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

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ VE UYGULANACAK HUKUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ozan Mert ÖNDEŞ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

ARALIK 2015

ÖNSÖZ

Uluslararası enerji yatırımları yapan bir Türk şirketinin avukatı olarak geçirdiğim üç yılı aşkın sürede hem yabancı yatırım sözleşmelerinin hazırlanması, hem de bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin çok değerli pratik tecrübeler edinme fırsatını buldum. Eş zamanlı olarak Galatasaray Üniversitesi'nde yürütmekte olduğum yüksek lisans öğrenimim kapsamında da bu konulardaki pratik bilgilerimi güçlü bir akademik altyapı ile donatma imkânına sahip oldum. Pratik ve akademik çalışmalarımın merkezinde yer alan yabancı yatırım sözleşmeleri – özellikle de bunların tabi olduğu hukuk düzeni ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü – üzerine daha derin araştırmalar yapma isteğim nedeniyle tez çalışmamı da bu konuda yapmayı tercih ettim.

Türkiye'de yabancı yatırım sözleşmelerinin bazı özel türleri (örneğin enerji yatırım sözleşmeleri veya inşaat sözleşmeleri) üzerine yazılmış bazı çok değerli eserler olmakla birlikte, yabancı yatırım sözleşmelerini bir bütün olarak ele alan ve ortak yönleriyle tarihsel bir perspektif içinde inceleyen bir çalışmaya araştırmalarım sırasında rastlayamadım. Genel olarak milletlerarası yatırım hukuku ve yatırım tahkimi gibi konularda bugüne kadar verilmiş olan Türkçe eserlerin de henüz az sayıda olması nedeniyle, bu çalışma kapsamındaki araştırmalarımı büyük ölçüde yabancı dildeki (ağırlıklı olarak İngilizce, kısmen Fransızca ve Almanca) kaynaklar üzerine yoğunlaştırdım. Türkiye'deki kütüphanelerde bu konuya ilişkin yabancı kaynakların da sınırlı olması nedeniyle kaynaklara erişim sorunu araştırma aşamasında karşılaştığım en önemli sorunlardan biri oldu.

Kaynak sorununu aşmak konusundaki yardımlarından ötürü bazı kişi ve kurumlara burada teşekkür etmek isterim. Çalışmamın ilk aşamalarında petrol sözleşmeleri üzerine zengin kaynaklar içeren kütüphanesinden faydalandığım Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na ve bana bu imkânı sağlamak konusunda

aracılık eden Sayın Yurdal ÖZTAŞ'a teşekkür ederim. Yurtdışında lisansüstü öğrenimlerine devam ettikleri saygın kurumların kaynaklarından faydalanmam konusunda yardımlarını esirgemeyen sevgili dostlarım, Massachusetts Institute of Technology'den Arda GİTMEZ'e, New York Üniversitesi'nden Beril ÖNDER'e, Yale Üniversitesi'nden Seda PALANDUZ'a ve tabii ki burada ayrı bir parantezi hak eden ve çalışmamın başından sonuna kadar her türlü konuda tecrübeleri ile bana destek olan Harvard Üniversitesi'nden Işıl YELKENCİ'ye de teşekkür ve sevgilerimi gönderiyorum.

Ayrıca, Türkiye'de Galatasaray Üniversitesi ile birlikte kütüphanesinden fazlasıyla faydalandığım (aynı zamanda mezunu olduğum ve kalbimde ayrı bir yere sahip olan) Koç Üniversitesi'ne; yaklaşık iki yıldır bana kaynaklarından ücretsiz olarak yararlanma hakkını tanıyan ve Londra'ya her gelişimde ziyaret edip çalışma imkânı bulduğum Institute of Advanced Legal Studies (IALS) kütüphanesine; Eylül 2015'ten beri yüksek lisans (LLM) çalışmalarımı sürdürmekte olduğum ve yine zengin kaynaklarından fazlasıyla yararlandığım Londra Queen Mary Üniversitesi'ne de ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Son olarak, tüm bu araştırmalarım ve çalışmalarım sırasında tecrübeleri ile bana yol gösteren ve bu tez çalışmasının ortaya çıkmasında her türlü destek ve yardımlarını esirgemeyen değerli tez danışmanım Sayın Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU'na ve yine tez çalışmamın ilk aşamalarından itibaren yakın irtibat içinde olduğum ve tecrübelerinden fazlasıyla istifade ettiğim tez jürimin diğer değerli üyeleri Sayın Prof. Dr. Ziya AKINCI ile Sayın Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARLI'ya teşekkürlerimi ve minnettarlığımı ifade etmeyi borç bilirim.

Ozan Mert ÖNDEŞ

İstanbul / Londra, Aralık 2015

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ..... **i**

İÇİNDEKİLER ..... **iii**

KISALTMALAR ..... **xii**

KARAR LİSTESİ ..... **xvi**

Milletlerarası Mahkeme ve Tahkim Kararları ..... **xvi**

Milli Mahkeme Kararları ..... **xliv**

MİLLETLERARASI ANTLAŞMA VE BELGELER LİSTESİ ..... **liv**

RÉSUMÉ ..... **lx**

ABSTRACT ..... **lxvii**

ÖZET ..... **lxxiii**

GİRİŞ **1**

BÖLÜM 1 ..... **6**

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER **6**

I. TANIM VE KAVRAM **6**

A. Terminoloji 6

B. Tanım 12

1. Klasik Tanım 12

2. Milletlerarası Yatırım Hukuku Rejiminde "Yatırım" ve "Yatırım Sözleşmesi" Kavramlarının Tanımlanması 14

a. Yatırım 14

i. Milletlerarası Yatırım Antlaşmalarında Getirilen Tanımlar 16

ii. Doktrinde ve Tahkim Kararlarında Kabul Edilen Yatırım Tanımı 19

b. Yatırım Sözleşmesi 28

II. TARİHSEL GELİŞİM 32
A. Klasik Dönem 32
B. Post-Kolonyal Dönem 36
C. Modern Dönem 39
III. TÜRLERİ 41
A. Klasik Yabancı Yatırım Sözleşmesi Türleri 42
1. Altyapı ve Kamu Hizmetlerinin Sunulmasına İlişkin Sözleşmeler 42
2. Doğal Kaynaklarının Çıkarılmasına ve İşlenmesine İlişkin Sözleşmeler 43
a. İmtiyaz Sözleşmeleri 44
i. Klasik İmtiyaz Sözleşmeleri 45
ii. Modern İmtiyaz Sözleşmeleri 45
b. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri 46
c. Servis Sözleşmeleri 48
i. Yalın Servis Sözleşmeleri 48
ii. Risk Servis Sözleşmeleri 49
d. Katılım Sözleşmeleri 49
3. Karma Nitelikli Sözleşmeler 50
B. Modern Milletlerarası Yatırım Hukuku Kapsamında Yabancı Yatırım Sözleşmesi Olarak Kabul Edilen Diğer Sözleşme Türleri 51
1. İnşaat Sözleşmeleri 52
2. Alım-Satım Sözleşmeleri 53
3. Kredi Sözleşmeleri 55
4. Ortak Girişim ve İşbirliği Sözleşmeleri 56
5. Lisans ve Know-How Sözleşmeleri 57
BÖLÜM 2 58
YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN TARAFLARI 58
I. YABANCI YATIRIMCI 58
A. Yatırımcının Milliyeti 58
1. Gerçek Kişi Yatırımcı 60
2. Tüzel Kişi Yatırımcı 63

a. Tüzel Kişilerin Milliyetinin Belirlenmesi 63
b. Tüzel Kişilerin Milliyetine Bağlanan Hukuki Sonuçlar 66
i. Diplomatik Koruma Hakkı Bakımından 66
ii. Yatırım Tahkiminde Kişi Yönünden (*Ratione Personae*) Yetkinin Belirlenmesi Bakımından 68
B. Devlet Teşekküllerinin Yatırımcı Olarak Kabul Edilmesi 73
II. DEVLET 75
A. Devlet Tüzel Kişiliği 76
1. Devlet Organı Kavramı 76
2. Organların Devleti Temsil Yetkisi ve Sınırları 80
B. Devletin Siyasi Alt Birimleri 84
C. Devlet Teşekkülleri 86
1. Tanım ve Terminoloji 86
2. Devlet Teşekküllerinin Tüzel Kişilik Perdesi 89
a. Özel Şirketler Bakımından Tüzel Kişilik Perdesi Kavramının Gelişimi 90
b. Tüzel Kişilik Perdesi Kavramının Devlet Teşekküllerine Uygulanması 91
3. Devlet Teşekküllerince İmzalanan Sözleşmelere Devletin Taraf Kabul Edilmesi İçin Başvurulan Hukuki Gerekçeler 94
a. Özel Hukuktan Kaynaklanan Gerekçeler 95
i. Vasıta Olma, Özdeşlik ve *Alter Ego* Teorileri 96
ii. Vekalet Teorisi 100
iii. Grup Şirketleri Doktrini 102
iv. Hakkın Kötüye Kullanılması 106
v. Çelişkili İşlem Yasağı 109
vi. Devlet ile İşlevsel Özdeşlik 110
vii. Devletin Onaylama veya İcazet Yoluyla Taraf Olması 111
b. Milletlerarası Hukuktaki Durum 114

i. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 115

ii. Sözleşme İhlallerinin Devlete Atfedilmesi 117

BÖLÜM 3 125

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN UYGUN FORUMLAR 125

I. GENEL OLARAK 125

II. DEVLETLERARASI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI 134

A. Diplomatik Koruma Kavramı 135

1. Tanımı ve Tarihsel Gelişimi 135

2. Koşulları 139

a. Vatandaşlık (Milliyet) Koşulu 139

b. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Koşulu 139

3. Kapsamı 141

B. Diplomatik Korumadan Kaynaklanan Devletlerarası Uyuşmazlıkların Hukuki Yollarla Çözümü İçin Uygun Forumlar 143

1. Milletlerarası Mahkemeler 144

2. Devletlerarası Tahkim 146

3. Toplu Tazminat Divanları 148

C. Diplomatik Koruma Kavramına Getirilen Eleştiriler 151

1. Devletlerin Bakış Açısı 151

2. Yatırımcıların Bakış Açısı 157

III. DEVLETLE YATIRIMCI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI 159

A. Ev Sahibi Devletin Mahkemeleri 159

1. Genel Olarak 159

2. Calvo Doktrini Ekseninde Ev Sahibi Devlet Mahkemelerinin Genişleyen Rolü 160

3. Milletlerarası Yatırım Antlaşmalarının Yükselişi ve Bu Kapsamda Ev Sahibi Devlet Mahkemelerinin Rolü 163

B. Ticari Tahkim 169

1. Genel Olarak 169

2. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesine İlişkin Özel Durumlar 171
a. Devletin veya Devlet Teşekküllerinin Uyuşmazlıkları Tahkime Sunma Ehliyetine Yönelik İç Hukukta Getirilen Kısıtlamalar 171
b. Devlet Teşekküllerinin Taraf Olduğu Tahkim Anlaşmalarının Kapsamına Devletin Dahil Edilmesi 178
c. Devletin Yargı ve İcra Bağışıklığının Ticari Tahkimde Uygulanması ve Devlet Teşekküllerinin Bağışıklıktan Yararlanması 182
i. Genel Olarak 182
ii. Devletin Yargı ve İcra Bağışıklığına Getirilen Sınırlamalar 185
iii. Devletin Tahkime Rıza Göstermiş Olmasının Yargı ve İcra Bağışıklığı Üzerindeki Etkisi 188
iv. Devlet Teşekküllerinin Yargı ve İcra Bağışıklığından Yararlanması 191
C. Yatırım Tahkimi 194
1. Genel Olarak 194
2. Devletin Tahkim İzni ve Bunun Beyan Edildiği Hukuki Metinler 197
a. Devletle Yatırımcı Arasındaki Tahkim Anlaşması 199
b. Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları 202
i. İkili Yatırım Antlaşmaları 205
ii. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmaları 206
c. Ev Sahibi Devletin Yatırım Mevzuatı 209
3. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yatırım Tahkiminin Konu Bakımından (*Ratione Materiae*) Yetkisine Dahil Edilmesi 211
a. Ana Kural: Sözleşmeye Dayanan Talepler ile Milletlerarası Antlaşmaya Dayanan Taleplerin Birbirinden Ayrı Tutulması 211
b. Sözleşmeye Dayanan Taleplerin Yatırım Tahkiminde Dermeyan Edilebileceği Durumlar 213
i. Devletin Tahkim İzninin Sözleşmesel Uyuşmazlıkları Kapsaması 213

ii. Şemsiye Hükümleri Yoluyla Sözleşmesel Uyuşmazlıkların Antlaşma Kapsamına Dahil Edilmesi 218

iii. Sözleşme İhlallerinin Aynı Zamanda Antlaşma İhlali Oluşturduğu Durumlar 228

D. Yatırımcının Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Başvurabileceği Hukuki İmkânlar 230

BÖLÜM 4 237

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN 237

TABİ OLDUĞU HUKUK DÜZENİ 237

I. UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA BELİRLENMESİ 238

A. İrade Serbestisi Kavramı 238

1. Genel Olarak 238

2. İrade Serbestisinin Kaynağına İlişkin Tartışmalar 241

a. İrade Serbestisinin Milli Hukuk Sistemlerine Dayanması 242

i. Tahkim Yerinin Hukuku (*lex loci arbitri*) 242

ii. Tahkim Süreci ile Bağlantısı Olan Tüm Hukuk Sistemleri 246

b. İrade Serbestisinin Evrensel Bir İlke Olarak Kabul Edilmesi 249

c. İrade Serbestisinin Milletlerarası Hukuka Dayanması 251

i. İrade Serbestisine Milletlerarası Antlaşma ile Etki Tanınması 251

ii. İrade Serbestisine Milletlerarasılaşma Teorisi Çerçevesinde Etki Tanınması 254

3. Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelerde İrade Serbestisi 255

a. Devlet Sözleşmelerinde İrade Serbestisine Etki Tanınmasına İlişkin Tartışmalar 255

b. ICSID Sisteminde İrade Serbestisi 257

c. Milli Hukuk Sistemlerinde Devletin İrade Serbestisine Getirilen Kısıtlamalar 259

