili olmalıdır.

³⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti’nin tarafı olduğu YKTK anlaşmalarının çoğunda uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru öncesinde altı aylık müzakere süreci öngörülmektedir. Bkz.: Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 29, S. 1-2, 2009, s. 28.

Yatırım tahkiminde, hakem kurulunun önüne gelen vaka bir uyuşmazlık olarak nitelenmeli, bu uyuşmazlık hukuki mahiyette ve yatırıma ilişkin olmalıdır.

Yatırım tanımı, iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının tarafı olan devletlerin rızasına bağlı olarak korumaya almak istedikleri kapsama göre bu anlaşmalarda farklılık arz etmektedir. Bazı iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında portföy yatırımları, belirli bir değerin altındaki yatırımlar veya belirli ekonomik sektörlerdeki yatırımlar koruma kapsamı dışında bırakılmasına rağmen genellikle anlaşmaların büyük çoğunluğunda yatırım tanımı geniş tutulmaktadır³⁸⁶. Bu genişlikten kasıt şudur ki; yalnızca klasik mülkiyet hakları koruma kapsamında olmamakta, bunun yanında patentler, sınai tasarımlar, teknik yöntemler, ticari markalar, peştemaliye, know-how ve benzeri haklar, yerel şirketlerdeki hisse senetleri, her türden şirket iştirakleri, ipotek, rehin ve benzeri haklar, para alacakları, doğal kaynaklara yönelik imtiyaz sözleşmeleri gibi değerler de yabancı yatırım olarak değerlendirilmektedir³⁸⁷. Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Avustralya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'daki³⁸⁸ yatırım tanımı şu şekildedir:

“yatırım, taraflardan birinin yatırımcıları tarafından yatırılan ve diğer Tarafça kendi hukukuna ve zaman içinde uygulanan yatırım politikalarına tabi olarak kabul edilen her türden varlığı ifade eder ve aşağıdakileri kapsar:

(i) ipotek, tedbir, rehin gibi hakları içermek üzere maddi ve gayri maddi mülkiyet hakları,

(ii) hisse senetleri ve sermaye hisseleri gibi, fakat bunlarla kısıtlı olmamak kaydıyla, tüzel bir kişiliğe katılımın herhangi bir şekli,

(iii) para ya da ekonomik değer taşıyan bir alacak,

³⁸⁶ Zeynep Çalışkan, “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S. 1-2, 2009, s. 88.

³⁸⁷ Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, s. 3; Stephan W. Schill, **The Multilateralization of International Investment Law**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 71-72.

³⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti ve Avustralya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 19.06.2009 – 27263, (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090619-1.htm>, 11 Mayıs 2019.

(iv) telif, patent, ticari marka, ticari isim, endüstriyel tasarım, ticari sır, know-how ve ticari itibara ilişkin hakları da kapsayan fikri mülkiyet hakları,

(v) tarım, ormancılık, balıkçılık ve hayvancılıkla iştigal etme; doğal kaynakları araştırma veya çıkarma, ürünleri üretme, kullanma ve satma haklarını kapsayan, kanun veya sözleşme ile tanınan ekonomik bir değer taşıyan iş imtiyazları ve ekonomik faaliyeti sürdürmek için gereken diğer haklar,

(vi) tesislerin örgütlenme ve operasyonları, fikri mülkiyet hakları dahil olmak üzere mülkiyet haklarının edinimi, kullanımı ve idaresi, fon yaratma ve döviz alım satımı gibi yatırımlarla ilgili faaliyetler.”

ICSID Konvansiyonu madde 25/1’de de “Merkezin yargılama yetkisi, Akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.” denilerek, hukuki uyuşmazlığın yatırım kaynaklı olması şartı belirtilmiştir. Yatırım kavramının belirlenmesi, konu bakımından yetki hususunda oldukça önemli olmasına rağmen ICSID Konvansiyonu’nda açık bir yatırım tanımı yapılmamıştır. ICSID tahkimi söz konusu olduğunda, taraf devletlerin yatırım anlaşmalarında belirlediği sübjektif yatırım tanımının yanı sıra ICSID Konvansiyonu ve içtihat çerçevesinde belirlenen objektif yatırım tanımı da önem kazanmaktadır. Sübjektif yatırım tanımı, yukarıdaki örnekte gösterildiği gibi taraf devletlerin yatırım anlaşmasında yatırıma dair yaptıkları tanım olup, her anlaşmada tarafların iradesi kapsamında farklılık gösterebilir. Bunun aksine objektif yatırım tanımı ise, davanın dayandığı yatırım anlaşması veya sözleşmesinden bağımsız olarak, ICSID Konvansiyonu m. 25/1’den yola çıkılarak oluşturulan, ICSID tahkiminde görülen her dava için geçerli olabilecek tek ve objektif bir tanımdır³⁸⁹. Hakem kurullarının büyük çoğunluğu, yatırım tanımı hususunda ikili bir inceleme yapmaktadır: Hakem kurulu, önüne gelen uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklı olup

³⁸⁹ Berk Demirkol, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, **Turkish Commercial Law Review**, C.1, S. 1, 2015, s. 45.

olmadığına karar verirken, davanın dayandığı yatırım anlaşmasında belirtilen sübjektif yatırım tanımı ve ICSID Konvansiyonu m. 25/1 gerekliliği olan objektif yatırım tanımını birlikte değerlendirmektedir. Dolayısıyla yatırımın varlığından söz edilebilmesi için, yatırımı hem taraflar yatırım olarak kabul etmeli hem de bu yatırım ICSID Konvansiyonu m. 25/1 kapsamında objektif kriterlere uymalıdır. Örneğin; tarafların rızasıyla yatırım anlaşmasında yatırım tanımı içerisine dahil edilmiş olsa dahi, ICSID tahkiminde basit, sıradan ticari işlemler hiçbir şekilde yatırım olarak değerlendirilmemekte ve yargılama yetkisi kapsamına girmemektedir³⁹⁰.

Her ne kadar uluslararası yatırım tahkimi genelinde ve ICSID tahkimi özelinde içtihat, hakem kurullarını bağlayıcı olmasa da hakem kurulları sıklıkla kendilerinden önceki hakem kararlarına atıf yapmakta ve böylece hakem kurullarının içtihadı takip etme eğiliminde oldukları gözlenmektedir³⁹¹. *Fedax v. Venezuela*³⁹² ile *Ceskoslovenska v. Slovak Republic*³⁹³ davalarında yatırımın objektif tanımından bahsedilmiş olup, bu davalarda ICSID m. 25/1 kapsamında objektif yatırım tanımının geniş manada değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır³⁹⁴. *Salini v. Morocco* davasında belirtilen kriterler³⁹⁵ ise ‘*Salini Test*’ olarak adlandırılmış ve bu dava hakem kurullarınca bu hususta en çok atıfta bulunulan dava olmuştur³⁹⁶. Buna göre yatırımın varlığı için dört unsurun bir arada bulunması gereklidir: parasal katkı, belirli bir süre, risk unsuru ve son olarak ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı³⁹⁷. Bu unsurlara ek olarak farklı kriterler getiren kararlar veya bu kriterleri eksilterek değerlendiren kararlar da olmuştur³⁹⁸. Yatırımın ev sahibi devlet hukukuna

³⁹⁰ Schreuer, Malintoppi, Reinisch, Sinclair, **a.g.e.**, s. 117.

³⁹¹ Patrick M. Norton, “The Role of Precedent in the Development of International Investment Law”, **ICSID Review**, C. 33, S. 1, 2018, s. 285; Lucy Reed, “The De Facto Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management”, **ICSID Review**, C. 25, S. 1, 2010, s. 95-96.

³⁹² *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997.

³⁹³ *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999.

³⁹⁴ *Fedax v. Venezuela*, para. 29; *Ceskoslovenska v. Slovak Republic*, para. 76.

³⁹⁵ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, para. 52.

³⁹⁶ Melis Avşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S. 2, 2017, s. 112.

³⁹⁷ Alex Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, **Chicago Journal of International Law**, C. 15, S. 1, 2014, s. 290.

³⁹⁸ Avşar, **a.g.e.**, s. 112-125.

uygunluğunun da yatırım tanımı içerisinde yer alıp alamayacağı hususu üzerinde sonraki bölümde detaylıca durulacak olup, bu husus hukuka aykırılığın yargılama yetkisi bağlamında incelenmesinde büyük önem arz etmektedir.

B. Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışının Yargılama Yetkisi Bağlamında Değerlendirilmesi

Yatırımcının hukuka aykırı davranışının yargılama yetkisi bağlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği; YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartı bulunup bulunmadığı, hukuka aykırılığın meydana geldiği zaman gibi çeşitli faktörlere göre değişkenlik göstermektedir.

1. Hukuka Uygunluk Şartının Yargılama Yetkisine İlişkin Olduğu Görüşü

Yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışlarının yargılama yetkisi bağlamında değerlendirilmesi açısından davanın dayandığı YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartının varlığı oldukça önem arz etmektedir. Zira ilgili YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartının bulunduğu hallerde hakem kurullarının, çoğunlukla hukuka aykırılığı yargılama yetkisi kapsamında değerlendirmeye eğilimli oldukları görülmektedir³⁹⁹. Fakat hukuka uygunluk şartının ilgili YKTK anlaşmasındaki yeri, yargılama yetkisinin hangi unsur bakımından bulunmadığı konusunda farklılıklara yol açabilir.

1.1. Hukuka Uygunluk Şartının Yatırım Tanımı İçerisinde Bulunması

Hukuka uygunluk şartının YKTK anlaşmasında yatırım tanımı içerisine dahil edildiği durumlarda hakem kurulları, çoğunlukla konu bakımından (*ratione materiae*) yargılama yetkisinin bulunmadığı kanaatine varmışlardır.

Fraport v. Philippines davasında ev sahibi devletin yargılama yetkisi itirazına konu olan hukuka uygunluk şartı, Almanya ve Filipinler arasında akdedilen YKTK

³⁹⁹ Zhejbalova, a.g.e., s. 63.

anlaşmasının yatırım tanımının yapıldığı maddesinde bulunmaktadır⁴⁰⁰. Yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun yapılmadığına kanaat getiren hakem kurulu, YKTK anlaşmasında bulunan sübjektif yatırım tanımı gereğince konu bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır⁴⁰¹. Zira hakem kuruluna göre, hukuka aykırı yatırım YKTK anlaşması çerçevesinde korunan yatırımlar kapsamında değildir⁴⁰².

Hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı içerisinde yer aldığı Kanada ve Kosta Rika arasında akdedilmiş YKTK anlaşmasına⁴⁰³ dayalı olarak açılan *Anderson v. Costa Rica* davasında, davacıların yatırımının ev sahibi devlet hukukuna uygun olmadığını belirleyen hakem kurulu; bu yatırımın YKTK anlaşmasına göre yatırım oluşturmadığı yorumunda bulunmuştur. Bu nedenle konu bakımından yargılama yetkisi bulunmadığına karar vererek, ev sahibi devletin yargılama yetkisine itirazını kabul etmiştir⁴⁰⁴.

Salini v. Morocco davasında yatırım tanımı içerisinde yer alan hukuka uygunluk şartına dayalı yargılama yetkisi itirazı, konu bakımından yetki başlığı altında incelenmiştir. Hakem kurulu, yatırım tanımı içerisinde bulunan hukuka uygunluk şartının aslında yatırımın tanımına değil, yatırımın geçerliliğine atıf yaptığını; böylece hukuka aykırı yatırımların YKTK anlaşması koruması dışında bırakılmasının hedeflendiğini belirtmiştir. Fakat bu davada hakem kurulu, davacının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışının bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır⁴⁰⁵.

Phoenix v. Czech Republic davasında YKTK anlaşması kapsamında yatırım tanımına dahil edilen hukuka uygunluk şartı gereğince hakem kurulu, yatırımın hukuka uygunluğunu değerlendirmiştir. Hakem kurulu, yatırımın ICSID korumasından yararlanabilmesi için yatırımda altı unsurun aranmasını gerektiğini ve bunların ise; parasal katkı, belirli bir süre, risk unsuru, ev sahibi devletin ekonomik

⁴⁰⁰ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik der Philippinen über die Forderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, 18.04.1997, m. 1/1.

⁴⁰¹ *Fraport v. Philippines*, para. 401.

⁴⁰² *Fraport v. Philippines*, para. 404.

⁴⁰³ Agreement Between The Government of Canada and The Government of The Republic of Costa Rica for The Promotion and Protection of Investments, (Çevrimiçi) https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6052%281%29_0.pdf, 11 Mayıs 2019, m. 1/g.

⁴⁰⁴ *Anderson v. Costa Rica*, para. 55-61.

⁴⁰⁵ *Salini v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, para. 46.

gelişimine katkı, ev sahibi devlet hukukuna uygunluk ve dürüstlük kuralına riayet etmek olduğunu açıklamıştır⁴⁰⁶. Böylece yatırımın, ev sahibi devlet hukukuna uygunluğunu yatırım tanımı içerisinde konu bakımından yetki kapsamında inceleyen hakem kurulu, ev sahibi devlet hukukuna aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁰⁷. Fakat dürüstlük kuralına ilişkin yapılan değerlendirmede yatırımın YKTK anlaşması korumasından faydalanmak amacıyla, dürüstlük kuralını ihlal ederek yapıldığı ve bunun da uluslararası yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanımı olduğu açıklanmış; konu bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığına karar verilmiştir⁴⁰⁸. Belirtmek gerekir ki; bu davada ev sahibi devlet hukukuna uygunluk kriteri, sübjektif yatırım tanımına değil objektif yatırım tanımına dahil edilmiştir. Her ne kadar bu davada ilgili YKTK anlaşmasında yatırım tanımı içerisinde hukuka uygunluk şartı bulunmaktaysa da hakem kurulu, ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartının ilgili YKTK anlaşmasında açıkça bulunmasa dahi zımni olarak bulunduğu görüşündedir. Hakem kuruluna göre; devletler, kendi hukukuna aykırılık içeren yatırımlara ICSID tahkimine erişim imkanını sunamazlar. Örneğin; ev sahibi devlet belirli bir sektörde yabancı yatırım yapılmasını yasaklamış ve yatırımcı bu yasağa riayet etmeyerek o sektörde yatırım yapmışsa, yatırım ICSID tahkimi ve YKTK anlaşması çerçevesinde korunamaz. Bu noktada hakem kurulu, hukuka uygunluk şartı bulunmayan Enerji Şartı Anlaşması çerçevesinde benzer bir görüş bildiren *Plama v. Bulgaria* davasına atıf yapmış ve ilgili YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartı bulunmasa dahi ev sahibi devlet hukukuna aykırı yatırımların korunmayacağını belirtmiştir⁴⁰⁹. Daha önce açıklandığı üzere; objektif yatırım tanımı kapsamında ilgili YKTK anlaşmasından bağımsız olarak, ICSID tahkiminde görülen her dava için uygulanacak, yatırıma ilişkin belirli unsurlar aranmaktadır. Objektif yatırım tanımı için, *Salini v. Morocco* davasında açıklanan, ‘*Salini Test*’ olarak adlandırılan unsurlara pek çok hakem kurulu tarafından atıf yapılmaktadır. *Salini Test* kapsamında yatırım için parasal katkı, belirli bir süre, risk unsuru ve son olarak ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı unsurlarının bulunması gerektiği açıklanmışken, bu davada bu unsurlara ek olarak ev sahibi devlet hukukuna

⁴⁰⁶ Phoenix v. Czech Republic, para. 114.

⁴⁰⁷ Phoenix v. Czech Republic, para. 134.

⁴⁰⁸ Phoenix v. Czech Republic, para. 144.

⁴⁰⁹ Phoenix v. Czech Republic, para. 101.

uygunluk ve dürüstlük kuralına riayet unsurları da objektif yatırım tanımı kapsamına dahil edilmiş ve bir yatırımın ICSID tahkimiyle sunulan uluslararası korumadan faydalanabilmesi için bu altı unsuru taşıması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹⁰

*Lucchetti v. Peru*⁴¹¹ davasında ev sahibi devlet, yatırımın ev sahibi devlet hukukuna aykırı olması sebebiyle hakem kurulunun yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Hakem kararında bu itiraz konu bakımından yargılama yetkisine itiraz olarak kategorilendirilmişse de⁴¹² hakem kurulu zaman bakımından yargılama yetkisi bulunmadığına karar vermiş ve böylece konu bakımından yetki itirazını incelemeye gerek görmemiştir⁴¹³.

Quiborax v. Bolivia davası, davacı tarafından Bolivya ve Şili arasında akdedilmiş YKTK anlaşmasına⁴¹⁴ dayalı olarak açılmıştır. İlgili YKTK anlaşmasının hem yatırım tanımının bulunduğu 1. maddesinin 2. fıkrasında hem de anlaşmanın uygulama kapsamını belirleyen 2. maddesinde hukuka uygunluk şartı bulunmaktadır. Hakem kuruluna göre; yatırımın tanımı tarafların tahkime rızasının kapsamının belirlenmesiyle ilişkilidir ve bu nedenle hukuka uygunluk şartı da hem anlaşmanın uygulama kapsamıyla hem de ev sahibi devlet olan Bolivya'nın tahkime rızasının kapsamıyla ilgilidir⁴¹⁵. Her ne kadar hakem kurulu bu yorumla hukuka uygunluk şartını geniş anlamda tahkime rıza kapsamında değerlendirmişse de daha sonra ev sahibi devletin yatırımcının hukuka aykırı davranışına dair itirazlarını konu bakımından yetki kapsamında incelemiş ve davacının hukuka uygunluk şartını ihlal etmediğini belirterek konu bakımından yargılama yetkisi bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁴¹⁶.