B. Uygulamada Kullanılan Hukuk Seçimi Kayıtları 261

1. Yatırımcı ve Devletin Farklı Yaklaşımları 261

a. Yatırımcının Bakış Açısı 262
b. Devletin Bakış Açısı 264
2. Uygulamada Bulunan Bazı Karma Çözümler 264
a. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Milletlerarası Hukuk 265
b. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Hukukun Genel İlkeleri 265
c. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Yatırımcının Devletinin Hukuku 266
d. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Üçüncü Devletin Hukuku 266
II. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF OLARAK BELİRLENMESİ 267
A. Klasik Görüş: Ev Sahibi Devletin Hukuku 268
1. Devletle Yabancı Yatırımcı Arasındaki Sözleşmelerin Kural Olarak Ev Sahibi Devlet Hukukuna Tabi Olduğunu Savunan Görüşler 268
a. Milletlerarası Özel Hukuk İlkelerinden Hareket Eden Geleneksel Görüş 268
b. Devlet Egemenliğinden Hareket Eden Görüşler 273
i. Calvo Doktrini 274
ii. Devletin Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenliği İlkesi ve Bunun Yansımaları 275
2. Ev Sahibi Devlet Hukukunun İstikrar Kayıtları ile Sınırlanması 277
a. Tanımı ve Türleri 277
b. İstikrar Kayıtlarının Geçerliliğine İlişkin Tartışmalar 282
i. İstikrar Kayıtlarının Milli Hukuktaki Geçerliliği 283
ii. İstikrar Kayıtlarının Milletlerarası Hukuktaki Geçerliliği 286
iii. Sonuç 292
B. Milletlerarasılaşma Teorisi 293
1. Genel Olarak 293
2. Milletlerarasılaşma Teorisinin Tarihi Arka Planı 294
3. Milletlerarasılaşma Teorisinin Hukuki Dayanakları 296
a. Doğrudan Milletlerarasılaşma 297

i. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Ev Sahibi Devlet ile Yatırımcının Devleti Arasında Milletlerarasılaşması 297

ii. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Devlet ile Yabancı Yatırımcı Arasında Milletlerarasılaşması 300

b. Dolaylı Milletlerarasılaşma 302

i. Tarafların Farazi İradesine Dayanan Milletlerarasılaşma 302

ii. Atıf Yoluyla Milletlerarasılaşma 304

4. Milletlerarasılaşmayı Sağladığı Belirtilen Durumlar 307

a. Sözleşmenin Türü ve Niteliği 307

i. Sözleşmenin Hukuki Niteliği 308

ii. Ev Sahibi Devletin Ekonomik Kalkınmasına Katkı 310

iii. Yatırımcının Korunması Gerekliliği 311

iv. Sözleşme Müzakerelerine Yatırımcının Devletinin Dahil Olması 313

b. Diğer Hukuki İmkanların Yetersizliği 314

i. Usuli Yetersizlikler 314

ii. Maddi Yetersizlikler 315

c. Hukuk Seçimine İlişkin Sözleşme Hükümleri 316

d. Milletlerarası Tahkim Kaydı 321

e. İstikrar Kayıtları 323

f. Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları ve Yatırım Tahkimi Sisteminin Etkisi 324

i. ICSID Sözleşmesi m. 42(1) 324

ii. Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları ve Şemsiye Hükümleri 326

5. Milletlerarasılaşma Teorisi Kapsamında Uygulanması Önerilen Hukuk Sistemleri 329

a. Milletlerarası Hukuk 329

b. "Üçüncü" Hukuk Düzeni: Milletler Ötesi Hukuk 334

c. Hukukun Genel İlkeleri 337

d. Lex Mercatoria 341

i. Genel Olarak 341

ii. Sektörel *Lex Mercatoria* 344

e. Sözleşmenin Otonom Bir Hukuk Sistemi Olarak Kabul Edilmesi: *Lex Contractus* ve *Contrat Sans Loi* 346

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME 350

KAYNAKÇA 365

ÖZGEÇMİŞ 420

TEZ ONAY SAYFASI 421

KISALTMALAR

AAİHM	Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
A.C.	Appeal Cases
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Am.-Mex. Cl. Com.	American-Mexican Claims Commission
Am. Rev. Int'l Arb.	American Review of International Arbitration
AmİHS	Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi
App. Div.	Appellate Division
Arb. Int'l	Arbitration International
ASA Bull.	Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations (Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği)
ASEAN I.D.	ASEAN Investment Dispute
As. Rev.	Asiatic Review
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
B.L.I.	Business Law International
BM	Birleşmiş Milletler
Bus. Law.	The Business Lawyer
C.	Cilt
CA	Cour d'Appel
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
C.L.C.	Commercial Law Cases
CN	Connecticut
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L.Q.	Cornell Law Quarterly
CT	Connecticut
D.	Recueil Dalloz-Sirey
Dalloz I.R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
DHM	Daimi Hakemlik Mahkemesi
dn.	Dipnot
DTS	Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer
ed.	Editör
EŞA	Enerji Şartı Antlaşması
FIDIC	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils
Fordham L.R.	Fordham Law Review
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HRLJ	Human Rights Law Journal
ibid.	ibidem

IBRD	International Bank for Reconstruction and Development
ICC	International Chamber of Commerce
ICC Bull.	International Chamber of Commerce Bulletin
ICJ	International Court of Justice
ICJ Rep.	ICJ Reports
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID A.F.	ICSID Additional Facility
ICSID Rep.	ICSID Reports
ICSID Rev. – FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IMF	International Monetary Fund
Ind. J.I.L.	Indian Journal of International Law
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int'l Bus. L.J.	International Business Law Journal
Int'l Tax & Bus. Law.	International Tax and Business Lawyer
Iran-US CTR	Iran-US Claims Tribunal Reports
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea
IUSCT	Iran-US Claims Tribunal
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
IYIL	Italian Yearbook of International Law
JDI	Journal du Droit International (Clunet)
J. Pub. L.	Journal of Public Law
JENRL	Journal of Energy and Natural Resources Law
JWI	Journal of World Investment
JWELB	Journal of World Energy and Business
JWIT	Journal of World Investment and Trade
JWTL	Journal of World Trade Law
JTLP	Journal of Transnational Law and Policy
K.B.	King's Bench
KSHUS	Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi
Law. Am.	Lawyer of the Americas
LCIA	London Court of International Arbitration
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Ll. L. Rep.	Lloyd's Law Reports
LNTS	League of Nations Treaty Series
LPICT	Law and Practice of International Courts and Tribunals
m.	Madde
MA	Massachusetts
MAI	Multilateral Agreement on Investment
Mealey's IAR	Mealey's International Arbitration Report
MERCOSUR	Mercado Común del Sur (Güney Ortak Pazarı)
MN	Minnesota
Mod. L. Rev.	Modern Law Review

MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NILR	Netherlands International Law Review
Nordic J. Int'l Law	Nordic Journal of International Law
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYLJ	New York Law Journal
N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
NYU LR	New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGEL	Oil, Gas & Energy Law Intelligence
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
OIC	Organization of the Islamic Conference
OK	Oklahoma
para.	Paragraf
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RBDI	Revue Belge de Droit International
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
Rev. Arb.	Revue de l'Arbitrage
Rev. Dr. Aff. Int.	Revue de Droit des Affaires Internationales
Rev. Dr. Suisse	Revue de Droit Suisse
RIAA	Reports of International Arbitration Awards
s.	Sayfa
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SDÜ İİBFD	Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
SJD	Scientiae Juridicae Doctor
TAM	Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes par les Traites de Paix
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
Tex Int'l L.J.	Texas International Law Journal
TGS	Transactions of the Grotius Society
TMSF	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
tr.	Translator (Çeviren)
Tulsa J. Comp. & Int'l L.	Tulsa Journal of International and Comparative Law
Tulsa L.R.	Tulsa Law Review
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UHDİGM	T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü
UHK	Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu
UK	United Kingdom
UKHL	House of Lords, United Kingdom
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNTS	United Nations Treaty Series
USAD	Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
US-Mex. Gen. Cl. Comm.	United States – Mexico General Claims Commission
US-Ven. Cl. Comm.	United States – Venezuela Claims Commission
USD	United States Dollar
USSR	The Union of Soviet Socialist Republics
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume
Wis. Int'l L.J.	Wisconsin International Law Journal
Y.N.	Yazarın Notu
Yaz. Çev.	Yazarın Çevirisi
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration
YBILC	Yearbook of International Law Commission
YWA	Yearbook of World Affairs
YİD	Yap-İşlet-Devret
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
YSWPO	Yale Studies in World Public Order
ZaöRV	Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KARAR LİSTESİ

Milletlerarası Mahkeme ve Tahkim Kararları

Adriano Gardella S.p.A. v. C^ote d'Ivoire, ICSID Case No. ARB/74/1, Award, 29.08.1977, 1 ICSID Rep. 287.

AES Corporation v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26.04.2005. ("*AES v. Argentina*, Jurisdiction")

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23.09.2010. ("*AES v. Hungary*, Award")

AGIP s.P.a. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30.11.1979, 67 ILR 318. ("*AGIP v. Congo*, Award")

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21.10.2005, 20 ICSID Rev. – FILJ 450. ("*Aguas del Tunari v. Bolivia*, Jurisdiction")

Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Tinoco case) (UK v. Costa Rica), Award, 18.10.1923, 1 RIAA 371.

Aguaytia Energy, LLC v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/06/13, Award, 11.12.2008. ("*Aguaytia v. Peru*, Award")

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. DR Congo), ICJ, Judgment, 30.11.2010, [2010] ICJ Rep. 639. ("*Diallo*, Judgment (2010)")

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. DR Congo), ICJ, Judgment (Preliminary Objections), 24.05.2007, [2007] ICJ Rep. 582. ("*Diallo*, Judgment (2007)")

Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Award, 12.07.2012. ("*Alapli Elektrik v. Turkey*, Award")

Alsing Trading Company Ltd. and Svenska Tändsticks Aktiebolaget v. Greece, Award, 22.12.1954, 23 ILR 633

Altesor v. Uruguay, UN Human Rights Committee, Communication No. R.2/10, Decision, 29.03.1982, 70 ILR 248.

Ambatielos case (Greece v. UK), Memorial (Greece), Annex-3, Note de la Légation de Grèce a Londres au Secrétarie des Affaires Étrangères de Grande Bretagne, No. 2077/L/33, 03.08.1933. ("*Ambatielos case*, Memorial (Greece), Annex-3")

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20.11.1984, 89 ILR 405. ("*Amco v. Indonesia*, Award (1984)")

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16.05.1986, 1 ICSID Rep. 509, 25 ILM 1439 (1986), 12 YCA 129 (1987), 89 ILR 514 (1992), 114 JDI 175 (1987).

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25.09.1983, 89 ILR 379. ("*Amco v. Indonesia*, Jurisdiction (1983)")

Amoco International Finance Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company and others, IUSCT Case No. 56, Award No. 481-56-3, 15.06.1990, 83 ILR 500. ("*Amoco v. Iran*, Award")

Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative, ICC Case No. 9797, Award, 28.07.2000.

Anglo Iranian Oil Company (UK v. Iran), ICJ, Judgment (Preliminary Objection), 22.07.1952, [1952] ICJ Rep. 93. ("*Anglo Iranian case*, Judgment")

Anglo Iranian Oil Company (UK v. Iran), ICJ, Memorial (UK), 10.10.1951. ("*Anglo Iranian case*, Memorial (UK)")

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ, Judgment, 26.02.2007, [2007] ICJ Rep. 43. ("*Genocide case*, Judgment (2007)")

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ, Judgment (Preliminary Objections), 11.07.1996, [1996] ICJ Rep. 595.

Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. v. Republic of Honduras, ICSID Case No. ARB/99/8, Award, 19.10.2000.

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18.05.2010. ("*ATA v. Jordan*, Award")

Ataollah Golpira v. Government of the Islamic Republic of Iran, IUSCT, Award No. 32-211-2, 29.03.1983, 2 Iran-US CTR 171.

Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21.04.1986, 115 JDI 181 (1988), 3 ICSID Reports 13.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27.09.2001. ("*Autopista v. Venezuela*, Jurisdiction")

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.07.2006. ("*Azurix v. Argentina*, Award")

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 08.12.2003, 43 ILM 262 (2004), 10 ICSID Rep. 416, 131 JDI 275. ("*Azurix v. Argentina*, Jurisdiction")

Bakalian & Hadjithomas v. Banque Ottomane, CA Paris, Judgment, 19.03.1965, 47 ILR 216.

Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 09.01.2000, 17 ICSID Rev. – FILJ 382. ("*Banro American v. DR Congo*, Award")

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, ICJ, Judgment, 05.02.1970, [1970] ICJ Rep. 3. ("*Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment")

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27.08.2009.

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005. ("*Bayındır v. Pakistan*, Jurisdiction")

Beales, Nobles and Garrison (U.S. v. Venezuela), US-Ven. Cl. Comm., 1886, **Moore**, *International Arbitrations*, Vol. 4, s. 3548 vd.

Benteler v. Etat Belge, Award, 18.11.1983, 1989(2) Rev. Arb. 339. ("*Benteler v. Etat Belge*")

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27.10.1989, 95 ILR 183.

Bimer S.A. v. Moldova, ECtHR, Application No. 15084/03, Judgment, 10.07.2007.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.07.2008. ("*Biwater Gauff v. Tanzania*, Award")

BP Exploration Company (Libya) Limited v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award on Merits, 10.10.1973, 53 ILR 297. ("*BP v. Libya*, Award on Merits")

Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3, Award, 02.08.2011.

Brazilian Loans, PCIJ, Judgment, 12.07.1929, Series A, No. 21. ("*Brazilian Loans*, Judgment")

Bridas S.A.P.I.C. and others v. The Government of Turkmenistan and others, ICC Case No. 9058/FMS/KGA, Partial Award, 24.06.1999, 26 (4) Mealey's IAR (2006).

Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 02.06.2010. ("*Burlington Resources v. Ecuador*, Jurisdiction")

Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 13.01.1997, 13 ICSID Rev. – FILJ 328 (1998); 5 ICSID Rep. 108.

Canevaro case (Italy v. Peru), Award, 03.05.1912, 11 RIAA 397.

Capital Bank AD v. Bulgaria, ECtHR, Application No. 49429/99, Judgment, 24.11.2005.

Capital India and Energy Enterprises v. India, ICC Case No. 12913, Award, 27.04.2005. ("*Capital India v. India*")

Case No. A18, IUSCT, Decision, 06.04.1984, 75 ILR 175, 5 Iran-US CTR 251.

Case No. B1, IUSCT, Partial Award No. 382-B1-FT, 31.08.1988, 19 Iran-US CTR 273.

CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, 17.12.2003. ("*CDC v. Seychelles*, Award")

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

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, 30.12.2010.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), Merits, PCIJ, Judgment, 25.05.1926, Series A, No. 7. ("*Polish Upper Silesia*, Judgment (Merits)")

Certain Norwegian Loans (France v. Norway), ICJ, Judgment, 06.07.1957, [1957] ICJ Rep. 9. ("*Norwegian Loans*, Judgment")

Certain Norwegian Loans (France v. Norway), ICJ, Memorial (France), 06.07.1955. ("*Norwegian Loans*, Memorial (France)")

Certain Norwegian Loans (France v. Norway), ICJ, Separate Opinion (Judge Lauterpacht), 06.07.1957, [1957] ICJ Rep. 34. ("*Norwegian Loans*, Separate Opinion (Lauterpacht)")

Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24.05.1999, 14 ICSID Rev. – FILJ 251 (1999). ("*CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction")

Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21.10.2003.

Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/06/10, Award, 17.05.2010.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 14.03.2003. ("*CME v. Czech Republic*, Final Award")

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13.09.2001. ("*CME v. Czech Republic*, Partial Award")

CME Media Enterprises B.V. v. Vladimir Železný, ICC Case No. 10435/AER/ACS, Award, 09.02.2001.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25.09.2007. ("*CMS v. Argentina*, Annulment")

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.05.2005, 44 ILM 1205 (2005). ("*CMS v. Argentina*, Award")

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17.07.2003, 42 ILM 788 (2003); 7 ICSID Rep. 492 (2005). ("*CMS v. Argentina*, Jurisdiction")

Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica, Case No. ARB/96/1, Award, 17.02.2000, 15 ICSID Rev. – FILJ 169 (2000), 5 ICSID Rep. 157, 39 ILM 1317 (2000).

Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic, ICSID Case No. ARB/04/5, Award, 07.03.2008, 26 ICSID Rev. – FILJ 181 (2011).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21.11.2000, 16 ICSID Rev. – FILJ

641 (2001), 40 ILM 426 (2001), 125 ILR 1 (2004), 26 YCA 61 (2001). ("*Vivendi v. Argentina*, Award")

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 03.07.2002, 19 ICSID Rev. – FILJ 89 (2004), 41 ILM 1135 (2002), 6 ICSID Rep. 340 (2004), 125 ILR 58 (2004), 130 JDI 195. ("*Vivendi v. Argentina*, Annulment")

Company Z and Others v. State Organization ABC, Award, 1982, 8 YCA 194 (1983).

Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10.01.2005, 19 ICSID Rev. – FILJ 426 (2004). ("*LESI DIPENTA v. Algeria*, Award")

Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22.12.2003.

Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, 16.07.2001. ("*RFCC v. Morocco*, Jurisdiction")

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 05.09.2008.

Corfu Channel (UK v. Albania), ICJ, Judgment (Preliminary Objections), 25.03.1948, [1948] ICJ Rep. 15.

Davies case (USA v. Mexico), US-Mex. Gen. Cl. Comm., Award, 23.03.1927, 4 RIAA 139. ("*Davies case*")

De Wilde, Ooms and Versyp cases, ECtHR, Judgment (Merits), 18.07.1971, 56 ILR 336.

Dermit v. Uruguay, UN Human Rights Committee, Communication No. 84/1981, Decision, 21.10.1982, 71 ILR 354.

Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31.10.2012. ("*Deutsche Bank v. Sri Lanka*, Award")

Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) et al. v. The Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE), The R'as Al Khaimah Oil Company (Rakoil), ICC Case No. 3572, Final Award, 1982, 14 YCA 111. ("*Deutsche Schachtbau v. Rakoil*")

Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, ICC Case No. 4131, Interim Award, 23.09.1982, 9 YCA 131. ("*Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, Award")

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.08.2008. ("*Duke Energy v. Ecuador*, Award")

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18.08.2008. ("*Duke Energy v. Peru*, Award")

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 01.02.2006. ("*Duke Energy v. Peru*, Jurisdiction")

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

El Oro Mining and Railway Company Ltd. (UK v. Mexico), Decision No. 55, 18.06.1931, 5 RIAA 191.

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27.04.2006, 21 ICSID Rev. – FILJ 488 (2006). ("*El Paso v. Argentina*, Jurisdiction")

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), ICJ, Judgment, 20.07.1989, [1989] ICJ Rep. 15. ("*ELSI*, Judgment")

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN 3481, Award, 03.02.2006. ("*EnCana v. Ecuador*, Award")

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim), 02.08.2004. ("*Enron v. Argentina*, Jurisdiction")

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19.08.2005. ("*Eureko v. Poland*, Partial Award")

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

Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, ECJ Case 6/72, Judgment, 21.02.1973, [1973] E.C.R. 215.

Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies, IACtHR, Advisory Opinion OC-11/90, 10.08.1990, Series A, No. 11, 12 HRLJ 20.

Factory at Chorzów (Germany v. Poland), PCIJ, Dissenting Opinion (Judge Anzilotti), 13.09.1928, Series A, No. 17.

Factory at Chorzów (Germany v. Poland), PCIJ, Judgment (Merits), 13.09.1928, Series A, No. 17. ("*Chorzów Factory*, Judgment")

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11.07.1997, 37 ILM 1378 (1998). ("*Fedax v. Venezuela*, Jurisdiction")

Fisheries (UK v. Norway), Judgment, 18.12.1951, [1951] ICJ Rep. 116.

Flegenheimer case (USA v. Italy), Italy-US Conciliation Commission, Decision No. 182, 20.09.1958, 14 RIAA 327.

Foremost Teheran Inc. v. Islamic Republic of Iran, IUSCT, Award No. 220-37/321-1, 11.04.1986, 10 Iran-US CTR 228.

Foster and others v. British Gas, Case C-188/89, ECJ, Judgment, 12.07.1990, [1990] ECR I-3313.

Foti and Others case, ECtHR, Judgment (Merits), 10.12.1982, 71 ILR 366.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France vs. Switzerland), PCIJ, Judgment, 07.06.1932, Series A/B, No. 46.

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003. ("*Generation Ukraine v. Ukraine*, Award")

Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25.06.2001, 17 ICSID Rev. – FILJ 395 (2002), 6 ICSID Rep. 241.

German Settlers in Poland, PCIJ, Advisory Opinion, 10.09.1923, Series B, No. 6.

Glaziou v. France, UN Human Rights Committee, Communication No. 452/1991, Decision, 18.07.1994.

Goetz and others v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10.02.1999, 15 ICSID Rev. – FILJ 457 (2000), 6 ICSID Rep. 5, 26 YCA 24 (2001).

Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.), IACtHR Case No. G 101/81, Decision, 13.11.1981, 67 ILR 578.

Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), Award, 24.03.1982, 66 ILR 518. ("*Kuwait v. Aminoil*, Award")

Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), Separate Opinion (Sir Gerald Fitzmaurice), 24.03.1982, 66 ILR 614. ("*Kuwait v. Aminoil*, Separate Opinion (Fitzmaurice)")

Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. East Pakistan Industrial Development Corporation (EPIDC), ICC Case No. 1803, 1972, 5 YCA 177.

Greece v. UK, European Commission of Human Rights, Application No. 299/57, 12.10.1958, 25 ILR 27.

Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18.07.2010. ("*Hamester v. Ghana*, Award")

Harnischfeger Corporation v. Ministry of Roads and Transportation of Iran, Partial Award No. 144-180-3, 13.07.1984, 7 Iran-US CTR 91.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17.10.2006. ("*Helnan v. Egypt*, Jurisdiction")

Hemming case (UK v. USA), Award, 18.12.1920, 6 RIAA 51. ("*Hemming case*")

Hrvatska elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on the Treaty Interpretation Issue, 12.07.2009.

Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 07.07.2004. ("*Soufraki v. UAE*, Award")

Iatridis v. Greece, ECtHR, Application No. 31107/96, Judgment (Merits), 25.03.1999, [1999] ECHR 14.

ICC Case No. 1434, Award, 1975, 1976 JDI 978.

ICC Case No. 1512, Award, 1971, 1 YCA 128.

ICC Case No. 1512, Second Preliminary Award, 14.01.1970, 5 YCA 174.

ICC Case No. 1598, Award, 1971, 3 YCA 216.

ICC Case No. 1939, Award, 1973.

ICC Case No. 2375, Award, 1975, 1976 JDI 973.

ICC Case No. 2930, Award, 1982, 9 YCA 105.

ICC Case No. 3327, 1981, 109 JDI 971 (1982).

ICC Case No. 4237, Award, 17.02.1984, 10 YCA 52.

ICC Case No. 5103, Award, 1988, 2(2) ICC Bull. 20 (1991).

ICC Case No. 5460, Final Award, 1987, 13 YCA 104.

ICC Case No. 6406, Interim Award, 29.07.1991.

ICC Case No. 6465, Interim Award, 15.08.1991.

ICC Case No. 6474, Partial Award, 25 YCA 279.

ICC Case No. 6725, Award, 14.02.1991.

ICC Case No. 6775, Final Award, 28.01.1998.

ICC Case No. 7245, Interim Award, 28.01.1994.

ICC Case No. 7304, Partial Award, 31.03.1994.

ICC Case No. 7472, Interim Award, 16.01.1995.

ICC Case No. 7701, Final Award, 15.11.1994, 8(2) ICC Bull. 66 (1997).

ICC Case No. 7701, Final Award, 15.11.1994, 8(2) ICC Bull. 66 (1997).

ICC Case No. 8264, Award, 1997.

ICC Case No. 9762, Final Award, 22.12.2001, 29 YCA 26 (2004).

ICC Case No. 12111, Award, 06.01.2003.

Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (Dyestuffs Case), ECJ Case 48/69, Judgment, 14.07.1972, [1972] E.C.R. 619.

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22.04.2005. ("*Impregilo v. Pakistan*, Jurisdiction")

Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) Case (India v. Pakistan), Award (*ad hoc*), 19.02.1968, 50 ILR 2.

Interhandel (Switzerland v. USA), ICJ, Judgment, 21.03.1959, [1959] ICJ Rep. 6.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Award, 26.01.2006.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction, 24.09.2008.

Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 03.03.2010.

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

J. R. Geigy AG v Commission of the European Communities, ECJ Case 52/69, Judgment, 14.07.1972, [1972] E.C.R. 787.

Jablonsky v. German Reich, Upper Silesian Arbitral Tribunal, Award, 24.06.1936, 8 ILR 138.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 06.11.2008. ("*Jan de Nul v. Egypt*, Award")

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16.06.2006. ("*Jan de Nul v. Egypt*, Jurisdiction")

Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Case 222/84, ECJ, Judgment, 15.05.1986, [1986] 5 ECR 1651.

Jordan Investments Ltd. v. All-Union Foreign Trade Corp., USSR Foreign Trade Arbitration Commission, Award, 19.06.1958, 27 ILR 631.

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, 19 ICSID Rev. – FILJ 486 (2004). ("*Joy Mining v. Egypt*, Award")

Jurisdiction of the Courts of Danzig, PCIJ, Advisory Opinion, 03.03.1928, Series B, No. 15.

Kaiser Bauxite Company v. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction, 06.07.1975, 114 ILR 144 (1999), 1 ICSID Rep. 298.

Kemal Uzan and others v. Turkey, ECtHR, Case No. 18240/03, Decision (Admissibility), 29.03.2011. ("*Kemal Uzan v. Turkey*, Admissibility (ECtHR)")

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Treaty Authenticity and Interpretation, 07.05.2012. ("*Kılıç v. Turkmenistan*, Treaty Interpretation")

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21.10.1983, (1984) Rev. Arb. 19, 111 JDI 409 (1984), 10 YCA 71 (1985), 2 ICSID Rep. 9, 114 ILR 157 (1999).

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 03.05.198, 114 JDI 163 (1987), 1 ICSID Rev. – FILJ 89 (1986), 11 YCA 162 (1986), 2 ICSID Reports 95, 114 ILR 243 (1999).

Kronprins Gustaf Adolf (Sweden v. USA), Award (*ad hoc*), 18.07.1932, 2 RIAA 1239.

Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain), Award (*ad hoc*), 16.11.1957, 24 ILR 101.

Lanco International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 08.12.1998, 40 ILM 457 (2001). ("*Lanco v. Argentina*, Jurisdiction")

Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), ICJ, Judgment, 11.06.1998, [1998] ICJ Rep. 275.

Lausanne Chamber of Commerce, Award, 25.01.2002.

Lena Goldfields Ltd. v. USSR, Award, 03.09.1930, 36 Cornell LQ 42 (1950). ("*Lena Goldfields v. USSR*, Award")

LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12.07.2006. ("*LESI & Astaldi v. Algeria*, Jurisdiction")

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Jurisdiction, 30.04.2004. ("*LG&E v. Argentina*, Jurisdiction")

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 03.10.2006, 21 ICSID Rev. – FILJ 203 (2006).

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

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31.03.1986, 2 ICSID Rep. 346, 26 ILM 647 (1987), 13 YCA 35 (1988), 89 ILR 313 (1992), 115 JDI 167 (1988).

Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award, 12.04.1977, 62 ILR 140. ("*Liamco v. Libya*")

Loizidou v. Turkey, ECtHR, Application No. 15318/89, Judgment, 18.12.1996.

Losinger & Co. (Switzerland v. Yugoslavia), PCIJ, Mémoire (Switzerland), 07.01.1936, Series C, No. 78. ("*Losinger & Co.*, Memorial (Switzerland)")

Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain, Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25.01.2000. 16 ICSID Review – FILJ 212 (2001), 5 ICSID Rep. 396, 124 ILR 9 (2003), 40 ILM 1129 (2001). ("*Maffezini v. Spain*, Jurisdiction")

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.05.2007. ("*MHS v. Malaysia*, Award")

Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 07.02.2011. ("*Malicorp v. Egypt*, Award")

Marini v. Albania, ECtHR, Application No. 3738/02, Judgment, 18.12.2007.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), ICJ, Judgment (Jurisdiction and Admissibility), 01.07.1994, [1994] ICJ Rep. 112.

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Award, 06.01.1988, 4 ICSID Rep. 61, 14 YCA 82 (1989). ("*MINE v. Guinea*, Award")

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22.12.1989, 4 ICSID Rep. 79, 5 ICSID Rev. – FILJ 95 (1990), 16 YCA 40 (1991), 118 JDI 166 (1991). ("*MINE v. Guinea*, Annulment")

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Decision on Jurisdiction, 06.12.2000. ("*Feldman v. Mexico*, Jurisdiction")

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK), PCIJ, Judgment, 30.08.1924, Series A, No.2. ("*Mavrommatis*, Judgment No. 2")

M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31.07.2007. ("*MCI v. Ecuador*, Award")

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000, 16 ICSID Rev. – FILJ 168 (2001), 40 ILM 36 (2001), 26 YCA 99 (2001), 119 ILR 618 (2002), 5 ICSID Rep. 212 (2002). ("*Metalclad v. Mexico*, Award")

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, 03.08.2005.

Mergé claim (USA v. Italy), Italy-US Conciliation Commission, Decision No. 55, 10.06.1955, 14 RIAA 236.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12.04.2002, 18 ICSID Rev. – FILJ 602 (2003), 7 ICSID Rep. 178.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), ICJ, Judgment, 27.06.1986, [1986] ICJ Rep. 14. ("*Nicaragua case*, Judgment")

Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc., ICC Case No. 7365, Award, 05.05.1997.

Mobil Oil Corporation and others v. New Zealand, ICSID Case No. ARB/87/2, Findings on Liability, Interpretation and Allied Issues, 04.05.1989, 4 ICSID Rep. 140.

Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10.06.2010. ("*Mobil v. Venezuela*, Jurisdiction")

Mobil Oil Iran Inc. and Others v. Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company, IUSCT Case No. 74, 76, 81, 150, Award No. 311-74/76/81/150-3, 14.07.1987, 86 ILR 230. ("*Mobil v. Iran*, Award")

Monte Blanco Real Estate Corp. (USA v. Mexico), Am.-Mex. Cl. Com., Decision No. 37-B, 1942, reprinted in Report to the Secretary of State 191 (1948).

Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, SCC Case No. 106/1998, Award, 07.07.1998. ("*Sedelmayer v. Russia*, Award")

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.05.2004, 44 ILM 91 (2005), 12 ICSID Rep. 6. ("*MTD v. Chile*, Award")

Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Decision on Jurisdiction, 13.02.2015. ("*Sehil v. Turkmenistan*, Jurisdiction")

Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat, IUSCT, Award No. 31-157-2, 29.03.1983, 2 Iran-US CTR 157.

Noble Energy Inc. and MachalaPower Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 05.03.2008. ("*Noble Energy v. Ecuador*, Jurisdiction")

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12.10.2005. ("*Noble Ventures v. Romania*, Award")

North American Dredging Company of Texas (USA v. Mexico), US-Mex. Gen. Cl. Comm., Decision, 31.03.1926, 4 RIAA 26. ("*North American Dredging*")

North Sea Continental Shelf (Germany v. Netherlands), ICJ, Judgment, 20.02.1969, [1969] ICJ Rep. 3.

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), ICJ, Judgment, 06.04.1955, [1955] ICJ Rep. 4. ("*Nottebohm*, Judgment")

Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, SCC Case No. 118/2001, Award, 16.12.2003. ("*Nykomb v. Latvia*, Award")

OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. The Russian Federation, ECtHR, Application No. 14902/04, Judgment (Just Satisfaction), 31.07.2014. ("*Yukos v. Russia*, Just Satisfaction (ECtHR)")

Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, 01.07.2004. ("*Occidental v. Ecuador*, Award (LCIA)")

Olguín v. Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Decision on Jurisdiction, 08.08.2000, 18 ICSID Rev. – FILJ 133 (2003), 6 ICSID Rep. 156

Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26.07.2001, 18 ICSID Rev. – FILJ 160 (2003); 6 ICSID Rep. 164 (2004). ("*Olguín v. Paraguay*, Award")

Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27.07.2006. ("*Pan American v. Argentina*, Preliminary Objections")

Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonia v. Lithuania), PCIJ, Judgment, 28.02.1939, Series A/B, No. 76. ("*Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment")

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 01.11.2006. ("*Mitchell v. DR Congo*, Annulment")

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.09.2007. ("*Parkerings v. Lithuania*, Award")

Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29.03.2005. ("*Petrobart v. Kyrgyzstan*, Award")

Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi, Award, 1951, 18 ILR 144. ("*Petroleum Development v. Abu Dhabi*")

Phillips Petroleum Company (Iran) v. Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company, IUSCT Case No. 39, Award, 30.12.1982, 21 Iran-US CTR 79, 70 ILR 483.

Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.04.2009. ("*Phoenix v. Czech Republic*, Award")

Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 08.02.2005, 20 ICSID Rev. – FILJ 262 (2005), 44 ILM 721 (2005), 13 ICSID Rep. 272.

Prince von Pless Administration (Germany v. Poland), PCIJ, Order (Preliminary Objections), 04.02.1933, Series A/B, No. 52.

Prosecutor v. Duško Tadic, ICTY Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15.07.1999.

PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 04.06.2004. ("*PSEG v. Turkey*, Jurisdiction")

RayGo Wagner Equipment Co. v. Iran Express Terminal Corp., IUSCT Case No. 16, Award, 18.03.1983, 71 ILR 688.

Re. Arbitration between *Valentine Petroleum & Chemical Corp. and Agency for International Development*, Opinion, 15.09.1967, 44 ILR 79.

Republic of Italy v. Republic of Cuba, Award (*ad hoc*), 15.01.2008.

Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation, Award, 24.08.1978, 56 ILR 258. ("*Revere Copper v. OPIC*, Award")

Robert Azinian and others v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 01.11.1999, 14 ICSID Rev. – FILJ 538 (1999), 39 ILM 537 (2000), 121 ILR 2 (2002), 5 ICSID Rep. 272 (2002). ("*Azinian v. Mexico*, Award")

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

Rosenzweig and Bonded Warehouses v. Poland, ECtHR, Application No. 51728/99, Judgment, 28.07.2005.

Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd., Award, 1953, 20 ILR 534. ("*Qatar v. International Marine Oil Co.*")

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29.07.2008. ("*Rumeli v. Kazakhstan*, Award")

S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 15.08.1980, 67 ILR 345. ("*Benvenuti & Bonfant v. Congo*, Award")

S.S. "I'm Alone" (Canada v. USA), Joint Final Report of the Commissioners, 05.01.1935, 3 RIAA 1609, s. 1616 vd.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14.07.2010. ("*Saba Fakes v. Turkey*, Award")

Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21.03.2007. ("*Saipem v. Bangladesh*, Jurisdiction")

Salem case (USA v. Egypt), Award, 08.06.1932, 2 RIAA 1161. ("*Salem* Award")

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, 42 ILM 609 (2003). ("*Salini v. Morocco*, Jurisdiction")

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 09.11.2004. ("*Salini v. Jordan*, Jurisdiction")

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, PCA (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 07.05.2004.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, PCA (UNCITRAL), 17.03.2006. ("*Saluka v. Czech Republic*, Partial Award")

Salvador Commercial Company (USA v. El Salvador), Award, 08.05.1902, 15 RIAA 467.

Sapphire International Petroleums Ltd v. National Iranian Oil Company, Award, 15.03.1963, 35 ILR 136. ("*Sapphire v. NIOC*")

Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco), Award, 23.08.1958, 27 ILR 117. ("*Saudi Arabia v. Aramco*")

Serbian Loans, PCIJ, Judgment, 12.07.1929, Series A, No. 20, s. 42; *Brazilian Loans*, PCIJ, Judgment, 12.07.1929, Series A, No. 21. ("*Serbian Loans*, Judgment")

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 06.08.2003, 18 ICSID Rev. – FILJ 301 (2003); 42 ILM 1290 (2003); 8 ICSID Rep. 406 (2005). ("*SGS v. Pakistan*, Jurisdiction")

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29.01.2004, 8 ICSID Rep. 518. ("*SGS v. Philippines*, Jurisdiction")

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03.08.2004. ("*Siemens v. Argentina*, Jurisdiction")

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 01.08.1984, 17 YCA 42. ("*SOABI v. Senegal*, Jurisdiction")

Société Rialet v. Gouvernement Éthiopien, Award, 15.01.1929, 8 TAM 742.

Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan), ITLOS, Award on Jurisdiction and Admissibility, 04.08.2000, 39 ILM 1359 (2000).

SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICC Case No. 3493, Award, 16.02.1983, 9 YCA 111 (1984), 86 ILR 434 (1983). ("*SPP v. Egypt*, Award (ICC)")

SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.05.1992, 3 ICSID Rep. 189, 8 ICSID Rev. – FILJ 328 (1993), 32 ILM 1470 (1993), 19 YCA 51 (1994), 121 JDI 229 (1994). ("*SPP v. Egypt*, Award (ICSID)")

SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction I, 27.11.1985, 3 ICSID Rep. 112, 16 YCA 19 (1991), 121 JDI 218. ("*SPP v. Egypt*, Jurisdiction I (ICSID)")

SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction II, 14.04.1988, 3 ICSID Rep. 131, 16 YCA 28 (1991), 121 JDI 220 (1994). ("*SPP v. Egypt*, Jurisdiction II (ICSID)")

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07.12.2011.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration (Reisman), 28.11.2011.

Swiss Aluminium Ltd. and Icelandic Aluminium Co. Ltd. v. Iceland, Case No. ARB/83/1, Order Noting Discontinuance, 06.03.1985.

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8, Award, 12.07.2001, 8 ICSID Rep. 226.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003. ("*Tecmed v. Mexico*, Award")

Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13.09.2006.

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), ICJ, Judgment, 15.06.1962, [1962] ICJ Rep. 6.

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), ICJ, Separate Opinion (Judge Alfaro), 15.06.1962, [1962] ICJ Rep. 39.

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award, 19.01.1977, 53 ILR 389. ("*Topco v. Libya*, Award")

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Preliminary Award, 27.11.1975, 53 ILR 389. ("*Topco v. Libya*, Preliminary Award")

Teti v. Uruguay, UN Human Rights Committee, Communication No. R. 18/73, 01.04.1982, 70 ILR 287.

The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria), Preliminary Objection, PCIJ, Judgment, 04.04.1939, Series A/B, No. 77.

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

The MOX Plant Case (Ireland v. UK), PCA (UNCLOS), Order No.3, 24.06.2003, 42 ILM 1187 (2003).

The Orinoco Steamship Company case (USA v. Venezuela), Opinion of Umpire, 1903-1905, 9 RIAA 180. ("*Orinoco case*, Opinion of Umpire")

The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 18.04.2008.

Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 08.02.2013.

Tokios Tokelės v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.04.2004, 20 ICSID Rev. – FILJ 205 (2005). ("*Tokios Tokelės v. Ukraine*, Jurisdiction")

Tokios Tokelės v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Prosper Weil), 29.04.2004, 20 ICSID Rev. – FILJ 245 (2005). ("*Tokios Tokelės v. Ukraine*, Dissent (Weil)")

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11.09.2009. ("*Toto v. Lebanon*, Jurisdiction")

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Award, 29.04.1999, 14 ICSID Rev. – FILJ 197 (1999); 5 ICSID Rep. 70 (2002). ("*Tradex v. Albania*, Award")

Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, ECtHR, Application No. 10873/84, Judgment (Merits), 07.07.1989, [1989] ECHR 15.

TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19.12.2008. ("*TSA Spectrum v. Argentina*, Award")

Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10.03.2014. ("*Tulip v. Turkey*, Award")

United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO, WT/DS285/R, Report of the Panel, 10.11.2004.

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, 24.05.2007. ("*UPS v. Canada*, Award")

US Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran), ICJ, Judgment, 24.05.1980, [1980] ICJ Rep. 3.

Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16.02.1994. ("*Vacuum Salt v. Ghana*, Award")

Velasquez Rodriguez case, IACtHR, Judgment, 29.07.1988, [1988] IACHR 1, 28 ILM 291 (1989). ("*Velasquez Rodriguez case*")

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 08.05.2008.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004. ("*Waste Management v. Mexico*, Award")

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11.04.2007.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 08.12.2000, 41 ILM 896 (2002). ("*Wena Hotels v. Egypt*, Award")

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 05.02.2002. 6 ICSID Rep. 129, 41 ILM 933 (2002), 130 JDI 167 (2003).

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Summary Minutes of the Session of the Tribunal held in Paris, 25.05.1999, 41 ILM 881.

Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization, ICC Case No. 3879, Interim Award, 05.03.1984, 11 YCA 127. ("*Westland v. AOI*, Interim Award")

White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Award, 30.11.2011.

William Nagel v. The Czech Republic, SCC Arbitration No. 049/2002, Award, 09.09.2003. ("*Nagel v. Czech Republic*, Award")

Wimbledon (UK, France, Italy, Japan v. Germany), PCIJ, Judgment, 17.08.1923, Series A, No. 1. ("*Wimbledon*, Judgment")

Wintershall A.G. and others v. The Government of Qatar, Final Award, 31.05.1988, 28 ILM 833 (1989), 15 YCA 30 (1990). ("*Wintershall v. Qatar*, Final Award")

Wintershall A.G. and others v. The Government of Qatar, Partial Award on Liability, 05.02.1988, 28 ILM 798 (1989), 15 YCA 30 (1990). ("*Wintershall v. Qatar*, Partial Award")

Woodruff case, US-Ven. Cl. Comm., Opinion of Umpire, 1903-1905, 9 RIAA 213.

Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar, ICSID A.F., ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, Award, 31.03.2003, 42 ILM 540 (2003).

Yukos Universal Ltd. v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227 (UNCITRAL), Award, 18.07.2014. ("*Yukos v. Russia*, Award")

Zlínsat Spol. S R.O. v. Bulgaria, ECtHR, Application No. 57785/00, Judgment, 15.06.2006.

Milli Mahkeme Kararları

Albacruz (Cargo Owners) v. Albazero (Owners), House of Lords, 28.07.1976, [1977] AC 774.

Amin Rasheed Shipping Co. v. Kuwait Insurance Co., House of Lords, 07.07.1983, [1984] AC 50. ("*Amin Rasheed v. Kuwait Insurance*")

Amphitrite v. Rex, King's Bench, 27.07.1921, [1921] 3 K.B. 500.

Arab Republic of Egypt v. Cinetelevision International Registered Trust, Tribunal Fédéral, 20.07.1979, 65 ILR 425.

Arab Republic of Egypt v. SPP (ME) Ltd., Cour d'Appel (Paris), 12.07.1984, 86 ILR 474.

Arab Republic of Egypt, AOI and others v. *Westland Helicopters Ltd.*, Cour d'Appel (Géneve), 03.11.1987, 16 YCA 174 (1991).

Attorney General v. Mobil Oil NZ Ltd., New Zealand High Court, 01.07.1987, 4 ICSID Rep. 117.

Banco de la Nación Lima v. Banco Cattolica del Veneto, Tribunal Fédéral, 21.03.1984, 82 ILR 10.

Bank of the United States v. Planters' Bank of Georgia, US Supreme Court, 20.03.1824, 22 U.S. 904.

Banque Centrale de République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA, Tribunal Fédéral, 15.11.1978, 65 ILR 417.

Bec Frères v. Office des céréales de Tunisie, Cour d'Appel (Rouen), 20.06.1996, 1997(2) Rev. Arb. 263.

Benvenutti et Bonfant v. Banque commerciale congolaise, Cour de Cassation (1e civ.), 21.07.1987, 115 JDI 108 (1988).

Berkey v. Third Avenue Railway Co., NY Court of Appeals, 31.12.1926, 244 N.Y. 84.

Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania, US District Court (Washington DC), 18.11.1980, 507 F. Supp. 311.

Board of Trade v. Temperley Steam Shipping Co. Ltd., King's Bench, [1926] 26 Ll. L. Rep. 76.

Bonython v. Commonwealth of Australia, Privy Council, 30.10.1950, [1951] AC 201.

Bridas S.A.P.I.C. and others v. The Government of Turkmenistan and others, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 09.09.2003, 345 F.3d 347. ("*Bridas v. Turkmenistan*, Appeals (2003)")

Bridas S.A.P.I.C. and others v. The Government of Turkmenistan and others, US District Court (St. Dist. Texas), 30.09.2001, 26 (4) Mealey's IAR (2006).

Brinkhof NV v. NV Nederlandse Spoorwegen and Deutsche Bundesbahn, District Court (Utrecht), 14.01.1969, 1 NYIL 229, 65 ILR 354.

Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No.3), House of Lords, 29.10.1981, [1982] A.C. 888.

C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex, House of Lords, 06.07.1978, [1979] AC 351, 64 ILR 195.

C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex, UK Court of Appeals, 26.05.1977, [1978] Q.B. 176.

Carey v. National Oil Company, US Court of Appeals (Second Circuit), 24.01.1979, 592 F.2d 673.

Case No. 14, Bundesgerichtshof, 23.04.1998, 24 YCA 928.

Central Bank of Nigeria case, Landsgericht (Frankfurt), 02.12.1975, 65 ILR 131.

Chouard (France CE, 1950), Counseil d'Etat (France), 17.07.1950, Lebon 444.

Church of Scientology, Bundesgerichtshof, 26.09.1978, 65 ILR 193.

Commissioners of Crown Lands v. Page, Court of Appeal, 02.06.1960, [1960] 2 Q.B. 274.

Compagnie générale française de tramways, Conseil d'Etat (France), No. 16178, 11.03.1910.

Compagnie Noga d'importation et d'exportation v. EADS France, Cour de Cassation (1e civ.), 12.05.2004, 2004 Bull. Civ. I, No. 135.

Compagnie Noga d'importation et d'exportation v. The Russian Federation, US Court of Appeals (Second Circuit), 16.03.2004, 361 F.3d 676.

Contributors to Pennsylvania Hospital v. Philadelphia, US Supreme Court, 05.11.1917, 245 U.S. 20.

Creighton Limited v. Ministre des Finances de l'Etat du Qatar, Cour de Cassation, 06.07.2000, 18(3) ASA Bull. 605.

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, *Government of Pakistan*, UK Supreme Court, 03.11.2010, [2011] 1 A.C. 763.

Dlle Pedelmas et autres v. Époux Morin et autre, Cour de Cassation, 13.03.1979, (1980) D. 1

De Letelier v. The Republic of Chile, US Court of Appeals (Second Circuit), 20.11.1984, 748 F.2d 790.

Dumez GTM v. Etat Irakien, Cour de Cassation (1e civ.), 15.07.1999, 127 JDI 45 (2000).

Epoux Martin v. Banque d'Espagne, Cour de Cassation, 03.11.1952, 42 Rev. Crit. DIP 425 (1953), 19 ILR 202 (1957).

Etat Libanais c. Société FTML, *Etat Libanais c. Libancell*, Conseil d'Etat Libanais, 17.07.2001, (2001) Rev Arb 855.

Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill, US Supreme Court, 10.11.1947, 332 U.S. 380.