Tokios Tokeles v. Ukraine davasında da hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı içerisinde bulunması nedeniyle hakem kurulu, davacının yatırımının YKTK

⁴¹⁰ Phoenix v. Czech Republic, para. 114.

⁴¹¹ Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 07.02.2005.

⁴¹² Lucchetti v. Peru, para. 25.

⁴¹³ Lucchetti v. Peru, para. 62.

⁴¹⁴ Acuerdo Entre La Republica De Bolivia Y La Republica De Chile Para La Promocion Y Proteccion Reciproca De Inversiones, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6041.pdf>, 11 Mayıs 2019.

⁴¹⁵ Quiborax v. Bolivia, para. 255.

⁴¹⁶ Quiborax v. Bolivia, para. 282.

anlaşması çerçevesinde korunan bir yatırım olup olmadığını incelemiş ve hukuka uygunluk şartını konu bakımından yetki bağlamında değerlendirmiştir. Hakem kurulu bu değerlendirmenin sonucunda davacının yatırımının ev sahibi devlet hukukuna aykırılık içermediği kararına varmıştır⁴¹⁷.

Ambiente Ufficio v. Argentina davasında yatırım tanımına dahil olan hukuka uygunluk şartının konu bakımından yetki kapsamında değerlendirilmesi gerektiği özellikle vurgulanmış olup, bu davada da ev sahibi devlet hukukuna aykırılık bulunmadığından bahisle konu bakımından yetkinin varlığına kanaat getirilmiştir⁴¹⁸.

Benzer şekilde *Alpha Projektholding v. Ukraine* davasında da ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazı konu bakımından yetki kapsamında değerlendirilmişse de hakem kurulu tarafından hukuka aykırılık tespit edilmemiştir⁴¹⁹.

Yukarıda bahsedilen davalarda olduğu gibi hukuka uygunluk şartının YKTK anlaşmasında yatırım tanımı içerisinde bulunduğu *L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria* davasında ise hakem kurulu, diğer davalardan farklı olarak ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını yatırımın koruma kapsamında olup olmadığına dair değerlendirme yaptığı başlık altında değil, ev sahibi devletin uyuşmazlığa rızasının incelendiği başlık altında değerlendirmiştir. Hakem kurulu, bu değerlendirme sonucunda ev sahibi devletin tahkime rızası olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴²⁰.

L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria davasında olduğu gibi hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı içerisinde bulunduğu *Metal-Tech v. Uzbekistan* davasında hakem kurulu, Özbekistan hukukuna aykırı olarak yolsuzluğun gerçekleştirildiği kanaatine varmıştır. Ev sahibi devletin tahkime rızasının yalnızca YKTK anlaşması bakımından korunan yatırımlar bakımından var olduğunu vurgulayan hakem kurulu, hukuka uygunluk şartı gereğince dava konusu yatırımın korunmadığına ve böylece

⁴¹⁷ Tokios Tokeles v. Ukraine, para. 86.

⁴¹⁸ Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 08.02.2013, para. 415-517-519.

⁴¹⁹ Alpha Projektholding v. Ukraine, para. 297.

⁴²⁰ L.E.S.I-DIPENTA v. Algeria, para. 24-25-26.

ICSID Konvansiyonu m. 25'te bulunan rıza şartının yokluğu sebebiyle yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir⁴²¹.

1.2. Hukuka Uygunluk Şartının Yatırım Tanımı Dışında Bulunması

Hukuka uygunluk şartı bütün YKTK anlaşmalarında farklı biçimlerde yer alabileceği gibi, anlaşmanın farklı bölümlerinde de bulunabilir. Hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı dahilinde değil de anlaşmanın diğer kısımlarında bulunması halinde bazı hakem kurulları, ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını tahkime rıza kapsamında (*ratione voluntatis*) değerlendirmiş, bazıları ise konu bakımından yetki (*ratione materiae*) kapsamında değerlendirmiştir.

Inceysa v. El Salvador davası, davacı tarafından El Salvador ve İspanya arasında akdedilmiş YKTK anlaşmasına dayalı olarak açılmıştır. Taraf devletlerin YKTK anlaşmasını imzalamadan önceki görüşmelerinde El Salvador, yatırım tanımına hukuka uygunluk şartının eklenmesini talep etmiş fakat İspanya, hukuka uygunluk şartının yatırım tanımında bulunmasının zorunlu olmadığını, bunun yerine hukuka uygunluk şartının anlaşmanın “*Teşvik ve Kabul*” başlıklı ikinci maddesine eklenmesinin yerinde olacağı cevabını vermiş ve hukuka uygunluk şartı yatırım tanımına dahil edilmeyerek, anlaşmanın “*Teşvik ve Kabul*” başlıklı ikinci maddesine ve “*Koruma*” başlıklı üçüncü maddesine eklenmiştir⁴²². Davacı, yatırımın YKTK anlaşması kapsamında korunması hususunda hukuka uygunluk şartının incelenebilmesi için yatırım tanımına dahil edilmiş olması gerektiğini, anlaşmanın diğer maddelerinde bulunan böyle bir hükmün incelenmesinin mümkün olmadığını savunmuştur. Buna binaen hakem kurulu, taraf devletlerin ev sahibi devlet hukukuna uygun olmayan yatırımları koruma kapsamı dışında bırakma irade ve niyetlerinin açık olduğunu ve ayrıca hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı dışında bırakılması hususunda da tarafların karşılıklı olarak anlaştığını belirtmiştir⁴²³. Hakem kurulu böylece taraf devletlerin YKTK anlaşmasında ev sahibi devlet hukukuna uygun olmayan yatırımlar için tahkime rıza vermedikleri sonucuna varmış ve dava konusu

⁴²¹ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 373.

⁴²² Inceysa v. El Salvador, para. 192-194.

⁴²³ Inceysa v. El Salvador, para. 197-198.

uyuşmazlıkta El Salvador'un tahkime rızasını değerlendirmiştir. Bu değerlendirme kapsamında davacının yatırımının hem genel hukuk ilkelerine hem de ev sahibi devlet hukukuna uygun olup olmadığı irdelenmiştir. Sonuç olarak, davacının YKTK anlaşmasının sunduğu korumadan faydalanamayacağı belirtilerek, yargılama yetkisinin bulunmadığına karar verilmiştir⁴²⁴.

Saba Fakes v. Turkey davasında, hukuka uygunluk şartı Türkiye ve Hollanda arasında akdedilmiş YKTK anlaşmasının yatırım tanımına dahil edilmemiş, bunun yerine 2. maddenin 2. fıkrasına ayrı bir hüküm olarak konulmuştur. Hakem kurulu, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin yatırım için objektif tanım sağladığını, bu tanımın parasal katkı, belirli bir süre ve risk olmak üzere üç unsurdan meydana geldiğini ve ne YKTK anlaşmasının ne de ICSID Konvansiyonu'nun yatırım tanımına dahil edilecek ek bir kriter sağlamadığını belirtmiştir. Fakat ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi dahilinde yargılama yetkisinin bulunabilmesi için tahkime rızanın bulunması gerektiğini ve tahkime rızanın oluştuğunu söyleyebilmek için ise davacının YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartını yerine getirmesi gerektiğini eklemiştir⁴²⁵. Hakem kurulu, davacının yatırımının ICSID Konvansiyonu madde 25'te belirtilen objektif tanım dahilindeki üç unsurun hiçbirini sağlamadığı sonucuna vararak konu bakımından yetkisiz olduğuna karar vermiş ve hukuka aykırılık itirazını incelemeye gerek görmemişse de⁴²⁶ hukuka uygunluk şartını konu bakımından yetki kapsamında değil, tahkime rıza kapsamında değerlendirdiğı açıktır.

*Oko Pankki v. Estonia*⁴²⁷ davası, Finlandiya şirketleri olan Oko Pankki OYJ ve Sampo Bank PLJ ile Alman şirketi VTB Bank (Deutschland) AG tarafından Finlandiya ile Estonya arasındaki YKTK anlaşması ve Almanya ile Estonya arasındaki YKTK anlaşmasına dayalı olarak açılmıştır. Her iki YKTK anlaşmasında da hukuka uygunluk şartı yatırım tanımına dahil edilmemiş, ayrı bir madde

⁴²⁴ Inceysa v. El Salvador, para. 335-337.

⁴²⁵ Saba Fakes v. Turkey, para. 121.

⁴²⁶ Saba Fakes v. Turkey, para. 147-148.

⁴²⁷ Oko Pankki OYJ, VTB Bank (Deutschland) AG, Sampo Bank PLC v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6, Award, 19.11.2007.

kapsamında tutulmuştur⁴²⁸. Hukuka uygunluk şartı yatırım tanımı dışında bulunmasına rağmen hakem kurulu, yargılama yetkisi incelemesini yaparken öncelikle yargılama yetkisinin varlığı için ilgili yatırımın hem YKTK anlaşması hem de ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi kapsamında yatırım tanımına uyması gerektiğini söyleyerek önce YKTK anlaşmalarını değerlendirmiş, daha sonra ise ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi kapsamında değerlendirme yapmıştır⁴²⁹. Yatırımların ev sahibi devlet hukukuna aykırılık içermediği kanaatine varan⁴³⁰ hakem kurulu, *Inceysa v. El Salvador* ile *Saba Fakes v. Turkey* davalarının aksine hukuka uygunluk şartını tahkime rıza kapsamında değil, konu bakımından yetki açısından incelemiştir.

Benzer şekilde *Saluka v. Czech Republic*⁴³¹ davasında da hukuka uygunluk şartı YKTK anlaşmasında yatırım tanımı dışında ayrı bir maddeyle tanımlanmış olup hakem kurulu, hukuka uygunluk şartını yatırım tanımı içinde değerlendirmiştir. Hakem kuruluna göre; her ne kadar yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun olarak yapılması gerekliliği YKTK anlaşmasında yatırım tanımının bir unsuru olarak yazılmamışsa da 2. maddede bulunan hukuka uygunluk şartı, yatırımın zımni bir unsuru olarak görülmelidir. Dolayısıyla ev sahibi devletin anlaşmaya bağlı yükümlülükleri ancak yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygun yapılmış olmasıyla doğar⁴³². Ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazını değerlendiren hakem kurulu, davacının yatırımının hukuka uygun olduğu sonucuna vararak, yatırımın YKTK anlaşmasındaki yatırım tanımına dahil olduğuna karar vermiştir⁴³³.

Yine *Hamester v. Ghana* davasında, hakem kurulu ev sahibi devletin dolandırıcılık sebebiyle yatırımın hukuka aykırı olduğu itirazının konu bakımından

⁴²⁸ Finland and Estonia Agreement for The Promotion and Protection of Investments, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6102.pdf>, 11 Mayıs 2019, m.2; Vertrag zwischen der Republik Estland und der Bundesrepublik Deutschland über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6103.pdf>, 11 Mayıs 2019, m.2; *Oko Pankki v. Estonia*, para.188.

⁴²⁹ *Oko Pankki v. Estonia*, para. 170.

⁴³⁰ *Oko Pankki v. Estonia*, para. 189-190.

⁴³¹ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17.03.2006.

⁴³² *Saluka v. Czech Republic*, para. 204; Kriebaum, **a.g.e.**, s. 311.

⁴³³ *Saluka v. Czech Republic*, para. 219-221.

yargılama yetkisine itiraz kategorisine gireceğini belirtmiştir⁴³⁴. Belirtmek gerekir ki, dava Almanya ve Gana arasındaki YKTK anlaşmasına⁴³⁵ dayanmakta olup, bu anlaşmada hukuka uygunluk şartı yatırım tanımının bulunduğu 1. maddede değil, 10. maddede ayrı bir biçimde düzenlenmiştir.

2. Hukuka Uygunluk Şartının Yargılama Yetkisine İlişkin Olmadığı Görüşü

Bazı yazarlar, hakem kurullarının hukuka uygunluk şartının varlığı halinde hukuka aykırılığı yargılama yetkisi kapsamında değerlendirmelerini eleştirmişlerdir. *Douglas*'a göre; ev sahibi devletin tahkime rızası, yargılama yetkisinin varlığı için gerekli unsurlardan biridir. Fakat yargılama yetkisi bağlamında, yatırımcının ev sahibi devlet hukukunun mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde tanınan bir mal varlığını edinmesi, yatırım tanımı kapsamında yeterlidir. Zira yabancı yatırım, yabancı devlet vatandaşı tarafından ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunarak ve ticari getiri beklentisiyle risk üstlenerek edindiği bir mal varlığı yahut mal varlığı grubudur. Eğer ilgili mal varlığı, ev sahibi devlet hukuku tarafından geçerli bir mal varlığı olarak tanınmıyorsa ortada bir yatırım yok demektir. Eğer mal varlığı, ev sahibi devlet hukuku tarafından geçerli olarak tanınıyor fakat yabancı yatırımcı, mal varlığının mülkiyet hakkını ev sahibi devlet hukuku kapsamında geçerli olmayan bir yolla devralmışsa yine yatırımın var olduğundan bahsedilemez. Yazara göre, yargılama yetkisi bağlamında yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygunluğunun kapsamı bununla sınırlıdır. YKTK anlaşmalarında bulunan ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartı bu şekilde yorumlanmalıdır fakat hukuka uygunluk şartı olmasa dahi aynı hususlar geçerli bir yatırımın unsurlarındandır. Örneğin; *Saba Fakes v. Turkey* ile *Europe Cement v. Turkey* davalarında hisse senetlerinin mülkiyetinin hukuka uygun olarak devredilip devredilmediği hususu bu anlamda yargılama yetkisine ilişkindir. Fakat bunun dışında hukuka uygunluk şartı hiçbir şekilde yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışlarına atıf yapmamaktadır. Dolayısıyla yatırımcının hukuka aykırı davranışı hiçbir zaman

⁴³⁴ Hamester v. Ghana, para. 92.

⁴³⁵ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Ghana über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6124.pdf>, 11 Mayıs 2019.

yargılama yetkisine ilişkin değildir; bu konu ya esasa ya da kabul edilebilirliğe⁴³⁶ ilişkin olarak değerlendirilmelidir⁴³⁷.

Zhejbalova da *Douglas*'ın bu görüşünü benimseyerek, hukuka uygunluk şartının, hakem kurulları tarafından anlaşıldığı biçimde yatırımcının hukuka aykırı davranışına ilişkin olmadığını, yalnızca ilgili YKTK anlaşmasında yatırım tanımı içerisinde belirtilen maddi ve gayrimaddi mal varlıkları açısından mülkiyet hakkı edinimine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, edinilen mal varlığının yatırım olarak kabul edilebilmesi için ev sahibi devlet hukuku kapsamında geçerli bir mülkiyet hakkının bulunması şartı, ilgili YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartının varlığından bağımsız olarak gözetilmesi gereken bir şarttır⁴³⁸.

Yine *Fraport v. Philippines* davasında karşı oy görüşünü belirten *Cremades*'e göre; yatırım tahkiminde hukuka uygunluk, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve dürüstlük kuralı, hem yatırımcıya hem de ev sahibi devlete eşit bir şekilde uygulanmaktadır. Esasında yatırım tahkiminin amacı ev sahibi devlet ve yatırımcının davranışlarının uygulanacak hukuk kapsamında hukuka uygun olup olmadığını saptamaktır. YKTK anlaşmalarında hukuka uygunluk şartına sıkça rastlanmaktadır. Bu şartın amacı, tahkim yargılamasına erişim hakkını yatırımcının ev sahibi devlet hukuku ve mevzuatına her zaman ve her yönüyle uyum sağlamasına bağlamak değildir. Örneğin bu şartın amacı; *Tokios Tokeles v. Ukraine* davasında ev sahibi devletin talebinde olduğu gibi; yatırımcının şirket ismi yerel mevzuata uygun olmadığı için ev sahibi devlete haksız eylemlerinden doğan sorumluluğundan kaçış imkanı vermek değildir. Yatırım tahkiminde yatırımın hukuka uygunluğu, uluslararası ticari tahkimde sözleşmenin geçerliliğine benzemektedir. Uluslararası ticari tahkimde uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının ana sözleşmeden ayrılabilirliği hususunda direktmiyorsa, davalı taraf ana sözleşmenin geçerliliğine itiraz ederek tahkim sürecini durdurmaya çalışmaktadır. Benzer şekilde eğer yargılama yetkisi yatırımın tamamıyla ev sahibi devlet hukukuna uygunluğuna bağlı

⁴³⁶ Yargılama yetkisi ve kabul edilebilirlik arasındaki farklar aşağıda detaylıca incelenmiştir. Bkz.: s. 109.