First National City Bank v. Banco para el comercio exterior de Cuba, US Supreme Court, 17.06.1983, 462 U.S. 611. ("*Citibank v. Bancec*")

Fletcher and others v. Atex and others, US Court of Appeals (Second Circuit), 05.10.1995, 68 F.3d 1451.

Fougerolle SA v. Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic, Administrative Tribunal (Damascus), 31.03.1988, 15 YCA 515 (1990).

Galveston Wharf Co. v. Galveston, US Supreme Court, 02.01.1923, 260 U.S. 473.

Garnac Grain Co. Inc. v. H. M. F. Faure & Fairclough Ltd., House of Lords, 26.04.1967, [1968] A.C. 1130.

Gatoil c. National Iranian Oil Co, Cour d'Appel (Paris), 17.12.1991, (1993) Rev. Arb. 281, 7(7) Mealey's IAR (B1) (1991).

Georgia v. Chattanooga, US Supreme Court, 07.04.1924, 264 U.S. 472.

Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c. Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company, Cour d'Appel (Paris), 17.02.2011, n° R/G 09/28533.

Harper v. Delaware Valley Broadcasters, US District Court (Delaware), 12.07.1990, 743 F.Supp. 1076.

Hercaire International Inc. v. The Argentine Republic, US Court of Appeals (Eleventh Circuit), 14.07.1987, 821 F.2d 559.

Hester International Corp. v. Federal Republic of Nigeria, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 09.08.1989, 90 ILR 604.

House of Koscot Dev't Corp. v. American Line Cosmetics, Inc., US Court of Appeals (Fifth Circuit), 25.10.1972, 468 F.2d 64.

In the Matter of the Complaint of Sedco, Inc., US District Court (Texas), 30.03.1982, 21 ILM 318.

Ipitrade International, S.A. v. Federal Republic of Nigeria, US District Court (Washington DC), 25.09.1978, 465 F.Supp. 824. ("*Ipitrade v. Nigeria*")

Isover Saint Gobain v. Dow Chemical, Cour d'Appel (Paris), 21.10.1983, (1984) Rev. Arb. 98.

Kahler v. Midland Bank, House of Lords, 20.10.1949, [1950] AC 24.

KIS France SA v. SA Société Générale, Cour d'Appel (Paris), 31.10.1989, 16 YCA 145.

Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company (No. 1), House of Lords, 24.07.1995, 103 ILR 340.

Labor Board v. Deena Artware, US Supreme Court, 23.02.1960, 361 U.S. 398.

Libyan American Oil Company (Liamco) v. Socialist People's Arab Republic of Libya, Svea Court of Appeals, Case No. Ö 261/79, 18.06.1980, 20 ILM 893 (1981).

Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad Co., NY Supreme Court (App. Div.), 03.04.1936, 247 App. Div. 144.

Lumley v. Gye, Queen's Bench, 01.01.1853, 118 E.R. 749.

Lynch v. United States, US Supreme Court, 04.06.1934, 292 U.S. 571.

Ministère tunisien de l'Equipement v. Société Bec Frères (France), Cour d'Appel (Paris), 24.02.1994, (1995) Rev. Arb. 275, 22 YCA 682 (1997).

Moorgate Mercantile Co. Ltd. v Twitchings, UK Court of Appeal, 18.06.1975, [1976] Q.B. 225.

Mull v. Colt Co., US District Court (St. Dist. New York), 06.08.1962, 31 F.R.D. 154. ("*Mull v. Colt Co.*")

Myrtoon Steamship Co. v Agent judiciaire du Trésor, Cour d'Appel (Paris), 10.04.1957, 24 ILR 205.

Navrom Romanian Maritime Navigation v. Buenamar Compania Naviera, Cour de Cassation (1e civ.), 06.07.1988, 116 JDI 376 (1989).

N.V. Cabolent v. National Iranian Oil Company, District Court (Hague), 15.04.1965, 5 ILM 477. ("*N.V. Cabolent v. NIOC*")

Office des céréales de Tunisie v. Bec frères, Cour de Cassation (1e civ.), 04.01.1995, 122 JDI 649 (1995).

ONIC v. Capitaine du SS San Carlo, Cour de Cassation, 14.04.1964, (1964) Rev. Arb. 82, 92 JDI 646 (1965).

Pepper v. Litton, US Supreme Court, 04.12.1939, 308 U.S. 295.

Propend Finance Pty Limited v. Sing, England Court of Appeal, 17.04.1997, 111 ILR 611.

Quinn v. Leathem, House of Lords, 05.08.1901, [1901] A.C. 495.

Regazzoni v KC Sethia (1944) Ltd., House of Lords, 21.10.1957, [1958] A.C. 301.

Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft, House of Lords, 15.03.1937, [1937] AC 500.

République Islamique d'Iran v. Société Eurodif, Cour d'Appel, 21.04.1982, 110 JDI 145.

S. Davis International, Inc. v. Yemen Ministry of Supply and Trade, US Court of Appeals (Eleventh Circuit), 21.07.2000, 218 F.3d 1292.

Salomon v. Salomon & Co. Ltd., House of Lords, 16.11.1896, [1897] A.C. 22. ("*Salomon v. Salomon & Co.*")

Secil Maritima v. Recofi, Cour de Cassation (Com.), 01.10.1997, 1997 Rev. Crit. DIP 751.

Smith, Stone and Knight Ltd. v. Birmingham Corporation, King's Bench, 19.10.1939, [1939] 4 All ER 116.

Socialist People's Arab Republic of Libya v. Libyan American Oil Company (Liamco), Tribunal Fédéral, 19.06.1980, 62 ILR 228.

Sociéte des Alcools du Vexin, Conseil d'Etat (France), 15.07.1959, Lebon 451.

Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes - SAEPA (Tunisia) and Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais - SIAPE (Tunisia) v. Gemanco srl (Italy), Corte di Cassazione, Case No. 4342, 09.03.1996, 22 YCA 737 (1997).

Société Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corporation, Tribunal Fédéral, 05.05.1976, 5 YCA 217.

Société nationale des pétroles du Congo v. Walker International Holdings Ltd., Cour d'Appel (Paris), Case No. 2002/03185, 03.07.2003.

Société Norbert Beyrard France v. République de Côte-d'Ivoire, Cour d'Appel (Paris), 09.07.1992, 1994(1) Rev. Arb. 133.

Société Swiss Oil v. Société Petrogab et République du Gabon, Cour d'Appel (Paris), 16.06.1988, 1989 Rev. Arb. 309, 29 ILM 562 (1990). ("*Swiss Oil v. Petrogab*")

SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Cour de Cassation, 06.01.1987, 86 ILR 474.

SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, District Court (Amsterdam), 12.07.1984, 86 ILR 492.

Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania, UK Court of Appeals, 13.11.2006, [2006] 2 C.L.C. 797. ("*Svenska Petroleum v. Lithuania*")

Swissair v. X, Tribunal Fédéral, 27.11.1985, 82 ILR 36.

Tamlin v. Hannaford, England Court of Appeal, 08.07.1949, [1950] 1 K.B. 18.

T.C. Anayasa Mahkemesi, 1994/43 E., 1994/42-2 K., 09.12.1994 tarihli karar.

T.C. Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.06.1995 tarihli karar.

The Czech Republic v. CME Czech Republic B.V., Svea Court of Appeal, Case No. T 8735-01, 15.05.2003.

Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, England Court of Appeals, 13.01.1977, 64 ILR 111. ("*Trendtex v. Central Bank of Nigeria*")

Trésor Public v Galakis, Cour de Cassation, 02.05.1966, 93 JDI 648 (1966).

U.S. v. Lehigh Valley Railroad Co., US Supreme Court, 03.04.1911, 220 U.S. 257.

U.S. v. Reading Co., US Supreme Court, 26.04.1920, 253 U.S. 26.

Yargıtay HGK, 2004/13-664 E., 2004/719 K., 15.12.2004 tarihli karar.

Yukong Line Ltd. v. Rendsburg Investments Corp., Queen's Bench, 23.09.1997, [1998] 1 W.L.R. 294.

Walker International Holdings v. Republic of Congo, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 22.12.2004, 395 F.3d 229.

Walkovszky v. Carlton, NY Court of Appeals, 29.11.1966, 18 N.Y.2d 414.

Westland Helicopters Ltd. v. Arab Republic of Egypt, AOI and others, Tribunal Fédéral, 19.07.1988, 1989 Rev. Arb. 525, 7 ASA Bull. 63 (1989), 16 YCA 174 (1991). ("*Egypt v. Westland*, Tribunal Fédéral")

Winslow Bank & Trust Company Limited v. Société nationale des hydrocarbures, Cour d'Appel (Paris), Case No. 2002/20287, 22.01.2004.

Zaist v. Olson, Supreme Court (Connecticut), 07.03.1967, 154 Conn. 563.

MİLLETLERARASI ANTLAŞMA VE BELGELER LİSTESİ

2012 United States Model Bilateral Investment Treaty. (“2012 ABD Model YKTK Anlaşması”)

Agreement between Japan and the People’s Republic of China concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27.08.1988, Yürürlük: 14.05.1989. (“Japonya-Çin YKTK Anlaşması”)

Agreement between Japan and the Socialist Republic of Viet Nam fort he Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 14.11.2003, Yürürlük: 19.12.2004. (“Japonya-Vietnam YKTK Anlaşması”)

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 29.04.1996, Yürürlük: 06.06.1997. (“Kanada-Ekvador YKTK Anlaşması”)

Agreement between the Government of Denmark and the Government of the Republic of Indonesia Concerning the Encouragement and the Reciprocal Protection of Investments, 30.01.1968, Yürürlük: 02.07.1968. (“Danimarka-Endonezya YKTK Anlaşması”)

Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 08.02.1994, Yürürlük: 06.03.1995. (“Ukrayna-Litvanya YKTK Anlaşması”)

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments with Protocol, 08.01.1996, Yürürlük: 21.04.1997. (“İngiltere-Şili YKTK Anlaşması”)

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Argentine Republic, 20.10.1992, Yürürlük: 01.10.1994. ("Hollanda-Arjantin YKTK Anlaşması")

Agreement between the Government of the French Republic and the Government of the Argentine Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 03.07.1991, Yürürlük: 03.03.1993. ("Fransa-Arjantin YKTK Anlaşması")

Andean Community, Decision No. 24 on Common regime of treatment of foreign capitals and on trademarks, patents, licenses and royalties, 31.12.1970, Yürürlük: 30.06.1971. ("Andean Community Decision 24")

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*European Convention on Human Rights*), 04.11.1950, Yürürlük: 03.09.1953, 213 UNTS 221. ("Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" veya "AİHS")

Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 11.10.1985, Yürürlük: 21.04.1988, 1508 UNTS 99. ("MIGA Konvansiyonu")

Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 12.04.1930, Yürürlük: 01.07.1937. ("Hague Convention on Nationality")

Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of The United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, 19.01.1981, 20 ILM 230. ("Claims Settlement Declaration" veya "Taleplerin Çözümü Bildirisi")

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), 18.03.1965, Yürürlük: 14.10.1966, 575 UNTS 159, TBMM Onay: 27.05.1988 (Resmi Gazete, 02.06.1988, Sayı: 19830). ("ICSID Sözleşmesi")

Enerji Şartı Antlaşması (*Energy Charter Treaty*), 17.12.1994, Yürürlük: 16.04.1998, 2080 UNTS 95, TBMM Onay: 01.02.2000 (Resmi Gazete, 06.02.2000, Sayı: 23956). ("Enerji Şartı Antlaşması" veya "EŞA")

European Convention on International Commercial Arbitration, 21.04.1961, Yürürlük: 07.01.1964, 484 UNTS 349. ("Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi")

European Convention on Nationality, 06.11.1997, Yürürlük: 01.03.2000. ("Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi")

European Convention on State Immunity, 16.05.1972, Yürürlük: 11.06.1976, 1495 UNTS 181. ("Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi")

Free Trade Agreement between Canada and the United States of America, 02.01.1988, Yürürlük: 01.01.1989. ("Kanada-ABD Serbest Ticaret Antlaşması")

Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part, 06.10.2010, Yürürlük: 01.07.2011. ("AB – Güney Kore Serbest Ticaret Antlaşması")

Hague Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, 15.06.1955, Yürürlük: 01.09.1964, 510 UNTS 147. ("Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Lahey Sözleşmesi")

Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, 26.09.1927, Yürürlük: 25.07.1929, 92 LNTS 301. ("Cenevre Sözleşmesi")

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), 24.04.1963, Yürürlük: 19.03.1967, 596 UNTS 261, TBMM Onay: 20.05.1975 (Resmi Gazete, 29.05.1975, Sayı: 15249). ("Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi")

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), 11.04.1980, Yürürlük: 01.01.1988, 1489 UNTS 3, TBMM Onay: 02.04.2009 (Resmi Gazete, 07.04.2010, Sayı: 27545). ("CISG")

North American Free Trade Agreement, 17.12.1992, Yürürlük: 01.01.1994, 32 ILM 289. ("NAFTA")

Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 19.06.1980, Yürürlük: 01.04.1991, 1605 UNTS 59. ("Roma Sözleşmesi")

Treaty between the Federal Republic of Germany and the State of Israel concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 24.06.1976, Yürürlük: 14.04.1980. ("Almanya-İsrail YKTK Anlaşması")

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19.04.1994, Yürürlük: 16.02.1997. ("ABD-Estonya YKTK Anlaşması")

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19.02.2008, Yürürlük: 01.01.2012. ("ABD-Ruanda YKTK Anlaşması")

Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 14.11.1991, Yürürlük: 20.10.1994. ("ABD-Arjantin YKTK Anlaşması")

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27.08.1993, Yürürlük: 11.05.1997. ("ABD-Ekvador YKTK Anlaşması")

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 15.03.1991, Yürürlük: 22.10.1996. ("Türkiye-İngiltere YKTK Anlaşması")

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, 15.06.2006, Yürürlük: 03.08.2009.

Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 13.11.1990, Yürürlük: 20.08.1994.

Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 27.03.1986, Yürürlük: 01.11.1989. ("Türkiye-Hollanda YKTK Anlaşması")

Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, 15.02.1995, Yürürlük: 03.03.1998.