⁴³⁷ Zachary Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review*, C. 29, S. 1, 2014, s. 178-179.

⁴³⁸ *Zhejbalova*, a.g.e., s. 84.

olursa YKTK anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartı, yatırım tahkiminin zayıf noktası olabilir. Yine *Cremades*'e göre; eğer yatırımcının davranışının hukuka uygunluğu yargılama yetkisine ilişkin ve ev sahibi devletin davranışının hukuka uygunluğu esasa ilişkin olarak değerlendirilirse, ev sahibi devlet güçlü bir konuma yerleştirilmiş olur. Böyle bir yaklaşım usulün temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle prensip olarak, yatırımcının davranışının hukuka uygunluğu esasa ilişkin bir meseledir. Hukuka uygunluk şartının yargılama yetkisine ilişkin olarak değerlendirilmesi, yalnızca yatırımı oluşturan mal varlığına dair mülkiyet hakkının ev sahibi devlet hukukuna uygunluğunun belirlenmesi açısından mümkündür⁴³⁹.

Kulick de hukuka uygunluk şartının ev sahibi devletin tahkime rızası kapsamında değerlendirilerek yargılama yetkisine ilişkin görülmesinin *Tokios Tokios v. Ukraine* davasında olduğu gibi önemsiz bürokratik ihlaller bakımından mantıksız sonuçlara sebebiyet verebileceğini, bu durumun hukuki güvenliği ciddi bir risk altında bırakacağını belirterek; hukuka uygunluk şartının yargılama yetkisi bağlamında değerlendirilmesinin kabul edilemez olduğunu savunmuştur. Bunun yerine iki seçenek sunan *Kulick*'e göre; birinci seçenek, ihlalin ciddiyetine göre yargılama yetkisinin varlığının değerlendirilmesidir. Fakat burada ihlalin ciddiyetinin nasıl ve neye göre değerlendirileceği problemi doğmaktadır. Bunun yerine ikinci bir seçenek olarak, hukuka uygunluk şartı esas aşamasında değerlendirilmelidir⁴⁴⁰.

3. Değerlendirme

Kanaatimizce; hukuka uygunluk şartının yalnızca yatırımı oluşturan mal varlığının ev sahibi devlet hukuku kapsamında geçerliliğine ya da mülkiyetin devrinin ev sahibi devlet hukukuna göre geçerli bir şekilde yapılıp yapılmadığına ilişkin olduğu görüşü, hukuka uygunluk şartının fazlasıyla dar bir anlamda yorumlanmasıdır ve devletlerin YKTK anlaşmasındaki irade beyanını yansıtmamaktadır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre “*Bir anlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.*” YKTK

⁴³⁹ *Fraport v. Philippines, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades*, s. 21-22.

⁴⁴⁰ *Kulick, a.g.e.*, s. 333-334.

anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartının lafzı birbirinin aynı değilse de bu şart ile devletler ev sahibi devlet hukukuna uygun olarak yapılmayan yatırımları koruma kapsamı dışında bırakmayı hedeflemektedirler⁴⁴¹. Hukuka uygunluk şartını, yalnızca ilgili mal varlığının ev sahibi devlet hukukunda mülkiyete ilişkin düzenlemeler kapsamında geçerliliği olarak değerlendirmek, ne anlaşmanın ne de anlaşma taraflarının amacıyla bağdaşmaktadır. Elbette mülkiyetin ev sahibi devlet hukukuna uygun olarak edinilmesi hukuka uygunluk şartı kapsamındadır fakat hukuka uygunluk şartının kapsamı yalnızca bununla sınırlı değildir. Yine önemsiz bürokratik ihlallerin de bu şart kapsamında değerlendirilerek yargılama yetkisi yokluğuna karar verilmesinin doğurabileceği vahim sonuçlar için endişe edilmesi anlaşılabilir fakat hukuka uygunluk şartının kapsamı başlığı altında yapılan detaylı açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bu husus, hukuka uygunluk şartının yargılamanın hangi aşamasında değerlendirileceğine ilişkin değil, hukuka uygunluk şartının kapsamına ilişkindir. Bu sonuçların önlenmesi için hukuka uygunluk şartını, ev sahibi devletin tahkime rızası kapsamında değerlendirmemek; taraf devletlerin YKTK anlaşması dahilinde tahkime rızalarının kapsamını belirleyebilme serbestisini yok saymak anlamına gelir ki bu da tahkimin genel mantığıyla bağdaşmaz. İlgili hakem kararlarında olduğu gibi, hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı kapsamında bulunması halinde bunun sübjektif yatırım tanımına dahil edilmesi makuldür. Bu şartın sübjektif yatırım tanımı kapsamında bulunması halinde, değerlendirme konu bakımından yargılama yetkisi kapsamına dahil olmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki; *Phoenix v. Czech Republic* davasında olduğu gibi, hukuka uygunluk şartının, ICSID Konvansiyonu m. 25/1 kapsamında objektif yatırım tanımına dahil edilmesi hatalı bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım, YKTK anlaşmasında açık bir hukuka uygunluk şartı olmasa dahi, hukuka aykırılığın yargılama yetkisi bağlamında değerlendirilmesi sonucunu doğurur ki bu da yatırımcı aleyhine olarak ev sahibi devletlere bu hususta orantısız bir avantaj sağlar. YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartıyla taraf devletler, hakem kurulunun yargılama yetkisinin kapsamına ilişkin bir sınırlama getirmektedirler. Dolayısıyla taraf devletlerin bu hususta bir irade beyanı olmadan, yargılama yetkisine ilişkin olarak yatırımcı

⁴⁴¹ Thomas Roe, “Illegality and Jurisdiction in Investment Arbitration”, *The Turkish Commercial Law Review*, C. 2, S. 1, 2016, s. 24.

aleyhine ek bir sınırlama getirilmesi doğru bir yaklaşım olmaz ki bu yaklaşımın ICSID Konvansiyonu bakımından da bir temeli yoktur. Hukuka uygunluk şartının yatırım tanımı dışında olması halinde de, taraf devletlerin hakem kurulunun yargılama yetkisine yönelik rızalarına sınırlama getirdikleri kabul edilmelidir ve bu nedenle bu halde de hukuka aykırılığın tahkime rızayla ilişkilendirilmesi doğrudur. YKTK anlaşmasında yatırım tanımı kapsamında veya yatırım tanımının dışında açık bir hukuka uygunluk şartının varlığı halinde, yatırımın başlangıcındaki hukuka aykırı davranışın yargılama yetkisi bağlamında değerlendirilmesi kaçınılmazdır.

II. KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEMESİ

A. Genel Olarak Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Kabul edilebilirlik incelemesi, hakem kurulunun yargılama yetkisi bulunsa dahi, taraflarca öne sürülmüş belirli iddialar hakkında hüküm verme yetkisinin bulunup bulunmadığına, belirli iddiaların esas aşamasında görülebilirliğine yönelik olarak yapılan bir incelemedir⁴⁴². Uluslararası Adalet Divanı Mahkeme Kuralları'nın⁴⁴³ ilk itirazları düzenleyen 79. maddesinde yargılama yetkisi ve kabul edilebilirlik ayrımı açık bir şekilde yapılmış⁴⁴⁴ olup; *Iran v. USA (Oil Platforms)*⁴⁴⁵ davasında kabul edilebilirliğe ilişkin itirazların, mahkeme yargılama yetkisine sahip olsa ve başvuru devletinin vakıya ilişkin savları doğru farz edilecek olsa bile esasa ilişkin inceleme yapılmasını engelleyecek sebeplerin bulunması halinde dikkate alınacağı açıklanmıştır⁴⁴⁶.

Uluslararası Adalet Divanı mevzuatında yapılan bu açık ayrım, tahkime ilişkin ulusal mevzuatlarda, ICSID tahkimi dâhil olmak üzere kurumsal tahkim kurallarını veya UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi ad hoc tahkim kurallarını

⁴⁴² Veijo Heiskanen, "Menage a Trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review*, C. 29, S. 1, 2014, s. 237; Waibel, *a.g.e.*, s. 5; John P. Grant, J. Craig Barker, *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2009, s. 10.

⁴⁴³ ICJ Rules of Court (1978), (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/en/rules>, 11 Mayıs 2019.

⁴⁴⁴ Madde 79/1: "Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing as soon as possible, and not later than three months after the delivery of the Memorial. Any such objection made by a party other than the respondent shall be filed within the time-limit fixed for the delivery of that party's first pleading."

⁴⁴⁵ Islamic Republic of Iran v. United States of America (Oil Platforms), ICJ, Judgment, 06.11.2003.

⁴⁴⁶ Iran v. USA (Oil Platforms), para. 29.

düzenleyen mevzuatlarda yapılmamıştır. Aynı şekilde YKTK anlaşmalarında, NAFTA veya Enerji Şartı Anlaşması gibi iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalarda da kabul edilebilirlikten açıkça bahsedilmemiştir. Dolayısıyla uluslararası yatırım tahkimi kapsamında kabul edilebilirliğe ilişkin olarak farklı görüşler ve farklı uygulamalar bulunmaktadır. Özellikle kabul edilebilirlik ile yargılama yetkisi arasındaki ayrımın sınırlarının net olarak çizilememesi sebebiyle kabul edilebilirliğin uluslararası yatırım tahkimindeki rolü üzerinde görüş birliğine varılamamıştır. Uluslararası yatırım tahkiminde kabul edilebilirlik mefhumunun açıkça reddedildiği; kabul edilebilirlik ve yargılama yetkisi ayrımının kabul edildiği fakat yalnızca yargılama yetkisine ilişkin incelemenin yapıldığı; kabul edilebilirliğe ilişkin incelemenin yapıldığı fakat iddia kabul edilemez addedildiğinde bütünüyle yargılama yetkisi yokluğuna karar verildiği veya yargılama yetkisi incelemesinin yapıp yargılama yetkisinin var olduğuna kanaat getirildikten sonra ayrıca kabul edilebilirliğe ilişkin incelemenin yapıldığı farklı uygulamalar bulunmaktadır⁴⁴⁷.

Yargılama yetkisi tarafların rızasına dayalı olarak hakem kurulunun salahiyeti hakkındayken, kabul edilebilirlik öne sürülen belirli bir iddia hakkındadır⁴⁴⁸. *Hochtief v. Argentina* davasında hakem kurulu da bu ayrımı aynı şekilde yargılama yetkisinin bir iddiaya değil hakem kuruluna ilişkin olduğunu, kabul edilebilirliğin ise bunun aksine hakem kuruluna değil belirli bir iddiaya ilişkin olduğunu belirterek yapmıştır⁴⁴⁹. *Waste Management v. Mexico* davasında hakem Keith Highet, karşı oy görüşünde yargılama yetkisi ve kabul edilebilirlik ayrımına değinmiş olup buna göre; kabul edilebilirlik, hakem kurulu davaya bakmaya yetkili olsa dahi bizatihi davanın kusurlu olup olmadığına ilişkindir⁴⁵⁰. Öyleyse ilk itiraz, hakem kurulunun bütünüyle dava hakkında karar verme salahiyetiyle ilgili ise yargılama yetkisine ilişkin olarak değerlendirilecektir. Fakat ilk itiraz, hakem kurulunun belirli bir iddianın hakem

⁴⁴⁷ Christer Söderlund, Elena Burova, “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, *ICSID Review*, C. 33, S. 2, 2018, s. 526.

⁴⁴⁸ Heiskanen, *a.g.e.*, s. 7.

⁴⁴⁹ *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24.10.2011, para. 90.

⁴⁵⁰ *Waste Management Inc v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion of Keith Highet, 08.05.2000, para. 58.

kurulu tarafından esas aşamasında değerlendirilemeyeceğine yönelik ise, bu ilk itiraz kabul edilebilirliğe ilişkin olacaktır⁴⁵¹.

Yargılama yetkisi ile kabul edilebilirlik arasındaki ayrımın uygulama bakımından önem arz ettiği noktalardan birisi, tarafların hakem kurulunun yargılama yetkisine ilişkin hususlar bakımından milli mahkemeler önünde yahut ICSID Konvansiyonu’nun 52. maddesi uyarınca ICSID ad hoc komite önünde itiraz hakkı bulunurken, kabul edilebilirlik bakımından tekrar inceleme yapılmasının mümkün olmamasıdır. Zira kabul edilebilirlik hakkında verilen karar hakem kurulunun yargılama yetkisi içindedir⁴⁵².

Belirtmek gerekir ki; kabul edilebilirlik, yargılama yetkisiyle aynı olmadığı gibi esas incelemesiyle de aynı değildir. Bir iddianın kabul edilemezliğine karar verildiğinde esas incelemesinden önce o iddianın reddi gerekebilir. Zira kabul edilebilirlik, aslen iddianın esas aşamasında karar verilmeye uygun olup olmadığının sorgulanmasıdır⁴⁵³. Bu bakımdan kabul edilebilirliğin yargılama yetkisi incelemesi ile esas incelemesi arasında bir yerde konumlandığı söylenebilir⁴⁵⁴. Fakat hakem kurulları, kabul edilebilirliğe ilişkin itirazları ayrı bir aşamada değerlendirmemekte, bu itirazları ya yargılama yetkisine dair incelemede ya da esas incelemesiyle birlikte değerlendirmektedir⁴⁵⁵.

Tahkime başvurmadan önce ev sahibi devletin hukuk yollarının tüketilmesi⁴⁵⁶, tahkime başvurmadan önce müzakere, bekleme süresinin beklenmemesi⁴⁵⁷, iddianın temelindeki sözleşmede münhasır yetkili farklı bir yargı yerinin olması⁴⁵⁸, yol ayrımı hükmünün farklı bir yargı yeri lehine kullanılmış olması⁴⁵⁹, aynı uyuşmazlık sebebiyle ev sahibi devlete karşı farklı davaların açılması

⁴⁵¹ Douglas, **a.g.e.**, s. 148.

⁴⁵² Söderlund, Burova, **a.g.e.**, s. 526; Douglas, **a.g.e.**, s. 146.

⁴⁵³ Douglas, **a.g.e.**, s. 148.

⁴⁵⁴ Saar A. Pauker, “Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration”, **Arbitration International**, C. 34, S. 1, 2018, s. 6.

⁴⁵⁵ Michael D. Nolan, “Chapter 4: Admissibility”, **The Investment Treaty Arbitration Review**, Ed. Barton Legum, 3. bs., London, Law Business Research, 2018, s. 41.

⁴⁵⁶ Pauker, **a.g.e.**, s. 8.

⁴⁵⁷ Söderlund, Burova, **a.g.e.**, s. 531.

⁴⁵⁸ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004, para. 154.

⁴⁵⁹ Desert Line v. Yemen, para. 128.

(*lis pendens*)⁴⁶⁰, hakkında kesin hüküm bulunan bir uyuşmazlığa dair tekrar dava açılması (*res judicata*)⁴⁶¹, şirket hissedarlarının dava açma hakkı (*jus standi*); hukuki menfaate ilişkin hususlar⁴⁶², uyuşmazlık çözümüne dair verilen rızanın zamanaşımına uğramış olması⁴⁶³ gibi meselelerin yargılama yetkisinden ziyade kabul edilebilirlik altında değerlendirebileceği tartışılmaktaysa da henüz doktrin ve içtihatla bu hususlarda görüş birliğine varılmış değildir⁴⁶⁴.

B. Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışının Kabul Edilebilirlik Bağlamında Değerlendirilmesi

Yukarıda bahsedilen meselelere ek olarak, kabul edilebilirliğin tartışıldığı konulardan biri de yatırımcının hukuka aykırı davranışı söz konusu olduğunda uygulanabilirliğidir. Bazı yazarlar, belirli koşullar altında yatırımcının hukuka aykırı davranışının yargılama yetkisi veya esas bağlamında değerlendirilmemesi gerektiğini, bunun yerine kabul edilebilirlik incelemesi yapılması gerektiğini savunmaktadırlar⁴⁶⁵.

Daha önce de bahsi geçen *World Duty Free v. Kenya* davası, hukuka uygunluk şartının bulunduğu iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarına dayalı olarak açılmamış olup, devlet ve yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesine dayalıdır. Kenya başkanına rüşvet vermenin söz konusu olduğu davada, hakem kurulu; yolsuzluğa ilişkin hakem kurulları ve mahkemeler tarafından alınmış kararlar, uluslararası anlaşmalar ve milli hukuk mevzuatlarının ışığında rüşvetin uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine kanaat getirmiş, bu nedenle yolsuzluğa dayalı veya yolsuzlukla edinilmiş sözleşmeden doğan iddiaların dinlenemeyeceğini belirtmiştir⁴⁶⁶. Yine esas incelemesinin sonuç kısmında; uluslararası kamu düzeni

⁴⁶⁰ Pauker, **a.g.e.**, s. 49.

⁴⁶¹ Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. 05/19, Award, 03.07.2008, para. 131.

⁴⁶² Douglas, **a.g.e.**, s. 398; Pauker, **a.g.e.**, s. 51.

⁴⁶³ Tecmed v. Mexico, para. 73.

⁴⁶⁴ Filippo Fontanelli, **Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration: The Practice and the Theory**, Leiden-Boston, Brill, 2018, s. 129.

⁴⁶⁵ Andrew Newcombe, "Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 198; Douglas, **The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration**, s. 186; Zhejbalova, **a.g.e.**, s. 86.

⁴⁶⁶ *World Duty Free v. Kenya*, para. 157.

gereğince davacının, dava kapsamındaki iddialarının hiçbirini ileri süremeyeceğini, hukuken buna yetkili olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁶⁷.

Hukuka uygunluk şartının bulunmadığı Enerji Şartı Anlaşması'na dayalı olarak açılan *Plama v. Bulgaria* davasında ev sahibi devlet, yatırımcının yatırımının Bulgaristan hukukunu çeşitli şekillerde ihlal etmesi nedeniyle hakem kurulunun yargılama yetkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Buna karşın hakem kurulu; ev sahibi devletin iddialarının yargılama yetkisini etkilemediğini, bu iddiaların esas aşamasında değerlendirileceğini belirtmiştir⁴⁶⁸. Esas aşamasında iddiaları değerlendiren hakem kurulu, yatırımcının hukuka aykırı davranışta bulunduğunu tespit etmiş olup; her ne kadar Enerji Şartı Anlaşması'nda hukuka uygunluk şartı bulunmasa da Enerji Şartı Anlaşması'nın ev sahibi devlet hukukuna veya uluslararası hukuka aykırı yatırımları koruma kapsamına almadığı yorumunda bulunmuştur⁴⁶⁹. Hakem kuruluna göre, yatırımcı yalnızca Bulgaristan hukukunu ihlal etmemiş; *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* ilkesiyle birlikte uluslararası kamu düzenine de aykırılıkta bulunmuştur. Belirtilen sebeplerle davacının Enerji Şartı Anlaşması'nda sağlanan korumalardan faydalanamayacağı kanaatine varan hakem kurulu, bu değerlendirme kapsamında faydalanacağı kanaatine varmış olsaydı bile davacının iddialarının haklı olmadığını ortaya koymak adına esas incelemesine devam etmiştir⁴⁷⁰. Hakem kurulu, esas incelemesinin sonunda davacının taleplerini tümüyle reddetmiştir⁴⁷¹.

Her ne kadar iki davada da açıkça kabul edilebilirlik vurgulanmamış olsa da bazı yazarlar, *World Duty Free v. Kenya* davasında hakem kurulunun davacının iddialarını ileri süremeyeceğini belirtmesi ve *Plama v. Bulgaria* davasında da esas incelemesinin sonucu değiştirmeyeceğini göstermek maksadıyla yapılması nedeniyle

⁴⁶⁷ World Duty Free v. Kenya, para. 188.

⁴⁶⁸ Plama v. Bulgaria, para. 97.

⁴⁶⁹ Plama v. Bulgaria, para. 138.

⁴⁷⁰ Plama v. Bulgaria, para. 146-147.

⁴⁷¹ Plama v. Bulgaria, para. 306.

hakem kurullarının iddiaları kabul edilebilirlik bakımından değerlendirdiğini düşünmektedir⁴⁷².

Douglas'a göre; yatırım, uluslararası kamu düzenini ihlal edecek şekilde temin edilmişse bu husus kabul edilebilirlik altında değerlendirilmeli ve iddiaların kabul edilemezliğine karar verilmelidir. Zira uluslararası kamu düzeni kavramı hakem kuruluna, davada uygulanacak hukuka veya taraflardan biri tarafından özellikle öne sürülmesine bakılmaksızın uluslararası kamu düzenine aykırılığı resen kınama, reddetme sorumluluğunu yüklemektedir. Uluslararası kamu düzenini ihlal eden tarafa, hiçbir hukuk düzenine dayalı olarak hiçbir hakkı öne sürmesine göz yumulmayarak, tahkim süreci vasıtasıyla hiçbir şekilde yardım edilmemesi gerekmektedir. Örneğin; bir ev sahibi devlet hukuku, rüşvetin ödendiği kamu görevlisinden ödenen miktarın tazmin edilebileceğini öngörüyorsa; bu rüşveti ödemiş tarafın uluslararası tahkim süreciyle bunu geri almasına yardım edilmemelidir. Yine uluslararası kamu düzeninin ihlali söz konusu olduğunda diğer tarafın eylemleri de hakem kurulunun ihlali değerlendirmesine etki etmez. Sözgelimi, yatırımcının rüşvet verdiğini keşfeden ev sahibi devlet buna karşılık olarak yatırımı kamulaştırmışsa hakem kurulu ev sahibi devletin bu ihlali hakkında hüküm veremez. Hakem kurulunun bu ihlal hakkında karar vermesi, uluslararası kamu düzenini ihlal eden tarafın yardımına koşmak anlamına gelir. Bu ev sahibi devletin ihlalinin mazur görüleceği anlamına gelmemektedir fakat bu durumda yatırımcı basitçe, kendi hukuka aykırı davranışı sebebiyle uluslararası yatırım tahkiminde iddialarını ileri sürmekten aciz konuma düşmektedir⁴⁷³. Yazara göre; yatırım uluslararası kamu düzenini ihlal edecek şekilde temin edilmemiş fakat uluslararası kamu düzeninin ihlaline yönelik bir amaçla edinilmişse hakem kurulları, iddiaların kabul edilemezliğine karar vermelidir. Örneğin; bir ilaç fabrikası hukuka uygun bir şekilde edinilmiş fakat bu fabrikada yasadışı ilaçların üretimi yapılmış ise hakem kurulu,

⁴⁷² Newcombe, *a.g.e.*, s. 197; Zhejbalova, *a.g.e.*, s. 75-77; Cameron A. Miles, "Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims", *Journal of International Dispute Settlement*, C. 3, S. 2, 2012, s. 355-358; Llamzon, Sinclair, *a.g.e.*, s. 472; Carolyn B. Lamm, Brody K. Greenwald, Kristen M. Young, "From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption", *ICSID Review*, C. 29, S. 2, 2014, s.348.

⁴⁷³ Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, s. 180.

uluslararası kamu düzenine aykırılık nedeniyle yatırımcının iddialarının kabul edilemez olduğuna karar vermelidir⁴⁷⁴.

Llamzon ve Sinclair; yatırım sözleşmesine veya hukuka uygunluk şartının bulunmadığı YKTK anlaşmasına dayalı davalarda, yatırımcının hukuka aykırı davranışının uluslararası kamu düzenini ihlal ettiği kanaatine varılması halinde bunun kabul edilebilirlik incelemesine konu olabileceği görüşündedir⁴⁷⁵. *Miles*, yalnızca yolsuzluk açısından değerlendirmede bulunmuşsa da *Llamzon ve Sinclair* ile aynı görüşü paylaşmakta olup; hukuka uygunluk şartının bulunmadığı davalarda yolsuzluğun tespiti halinde, uluslararası kamu düzeninin ihlalinin dolayısı ile hakem kurulunun iddiaların kabul edilemezliğine karar vermesi görüşündedir⁴⁷⁶. *Newcombe*'a göre; uluslararası kamu düzeniyle birlikte hukukun genel ilkelerine yahut uluslararası örf ve adet kurallarına aykırı ciddi bir hukuka aykırılığın tespiti halinde yatırımcının iddiaları kabul edilemez olarak değerlendirilebilir ve böylece davacıya, milli mahkemeler önünde yahut ad hoc komite karşısında kararın tekrar değerlendirilmesi fırsatı da tanınmamış olur⁴⁷⁷.

*Churchill Mining v. Indonesia*⁴⁷⁸ davasında uluslararası kamu düzenine aykırı davranışların kabul edilebilirliğe ilişkin bir mesele olduğu *World Duty Free v. Kenya* ile *Plama v. Bulgaria* davalarından çok daha açık bir şekilde vurgulanmıştır. Bu davada davacıların yatırımı maden ruhsatlarına dayalı olup, ev sahibi devlet bu ruhsatların sahte olarak düzenlendiğini, davaya konu yatırımların hile ve dolandırıcılığa dayandığını iddia etmiştir⁴⁷⁹. Hakem kurulu yapılan inceleme sonunda evraklarda sahtecilikle birlikte dolandırıcılık yapıldığını tespit etmiştir⁴⁸⁰. Hakem kurulu bu tespitten sonra; ne ICSID Konvansiyonu'nun ne de davaya konu YKTK anlaşmalarının yatırım temin edildikten sonraki hukuka aykırılığa ilişkin bir hüküm barındırmadığını, YKTK anlaşmalarının yalnızca yatırımın kuruluşunda uygulanacak kabul gereksinimlerini barındırdığını ki bunun da yargılama yetkisine ilişkin

⁴⁷⁴ Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, s. 184.

⁴⁷⁵ *Llamzon, Sinclair, a.g.e.*, s. 527-528.

⁴⁷⁶ *Miles, a.g.e.*, s. 359.

⁴⁷⁷ *Newcombe, a.g.e.*, s. 199.

⁴⁷⁸ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 06.12.2016.

⁴⁷⁹ *Churchill Mining v. Indonesia*, para. 106.

⁴⁸⁰ *Churchill Mining v. Indonesia*, para. 476.

olduğunu, bu nedenle tespit edilen sahtecilik ve dolandırıcılığın neticesini belirleyebilmek için uluslararası hukukun ilkelerine başvurulacağını belirtmiştir⁴⁸¹. Dolandırıcılık ve yolsuzluğun tartışıldığı benzer davaları değerlendiren hakem kurulu, hileli davranışın hukuki neticesinin YKTK anlaşmasındaki hukuka uygunluk şartı, dolandırıcılığın ciddiyet derecesi, tarafların veya üçüncü kişilerin dolandırıcılıkla ilişkisi, iddialar ile dolandırıcılığın bağlantısı ve dolandırıcılık faaliyetinin gerçekleştiği zamana göre her davada farklılık gösterebileceği sonucuna varmıştır⁴⁸². Hakem kurulu, hukuki neticenin, belirtilen hukuka aykırı davranışlara rağmen davacının iddialarının korunması mı yahut reddedilmesi mi gerektiği sorusu üzerinde yoğunlaştığını ve bu sorunun da kabul edilebilirliğe ilişkin olduğunu açıklamıştır. Zira eğer iddialar reddedilecekse bu red iddia olunan YKTK anlaşmasındaki ihlaller incelenmeden gerçekleşecektir. Hakem kuruluna göre, dolandırıcılık ve sahtecilikten doğan iddialar uluslararası kamu düzeni gereğince kabul edilemez⁴⁸³. Böylece hakem kurulu, esasa girmeden davacının bütün iddialarını kabul edilemez olarak değerlendirmiştir⁴⁸⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki; *World Duty Free v. Kenya* davası 2006 yılında, *Plama v. Bulgaria* davası 2008 yılında karara çıkmışken, *Churchill Mining v. Indonesia* davası 2016 yılında karara çıkmıştır. Hem yakın tarihli bir karar olması hem de kabul edilebilirlik usulünün açıkça uygulanması bakımından içtihatın, uluslararası kamu düzenine aykırılık halinde meselenin kabul edilebilirliğe ilişkin olarak ele alınacağı yönünde geliştiğini söylemek mümkündür. Kanaatimizce; hukuka uygunluk şartının bulunmadığı hallerde uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir hukuka aykırı davranış tespit edildiğinde bu hususun kabul edilebilirlik altında incelenmesi hem yukarıda belirtilen görüşler nedeniyle hem de usul ekonomisi bakımından mantıklıdır.

Uluslararası kamu düzenine aykırılık dışında, uluslararası yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanımının söz konusu olduğu durumlarda, bu durumun yargılama yetkisine ilişkin değil, kabul edilebilirliğe ilişkin bir mesele olduğuna dair

⁴⁸¹ Churchill Mining v. Indonesia, para. 488.

⁴⁸² Churchill Mining v. Indonesia, para. 494.

⁴⁸³ Churchill Mining v. Indonesia, para. 507-508.

⁴⁸⁴ Churchill Mining v. Indonesia, para. 529.

bir görüş de mevcuttur⁴⁸⁵. *Levy v. Peru* davasında, hakem kurulu dava hakkının kötüye kullanımının yargılama yetkisi veya kabul edilebilirliğe ilişkin olarak tavsif edilebileceğini belirtmiş fakat dava özelinde bu ayrımın sonuca etkili olmayacağı sebebiyle bu tartışmaya girmemiştir⁴⁸⁶.

III. ESAS İNCELEMESİ

A. Genel Olarak Esas İncelemesi

Esas incelemesi, hakem kurulunun davada öne sürülen iddia veya savunmaları maddi olgularla birlikte değerlendirdiği, uyuşmazlığın esasına yönelik yapılan incelemedir⁴⁸⁷. Daha önce de belirtildiği üzere; hakem kurulunun esasa yönelik inceleme yapabilmesi için öncelikle uyuşmazlığa dair yargılama yetkisinin bulunması gerekir. Yargılama yetkisi veya kabul edilebilirlik gibi ilk itirazların öne sürülmesi durumunda hakem kurulu öncelikle bu itirazları değerlendirecek, daha sonra yargılamanın esas aşamasına geçecektir. Fakat hakem kurulu ilk itirazların uyuşmazlığın esasından bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varırsa, ilk itirazları esas incelemesiyle birlikte de değerlendirebilir. Bu gibi durumlarda ilk itirazlar esasa ilişkin iddiaların yanı sıra değerlendirilse de tahkim kararında ilk itirazlar ve esasa ilişkin değerlendirmeler kavramsal olarak ayrı tutulur⁴⁸⁸.

B. Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışının Esas Aşamasında Değerlendirilmesi

1. Hukuka Uygunluk Şartının Bulunduğu Haller

İlgili YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartının varlığı halinde, öne sürülen hukuka aykırılık iddiasının yargılamanın hangi aşamasında değerlendirileceği hususunda, hukuka aykırılığın gerçekleştiği zaman dilimi büyük önem arz etmektedir. Zira daha önce bahsedilen davalardan da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırılık yatırımın başlangıcında meydana gelmişse hakem kurulları

⁴⁸⁵ Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos v. Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 31, S. 3, 2015, s. 91.

⁴⁸⁶ Renee Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 09.01.2015, para. 81.

⁴⁸⁷ Garner, **a.g.e.**, s. 1079.

⁴⁸⁸ Miles, **a.g.e.**, s. 334.

genellikle bu hususu yargılama yetkisine ilişkin olarak görmektedir. Fakat hukuka aykırılık yatırımın başlangıcından sonraki aşamada gerçekleşmişse, hakem kurulları hukuka aykırılık iddiasını çoğunlukla esas aşamasında değerlendirmektedir.

Örneğin; *Hamester v. Ghana* davasında, YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartında, “*Bu anlaşma, taraf devletlerden birinin vatandaşları veya şirketleri tarafından anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce diğer taraf devletin hukukuna uygun olarak yapılmış yatırımlara da uygulanacaktır.*” denilmiştir. Hakem kurulu, yatırımın başlangıcı yani yatırım yapıldığı tarihteki hukuka aykırılık ile yatırımın devam ettiği süreçteki hukuka aykırılık arasında bir ayrım yapılması gerektiğini, zira hukuka uygunluk şartının yalnızca yatırımın yapıldığı tarihteki hukuka uygunluğa atıf yaptığını, hukuka uygunluk şartının yatırımın devam ettiği süreçte gerçekleşen hukuka aykırılıkları kapsamadığını belirtmiştir. Hakem kuruluna göre, yatırımın yaratıldığı aşamadaki hukuka aykırılık yargılama yetkisine ilişkindir fakat yatırımın devam ettiği süreçte gerçekleşen hukuka aykırılık esasa ilişkin olarak değerlendirilmelidir⁴⁸⁹.

Aynı görüş, *Fraport v. Philippines* davasında da benimsenmiş olup, hakem kuruluna göre; YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartı yalnızca yatırımın başlangıcını kapsamaktadır. Dolayısıyla yargılama yetkisi değerlendirmesi de yalnızca yatırımın başlangıcında gerçekleşen hukuka aykırılık bakımından yapılabilir. Eğer yatırımın devamında gerçekleşmiş bir hukuka aykırılık iddiası bulunuyorsa, ev sahibi devlet bunu ancak esas aşamasında savunmasının bir parçası olarak kullanabilir. Yatırımın devamında gerçekleşen hukuka aykırılık, hakem kurulunun yargılama yetkisini etkilemez⁴⁹⁰.

*Teinver v. Argentina*⁴⁹¹ davasında da hukuka aykırılığın meydana geldiği zaman açısından ayrım yapılmıştır. YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartının yalnızca yatırımın edinildiği tarihte gerçekleşen ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışlar bakımından geçerli olacağını belirten hakem kurulu, bu hususta

⁴⁸⁹ Hamester v. Ghana, para. 127.

⁴⁹⁰ Fraport v. Philippines, para. 345.

⁴⁹¹ Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21.12.2012.