Türkiye Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma, 03.12.1985, Yürürlük: 18.05.1990. ("Türkiye-ABD YKTK Anlaşması")

Türkiye Cumhuriyeti ve İsviçre Konfederasyonu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, 03.03.1988, Yürürlük: 21.02.1990.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 15.12.1997, Yürürlük: 17.05.2000. ("Türkiye-Rusya YKTK Anlaşması")

Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States, 26.11.1980, Yürürlük: 07.09.1981, 3(1) ICSID Rev. – FILJ 191 (1988). ("Arap Devletleri Yatırım Anlaşması")

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 02.12.2004. (“BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi”)

United States – Singapore Free Trade Agreement, 06.05.2003, Yürürlük: 01.01.2004.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.05.1969, Yürürlük: 27.01.1980, 1155 UNTS 331. (“Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”)

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi (*New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), 10.06.1958, Yürürlük: 07.06.1959, 330 UNTS 3, TBMM Onay: 08.05.1991 (Resmi Gazete, 21.05.1991, Sayı: 20877). (“New York Sözleşmesi”)

RÉSUMÉ

On voit que le système des relations économiques internationales est désormais de nos jours établi sur la coopération internationale en s'éloignant de la conception concurrentielle mercantiliste du fait que les ressources naturelles, les outils de production, les marches et le capital susceptible d'assurer les liaisons existant entre les derniers et l'accumulation des connaissances soient répartis dans les divers endroits du monde entier. En outre, l'un des éléments de base qui assure l'interopérabilité du ce système est sans doute les investissements internationaux. Tout comme on voit que les mouvements de capitaux internationaux se réalisaient aux 19ème siècle et dans la première moitié du 20ème siècle des pays industrialisés à destination des pays en voie de développement (dont certains avaient le statut de colonie dans cette période) et que les investissements internationaux ne sont plus seulement réalisés en sens unique et qu'en outre les investissements réalisés entre les pays industrialisés ou les pays en voie de développement eux-mêmes, et les investissements des pays en voie de développement à destination des pays industrialisés enregistrent une croissance quantitativement et qualitativement. Il est nécessaire de constituer un ordre juridique susceptible d'être accepté du point de vue aussi bien des investisseurs que des pays à destination desquels ces derniers font des investissements en vue d'organiser des investissements internationaux dans le but de protéger et de pouvoir développer cette mobilité économique mondiale qui est basée généralement sur le capital du secteur privé. Le droit d'investissement international qui se développe rapidement depuis les années 1950 se forme avec les contrats d'investissement étrangers signés entre les pays et les investisseurs étrangers et avec les accords (bilatéraux ou multilatéraux) ayant pour thème les investissements signés entre les pays. L'objectif de cette thèse est d'analyser le débat lié à l'ordre juridique qui régit les contrats de placement étrangères et les moyens de règlement des différends découlant de celle-ci, avec une attention particulière à l'évolution historique de ces contrats. Dans le même temps, la recherche de la sécurité juridique

par les investisseurs et les préoccupations de souveraineté des Etats sera également prise en compte.

Il sera donné dans la première partie de la thèse des renseignements généraux relatifs aux contrats d'investissements étrangers. Les débats ayant trait à la nominalisation et à la définition des notions telles que l' « investissement étranger » et le « contrat d'investissement étranger » seront d'abord analysées. En outre, les critères relatifs à la définition de la notion d' « investissement » seront révisés dans la période moderne aussi bien au niveau de la doctrine qu'au niveau des décisions des tribunaux d'arbitrage après l'analyse de l'arrière-plan historique et politique des débats terminologiques relatifs à la nominalisation des contrats d'investissement étrangers. Le développement historique des contrats d'investissement étrangers sera étudié après les débats a propos changements intervenus dans leur terminologiques, types, les formes et les contenu de ces types de contrat signes entre les pays et les investisseurs étrangers parallèlement aux points de rupture importants de l'histoire politique mondiale dans le processus venant du 19ème siècle jusqu'à nos jours y sont examinés. Le terme de « Période classique » sera utilisé dans le cadre de ces analyses historiques pour la période commençant du 18ème et du 19ème siècle et allant jusqu'à la fin du 2ème Guerre Mondiale, de « Période postcoloniale » pour la période venant jusqu'aux années 1980 en commençant après la 2ème Guerre Mondiale, et par ailleurs de « période moderne » pour la période allant des années 1980 jusqu'à nos jours. À l'époque classique, contrats d'investissement étrangers ont été façonnés par l'équilibre général du pouvoir qui était en faveur des investisseurs en raison de l'appui qu'ils ont reçu des Etats industrialisés d'où ils venaient. Dans l'ère postcoloniale, il y avait de profonds changements dans ce régime contractuel qui ont été causés par les Etats nouvellement indépendants qui étaient en train de prendre l'avantage dans la balance du pouvoir par des méthodes telles que la résiliation pure et simple ou la renégociation forcée des contrats d'investissements étrangers. Dans l'ère moderne, un système qui est nouveau et équilibré appelé « droit international des investissements » est construit autour de mécanismes tels que les traités internationaux d'investissement et la Convention du CIRDI. Les types de contrats d'investissement étrangers seront analysés dans cette partie et les points communs et ainsi que les différences existant entre les derniers y seront examinés. Les types de

contrats classiques et les types modernes ajoutés par la suite à côté de ces contrats seront dépouillés séparément lors de la réalisation de cette étude.

L'objet de la deuxième partie de l'étude est les parties des contrats d'investissement étrangers et les sujets controversés ayant trait à ces parties. Les parties des contrats d'investissement étrangers seront distinguées fondamentalement en deux groupes en tant qu' « investisseur étranger » et l' « Etat ». On insistera sur les sujets ayant trait à la notion d' « être étranger » c'est-à-dire à la notion de citoyenneté qui est un concept de base discutable par les investisseurs étrangers. Les principes acceptés relatifs à la citoyenneté au sein des accords d'investissement internationaux et du système de CIRDI et certaines situations particulières et débats y seront analysés suivant l'analyse des principes de base accepté dans ce contexte au sein du droit international public ayant trait à la citoyenneté des personnes physiques et morales. Le fait de savoir qui a le droit de soumettre sous obligation avec un contrat en représentant l'Etat avec les sujets de base controverses par ailleurs du côté de l'Etat et les sujets relatifs aux limites de la responsabilité contractuelle de l'Etat y seront abordés. Cependant, les débats ayant trait au débats relatifs à la responsabilité de l'Etat en raison des contrats desquels font partie les organisations de l'Etat qui est un sujet déjà débattu au sein aussi bien de la doctrine que des décisions des tribunaux et des arbitrages y seront révisés et l'on insistera à ce propos surtout sur les applications provenant du droit prive et sur les différences apparaissant entre les principes approuvés au sein du droit international.

Les différents forums auxquels pourront s'adresser les parties au sujet de la résolution des litiges dus aux contrats d'investissement étranger seront analysés dans la troisième partie. Les mécanismes de résolution des litiges intergouvernementaux restructures parallèlement au processus de développement historique des contrats d'investissement étranger seront abordés prioritairement dans cette parties et l'on insistera dans ce contexte sur la notion de protection diplomatique et sur les applications de cette notion existant dans le cadre des contrats d'investissement. Par ailleurs, les mécanismes procéduraux se rapportant à la résolution des mécanismes existant entre les Etats selon y seront également analysés et des observations seront faites sur le fait de savoir de quelle manière la protection diplomatique trouve un champ d'application dans le cadre de ces mécanismes. En deuxième lieu, les

différents forums susceptibles de traiter les litiges existant directement entre l'Etat et l'investisseur étranger seront révisés au sein de cette partie. Les tribunaux de l'Etat hôte qui ont maintenu leur place depuis tout le début également dans le processus de développement historique entre les forums qui sont naturellement compétents au niveau de traiter ces types de litiges et compétents au sujet des contrats d'investissement étranger y seront abordés pour la première fois. En outre, il sera aussi étudié le fait de savoir quels types de devoir les tribunaux de l'Etat hôte pourront disposer dans le cadre des autres processus de résolution des litiges à caractère international. On insistera aussi bien sur l'arbitrage commercial que l'arbitrage d'investissement au sein de la résolution des litiges dus aux contrats d'investissement étranger par voie d'arbitrage. Une importance sera portée sur conditions particulières dues aux contrats desquels fait partie l'Etat sous le titre d'arbitrage commercial international. Des déclarations seront faites dans ce contexte sur le fait de savoir comment seront évaluées les objections sur le fait que l'Etat (ou l'organisation d'Etat) ne possède pas le pouvoir de faire une convention d'arbitrage, dans quelles conditions l'Etat pourra être inclus par les organismes d'Etat dans le cadre des contrats d'arbitrage et de quelle manière l'immunité judiciaire de l'Etat trouvera un champ d'application au niveau de l'arbitrage commercial international. On insistera sous le titre d'arbitrage d'investissement sur la notion d'autorisation d'arbitrage de l'Etat et sur les différentes méthodes avec lesquels l'Etat pourra exprimer cela après d'abord donner les renseignements généraux relatifs à ce système. Par ailleurs, les situations rendant possible le fait que l'on puisse invoquer les demandes dues aux contrats d'investissement étranger devant les tribunaux d'arbitrage y seront aussi énumérées et analysées. Des déclarations seront faites dans cette partie en dernier lieu au sujet du recours par les investisseurs aux Tribunaux Internationaux des Droits de l'Homme pour les litiges dus aux contrats d'investissement étranger. Tandis que le sujet important sur lequel il fait insister dans cette partie lors de l'analyse des différentes voies de résolution des litiges est que les investisseurs aient la possibilité de recourir au même moment et parallèlement aux différentes voies de résolution de litige, qu'il y ait la possibilité d'en abuser et que ce problème ait des éventuelles solutions.

Dans la quatrième partie, la réponse à la question de savoir qu'est-ce que l'ordre juridique duquel fait partie les contrats d'investissement y sera recherchée.

La notion de l'autonomie de la volonté sera abordée pour la première dans cette partie et on donnera de l'importance aux débats vécus au niveau de la doctrine et des jurisprudences au sujet de la source et des limites de cette notion. Des informations seront fournies au sujet de certains enregistrements de choix juridique utilisés au niveau de l'application après avoir aussi analysé les débats existant au sujet de savoir si des restrictions particulières se rapportant au l'application de la notion de l'autonomie de la volonté existe ou pas au sein des contrats d'investissement étranger. On s'intéressera en outre au deuxième sous-titre qui figure en dessous de cette partie aux débats ayant trait à la détermination objective de l'ordre juridique dans les situations telles que le fait que le choix juridique duquel fera partie le contrat ne soit pas fait par les parties (le fait que le droit choisi ait été choisi en vue d'être partiellement appliqué ou qu'il soit insuffisant sur certaines questions). Les débats ayant trait au droit de l'Etat hôte qui est une opinion dominante au niveau de la doctrine de droit internationale classique et que l'on atteint en outre avec l'application des principes de droit privé internationaux y seront étudiés et l'on abordera cependant l'effet des enregistrements de stabilité prenant place dans ce contexte au sein des contrats. On examinera après cela la « théorie internationale » qui vise à faire sortir en dehors du droit de l'Etat hôte les contrats d'investissement étranger en contestant la doctrine classique. On analysera les débats relatifs à l'arrière-plan historique qui a entrainé l'apparition de cette théorie, aux types d'apparition de l'internationalisation (internationalisation directe ou indirecte), aux situations dont on prétend qu'elles entrainent l'internationalisation et à l'ordre de droit (tels que droit international, principes généraux du droit, *lex mercatoria* ou le propre ordre de droit autonome du contrat) duquel fera partie le contrat à la suite de l'internationalisation.

Le principal résultat que l'on a atteint avec cette thèse est que suivant l'émergence du système de droit international d'investissement et de la possibilité de l'arbitrage d'investissement comme une méthode alternative de règlement des conflits dans le cadre des contrats d'investissement étrangers, l'effet et la base juridique de la théorie d'internationalisation (directe) s'affaiblissent significativement. Il faut admettre que le seul moyen de l'internationalisation (c'est-à-dire la soumission a un droit non national en dehors du droit de l'Etat hôte) d'un contrat d'investissement étranger est la volonté concordante des parties dans ce sens.

Au cas où il ne peut pas être prouvé que la volonté des parties – explicite, implicite ou au moins présumée – vise l'internationalisation du contrat, il convient d'admettre que le contrat est régi par le droit (le plus souvent au droit de l'Etat hôte) auquel il doit être soumis selon les principes du droit international privé. Une approche étatique sur le fait que l'autonomie de la volonté des parties ne va pas être absolue au sein des contrats d'investissement étranger tel qu'il est question au niveau des contrats de droit privé et sur le fait qu'un droit susceptible de limiter l'hégémonie de l'Etat ne va pas être valable est à notre point de vue non valable. La notion de l'autonomie de la volonté approuvée au sein de nombreux accords et documents y compris la Convention du CIRDI, le Convention de New York et la Loi modèle (d'arbitrage) UNCITRAL et la priorité doit toujours être donnée à la volonté commune des parties. Dans les situations où la volonté concordante des parties ne pourrait pas être déterminé, des règles nationales ou internationales des conflit de lois susceptibles de trouver un champ d'application dans le forum en question, doivent être appliquées.

On ne doit pas négliger à notre point de vue que le droit d'investissement international est un système de de droit jeune qui ne se développe que depuis un peu plus d'un demi-siècle lorsque des réponses sont recherchées au toutes ces questions. Le fait que le système de droit d'investissement international qui continue à exister dans les domaines difficiles où il n'existe pas d'autorité supérieure unificateur quelconque telle que le droit international et au sein desquels sont en compétition de très nombreux intérêts juridiques, politiques et économiques ne soit pas parfait et que des réponses n'ont pas pu être encore trouvées à certaines questions est une situation prévisible. Par ailleurs, il est possible d'affirmer que des solutions basées sur le respect et la réconciliation réciproque peuvent créer des résultats durables et positifs lorsque l'on prend en considération la réussite relative qu'a attrapé le système de CIRDI fondé sur la réconciliation des différents groupes d'intérêt au niveau de la résolution des litiges d'investissement international. Au sein des débats relatifs à l'ordre juridique gouvernant les contrats d'investissements étrangers, il est ainsi impératif d'établir une balance entre les approches strictement étatiques qui ne parviennent pas à reconnaitre les droits des investisseurs étrangers (telle que la doctrine de Calvo) d'une part, et les approches néo-libérales comme la théorie d'internationalisation d'autre part, qui méconnaissent les préoccupations légitimes de

souveraineté de l'Etat. On doit prendre en considération le fait que les demandes de sécurité juridiques des investisseurs et les préoccupations de souveraineté des Etats sont toutes les deux des intérêts légaux. On doit de même prendre en considération lorsque des commentaires ayant trait au régime juridique soumis au contrat d'investissement étranger que la seule résolution qui peut être durable et efficace est une approche équilibrée susceptible d'assurer la possibilité de garder ensemble ces deux intérêt de base et susceptible d'être approuvée par les deux parties.

ABSTRACT

Due to the fact that natural resources, means of production and markets – as well as the capital and know-how that are needed to establish the connections between them – are scattered around various parts of the world, today the system of international economic relations has been distanced from the mercantilist approach of the past and is instead built upon international cooperation. One of the key elements that enable the functioning of this system are, without doubt, international investments. While in the 19th century and the first half of 20th century the international capital was predominantly moving from the industrialised countries to the developing countries (some of which were still colonies at the time), now it can be observed that the international investments are no longer moving in one direction. Instead, investments between industrialised countries or between developing countries, as well as investments from developing economies to developed economies, are also on the rise both in quantity and quality. In order to enable the protection and advancement of this global economic mobility, which is based mainly on private capital, it is essential to formulate a legal order to regulate these international investments that would be accepted by both the investors and the states in which they invest. International investment law, which has been developing rapidly since the 1950s, has been shaped mainly by the foreign investment contracts signed between states and foreign investors, as well as the investment treaties (bilateral or multilateral) signed between states. The aim of this thesis is to analyse – taking into account the search for legal security on the part of the investors and the sovereignty concerns on the part of the states – the debate related to the legal order that governs the foreign investment contracts and the means of settlement of disputes arising thereof, with special regard to the historical development of these contracts.