Hamester v. Ghana, Fraport v. Philippines ve *Inceysa v. El Salvador* davalarına atıf yapmıştır⁴⁹². Hakem kurulu huzurdaki dava bakımından yatırımcının, yatırımın yapıldığı tarihte ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışı bulunmadığına kanaat getirmiş⁴⁹³ ve ev sahibi devletin yargılama yetkisi itirazını reddederek bu iddiaların esas aşamasında değerlendirileceği kararını vermiştir⁴⁹⁴.

Vannessa Ventures v. Venezuela davasında da ev sahibi devletin yargılama yetkisi itirazını değerlendiren hakem kurulu, belirtilen davalardaki görüşü benimseyerek YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartının yargılama yetkisine ilişkin niteliğinin yatırımın yapılmasıyla birlikte tükeneceğini söylemiş ve ev sahibi devletin hakem kurulunun uyuşmazlığa dair yargılama yetkisinin bulunmadığına ilişkin itirazını reddetmiştir⁴⁹⁵.

Hukuka uygunluk şartının zaman bakımından kapsamının değerlendirildiği bir başka dava olan *Phoenix v. Czech Republic* davasında, hakem kurulu tarafından; hukuka uygunluk şartının göz önüne alınacağı anın yatırımın kurulduğu an olduğu, zira ev sahibi devletlerin basitçe kendi hukukunu değiştirerek YKTK anlaşmasıyla taahhüt ettiği yükümlülüklerinden kaçınamayacağı veya kendi hukuku vasıtasıyla YKTK anlaşmasıyla koruma altına alınacağı belirtilen yatırımların kapsamını değiştiremeyeceği açıklanmıştır. Yine hukuka aykırılığın meydana geldiği zamandan bağımsız olarak, yatırımın ev sahibi devlet hukukuna aykırı olduğunun esas aşamasında anlaşıldığı veya hakem kurulunun hukuka aykırı eylemi en iyi esas aşamasında değerlendireceğine kanaat getirmesi halinde bu meselenin esas aşamasında analiz edilebileceği belirtilmiştir⁴⁹⁶.

Yukarıdaki davalarda belirtilen görüşe paralel olarak *Arif v. Moldova*⁴⁹⁷ davasında hakem kurulu, yatırımcının hukuka aykırı davranışının yargılama yetkisi bağlamında değerlendirilmesi bakımından zamansal sınırlama olduğunu, yatırımın dolandırıcılıkla ya da yolsuzlukla yapılmadığını, tarafların karşılıklı bir şekilde

⁴⁹² *Teinver v. Argentina*, para. 318-319.

⁴⁹³ *Teinver v. Argentina*, para. 327.

⁴⁹⁴ *Teinver v. Argentina*, para. 331.

⁴⁹⁵ *Vannessa Ventures v. Venezuela*, Award, para. 167-168.

⁴⁹⁶ *Phoenix v. Czech Republic*, para. 102-103.

⁴⁹⁷ *Mr. Frank Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 08.04.2013.

başlangıçta yatırımın hukuka uygunluğunu kabul ederek belirli bir süre dürüstlük kuralına uygun olarak hareket ettiğini, dolayısıyla huzurdaki davada tarafların karşılıklı varsayıma dayanan davranışları ve hukuka aykırılığın meydana geldiği zaman dilimi birlikte değerlendirildiğinde hukuka aykırılığın yargılama yetkisine ilişkin bir mesele olarak görülemeyeceğini söyleyerek, ev sahibi devletin bu hususta yargılama yetkisi itirazını reddetmiştir⁴⁹⁸.

Hukuka aykırılığın meydana geldiği zamandan bağımsız olarak *Berschader v. Russia*⁴⁹⁹ davasında, hakem kurulu hukuka aykırılığın esasa ilişkin olduğuna karar vermiştir. İlgili YKTK anlaşmasında yatırım tanımına dahil bir hukuka uygunluk şartı olmasına rağmen, hakem kurulu hiçbir sebep göstermeden yatırımın hukuka aykırılığının yargılama yetkisini etkileyen bir mesele olmadığını, bunun esasa ilişkin bir mesele olduğunu söyleyerek ev sahibi devletin yargılama yetkisi itirazını reddetmiştir⁵⁰⁰.

1.1. Değerlendirme

Hakem kurullarının hukuka uygunluk şartlarının lafzından yola çıkarak, yatırımın başlangıcından sonra meydana gelen hukuka aykırılıkların esas aşamasında değerlendirileceği kanaatine varması, hukuka uygunluk şartının yatırımın devam ettiği süreci kapsayacak şekilde düzenlenmesi halinde hukuka aykırılığın yargılama yetkisine ilişkin olarak mı yahut esasa ilişkin olarak mı değerlendirileceği sorununun gündeme getirmektedir. *Quiborax v. Bolivia* davasında, ev sahibi devlet hukuka uygunluk şartının zaman bakımından kapsamının yatırımın başlangıcıyla sınırlı olmadığını, yatırımın devamındaki hukuka aykırılığın da bu şart kapsamına girdiğini savunmuştur⁵⁰¹. Fakat hakem kurulu, ev sahibi devletin hukuka uygunluk şartını çok geniş yorumladığını, şartın zaman bakımından sınırı olmadığı düşünülecek olursa bunun ev sahibi devletleri herhangi bir zamanda gerçekleşmiş en ufak hukuka aykırılığı ileri sürerek yatırımları koruma kapsamı dışında bırakmaya teşvik edebileceğini belirtmiştir. Ayrıca yine yukarıda belirtilen davalarda olduğu gibi

⁴⁹⁸ Arif v. Moldova, para. 376.

⁴⁹⁹ Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award, 21.04.2006.

⁵⁰⁰ Berschader v. Russia, para. 111.

⁵⁰¹ Quiborax v. Bolivia, para. 241.

hukuka uygunluk şartında “*yapılmış (made)*” denildiğini ve bu sebeple de hukuka uygunluk şartının yalnızca başlangıçtaki hukuka aykırılıkları kapsadığı kanaatine varmıştır⁵⁰². Belirtmek gerekir ki; bu davada hakem kurulu hukuka uygunluk şartının lafzını görüşüne destek olması mahiyetinde kullanmış olup aslen ev sahibi devlet ve yatırımcı arasındaki çıkar dengesini gözeterek hukuka uygunluk şartının yatırımın devamındaki hukuka aykırılıkları kapsamadığı görüşüne varmıştır. *Obersteiner*’a göre hukuka uygunluk şartının yatırımın devamını kapsayacak şekilde düzenlenmesi halinde dahi şartın kapsamının bu doğrultuda yorumlanması, YKTK anlaşmalarının amacıyla bağdaşmayacaktır. Zira yabancı yatırımcı için sürekli olarak ev sahibi devlet hukukuna uymak imkansız olmasa da çok zordur, eğer herhangi bir zamanda herhangi bir ihlalin bu şart kapsamına gireceği kabul edilirse yabancı yatırımın korunması için teşkil edilen sistemin etkililiği büyük ölçüde zedeleneyecektir⁵⁰³.

Kanaatimizce; hukuka uygunluk şartının yalnızca başlangıçtaki hukuka aykırılıklar kapsamına alınması gerektiği görüşü makuldür. Zira devam eden süreçteki hukuka aykırılıklar da bu kapsamda değerlendirilirse hakem kurulları, hukuka uygunluk şartına dayalı olarak yargılama yetkisinin bulunmadığına karar verdiği için bu hukuka aykırılıklar bakımından da yargılama yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılacaktır. Bu da yatırım tahkiminin yatırımcılara sağladığı korumanın kapsamını büyük ölçüde daraltacaktır. Bu yatırımcının hukuka aykırı davranışına göz yumulacağı anlamına gelmemektedir; zira hakem kurulu yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davrandığı kanaatine varırsa, yatırımcının iddialarını esas aşamasında da reddedebilir veya müterafik kusur çerçevesinde yatırımcı lehine hükmedeceği tazminattan kesinti yapabilir. Fakat en azından böylece ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik eylemleri de değerlendirme kapsamına alınmış olur ki bu da ev sahibi devletin yatırımı koruma kapsamı dışında bırakmaya yönelik eylemleri veya hukuka aykırı davranış gerçekleştikten sonra yatırımcıya karşı aldığı ölçüsüz tedbirleri bakımından yaptırıma maruz kalmasını sağlar.

⁵⁰² Quiborax v. Bolivia, para. 263-266.

⁵⁰³ Obersteiner, *a.g.e.*, s. 279.

Örneğin; *Occidental v. Ecuador*⁵⁰⁴ davasında, yatırımcı devletle akdetmiş olduğu, yatırımın temelini oluşturan sözleşmeye göre sözleşmedeki bazı hakları üçüncü bir kişiye devrederken ilgili bakanlığın onayını alması gerekirken, bu onayı almamıştır⁵⁰⁵. Bunun üzerine ev sahibi devlet, sözleşmeyi iptal ederek hükümsüz kılmıştır. Hakem kurulu ev sahibi devletin bu karşılığını, ölçüsüz bir yaptırım olarak niteleyerek ev sahibi devletin Ekvador hukukunu, uluslararası örf ve adet hukukunu ve YKTK anlaşmasını ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁰⁶. Fakat aynı zamanda yatırımcının ilgili bakanlıktan onay almayarak ihmalkar bir biçimde davrandığını ve hukuka aykırı davranışta bulunduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla hakem kuruluna göre, yatırımcı oluşan zarara katkıda bulunan bu hukuka aykırı davranışının bedelini ödemelidir⁵⁰⁷. Hakem kurulu her ne kadar yatırımcı lehine tazminata hükmetmişse de yatırımcının bu hukuka aykırı davranışı nedeniyle hükmettiği tazminatı %25 oranında indirmiştir⁵⁰⁸.

Yine *Occidental v. Ecuador* davasına benzer şekilde, *Yukos v. Russia*⁵⁰⁹ davasında, hakem kurulu davacının yatırım edinildikten sonraki süreçte vergi yükümlülüğünden kaçınmak adına ev sahibi devletin vergi mevzuatına aykırı olarak hukuka aykırı davranışlarda bulunduğunu tespit etmiş fakat ev sahibi devletin bu hukuka aykırı davranışlar karşısında uyguladığı yaptırımların ölçüsüz ve kamulaştırmaya eşdeğer nitelikte olduğuna karar vermiştir. Böylece hakem kurulu, davacının hukuka aykırı davranışına dayalı müterafik kusuru nedeniyle toplam zarara katkısının %25 oranında olduğunu belirlemiş⁵¹⁰ ve davacı lehine hükmettiği tazminatta %25 indirim uygulamıştır⁵¹¹.

⁵⁰⁴ Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 05.10.2012.

⁵⁰⁵ Occidental v. Ekvador, para. 381.

⁵⁰⁶ Occidental v. Ekvador, para. 452.

⁵⁰⁷ Occidental v. Ekvador, para. 679-980.

⁵⁰⁸ Occidental v. Ekvador, para. 876.

⁵⁰⁹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18.07.2014.

⁵¹⁰ Yukos v. Russia, para. 1633-1634-1635-1637.

⁵¹¹ Yukos v. Russia, para. 1827.

Belirtmek gerekir ki, *Occidental v. Ecuador* davası, Ekvador ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki YKTK anlaşmasına⁵¹² dayalı, *Yukos v. Russia* davası ise Enerji Şartı Anlaşması'na dayalı olarak açılmıştır. Her iki anlaşmada da hukuka uygunluk şartı bulunmasa da bu davalar, hukuka uygunluk şartının yatırımın edinildiği tarihten sonraki hukuka aykırı davranışları kapsamaması halinde doğabilecek adaletsiz sonuçlara örnek olarak gösterilebilir. Şöyle ki; *Yukos v. Russia* davasında, tazminattan %25 indirim yapılmışsa bile davacı lehine 50 milyar dolar tazminata hükmedilmiştir ki bu meblağ uluslararası uyuşmazlık çözüm tarihinde hükmedilen en yüksek tazminat tutarıdır⁵¹³. Bu davanın hukuka uygunluk şartının bulunduğu bir YKTK anlaşmasına dayalı olarak açıldığı ve hakem kurulunun yatırımın başlangıcından sonraki tarihli hukuka aykırılığı da hukuka uygunluk şartı kapsamında değerlendirdiği farzedilecek olursa, hakem kurulu yargılama yetkisinin bulunmadığına karar verecek ve dava bu aşamada reddedilecektir. Bu bakımdan, hukuka uygunluk şartının yalnızca yatırımın başlangıcını kapsadığı görüşü hem yatırım tahkimi sisteminde taraflar arasındaki dengenin gözetilmesi hem de ev sahibi devletin YKTK anlaşmasındaki yükümlülüklerini kolayca bertaraf etmemesi gerekliliği bakımından adil ve haklı bir görüştür.

2. Hukuka Uygunluk Şartının Bulunmadığı Haller

Yukarıda açıklandığı üzere, hakem kurulunun yargılama yetkisinin bulunmadığına karar verebilmesi için belirli şartların varlığı gereklidir. Yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışı söz konusu olduğunda hakem kurulları, ilgili YKTK anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartına dayanarak yargılama yetkisinin bulunmadığı kanaatine varmaktadır. Öyleyse ilgili iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmasında hukuka uygunluk şartının bulunmadığı ya da davanın yatırım sözleşmesine dayalı olarak açıldığı hallerde ev sahibi devletin tahkime rızası bulunmadığından bahisle hakem kurulları yargılama yetkisinin yokluğuna karar veremeyecek ve ev sahibi devletin hukuka aykırılık itirazı esas aşamasında

⁵¹² Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6088%2814%29.pdf>, 11 Mayıs 2019.

⁵¹³ Demirkol, **a.g.e.**, s. 95.

değerlendirecektir⁵¹⁴. İkinci bir ihtimal olarak, kabul edilebilirlik aşaması bulunsa da arz edildiği üzere iddiaların kabul edilemezliğine karar verilmesi için ev sahibi devlet hukukuna aykırılık tek başına yeterli olmayıp, uluslararası kamu düzenine aykırılığın söz konusu olması gerekir.

*Malicorp v. Egypt*⁵¹⁵ davasında ilgili YKTK anlaşmasında hukuka uygunluk şartı bulunmamasına rağmen ev sahibi devlet, yatırımcının evrakta sahtecilik yaptığını ve böylece dürüstlük kuralını da ihlal ettiğini ileri sürerek hakem kurulunun yargılama yetkisine itirazda bulunmuştur. Konu hakkında verilmiş kararlara değinen hakem kurulu, bazı davalarda konunun yargılama yetkisi bakımından bazılarında ise esasa ilişkin olarak değerlendirildiğini tespitle, esasa ilişkin olarak değerlendirilmesinin nedeninin yatırımın geçerliliğiyle ilişkili olduğunu zira ev sahibi devletin yükümlülüklerini ihlal ettiğine dair karar verilebilmesi için ilgili yatırımın geçerli bir yatırım olması gerektiğini belirtmiştir. İki yaklaşım arasındaki ayrımın yalnızca teorik önemden ibaret olmadığının, karara karşı başvurulacak yollar bakımından da fark olduğunu altını çizem hakem kurulu, her davada farklı koşullar altında farklı kararlar verilebileceğini ve bu nedenle mesele hakkında genel bir cevap verilmeyeceğini söyleyerek huzurdaki davada yatırımın geçerliliğinin esasa ilişkin incelemede değerlendirilmesi gerektiği yönünde güçlü argümanlar bulunduğunu açıklamıştır⁵¹⁶. Buna göre, öncelikle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi gereğince, temel sözleşme gerçeğe aykırı beyanat veya yolsuzluktan etkilense dahi bu durum doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Yargılama yetkisinin varlığı tahkim anlaşmasına bağlıdır ve imtiyaz sözleşmesi hukuka aykırı olarak edinilmiş olsa dahi tahkime rıza imtiyaz sözleşmesiyle değil ilgili YKTK anlaşmasıyla verilmiştir. YKTK anlaşmasında ev sahibi devletin rızasını etkileyen bir husus bulunmadığından, burada verilen rıza yatırımın geçerliliği dahil olmak üzere yatırımdan doğan bütün uyumsuzlukları kapsamaktadır. Hakem kurulu, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin yanında iddia edilen hukuka aykırılığın

⁵¹⁴ Bkz.: aş.

⁵¹⁵ *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 07.02.2011.

⁵¹⁶ *Malicorp v. Egypt*, para. 117-118.

detaylı bir inceleme gerektirdiğini belirterek, yargılama yetkisi itirazını reddetmiş ve meselenin esasa ilişkin olduğuna kanaat getirmiştir⁵¹⁷.