In the first chapter, general information on foreign investment contracts will be provided. First, the arguments over terminology and definition of concepts such as "foreign investment" and "foreign investment contract" will be examined. In this

context, in addition to looking at the historical and political background of the terminological arguments, the criteria applied in the modern era by scholars and arbitral tribunals to define the term "investment" will also be reviewed. After the terminological discussions, the historical development of the foreign investment contracts – starting from their earliest forms in the 19th century – will be observed, with special attention to the changes that have happened in the types, forms, and content of these contracts in connection with the important milestones of the world political history. In the context of this historical analysis, the period starting from the 18th and 19th centuries up to the aftermath of the World War II will be referred to as the "Classic Era"; the period starting from the aftermath of the World War II and continuing up to the beginning of 1980s will be referred to as the "Post-Colonnial Era"; and finally the period from the beginning of the 1980s until today will be referred to as the "Modern Era". While in the Classical Era foreign investment contracts were shaped by the general balance of power which was in favour of the investors due to the support they received from the industrialised states where they came from, Post-Colonial Era saw profound changes in this contractual regime which hailed from methods such as outright termination or forced renegotiation of foreign investment contracts initiated by the newly independent states that were slowly taking the advantage in the balance of power. In the Modern Era, a new and balanced system of "international investment law" is being built around mechanisms such as international investment treaties and the ICSID Convention. Finally in this chapter, different types of foreign investment contracts – as well as the similarities and differences between them – will be examined. As part of this examination, classical types of foreign investment contracts and the modern types that are increasingly being used in international investments will be analysed.

The subject of the second chapter is the parties to the foreign investment contracts and the controversial issues related to these parties. The parties will be distinguished mainly as the "foreign investor" and the "state". In relation to the foreign investor, attention will be given to the disputes and arguments revolving around the concept of being "foreign", that is, the issues about the nationality of the investor. Within this scope, after having a look at the general principles under international law that are being applied to determine the nationality of real and legal persons as well as consequences thereof, the special regimes on nationality created

under the investment treaties and the ICSID system will be analysed. On the side of the state, the issues to be discussed are mainly the questions of who are authorised to represent the state and enter into binding contracts on behalf of it, as well as the limits of contractual liability of the state. Another subject which is widely discussed in the doctrine and in the arbitral awards, namely the responsibility of the state for contracts signed by state entities will also be reviewed, with special emphasis on the differences between the approaches and principles adopted on this issue arising out of private law and international law.

In the third chapter, the different fora that the parties to a foreign investment contract may apply to in order to resolve the disputes arising thereof. This chapter, also formulated in accordance with the historical development of the foreign investment contracts, will start with a explanations on the mechanisms of dispute settlement between states and, as part of these mechanisms, an analysis of the concept of diplomatic protection and its application within the scope of foreign investment contracts. Moreover, procedural mechanisms for resolving disputes among states will also be examined and observations will be made on how diplomatic protection has been applied within the framework of these mechanisms. Secondly under this chapter, the different fora that are empowered to rule on disputes arising directly between the state and the foreign investor will be reviewed. Initially, the role of the courts of host state, which are the natural forum for such disputes and have retained their significance in different ways since the very first disputes arising out of foreign investment contracts will be analysed. Furthermore, the possible roles that the courts of the host state may have in connection with the other international means of dispute settlement will also explained. As for the resolution of disputes arising out of foreign investment contracts by way of arbitration, both commercial arbitration and investment arbitration will be examined as possible alternatives. Under the heading of international commercial arbitration, special circumstances that arise out of contracts signed by states will be reviewed. In this context, explanations will be provided related to discussions on how to resolve the issues such as the assertion that the state (or the state entity) does not have the capacity to enter into an arbitration agreement, the conditions required in order to extend the arbitration agreements made by state entities to the state and the application of sovereign immunity of the state within the framework of international commercial arbitration.

Under the heading of investment arbitration, first general information regarding this system will be provided and then the concept of the state's consent to arbitration and different means of expressing such consent will be examined. Moreover, the possibility of asserting contractual claims arising out of foreign investment contracts before investment tribunals will be given special consideration. Lastly, information will also be provided on the possibility of foreign investors appealing to international human rights courts and tribunals for human rights violation claims related to foreign investment contracts. While different means of dispute settlement are analysed in this chapter, special emphasis will also be placed on the opportunity of the investors to resort to these mechanisms in parallel, the possibility of abuse of such opportunities and possible ways to resolve this problem.

In the fourth chapter, possible answers will be sought to the question of which law governs the foreign investment contracts. First of all, the concept of party autonomy will be analysed, with due regard to the arguments on the source and limitations of this right that are observed in scholarly discussions as well as arbitral awards and court decisions. After also reviewing the discussions on possible limitations on party autonomy in the specific context of foreign investment contracts, information will be provided on different choice of law clauses that are being used in practice and the reasons for their use. In the second part of this chapter, an overview of different positions will be provided on the question of which law should govern foreign investment contracts in the absence of a choice of law by the parties (or in the event that the law has been chosen to apply partially or is unable to govern all of the issues under the contract). First, arguments over the application of host state's law – which is the dominant view under classical international law doctrine and also quite often the result reached by the application of principles of private international law – will be analysed and explanations will be given on the effects of stabilisation clauses that are included in some contracts. After that, the "theory of internationalisation" which objects to the classical doctrine and aims to place the foreign investment contracts outside the legal order of the host state will be discussed. Within the framework of the theory of internationalisation, issues such as the historical background that led to the development of this theory, the different types (direct and indirect) of internationalisation, circumstances that are argued to cause internationalisation and the arguments over which legal order should govern an

internationalised contract (such as international law, transnational law, general principles of law, *lex mercatoria* or an autonomous legal order created by the contract itself) will be given special consideration.

The main conclusion reached at the end of this thesis is that, especially after the emergence of the system of international investment law and the possibility of investment arbitration as an additional means of dispute settlement in the context of foreign investment contracts, the classical approach of the theory of (direct) internationalisation has lost much of its effect and legal basis. It should be accepted that the only valid way of internationalising a foreign investment contract – that is, subject it to another law than the law of the host state – is through the concurring will of the parties in this direction. In the event that it cannot be proven that the express or implied – or at least presumed – will of the parties points to the internationalisation of the contract, it should be accepted that the contract is to be governed by the law that will be determined according to the principles of private international law (probably the low of the host state). The view that there cannot be an absolute concept of party autonomy in foreign investment contracts as in private contracts and that the choice of any law that would limit the sovereignty of the host state is also not convincing. The principle of party autonomy, which has been accepted in numerous international conventions and documents including the ICSID Convention, New York Convention, CISG and the UNCITRAL Model Law, should also be applied in its fullest extent in the case of foreign investment contracts and the common will of the parties should always be given priority. In the event that such common will cannot be determined, the national or international conflict of laws rules that are applicable in the forum should be applied in order to determine the governing law.

While answers are being sought to all these questions, it should also be borne in mind that international investment law in its modern sense is a relatively young area of law that has been around only for a little more than half a century. Operating under the auspices of public international law, which is a challenging legal order that lacks an enforcing higher authority and is faced with multiple legal, political and economic interests that are in constant competition with each other, it is to be expected that international investment law could not yet establish a perfect system or find answers to some of the more challenging questions that it faces. However,

considering the relative success achieved in this period by the ICSID system – which is based upon the consensus of different interest groups – it is possible to believe that such mechanisms that are built on a foundation of mutual respect and consensus may indeed produce lasting and positive results. For this reason, in the context of the discussions on the legal order governing foreign investment contracts, it is imperative to establish a balance between harshly statist approaches that fail to recognize the rights of the foreign investors (such as the Calvo Doctrine) and the neo-liberal approaches like the theory of internationalisation which disregard the legitimate sovereignty concerns of states. It should be taken into account that both the legal security demands of investors and the sovereignty concerns of states are legitimate interests, and that the only possibility of a lasting solution to the problem of determining the legal order that governs the foreign investment contracts lies in a balanced approach that would enable both of these legitimate interests and would be accepted by both sides.

ÖZET

Doğal kaynaklar, üretim araçları, pazarlar ve bunlar arasındaki bağlantıları sağlayacak sermaye ile bilgi birikiminin dünyanın çeşitli yerlerine dağılmış olması nedeniyle günümüzde artık uluslararası ekonomik ilişkiler sisteminin merkantilist rekabetçi anlayıştan uzaklaşarak uluslararası işbirliği üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bu sistemin işlerliğini sağlayan temel unsurlardan biri de kuşkusuz uluslararası yatırımlardır. 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın ilk yarısında uluslararası sermaye hareketlerinin sanayileşmiş ülkelerden gelişmekte olan (ve bazıları o dönemde sömürge statüsünde olan) ülkelere doğru gerçekleştiği görülmekle birlikte, artık uluslararası yatırımların sadece tek yönlü olmadığı ve gerek sanayileşmiş ülkeler veya gelişmekte olan ülkelerin kendi aralarında gerekse gelişmekte olan ülkelerden sanayileşmiş ülkelere doğru gerçekleşen yatırımlar da nicelik ve nitelik bakımından artış göstermektedir. Genellikle özel sektör kaynaklı sermayeye dayanan bu küresel ekonomik hareketliliğin korunup geliştirilebilmesi için uluslararası yatırımları düzenlemek üzere hem yatırımcılar hem de onların yatırım yaptıkları devletler bakımından kabul görecek bir hukuki düzenin oluşturulması zorunludur. 1950'lerden beri hızla gelişmekte olan milletlerarası yatırım hukuku, devletlerle yabancı yatırımcılar arasında imzalanan yabancı yatırım sözleşmeleri ve devletler arasında imzalanan (iki veya çok taraflı) yatırım konulu antlaşmalar ile şekillendirilmektedir. Bu tezin amacı, yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişimini ve bugün geldiği noktayı göz önünde bulundurarak, yatırımcıların hukuki güvenlik arayışları ve devletlerin egemenlik kaygıları ekseninde bu tür sözleşmelerin tabi olduğu hukuk düzeni ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tartışmaları incelemektir.

Tezin ilk bölümünde, yabancı yatırım sözleşmeleri ile ilgili genel bilgiler verilecektir. Öncelikle "yabancı yatırım" ve "yabancı yatırım sözleşmesi" gibi kavramların isimlendirilmesine ve tanımlanmasına ilişkin tartışmalara bakılacaktır. Yabancı yatırım sözleşmelerinin isimlendirilmesine ilişkin terminolojik tartışmaların tarihsel ve siyasi arka planı incelendikten sonra modern dönemde gerek doktrinde

gerekse tahkim heyetlerinin kararlarında "yatırım" kavramının tanımına ilişkin kriterler de gözden geçirilecektir. Terminolojik tartışmaların ardından yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişimi incelenecek ve 19. yüzyıldan günümüze kadar gelen süreçte – dünya siyasi tarihinin önemli kırılma noktaları ile paralel olarak – devletlerle yabancı yatırımcılar arasında imzalanan bu tür sözleşmelerin türleri, şekilleri ve içeriklerinde meydana gelen değişiklikler ele alınacaktır. Bu tarihsel incelemeler kapsamında, 18 ve 19. Yüzyıllardan başlayarak 2. Dünya Savaşı sonrasına kadar gelen dönem için "Klasik Dönem", 2. Dünya Savaşı sonrasından başlayarak 1980'lere kadar gelen dönem için "Post-Kolonyal Dönem", 1980'lerden günümüze kadar olan dönem için ise "Modern Dönem" terimleri kullanılacaktır. Klasik Dönemde sanayileşmiş devletler tarafından desteklenen yatırımcıların lehine olan güç dengesinin etkisiyle şekillenen imtiyaz sözleşmelerinin daha sonra Post-Kolonyal Dönemde güç dengesinde üstünlüğü ele geçiren gelişmekte olan ülkeler tarafından fesih ve zorunlu yeniden müzakere gibi yöntemlerle maruz bırakıldığı köklü değişiklikler ve sonunda Modern Dönemde bu tartışmalara çözüm getirmek üzere milletlerarası yatırım antlaşmaları ve ICSID gibi mekanizmalar etrafında oluşturulmaya çalışılan dengeli bir uluslararası yatırım hukuku sistemi bu tarihsel perspektif çerçevesinde gözden geçirilecektir. Bu bölümde son olarak yabancı yatırım sözleşmelerinin türleri incelenecek ve bunlar arasındaki ortak özellikler ile farklılıklar irdelenecektir. Bu inceleme yapılırken de klasik sözleşme türleri ile daha sonra bunların yanına eklenen modern türler ayrı ayrı ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünün konusu, yabancı yatırım sözleşmelerinin tarafları ve bu taraflara ilişkin tartışmalı konulardır. Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarafları temel olarak "yabancı yatırımcı" ve "devlet" olarak ikiye ayrılacaktır. Yabancı yatırımcı tarafında tartışmaya açık olan temel kavram olan "yabancılık" unsuru, yani vatandaşlığa ilişkin konular üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda milletlerarası hukukta gerçek ve tüzel kişilerin vatandaşlığına ilişkin kabul edilen temel ilkeler incelendikten sonra, milletlerarası yatırım antlaşmalarında ve ICSID sisteminde vatandaşlığa ilişkin kabul edilen ilkeler ve bazı özel durumlar ile tartışmalar incelenecektir. Devlet tarafında ise tartışmalı olan temel konular olarak kimlerin devleti temsil ederek sözleşme ile yükümlülük altına sokma hakkına sahip olduğu ve devletin akdi sorumluluğunun sınırları konuları ele alınacaktır. Gerek doktrinde gerekse mahkeme ve tahkim kararlarında tartışılmış bir konu olan devlet

teşekküllerinin taraf olduğu sözleşmelerden ötürü devletin sorumluluğuna ilişkin tartışmalar da gözden geçirilecek ve bu konuda özellikle özel hukuk kaynaklı uygulamalar ile milletlerarası hukukta kabul edilen ilkeler arasında ortaya çıkan farklılıkların üzerinde durulacaktır.

Üçüncü bölümde yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tarafların başvurabileceği farklı forumlar incelenecektir. Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişim süreci ile paralel olarak yapılandırılmış olan bu bölümde öncelikle devletlerarası uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ele alınacak ve bu kapsamda diplomatik koruma kavramı ile bu kavramın yabancı yatırım sözleşmeleri çerçevesindeki uygulamaları üzerinde durulacaktır. Ayrıca devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usuli mekanizmalar da incelenecek ve diplomatik korumanın bu mekanizmalar çerçevesinde ne şekilde uygulama alanı bulduğu üzerine gözlemler yapılacaktır. Bu bölüm altında ikinci olarak, doğrudan devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklara bakmakla yetkili farklı forumlar gözden geçirilecektir. Bu tür uyuşmazlıklara bakmak konusunda doğal yetkili olan ve yabancı yatırım sözleşmeleri konusunda yetkili forumlar arasında tarihsel gelişim sürecinde de en baştan beri yerini korumuş olan ev sahibi devlet mahkemeleri ilk olarak ele alınacaktır. Ayrıca ev sahibi devlet mahkemelerinin diğer milletlerarası nitelikli uyuşmazlık çözüm süreçleri kapsamında ne gibi görevlere sahip olabileceği de incelenecektir. Yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde hem ticari tahkim hem de yatırım tahkimi üzerinde durulacaktır. Milletlerarası ticari tahkim başlığı altında devletin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan özel durumlar üzerinde durulacak; bu kapsamda devletin (veya devlet teşekkülünün) tahkim anlaşması yapmaya yetkisinin olmadığı yönündeki itirazların nasıl değerlendirileceği, devlet teşekküllerince yapılmış tahkim anlaşmalarının kapsamına devletin hangi koşullarda dahil edilebileceği ve devletin yargı bağışıklığının milletlerarası ticari tahkimde ne şekilde uygulama alanı bulacağı konularına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Yatırım tahkimi başlığı altında ise öncelikle bu sisteme ilişkin genel bilgiler verildikten sonra devletin tahkim izni kavramı ve bunun ifade edilebileceği farklı yöntemler üzerinde durulacak, ayrıca yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan taleplerin yatırım tahkimi heyetleri önünde dermeyan edilebilmesine imkan veren durumlar da sayılacak ve

incelenecektir. Bu bölüm altında son olarak yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için yatırımcılar tarafından milletlerarası insan hakları mahkemelerine başvurulması hakkında açıklamalar yapılacaktır. Bu bölümde farklı uyuşmazlık çözüm yolları incelenirken üzerinde durulacak önemli bir konu ise yatırımcılar tarafından farklı uyuşmazlık çözüm yollarına aynı anda ve paralel olarak başvurulması imkanı, bunun kötüye kullanılması ihtimali ve bu sorunun olası çözümleri olacaktır.