*Niko Resources v. Bangladesh*⁵¹⁸ davasında ev sahibi devlet, yolsuzluk nedeniyle hakem kurulunun yargılama yetkisine itiraz etmiştir⁵¹⁹. Yolsuzluk iddiasını değerlendiren hakem kurulu, yatırımcının yolsuzluk yaptığı sonucuna varmıştır⁵²⁰. Dava, iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmasına dayalı olarak değil ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş yatırım sözleşmesine dayalı olarak açıldığından, hakem kurulu yolsuzluğun sözleşmelere etkisini değerlendirmişse de sözleşmelerin ve içerisinde bulunan tahkim şartının geçersiz olmadığına karar vermiştir⁵²¹. Ev sahibi devlete göre; sözleşmeler geçerli olsa dahi hakem kurulunun yargılama yetkisi yoktur zira; dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmayan yatırımlar tahkim korumasından yararlanamaz. Ayrıca yargılama yetkisinin varlığının kabulü halinde ICSID uyuşmazlık çözüm mekanizmasının bütünlüğü tehlike altında olacaktır⁵²². Ev sahibi devletin bu argümanlarına karşı hakem kurulu, ev sahibi devletin itirazını dayandırdığı hakem kararlarının YKTK anlaşmalarına dayalı davalarda verilmiş olduğunu, YKTK anlaşmalarında tahkime rızanın belirsiz sayıda belirsiz yabancı yatırımcıya sunulduğunu, böyle bir durumda korumanın belirli şartlara tabi olabileceğini fakat huzurdaki davada tahkime rızanın YKTK anlaşmasıyla değil iki yatırım sözleşmesiyle verildiğini; bu sözleşmelerde verilen rızanın belirli şartlara tabi tutulmadığını aksine tarafları bağlayıcı sabit bir tahkime rıza anlaşmasının bulunduğunu ve dolayısıyla huzurdaki davada dürüstlük kuralının değerlendirilmesinin yargılama yetkisine ilişkin olmadığı, bunun esas aşamasında değerlendirileceği kararını vermiştir⁵²³.

⁵¹⁷ Malicorp v. Egypt, para. 119.

⁵¹⁸ Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation, ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19.08.2013.

⁵¹⁹ Niko Resources v. Bangladesh, para. 373.

⁵²⁰ Niko Resources v. Bangladesh, para. 423.

⁵²¹ Niko Resources v. Bangladesh, para. 464.

⁵²² Niko Resources v. Bangladesh, para. 466.

⁵²³ Niko Resources v. Bangladesh, para. 469-471.

2.1. Değerlendirme

Kanaatimizce, hukuka uygunluk şartının bulunmadığı YKTK anlaşmasına yahut yatırımcıyla akdedilmiş yatırım sözleşmesine dayalı olarak açılan davalarda, hukuka aykırılık iddiaları yargılama yetkisine ilişkin olarak görülemez. Zira daha önce detaylıca bahsedildiği üzere, hakem kurulunun yargılama yetkisi temelde tarafların tahkime rızasıyla ilgili bir meseledir. Hukuka aykırılığın yargılama yetkisine ilişkin olarak görüldüğü hallerde, ilgili YKTK anlaşmasında bulunan hukuka uygunluk şartı esasen taraf devletlerin tahkime rızasını sınırlamaktadır. Taraf devletler YKTK anlaşmasına hukuka uygunluk şartı ekleyerek, hukuka aykırı yatırımların YKTK anlaşmasından faydalanmasını engellemek istemekte, tahkime rızalarını ilgili yatırımın hukuka uygun olması şartıyla sınırlı olarak sunmaktadırlar. Dolayısıyla hukuka uygunluk şartının bulunmadığı hallerde, YKTK anlaşmasına dayalı olarak açılmış davalarda yatırımın hukuka aykırılığı ev sahibi devletin tahkime rızasını etkilemeyecektir. Yine yatırım sözleşmesi söz konusu olduğunda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi gereğince tahkim anlaşmasında hukuka uygunluğa ilişkin özel bir hüküm olmadıkça tahkime rızanın geçersiz olduğundan bahsedilemez. Belirtilen nedenlerle, hukuka uygunluk şartının bulunmadığı hallerde ilgili hukuka aykırılık, uluslararası kamu düzenine aykırı olarak nitelenebiliyorsa bu husus kabul edilebilirliğe ilişkin olarak değerlendirilmeli; uluslararası kamu düzenine aykırılık dışında bir hukuka aykırılık iddiası gündeme gelmişse, yukarıda bahsedilen davalarda olduğu gibi esasa ilişkin olarak değerlendirilmelidir.

IV. İSPATA İLİŞKİN MESELELER

Usule ilişkin değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise iddia edilen hukuka aykırılığın ispatıdır. Bu hususta ispat yükü ve ispat standardının incelenmesi gerekir.

A. İspat Yükü

Actori incumbit onus probandi (İspat yükü davacıya aittir) ilkesi gereğince iddia ettiği vakıya dayanan taraf bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dolayısıyla yatırımcının hukuka aykırı davranışı, ev sahibi devlet tarafından savunmanın bir parçası olarak kullanılıyorsa; bu hususta ispat yükü ev sahibi devlete aittir. Eğer

yolsuzluk vb. hukuka aykırı davranışlar yatırımcı tarafından ev sahibi devlete karşı ileri sürülüyorsa, bu halde ispat yükü yatırımcıya ait olacaktır⁵²⁴.

Metal-Tech v. Uzbekistan davasında yolsuzluğa ilişkin olarak konuyu değerlendiren hakem kuruluna göre; ispat yükü meselesine uluslararası hukukun uygulanması münasip olacaktır. İddia ettiği vakıya dayanan tarafın ispat yükü altında olacağı ilkesi uluslararası tahkim ve mahkemelerde oldukça yaygın biçimde tanınan ve uygulanan bir ilkedir. Uluslararası Adalet Divanı ve ICSID Konvansiyonu ile NAFTA altında kurulan tahkim mahkemeleri, bu ilkeyi hukukun genel ilkelerinden biri olarak görmektedir. Dolayısıyla, *actori incumbit onus probandi* ilkesi gereğince, taraflar dayandıkları vakıaları ispat yükü altındadır⁵²⁵.

Teinver v. Argentina davasında ev sahibi devletin dolandırıcılık iddiası değerlendirilmiş olup hakem kuruluna göre; ev sahibi devlet, yatırımcının yatırımları edinirken hukuka aykırı davranışlarda bulunduğunu ispatlayamamıştır. Bu bakımdan ispat yükü ev sahibi devlet üzerindedir. Yatırımcı, yatırımının YKTK anlaşması koruması kapsamına girdiğini *prima facie* (ilk bakışta anlaşılabilen, aksi ispatlanmadıkça geçerli olacak şekilde) göstermek zorundaysa da ev sahibi devlet yatırımın koruma kapsamında olmadığını kanıtlayacak hiçbir olgu öne sürememiştir⁵²⁶.

Quiborax v. Bolivia davasında da bu husus oldukça net bir biçimde izah edilmiştir. Hakem kuruluna göre; hukuka uygunluk şartının ihlal edildiğini öne süren taraf, yani ev sahibi devlet ispat yükü altındadır. Zaten bunun aksi, yani yatırımcının bir şekilde ev sahibi devlet hukuk ve mevzuatına uyum sağladığını ispatlamasının istenmesi gerçekçi olmayacaktır. Bu nedenle, doğal olarak ispat yükü hukuka uygunluk şartının ihlal edildiğini ileri süren taraf üzerinde olacaktır⁵²⁷.

⁵²⁴ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 484-485; Obersteiner, **a.g.e.**, s. 281.

⁵²⁵ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 237.

⁵²⁶ Teinver v. Argentina, para. 324.

⁵²⁷ Quiborax v. Bolivia, para. 259.

Belirtilen davalarda da açıklandığı üzere, hukuka aykırılığı ileri süren tarafın, bu hususta ispat yükü altında olduğu hususunda içtihatla görüş birliği bulunmaktadır⁵²⁸.

B. İspat Standardı

1. Genel Olarak İspat Standardı

İspat yükü, hangi tarafın iddia edilen vakıayı ispat külfeti altında olduğunu ifade ederken; ispat standardı, iddianın ispatlanmış sayılabilmesi için gerekli delil eşliğini ifade etmektedir⁵²⁹. *Rompetrol v. Romania* davasında bu ayrıma değinen hakem kurulu, ispat yükünün iddiayı hangi tarafın kanıtlamak zorunda olduğuna; ispat standardının ise iddianın ispatlanmış sayılabilmesi için ne kadar delil gerektiğine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Hakem kuruluna göre; ispat yükü mutlak iken ispat standardı bağıldır. İspat standardının bağıl olmasından kasıt şudur; ispat yükü altında olan tarafın iddiasını ispatı, yalnızca kendisi tarafından öne sürülen delillere değil, tarafların her biri tarafından iddiayı destekleyen ya da çürüten delillerin toplamının genel değerlendirmesine bağıldır⁵³⁰.

ICSID tahkimi dahil olmak üzere, genel olarak uluslararası yatırım tahkiminde ispat standardına ilişkin olarak hakem kurulunun uygulaması gereken belirli kurallar bulunmamaktadır. Örneğin; ICSID Konvansiyonu m. 43 ve ICSID Tahkim Kuralları⁵³¹ m. 34 ile hakem kuruluna delile ilişkin hususlarda ve delile atfedilecek değerin belirlenmesinde takdir yetkisi tanınmış ve uygulanacak ispat standardından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla uygulanacak ispat standardı hususunda da hakem kurulunun takdir yetkisi bulunduğu söylenebilir⁵³². İspat standardı kavramı, esasen Anglosakson hukuk sisteminde gelişmiş olmakla⁵³³ birlikte hakem kurulları tarafından da sıklıkla Anglosakson hukuk sisteminde benimsenen

⁵²⁸ Hamester v. Ghana, para. 132; Desert Line v. Yemen, para. 105; Saba Fakes v. Turkey, para. 120; The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 06.05.2013, para. 179.

⁵²⁹ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 490.

⁵³⁰ Rompetrol v. Romania, para. 178.

⁵³¹ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partF.htm>, 11 Mayıs 2019.

⁵³² Lamm, Greenwald, Young, **a.g.e.**, s. 332.

⁵³³ Mateus Aimore Carreteiro, “Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, C. 13, S. 49, 2016, s. 86.

standartlara atıf yapılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ispat standardı bakımından genellikle hâkimin kişisel kanaati (*inner conviction*) öne çıkmaktayken, Anglosakson hukuk sisteminde genel olarak üç farklı ispat standardı bulunmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ceza davaları ve özel hukuk davalarında ispat standardı açısından ayırım bulunmazken, Anglosakson hukuk sisteminde ceza hukukuna ilişkin olarak “makul şüphenin ötesinde” (*beyond a reasonable doubt*) standardı, özel hukuk davalarında “delil üstünlüğü” (*preponderance of evidence, balance of probabilities*) standardı ve özel hukuka ilişkin bazı hususlarda uygulanmak üzere “açık ve ikna edici delil” (*clear and convincing evidence*) standardı benimsenmektedir⁵³⁴.

Özel hukuk davalarının çoğunda uygulanan ispat standardı olan “delil üstünlüğü” standardına göre; bir iddianın ispatlanmış sayılabilmesi için iddianın gerçek olma ihtimali, gerçek olmama ihtimalinden daha yüksek olmalıdır. Delil üstünlüğü standardına göre, iddianın gerçekliğinin daha olası olduğu durumlarda iddia ispatlanmış olurken, sunulan deliller olasılığın eşit olduğuna işaret ediyorsa, iddia ispatlanmamış sayılmaktadır⁵³⁵. Yine bazı özel hukuk davalarında uygulanan “açık ve ikna edici delil” standardı ise, “delil üstünlüğü” standardından daha katı bir standart olup, öne sürülen iddianın gerçek olma ihtimalinin, gerçek olmama ihtimalinden önemli ölçüde yüksek olmasını aramaktadır. Ceza davalarında uygulanan “makul şüphenin ötesinde” standardı, diğer ispat standartlarına nazaran en yüksek ispat standardı olup, iddianın ispatlanması için makul şüpheyi yeterli görmemekte; iddianın şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ispatlanmasını öngörmektedir⁵³⁶.

2. Hukuka Aykırılıkta İspat Standardı

Yatırım tahkimi davalarında, yolsuzluk, dolandırıcılık ve diğer hukuka aykırılık iddiaları dışındaki iddialar bakımından genellikle delil üstünlüğü standardı

⁵³⁴ Christoph Engel, “Preponderance of the Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law”, **Vermont Law Review**, C. 33, S. 3, 2009, s. 435.

⁵³⁵ Andrew L-T Choo, **Evidence**, 4. bs., Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 51.

⁵³⁶ Carreteiro, **a.g.e.**, s. 87-88.

uygulanmaktadır⁵³⁷. Delil üstünlüğü standardına göre, bir iddianın gerçek olma ihtimali, gerçek olmama ihtimalinden daha yüksekse iddia ispatlanmış sayılmaktadır. Fakat yolsuzluk, dolandırıcılık ve diğer hukuka aykırılıklar bakımından ispat standardına ilişkin hakem kurulları farklı görüşler benimsediğinden dolayı içtihatla bu hususta görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

EDF v. Romania davasında, yolsuzluk iddiası bakımından ispat standardı değerlendirilmiş olup, yolsuzluk iddiasının ispatlanabilmesi için açık ve ikna edici delil standardının uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁵³⁸. Yine *African Holdings v. Congo* davasında da yolsuzluğun ispatı için yüksek ispat standardı uygulanacağı ve bu nedenle aksi inkar edilemeyecek delil varlığının gerekliliği vurgulanmıştır⁵³⁹. *Rumeli v. Kazakhstan* davasında, yatırımcı, yolsuzluk iddialarıyla birlikte ev sahibi devlet görevlileri tarafından kendilerine komplo kurulduğunu öne sürmüştür. Hakem kurulu, böyle bir iddianın ispatı için doğrudan delile erişimin mümkün olmayacağını, bu nedenle iddianın dolaylı delillerle ispatlanabileceğini belirtmiş; ispat standardı bakımından ise açık ve ikna edici delil standardının uygulanması gerektiği kanaatine varmıştır⁵⁴⁰.

Metal-Tech v. Uzbekistan davasında ise yolsuzluk iddiasının ispatlanabilmesi için yatırımcı, açık ve ikna edici delil standardı yahut bundan daha yüksek bir ispat standardının uygulanması gerektiğini savunmuş, ev sahibi devlet ise delil üstünlüğü standardının uygulanması gerektiğini öne sürmüştür⁵⁴¹. Hakem kurulu ise, tarafların ileri sürdüğü ispat standartlarıyla bağlı olmadığını, dava kapsamında açığa çıkan olguların yolsuzluk şüphesini arttırdığını belirterek⁵⁴², *World Duty Free v. Kenya* davasına da atıfla; mevcut delillerden yola çıkarak yolsuzluğun makul bir kesinlik ölçüsünde ispatlanıp ispatlanmadığını belirleyeceğini açıklamıştır. Ayrıca hakem

⁵³⁷ Lamm, Greenwald, Young, **a.g.e.**, s. 331; Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26.07.2007, para. 124; Rompetrol v. Romania, para. 183.

⁵³⁸ EDF v. Romania, para. 221.

⁵³⁹ Tamar Meshel, "The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration", **Journal of International Arbitration**, C. 30, S. 3, 2013, s. 274.

⁵⁴⁰ Rumeli v. Kazakhstan, para. 709.

⁵⁴¹ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 236.

⁵⁴² Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 239.

kuruluna göre; yolsuzluk iddiası, doğası gereği ispatlanmasının zor olması nedeniyle yalnızca doğrudan delillerle değil, dolaylı delillerle de ispatlanması mümkündür⁵⁴³.

*Siag v. Egypt*⁵⁴⁴ davasında, yatırımcı dolandırıcılık iddialarına yüksek ispat standardı uygulanması gerektiğini; bunun da Anglosakson hukuk sisteminde özel hukuk davalarında uygulanan delil üstünlüğü standardı ile ceza davalarında uygulanan makul şüphenin ötesinde standardının arasında bir yerde konumlanmış olan “açık ve ikna edici delil” standardı olduğunu ileri sürmüş; hakem kurulu da yatırımcının bu önermesine katılmıştır. Hakem kuruluna göre; pek çok hukuk sisteminde dolandırıcılık gibi ciddi iddialar için yüksek ispat standardı aranmaktadır. Bu nedenle dolandırıcılık ve diğer ciddi hukuka aykırılıkların ispatı için “açık ve ikna edici delil” standardının aranması gerekir⁵⁴⁵.

Libananco v. Turkey davasında da davacı, *Siag v. Egypt* davasında kabul edildiği gibi dolandırıcılık ve diğer ciddi hukuka aykırılıklar bakımından yükseltilmiş ispat standardı aranması gerektiğini savunmuş; hakem kurulu ise dolandırıcılığın ciddi bir iddia olduğunu kabul etmekle birlikte yükseltilmiş ispat standardı aranması gerekmediğine karar vermiştir. Hakem kuruluna göre; dolandırıcılık ve diğer ciddi hukuka aykırılıkların ispatı için mutlaka daha yüksek ispat standardı aranması gerekmemektedir, bunun yerine basitçe daha fazla ikna edici delil gerekliliği aranabilir⁵⁴⁶. Yine *Churchill Mining v. Indonesia* davasında, davacı, dolandırıcılık ve evrakta sahtecilik iddialarının ispatı için açık ve ikna edici delil standardının uygulanması gerektiğini savunmuş, ev sahibi devlet ise delil üstünlüğü standardının uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Hakem kurulu, dolandırıcılık iddiaları bakımından bazı hakem kurullarının açık ve ikna edici delil standardını uyguladığını, bazılarının ise delil üstünlüğü standardını benimsediğini belirtmiş; *Libananco v. Turkey* davasına atıfla evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık iddialarının ispatı için delil üstünlüğü standardının uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Metal-Tech v. Uzbekistan, para. 243.

⁵⁴⁴ Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 01.06.2009.

⁵⁴⁵ Siag v. Egypt, para. 325-326.

⁵⁴⁶ Libananco v. Turkey, para. 125.

⁵⁴⁷ Churchill Mining v. Indonesia, para. 239-240-244.

Yolsuzluk ve dolandırıcılık ile birlikte yabancı yatırımcıların kamu hizmetlerinde yönetme, işletme ve kontrolünü yasaklayan kanunun ihlalinin tartışıldığı *Fraport v. Philippines* davasında hakem kurulu; Filipin hukukunda ceza davalarında uygulanan ispat standardının, huzurdaki dava bakımından önemi olmadığını zira huzurdaki davanın bir uluslararası yatırım uyuşmazlığına ilişkin olduğunu dolayısıyla herhangi bir suça ilişkin değerlendirme yapılmadığını, yalnızca yatırımcının yaptığı ekonomik işlemlerin Filipin hukukuna uygun olarak yapıp yapılmadığının ve ilgili YKTK anlaşmasına göre yatırım oluşturup oluşturmadığının sorgulandığını belirtmiştir. Hakem kurulu, Filipin Ceza Kanunu'na uygunluğun araştırılması sebebiyle, özel hukuk davalarında uygulanan delil üstünlüğü standardının, bu davada yerini makul şüphenin ötesinde standardına bırakacağı varsayılsa dahi, huzurdaki davanın zaten halin icabından anlaşılabilir (*res ipsa loquitur*) olduğunu söylemiştir. Zira hakem kuruluna göre; hukuka aykırılığa ilişkin olguların tümü, yatırımcının kendi belgelerinde kesinliği tartışmasız şekilde bulunabilmektedir.

3. Değerlendirme

Hakem kararlarına bakıldığında görülmektedir ki; farklı hukuka aykırı davranışlar için farklı ispat standartları aranmakla birlikte, aynı hukuka aykırı davranışın ispat standardı için farklı yaklaşımlar da gözlenmektedir. Fakat genel olarak belirtmek gerekirse; yolsuzluğun ispatı için açık ve ikna edici delil standardı aranırken, dolandırıcılık ve diğer hukuka aykırılıkların ispatı için bundan daha düşük bir ispat standardı gözetilmektedir⁵⁴⁸. Yolsuzluk iddiasının ispatlanmasıyla birlikte davanın yatırımcı aleyhine olarak yargılama yetkisi yokluğu, kabul edilemezlik yahut esastan red ile sonuçlanacak olması nedeniyle hakem kurullarının böyle ciddi bir sonuca varmadan evvel iddianın doğruluğundan emin olma ihtiyacı hissettikleri ve bu nedenle delil üstünlüğü standardı yerine açık ve ikna edici delil standardını benimsedikleri gözlemlenmektedir⁵⁴⁹. Kanaatimizce, hakem kurullarının, ispatlanmasıyla birlikte davayı sonlandıracak yolsuzluk iddiasının doğruluğundan

⁵⁴⁸ Phu Nguyen, “**Misconduct by Foreign Investors and Its Consequences under ICSID Jurisprudence**”, (Danışman: Richard Kreindler, Rainer Hoffmann), Goethe University of Frankfurt, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 33.

⁵⁴⁹ Llamzon, Sinclair, **a.g.e.**, s. 496.

emin olma ihtiyacı duyması anlaşılır ve makul bir gerekçedir. Fakat çalışmamız kapsamında açıklanan davalardan anlaşılabilceği üzere aynı ciddi sonuçlara yalnızca yolsuzluk iddiaları değil diğer hukuka aykırılıklar da sebebiyet verebilmektedir. Dolayısıyla yalnızca yolsuzluk iddiaları bakımından değil, diğer hukuka aykırılıklar açısından da yatırım tahkimi davalarında genel olarak iddianın ispatlanması için benimsenen delil üstünlüğü standardının değil, bundan daha yüksek bir ispat standardının uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Lakin ispat standardı açısından hakem kurullarına bırakılan takdir yetkisi göz önünde bulundurulursa, belirtilen davaların çoğunda olduğu gibi delil üstünlüğü standardından daha yüksek bir ispat standardı olarak, mutlaka Anglosakson hukuk sisteminde benimsenen açık ve ikna edici delil standardına bağlı kalınmayabilir. Bu hususta hakem kurulları, *Metal-Tech v. Uzbekistan* davasında olduğu gibi, davanın gidişatına ve mevcut delillere göre daha esnek bir ispat standardı gözetebilirler. Yine bu davada da hakem kurulunca benimsendiği gibi; bazı hukuka aykırılıklar bakımından doğrudan delil sunabilmenin zorluğu göz önünde bulundurularak, gerektiğinde dolaylı deliller ile hukuka aykırılığın ispatı mümkün olabilmelidir. Böylelikle ispat standardı açısından, delil üstünlüğü standardından daha yüksek bir ispat standardı gözetilse dahi dolaylı delillerle iddianın ispatı mümkün kılınması halinde, hukuka aykırılık iddiasının ispatı fazlaca güçleştirilmemiş, imkansız hale getirilmemiş olur.

SONUÇ

Uluslararası yatırım tahkimi davalarında yatırımcının hukuka aykırı davranışları; yolsuzluk, dolandırıcılık, gerçeğe aykırı beyanat veya ev sahibi devlet hukukunun farklı mevzuatlarına aykırılık şeklinde gerçekleşebilmektedir. Ev sahibi devletler tarafından, yatırımcının hukuka aykırı davranışta bulunduğu iddiası yatırımın koruma kapsamı dışında bırakılabilmesi için önemli bir savunma teşkil etmektedir. YKTK anlaşmalarında hukuka uygunluk şartının bulunduğu haller bakımından, ev sahibi devlet hukukuna aykırılık anlaşma hükümleri kapsamına dayandırılmakta; hukuka uygunluk şartının olmadığı hallerde ise hukukun genel ilkelerinden yola çıkılarak yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğü gerekçelendirilmektedir.

YKTK anlaşmalarında hukuka uygunluk şartının kapsamı açıkça belirtilmediği için hangi tür hukuka aykırı davranışların yatırımı koruma kapsamı dışında bırakacağı hususunda belirsizlik bulunmaktadır. Bu hususta hakem kurulları, temel ilkeler bakımından sınırlama, konu bakımından sınırlama ve amaç bakımından sınırlama gibi farklı yaklaşımlarda bulunarak, farklı kararlar vermektedirler. Hukuka uygunluk şartının kapsamının açıkça tespiti, hem yatırımcılar hem de ev sahibi devletler bakımından belirlilik ve öngörülebilirlik açısından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle akit devletlerin YKTK anlaşmalarında hukuka uygunluk şartını daha detaylı bir şekilde düzenleyerek, koruma kapsamına dahil edilmek istenmeyen yatırımları açık bir şekilde belirtmesi, mevcut belirsizliğin giderilmesinde rol oynayabilir. Buna ilişkin olarak, YKTK anlaşmalarına eklenebilecek model hukuka uygunluk şartı taslakları⁵⁵⁰ yol gösterebilir. Bu hususta ev sahibi devlet hukukuna uygunluğun kapsamının net olarak belirlendiği, ayrıca genel hukuk ilkelerinin de hukuka uygunluk şartı kapsamına alındığı bir taslak önerimiz bulunmaktadır. Önerimiz; yatırım tanımı, anlaşmanın kapsam bölümü ve ev sahibi devlet hukukuna uygunluk başlığı altında yeni bir madde olmak üzere, YKTK

⁵⁵⁰ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Caroline Dommen, Mintewab Abebe v.d., **Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements**, Versoix, International Institute for Sustainable Development, 2018, Çevrimiçi) <https://www.iisd.org/sites/default/files/meterial/harnessing-investment-sustainable-development.pdf>, 15 Haziran 2019, s. 10.

anlaşmasının üç kısmına hukuka uygunluk şartı eklenmesini içermektedir. Önerdiğimiz taslak maddeler şu şekildedir:

- i. Yatırım tanımı kapsamında olmak üzere: “*‘Yatırım’ terimi, bu anlaşmada öngörülen yükümlülüklerle, genel hukuk ilkelerine ve ev sahibi devlet hukukuna uygun olarak kurulmuş veya edinilmiş ... ifade eder.*”⁵⁵¹
- ii. Anlaşmanın kapsam bölümünde olmak üzere: “*Yatırım, bu anlaşmada öngörülen yükümlülüklerle, genel hukuk ilkelerine veya ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak yapılmış veya edinilmişse yatırımcı, bu anlaşma uyarınca bir talepte bulunamaz.*”⁵⁵²
- iii. Ev sahibi devlet hukukuna uygunluk başlığı altında olmak üzere: “*Yatırımcı, yatırımın kuruluşu ve edinimine ilişkin olarak, ev sahibi devletin bütün kanunlarına, kanun hükmünde kararnamelerine, yönetmeliklerine, tüzük ve talimatnamelerine uymak zorundadır.*”⁵⁵³

Yatırımcının hukuka aykırı davranışının davanın hangi aşamasında değerlendirileceği hususunda da farklı görüşler ve farklı kararlar mevcut olmakla birlikte içtihat kapsamında genel bir değerlendirme yapılacak olursa; hukuka uygunluk şartının mevcudiyeti halinde, iddia edilen hukuka aykırılık yatırımın başlangıç aşamasında meydana gelmişse hakem kurulları hukuka aykırılığı yargılama yetkisi kapsamında değerlendirmekte ve hukuka aykırı davranışın ispatı halinde de yargılama yetkisi yokluğuna karar vermektedirler. Fakat hukuka aykırılık yatırımın devam ettiği süreçte oluşmuşsa bu husus esasa ilişkin olarak değerlendirilmektedir. Hukuka uygunluk şartı yoksa ve ilgili hukuka aykırılık uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu durumda kabul edilebilirlik incelemesi gündeme gelmektedir. Yine hukuka uygunluk şartının bulunmadığı haller bakımından,

⁵⁵¹ İngilizce: “The term ‘Investment’ means ..., is established or acquired in accordance with the laws of the Host State, general principles of law and the obligations set out in this agreement.”

⁵⁵² İngilizce: “Investor may not submit a claim under this agreement if the investment has been made or acquired in violation of Host State law, general principles of law or obligations set out in this agreement.”

⁵⁵³ İngilizce: “Investor shall comply with all laws, executive orders, regulations, statutory rules and orders of the Host State concerning the establishment and acquisition of the investment.”

uluslararası kamu düzenine aykırılık haricinde hukuka aykırı davranışlar da meydana geldiği zamandan bağımsız olarak esas incelemesine konu olmaktadır.

Yatırımcının hukuka aykırı davranışını ispat yükü, ev sahibi devletin üzerindedir. İspat standardı bakımından ise içtihatla farklı görüşlerin benimsendiği gözlenmektedir. Genel olarak, yatırımcının dürüstlük kuralına uygun davranışı ve estoppel istisnaları haricinde yatırımcının hukuka aykırı davranışının ispatlandığı durumlarda, yatırımcının iddiaları reddedilerek uluslararası yatırım tahkimi korumasından yararlanmasına izin verilmediği görülmektedir. Bu nedenle, ev sahibi devlet hukuku yabancı yatırımcılar tarafından hiçbir zaman gözardı edilmemelidir. Yabancı yatırımcıların, gelecekte hak kaybına uğramamaları için hem yatırım öncesinde hem de yatırımın kurulduğu ve devam ettiği süreçte ev sahibi devlet hukuku hakkında bilgi sahibi olmaları ve hukuka aykırı davranışlardan kaçınarak, yatırımın hukuka uygun olmasına özen göstermeleri gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Alarco, Alvaro Santiago Rey de Castro: “The Competence of an Arbitral Tribunal under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, An Analysis of Bilateral Investment Treaties Provisions and a Question of Admissibility”, **Agenda Internacional**, C. 14, S. 25, 2007, s. 201-235.
- Alekhin, Sergey, Shmatenko, Leonid: “Corruption in Investor-State Arbitration – It Takes Two to Tango”, **New Horizons of International Arbitration**, Ed. A.V. Asoskov, A. I. Muranov, R. M. Khodykin, Moskova, Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018, s. 150-179.
- Andrews, Neil: **Contract Law**, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Arato, Julian: “Corporations as Lawmakers”, **Harvard International Law Journal**, C. 56, S. 2, 2015, s. 229-295.
- Ataman-Figanmeşe, İnci: “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of Arbitration Without Privity”, **Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul**, C. 43, S. 60, 2011, s. 187-201.
- Ataman-Figanmeşe, İnci: “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2011, s. 91-152.
- Avşar, Melis: “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S. 2, 2017, s. 95-140.
- Aydoğmuş, Yasemin: “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S. 1-2, 2009, s. 21-84.

- Baade, Hans W.: “The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises”, **German Yearbook of International Law**, C. 22, 1979, s. 11-52.
- Babic, Milan, Fichtner, Jan, Heemskerk, Eelke M.: “States versus Corporations: Rethinking the Power of Business in International Politics”, **The International Spectator, Italian Journal of International Affairs**, C. 52, S. 4, 2017, s. 20-43.
- Balcerzak, Filip: “Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights”, **ICSID Review**, C. 29, S. 1, 2014, s. 216-230.
- Bantekas, Ilias: **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Başlar, Kemal: **Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar, Vestalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2005.
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, Dommen, Caroline, Abebe, Mintewab v.d.: **Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements**, Versoix, International Institute for Sustainable Development, 2018, Çevrimiçi) <https://www.iisd.org/sites/default/files/meterial/harnessing-investment-sustainable-development.pdf>, 15 Haziran 2019.
- Betz, Kathrin: **Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration on Applicable Criminal Law and Evidence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Bhargava, Vinay: “Curing the Cancer of Corruption”, **Global Issues for Global Citizens: An Introduction to Key Development Challenges**, Ed. Vinay BHARGAVA, Washington D.C., The World Bank, 2006, s. 341-370.

Borenzstein, Eduardo, De Gregorio, Jose, Lee, Jong-Wha: “How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?”, **Journal of International Economics**, C. 45, S. 1, 1998, s. 115-135.

Braun, Tillmann Rudolf: “Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law”, **The Journal of World Investment & Trade**, C. 15, S. 1-2, 2014, s. 73-116.

Carlevaris, Andrea: “The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals”, **The Journal of World Investment & Trade**, C.9, S.1, 2008, s. 35-50.

Carreteiro, Mateus Aimore: “Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, C. 13, S. 49, 2016, s. 82-109.

Charney, Jonathan I.: “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, **Duke Law Journal**, C. 32, S. 4, 1983, s. 748-788.

Choo, Andrew L-T: **Evidence**, 4. bs., Oxford, Oxford University Press, 2015.

Coke, Edward: **The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or A Commentary upon Littleton**, 16. bs., London, Luke Hansard & Sons, 1809.

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

Crawford, James: **Brownlie’s Principles of Public International Law**, 8. bs., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Currie, John H.: **Public International Law**, 2. bs., Toronto, Irwin Law Inc., 2008.

- Çalışkan,
Zeynep: “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S. 1-2, 2009, s. 85-118.
- Demirkol,
Berk: “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, **Turkish Commercial Law Review**, C.1, S. 1, 2015, s. 41-50.
- Demirkol,
Berk: “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos v. Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 31, S. 3, 2015, s. 77-108.
- Dolzer, Rudolf,
Christoph
Schreuer: **Principles of International Investment Law**, 2. bs., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Douglas,
Zachary: **The International Law of Investment Claims**, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Douglas,
Zachary: “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, **ICSID Review**, C. 29, S. 1, 2014, s. 155-186.
- Dumberry,
Patrick,
Dumas-Aubin,
Gabrielle: “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties”, **Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012**, Ed. Karl P. SAUVANT, New York, Oxford University Press, 2013, s. 569-600.
- Dumberry,
Patrick,
Labelle-
Estaugh, Erik: “Non-state Actors in International Investment Law: The legal personality of corporations and NGOs in the context of investor-state arbitration”, **Participants in the International Legal System, Multiple Perspectives on Non-state Actors in International Law**, Ed. Jean D’aspremont, New York, Routledge, 2011, s. 360-371.
- Dumberry,
Patrick: “Are BITs Representing the “New” Customary International Law in International Investment Law?”, **Penn State International Law Review**, C. 28, S. 4, 2010, s. 675-701.

- Dziugaite, Guoda: **“The Responsibilities and Obligations of the Non-State Actors Under the International Human Rights Law”**, (Danışman: Nabuo Hayashi), University of Oslo Faculty of Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, (Çevrimiçi) <https://www.duo.uio.no/handle/10852/43057>, 11 Mayıs 2019.
- Engel, Christoph: “Preponderance of the Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law”, **Vermont Law Review**, C. 33, S. 3, 2009, s. 435-467.
- Esen, Emre: “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2011, s.355-380.
- Esen, Emre: **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta Basım, 2008.
- Feldmann, David: “International Personality”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law**, C. 191, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 1985.
- Fontanelli, Filippo: **Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration: The Practice and the Theory**, Leiden-Boston, Brill, 2018.
- Garner, Bryan A.: **Black’s Law Dictionary**, 9. bs., Texas, West Publishing, 2009.
- Giray, Faruk Kerem: “Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 217-228.
- Giray, Faruk Kerem: “Yabancı Sermayeyi Teşvik Mevzuatında Lisans, Teknik Yardım, Know-How, Yönetim ve Franchise Anlaşmalarının Yürürlüğü İçin Öngörülen Tescilin Hukuki Niteliği”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, s. 207-235.

- Giray, Faruk Kerem: **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, 2013.
- Grabowski, Alex: “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, **Chicago Journal of International Law**, C. 15, S. 1, 2014, s. 287-309.
- Grant, John P., Barker, J. Craig: **Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law**, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2009.
- Hansen, Robin F.: “The International Legal Personality of the Multinational Enterprises: Treaty, Custom and the Governance Gap”, **Global Jurist**, C. 10, S. 1, 2010, s. 1-129.
- Harlow, Carol: “Public and Private Law: Definition Without Distinction”, **The Modern Law Review**, C. 43, S. 3, 1980, s. 241-265.
- Heiskanen, Veijo: “Menage a Trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration”, **ICSID Review**, C. 29, S. 1, 2014, s. 231-246.
- Henkin, Louis: “International Law: Politics, Values and Functions: General Course on Public International Law”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, C. 216, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 1989.
- Hepburn, Jarod: “In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the ‘Defence’ of Investor Illegality in Investment Arbitration”, **Journal of International Dispute Settlement**, C. 5, S. 3, 2014, s. 531-559.
- Hepburn, Jarod: **Domestic Law in International Investment Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Herman, Henry M.: **The Law of Estoppel**, Albany, W.C. Little & Co., Law Booksellers and Publishers, 1871.

- Hirsch, Moshe: “Sources of International Investment Law”, **International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law**, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1892564, 11 Mayıs 2019.
- Johns, Fleur: “The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory”, **Melbourne University Law Review**, C. 19, 1994, s. 893-923.
- Kinsella, N. “Estoppel: A New Justification for Individual Rights”, **Reason Papers**, C.17, 1992, s. 61-74.
- Koca, Mahmut, Üzülmüş, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Kriebaum, Ursula: “Chapter V: Investment Arbitration – Illegal Investments”, **Austrian Yearbook on International Arbitration 2010**, Ed. Christian Klausegger, et. al., Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Verlag C.H. Beck; Stampfli Verlag, 2010, s. 307-335.
- Ku, Julian G.: “The Limits of Corporate Rights Under International Law”, **Chicago Journal of International Law**, C. 12, S. 2, 2012, s. 729-754.
- Kulick, Andreas: “Corruption and Other Irregularities”, **Global Public Interest in International Investment Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 307-341.
- Kurtishi-Kastrati, Selma: “The Effects of Foreign Direct Investments for Host Country’s Economy”, **European Journal of Interdisciplinary Studies**, C. 5, S. 1, 2013, s. 26-38.
- Lalive, Pierre: “The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems”, **The British Year Book of International Law**, C. 51, S. 1, 1980, s. 123-162.

- Lamm, Carolyn B., Greenwald, Brody K., Young, Kristen M.: “From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption”, **ICSID Review**, C. 29, S. 2, 2014, s. 328-349.
- Lauterpacht, Hersch: “The Subjects of International Law”, **Non-State Actors and International Law**, Ed. Andrea Bianchi, Cornwall, Ashgate Publishing Limited, 2009, s. 3-19.
- Lim, Kevin: “Upholding Corrupt Investors’ Claims Against Complicit or Compliant Host States – Where Angels Should Not Fear to Tread”, **Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012**, Ed. Karl P. Sauvant, New York, Oxford University Press, 2013, s. 601-680.
- Llamzon, Aloysius, Sinclair, Anthony C.: “Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct”, **Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series: No. 18**, Ed. Albert Jan van den Berg, Miami, Kluwer Law International, 2015, s. 451-530.
- Macgibbon, I. C.: “Estoppel in International Law”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 7, S. 3, 1958, s. 468-513.
- Merryman, John Henry: “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”, **Journal of Public Law**, C. 17, S. 1, 1968, s. 3-19.
- Meshel, Tamar: “The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, C. 30, S. 3, 2013, s. 267-282.
- Miles, Cameron A.: “Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims”, **Journal of International Dispute Settlement**, C. 3, S. 2, 2012, s. 329-369.

- Mo, Pak Hung: “Corruption and Economic Growth”, **Journal of Comparative Economics**, C. 29, S. 1, 2001, s. 66-79.
- Moloo, Rahim, Khachaturian, Alex: “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, **Fordham International Law Journal**, C. 34, S. 6, 2011, s. 1473-1501.
- Nalçacıoğlu, Erden, H. Zeynep: **Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Newcombe, Andrew: “Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 187-200.
- Nguyen, Phu: “**Misconduct by Foreign Investors and Its Consequences under ICSID Jurisprudence**”, (Danışman: Richard Kreindler, Rainer Hoffmann), Goethe University of Frankfurt, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Nolan, Michael D.: “Chapter 4: Admissibility”, **The Investment Treaty Arbitration Review**, Ed. Barton Legum, 3. bs., London, Law Business Research, 2018, s. 37-46.
- Norton, Patrick M.: “The Role of Precedent in the Development of International Investment Law”, **ICSID Review**, C. 33, S. 1, 2018, s. 280-301.
- Obersteiner, Thomas: “In Accordance with Domestic Law Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors”, **Journal of International Arbitration**, C. 31, S. 2, 2014, s. 265-288.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Okeke, Christian N.: **Controversial Subjects of Contemporary International Law**, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1974.

- Pauker, Saar A: "Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration", **Arbitration International**, C. 34, S. 1, 2018, s. 1-78.
- Paust, Jordan J.: "Non-State Actor Participation in International Law and The Pretense of Exclusion", **Virginia Journal of International Law**, C. 51, S. 4, 2011, s. 977-1004.
- Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Raeschke-Kessler, Hilmar, Gottwald, Dorothee: "Corruption", **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, s. 1016-1070.
- Raouf, Mohamed Abdel: "How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?", **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, C. 24, S. 1, 2009, s. 116-136.
- Ratner, Steven R.: "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", **The Yale Law Journal**, C. 111, S. 3, 2001, s. 443-545.
- Reed, Lucy: "The De Facto Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management", **ICSID Review**, C. 25, S. 1, 2010, s. 95-103.
- Redfern, Alan, Hunter, Martin: **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4. bs., London, Sweet & Maxwell, 2004.
- Richards, Paul: **Law of Contract**, 13.bs., New York, Pearson, 2017.
- Roe, Thomas: "Illegality and Jurisdiction in Investment Arbitration", **The Turkish Commercial Law Review**, C. 2, S. 1, 2016, s. 17-26.
- Ryngaert, Cedric: "Imposing International Duties on Non-State Actors and the Legitimacy of International Law", **Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers**, Ed.

- Math Noortmann, Cedric Ryngaert, New York, Routledge, 2016, s. 69-91.
- Schill, Stephan W.: “Illegal Investments in Treaty Arbitration”, **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, C. 11, S. 2, 2012, s. 281-323.
- Schill, Stephan W.: **The Multilateralization of International Investment Law**, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer, Christoph H., Malintoppi, Loretta, Reinisch, August, Sinclair, Anthony: **The ICSID Convention: A Commentary**, 2. bs., New York, Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer, Christoph: “Consent to Arbitration”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, s. 1405-1467.
- Shaw, Malcolm N.: **International Law**, 6. bs., New York, Cambridge University Press, 2008.
- Solomon, Lewis D.: “Multinational Corporations and the Emerging World Order”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, C. 8, S. 2, 1976, s. 329-428.
- Söderlund, Christer, Burova, Elena: “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, **ICSID Review**, C. 33, S. 2, 2018, s. 525-559.
- Spark, Gareth: **Vitiating of Contracts: International Contractual Principles and English Law**, New York, Cambridge University Press, 2013.

- Suff, Marnah: **Essential Contract Law**, 2. bs., London, Cavending Publishing Limited, 1997.
- Sur, Melda: **Uluslararası Hukukun Esasları**, 12. bs., İstanbul, Beta Basım, 2018.
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6.bs., İstanbul, Beta Basım, 2016.
- Tams, Christian J.: “The Sources of International Investment Law: Concluding Thoughts”, **International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations**, Ed. Tarcisio GAZZINI, Eric De BRABANDERE, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 319-333.
- Tirado, Joe, Page, Matthew, Meagher, Daniel: “Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investment Arbitration: An Uneasy Relationship”, **ICSID Review**, C. 29, S. 2, 2014, s. 493-513.
- Vazquez, Carlos Manuel: “Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law”, **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 43, S. 3, 2005, s. 927-959.
- Wagner, Megan L.: “Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice”, **California Law Review**, C. 74, S. 5, 1986, s. 1777-1804.
- Waibel, Michael: “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, **University of Cambridge Faculty of Law Research Paper**, S. 9, 2014, s. 1-80.
- Wang, Guiguo: “Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis”, **Chinese Journal of International Law**, C. 13, S. 2, 2014, s. 335-361.
- Wilken Qc, Sean, Ghaly, Karim: **The Law of Waiver, Variation, and Estoppel**, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2012.

- Yackee, Jason W.: “Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States”, **Virginia Journal of International Law; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1181**, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1946341, 11 Mayıs 2019.
- Yavuz, Elif: “**Türk ve İngiliz Hukukunda Hile Kavramına Bakış**”, (Danışman: Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Zhejbalova, Veronika: “**Selected Substantial and Procedural Aspects of Investors’ Misconduct in International Investment Law**”, The Faculty of Law of Masaryk University, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, (Çevrimiçi) https://is.muni.cz/th/vujnj/TEXT_FINAL.pdf, 11 Mayıs 2019.
- Ziegler, Andreas R., Baumgartner, Jorun: “Good Faith as a General Principle of (International) Law”, **Good Faith and International Economic Law**, Ed. Andrew D. Mitchell, M. Sornarajah, Tania Voon, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 9-36.

DAVALAR

African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L v. The Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/05/21, Award, 29.07.2008.

Alasdair Ross Anderson Et Al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19.05.2010.

Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 08.11.2010.

Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 08.02.2013.

Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20.11.1984.

Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25.09.1983.

Archer Daniel Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21.11.2007.

Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15, Award, 08.09.2009.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.07.2006.

Cargill, Incorporated v. United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, 18.09.2009.

Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17.09.2009.

Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999.

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 06.12.2016.

Consorzio Groupement L.E.S.I-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10.01.2005.

Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States, Decision on Responsibility, ICSID Case No. ARB(AF)/04/01, 15.01.2008.

Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (PTY) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29, Award, 22.10.2018.

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

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 08.11.2009.

Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, 16.04.2014.

Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 07.02.2005.

Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13.08.2009.

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2007.

Generation Ukraine v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003.

Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18.06.2010.

Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. 05/19, Award, 03.07.2008.

Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24.10.2011.

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 02.08.2006.

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH and others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 08.03.2010.

Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 06.07.2007.

Islamic Republic of Iran v. United States of America (Oil Platforms), ICJ, Judgment, 06.11.2003.

Jan De Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 06.11.2008.

Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 P.C.I.J. (ser. B) No. 15 (Mar. 3)

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, Monatom LLC, PCA Case No. 2011-09, Decision on Jurisdiction, 25.07.2012.

L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision, 12.07.2006.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 02.09.2011.

Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 07.02.2011.

Maritime International Nominees Establishment v. Government of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Award, 06.01.1988.

Metalpar S.A., Buen Aire S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/03/5, Decision on Jurisdiction, 27.04.2006.

Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 04.10.2013.

Mr. Frank Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 08.04.2013.

Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, Arbitration Award, 07. 07. 1998.

Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14.07.2010.

Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro, Republic of Serbia, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, 08.09.2006.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation, ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19.08.2013.

Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 05.10.2012.

Oko Pankki OYJ, VTB Bank (Deutschland) AG, Sampo Bank PLC v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6, Award, 19.11.2007.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.04.2009.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 08.02.2005.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27.08.2008.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27.09.2012.

Renee Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 09.01.2015.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J Reports, 11.04.1949.

Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 01.11.1999.

Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29.07.2008.

Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Award, 31.07.2011.

Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001.

Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17.03.2006.

Saur International S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 06.06.2012.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/8, Award, 06.02.2007.

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25.02.1988.

Southern Pasific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.05.1992.

SwemBalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia, UNCITRAL, Decision by the Court of Arbitration, 23.10.2000.

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

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21.12.2012.

The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 06.05.2013.

Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26.07.2007.

Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.04.2004.

United Kingdom v. Norway (Fisheries), ICJ, Dissenting Opinion of Judge J.E. Read, 18.12.1951.

Vannessa Ventures Ltd v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/06, Award, 16.01.2013.

Vannessa Ventures Ltd v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/06, Decision on Jurisdiction, 22.08.2008.

Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award, 21.04.2006.

Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko and Gulzhamash Zaitbekova v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 08.03.2017.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 01.06.2009.

Waste Management Inc v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion of Keith Highet, 08.05.2000.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 08.12.2000.

World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4.10.2006.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18.07.2014.

(Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/>; <https://www.italaw.com/>, 11 Mayıs 2019.

ULUSLARARASI ANLAŞMALAR

Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik der Philippinen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1392>, 11 Mayıs 2019.

Acuerdo Entre La Republica De Bolivia Y La Republica De Chile Para La Promocion Y Proteccion Reciproca De Inversiones, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6041.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Acuerdo para la promocion y proteccion reciproca de inversiones entre el reino de España y la Republica de El Salvador, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6098.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Agreement Between The Government of Canada and The Government of The Republic of Costa Rica for The Promotion and Protection of Investments, (Çevrimiçi) https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6052%281%29_0.pdf, 11 Mayıs 2019.

American Convention on Human Rights, (Çevrimiçi) <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, 11 Mayıs 2019.

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, 11 Mayıs 2019.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, RG., 19.03.1954 – 8662, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 11 Mayıs 2019.

Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, 11 Mayıs 2019.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), (Çevrimiçi) <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168007f3f5>, 11 Mayıs 2019.

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme, RG., 02.06.1988 – 19830, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 11 Mayıs 2019.

European Convention on Human Rights, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 11 Mayıs 2019.

Finland and Estonia Agreement for The Promotion and Protection of Investments, (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6102.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, RG., 09.04.2002 – 24721, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf, 11 Mayıs 2019.

ICSID Convention, Regulations and Rules, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 11 Mayıs 2019.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/doc/Treaties/1969/03/19690312%2008-49%20AM/Ch_IV_2p.pdf, 11 Mayıs 2019.

International Covenant on Civil and Political Rights, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, RG., 21.07.2003 – 25175, 11 Mayıs 2019.

North American Free Trade Agreement, (Çevrimiçi) <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>, 11 Mayıs 2019.

OECD Convention on Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, 11 Mayıs 2019.

Southern African Development Community Protocol
Against Corruption, (Çevrimiçi)
https://www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol_Against_Corruption2001.pdf,
11 Mayıs 2019.

The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption,
(Çevrimiçi) <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>, 11 Mayıs 2019.

The Inter-American Convention Against Corruption, (Çevrimiçi)
http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf, 11 Mayıs 2019.

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador
concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6088%2814%29.pdf>, 11 Mayıs
2019.

Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki
ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 08.09.1989 – 20276, (Çevrimiçi)
<https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-018269>,
11 Mayıs 2019.

Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların
Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 01.04.2005 – 25773,
(Çevrimiçi)
<https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-018245>,
11 Mayıs 2019.

Türkiye Cumhuriyeti ve Avustralya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve
Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 19.06.2009 – 27263, (Çevrimiçi)
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090619-1.htm>, 11 Mayıs 2019.

Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı
Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG., 24.08.2013 – 28745, (Çevrimiçi)
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130824-1-1.pdf>, 11 Mayıs 2019.

United Nations Convention against
Transnational Organized Crime, (Çevrimiçi)
<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>, 11 Mayıs
2019.

United Nations
Convention Against Corruption, (Çevrimiçi)
https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf, 11 Mayıs 2019.

Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Ghana über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6124.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi)
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>, 11 Mayıs 2019.

Vertrag zwischen der Republik Estland und der Bundesrepublik Deutschland über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6103.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Vienna Convention on the Law of Treaties, (Çevrimiçi)
<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, 11 Mayıs 2019.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty, Trade Amendment and Related Documents, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2427>, 11 Mayıs 2019.
Fraud Act 2006, (Çevrimiçi) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf, 11 Mayıs 2019.

ICJ Rules of Court (1978), (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/en/rules>, 11 Mayıs 2019.

ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partF.htm>, 11 Mayıs 2019.

Statute of The International Court of Justice, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/en/statute>, 11 Mayıs 2019.

Swiss Criminal Code 311.0, (Çevrimiçi) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>, 11 Mayıs 2019.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, (Çevrimiçi) http://www.unikankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf, 11 Mayıs 2019.

United Nations, Investment Policy HUB, (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, 11 Mayıs 2019.