Dördüncü bölümde ise yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk düzeninin ne olduğu sorusunun cevabı araştırılacaktır. Bu bölümde ilk olarak irade serbestisi kavramı ele alınacak ve bu kavramın kaynağı ile sınırları üzerine doktrinde ve içtihatlarda görülen tartışmalar üzerinde durulacaktır. İrade serbestisi kavramının yabancı yatırım sözleşmelerinde uygulanmasına ilişkin özel kısıtlamaların olup olmadığı konusundaki tartışmalara da bakıldıktan sonra uygulamada kullanılan bazı hukuk seçimi kayıtları ve bunların kullanılma gerekçeleri ile ilgili bilgiler verilecektir. Bu bölüm altındaki ikinci alt başlıkta ise, taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması (veya seçilmiş olan hukukun kısmen uygulanmak üzerine seçilmiş veya belli konularda yetersiz olması) gibi durumlarda sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzeninin objektif olarak belirlenmesine ilişkin tartışmalar üzerinde durulacaktır. Klasik milletlerarası hukuk doktrininde hakim görüş olan ve milletlerarası özel hukuk ilkelerinin uygulanması ile de ulaşılan ev sahibi devlet hukukuna ilişkin tartışmalar ele alınacak ve bu kapsamda sözleşmelerde yer alan istikrar kayıtlarının etkisine de değinilecektir. Bunun ardından ise klasik doktrine itiraz ederek yabancı yatırım sözleşmelerini ev sahibi devlet hukukunun dışına çıkarma amacını güden "milletlerarasılaşma teorisi" incelenecektir. Milletlerarasılaşma teorisi kapsamında, bu teorinin ortaya çıkmasına neden olan tarihi arka plan, milletlerarasılaşmanın ortaya çıkış türleri (doğrudan ve dolaylı milletlerarasılaşma), milletlerarasılaşmaya neden olduğu iddia edilen durumlar ve milletlerarasılaşma sonucunda sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzenine (milletlerarası hukuk, milletler ötesi hukuk, hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria* veya sözleşmenin kendi otonom hukuk düzeni gibi) ilişkin tartışmalar üzerinde durulacaktır.

Bu tez çalışması ile ulaşılmış olan temel sonuç, modern milletlerarası yatırım hukuku sisteminin yükselişi ve yatırım tahkiminin de yabancı yatırım sözleşmeleri için etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu haline gelmesi ile klasik anlamda (doğrudan) milletlerarasılaşma teorisinin etkisinin ve hukuki dayanaklarının büyük ölçüde zayıfladığıdır. Bir yabancı yatırım sözleşmesinin milletlerarasılaşmasının (yani ev sahibi devlet hukuku dışında milli olmayan bir hukuka tabi kılınmasının) tek yolunun tarafların iradesinin bu yönde tecelli etmesi olduğu; tarafların açık, zımni veya en azından farazi iradelerinin bu yönde olduğunun kanıtlanamadığı durumlarda ise sözleşmenin milletlerarası özel hukuk ilkelerine göre tabi kılınması gereken hukuka (çoğunlukla ev sahibi devlet hukukuna) tabi olacağını kabul etmek gerekir. Yabancı yatırım sözleşmelerinde tarafların irade serbestisinin özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi mutlak olamayacağı ve devletin egemenliğini kısıtlayacak bir hukukun seçilmesinin geçerli olmayacağı yönündeki devletçi yaklaşım da kanımızca inandırıcı değildir. ICSID Sözleşmesi, New York Sözleşmesi, CISG ve UNCITRAL Model (Tahkim) Kanunu da dahil olmak üzere pek çok milletlerarası antlaşma ve belgede kabul görmüş olan irade serbestisi kavramı yabancı yatırım sözleşmelerinde de tam olarak uygulanmalı ve tarafların ortak iradesine her zaman öncelik tanınmalıdır. Bu iradenin tespit edilemediği durumlarda ise uyuşmazlık hangi forumda görülüyor ise o forumda uygulama alanı bulacak milli veya milletlerarası nitelikli kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile uygulanacak hukuk tespit edilmelidir.

Tüm bu sorulara cevap aranırken ise modern anlamda milletlerarası yatırım hukukunun henüz yarım asırdan biraz daha fazla bir süredir gelişmekte olan genç bir hukuk sistemi olduğu kanımızca gözden kaçırılmamalıdır. Milletlerarası hukuk gibi herhangi bir birleştirici üst otoritenin bulunmadığı ve birbirinden farklı çok fazla hukuki, siyasi ve ekonomik çıkarların yarışma halinde olduğu zorlu bir düzlemde varlığını sürdüren milletlerarası yatırım hukuku sisteminin mükemmel olmaması ve bazı sorulara henüz cevap bulamamış olması beklenebilir bir durumdur. Ancak farklı çıkar gruplarının uzlaşısı üzerine kurulmuş olan ICSID sisteminin milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde yakaladığı göreceli başarı göz önünde bulundurulduğunda, karşılıklı saygı ve uzlaşı temeline dayalı çözümlerin kalıcı ve olumlu sonuçlar yaratabileceğini ifade etmek mümkündür. Bu nedenle, yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk düzenine ilişkin tartışmalarda da yatırımcıların kaygılarını hiçe sayan *Calvo* Doktrini gibi katı devletçi yaklaşımlar ile

devletlerin egemenlik kaygılarını görmezden gelen milletlerarasılaşma teorisi gibi yatırımcı dostu neo-liberal yaklaşımlar arasında bir dengenin kurulması kalıcı bir çözüm için zorunludur. Yatırımcıların hukuki güvenlik talepleri ile devletlerin egemenlik kaygılarının her ikisinin de meşru menfaatler olduğu göz önünde bulundurulmalı, yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin yorumlar yapılırken de kalıcı ve etkili olabilecek tek çözümün bu iki temel menfaatin bir arada korunmasına olanak sağlayacak ve her iki tarafça da kabul görecek dengeli bir yaklaşım olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

GİRİŞ

Sermayenin, teknolojinin ve girişimci iradenin, yeni pazarlar ve daha fazla kazanç arayışı içinde ulusal sınırları aşan hareketleri içinde bulunduğumuz döneme özgü bir olgu değildir. Aslında uluslararası sermaye hareketleri, 17. yüzyılın kolonyal ve merkantilist dünya ekonomisinde Avrupa devletlerinin denizaşırı ticari ve ekonomik politikalarını yürütmek üzere ortaya çıkardıkları Doğu Hindistan Şirketi gibi ekonomik yapılardan beri dünya ekonomik ve siyasi hayatının bir parçası olmuştur. Özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren "yabancı yatırım" kavramı altında algılanmaya başlanmış olan bu ekonomik gerçeklik, 2. Dünya Savaşı sonrasında dünyanın değişen siyasi çehresi ile paralel olarak evrim göstermeye başlamış ve 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren de küreselleşen dünya ekonomisinin en temel taşlarından biri haline gelmiştir.

Devletlerle yabancı yatırımcılar arasında imzalanan yabancı yatırım sözleşmeleri, yüzyıllardan beri yabancı yatırımın en temel güvencesini teşkil etmiş olup günümüzde bu sözleşmeler hâlâ milletlerarası yatırım hukukunun temelindeki yerini korumaktadır. 19. yüzyılda Batılı şirketler ile çeşitli devletler arasında imzalanmaya başlanmış olan imtiyaz sözleşmeleri yabancı yatırım sözleşmelerinin ilk örnekleri olarak görülebilir. Yeraltı kaynaklarının aranması ve çıkarılması, elektrik üretimi, telefon şebekelerinin kurulması ve demiryollarının inşası gibi çok çeşitli ekonomik faaliyetleri içeren bu imtiyaz sözleşmeleri, bir yandan sermaye, bilgi birikimi, kalifiye işgücü ve uluslararası pazarlara erişim sıkıntısı çeken devletler için bu açıklarını en hızlı biçimde gidermek, diğer yandan da Sanayi Devrimi sayesinde sahip olduğu fazla sermaye ve bilgi birikimini yeni pazarlarda işlevli hale getirmek isteyen Batılı yatırımcılar için yeni pazarlar açmak şeklinde özetlenebilecek karşılıklı örtüşen çıkarlar etrafında ortaya çıkmıştır[1].

[1] **Leo T. Kissam / Edmond K. Leach**, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", 28 Fordham L.R. 177 (1959), s. 204.

19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında imzalanan imtiyaz sözleşmeleri, genellikle teknik açıdan az gelişmiş olan ve yatırım konusu sektörlere (petrol, maden, altyapı hizmetleri gibi) ilişkin gelişmiş bir hukuk sistemine sahip olmayan devletler ile imzalanmış olduğundan, bu sözleşmelerin yatırımcılar tarafından yazıldığı ve devletin var olmayan iç mevzuatının açık bıraktığı bütün hususları düzenlemek üzere fazlasıyla detaylı olarak hazırlandığı görülmektedir. İlerleyen yıllarda ev sahibi devletlerin teknik deneyimlerini derinleştirmeleri ve iç mevzuatlarını da geliştirmeleri sonucunda yabancı yatırım sözleşmelerinin etki alanı daralmakla birlikte bu sözleşmeler yatırımcılar tarafından devlete karşı öne sürecekleri her türlü haklarını içerecek en önemli hukuki belgeler olarak görülmeye devam etmiştir.

Söz konusu yabancı yatırım sözleşmelerinin çoğu zaman bir devletin ekonomik kalkınma hedeflerinin temelinde yer alan yeraltı kaynakları ve altyapı hizmetleri gibi stratejik sektörlerde gelişmiş olması, bu sözleşmelerin siyasileşmesini ve uluslararası uyuşmazlıkların konusu olmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Şöyle ki, bir yandan kendi stratejik sektörleri üzerindeki hakimiyetlerini arttırmak ve kendi topraklarında ortaya çıkan ekonomik değerlerden daha fazla pay almak isteyen ev sahibi devletler bu amaçla yabancı yatırımcılar üzerinde baskı kurarken, diğer yandan bu yatırımcıların vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletler de onların icra etmekte oldukları ekonomik faaliyetleri kendi stratejik çıkarları için önemli gördüklerinden kendi vatandaşlarını ev sahibi devletlere karşı korumak üzere devreye girmişlerdir. Klasik milletlerarası hukuk teorisinde sadece devletler milletlerarası hukukun süjeleri olarak kabul edildiğinden, başka bir devlete karşı hukuki taleplerini milletlerarası hukuk kapsamında dermeyan etme hakkına sahip olmayan özel kişi ve şirketlerin bu taleplerinin vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletler tarafından öne sürülmesi gerekliliği hasıl olmuştur. Bu çerçevede gelişen diplomatik koruma kavramının uygulanması sonucunda, ev sahibi devletlerle yabancı yatırımcılar arasında çıkan yatırım uyuşmazlıkları yatırımcının devletinin de katılımı ile devletlerarası uyuşmazlıklar haline gelmiştir.

Ekonomik kaynaklı uyuşmazlıkların klasik milletlerarası hukuk uygulamasında yer alan devletlerarası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına konu edilmesi durumunda bu uyuşmazlıkların siyasileştiğinin ve (kimi zaman silahlı güç

kullanımına yol açacak derecede) uluslararası krizlere yol açabildiğinin görülmesi üzerine yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için daha uygun forumların bulunması gerektiği anlaşılmıştır. Bu dönüşüm de 2. Dünya Savaşı'ndan sonra yükselişe gelişen milletlerarası yatırım antlaşmaları ile kendini göstermiştir. Devletle yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların doğrudan uyuşmazlığın tarafları arasında milletlerarası tahkim yoluyla çözümünü esas alan bu yeni "milletlerarası yatırım hukuku" sistemi, 1965'te imzalanıp 1966'da yürürlüğe giren ICSID Sözleşmesi[2] ile merkezi bir uyuşmazlık çözümü mekanizmasına da kavuşmuştur.

Gelişen teknolojinin sağladığı imkanlar ve küreselleşen dünya ekonomisinin gereklilikleri doğrultusunda 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren büyük artış gösteren doğrudan yabancı yatırımlar, günümüzde artık gelişmekte olan ülkeler için olmazsa olmaz bir kalkınma aracı haline gelmiştir. 2014 yılında dünya çapında hareket eden toplam doğrudan yabancı yatırım miktarı 1.23 trilyon USD olurken bu miktarın 499 milyar USD'lik kısmı gelişmiş ekonomilere, 681 milyar USD'lik kısmı gelişmekte olan ekonomilere, 48 milyar USD'lik kısmı ise (Türkiye'nin de içinde bulunduğu) geçiş ekonomilerine yönelmiştir[3]. Küresel yabancı yatırım toplamının 2015 yılında 1.4 trilyon USD, 2016 yılında ise 1.5 trilyon USD düzeyine yükseleceği öngörülmektedir[4].

Doğrudan yabancı yatırımlar Türkiye için de gün geçtikçe artan bir öneme sahiptir. 2014 yılında 12.1 milyar USD doğrudan yabancı yatırım girişi kaydeden Türkiye, bu bakımdan dünyanın en çok yatırım çeken 22. ülkesi, Batı Asya (Orta Doğu) bölgesinin de en çok yatırım çeken ülkesi olmuştur[5]. Türkiye'nin uluslararası yatırım hareketleri bakımından esas dikkat çekici olan istatistik ise Türk yatırımcılarının yurtdışında yaptıkları yatırımlardır. Türk yatırımcılarının bir yılda

---

[2] Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), 18.03.1965, Yürürlük: 14.10.1966, 575 UNTS 159, TBMM Onay: 27.05.1988 (Resmi Gazete, 02.06.1988, Sayı: 19830).

[3] **UNCTAD**, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations Publication, Geneva 2015, s. 2.

[4] *Ibid*.

[5] *Ibid*, Annex Table 1.

yurtdışında yaptıkları doğrudan yabancı yatırımların toplam miktarı 2009'da 1.6 milyar USD seviyesindeyken bu miktar 5 yıl içinde üç kattan daha fazla artış göstermiş ve 2014 yılında 6.7 milyar USD gibi rekor bir seviyeye ulaşmıştır[6].

Bu kadar büyük boyutlardaki bir ekonomik düzeneğin temelinde yer alan devletle yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ve bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejimin detaylı biçimde araştırılması ve incelenmesi gerektiği açıktır. Zira hukuki, ekonomik ve siyasi uyuşmazlıklara fazlasıyla açık olan bu sözleşmelerin ev sahibi devletin hukukuna mı, milletlerarası hukuka mı yoksa başka bir hukuk sistemine mi tabi olduğu sorusunun cevabı tarafların hak ve yükümlülükleri üzerinde önemli değişikliklere yol açabilecektir.

Bu soruya verilecek cevap gerek Türkiye'ye yatırım yapan yabancı yatırımcıların, gerekse yurtdışında yatırım yapan Türk yatırımcıların durumlarını da elbette yakından ilgilendirmektedir. Özellikle Kuzey Afrika, Orta Doğu ve Orta Asya gibi siyasi risklerin yüksek, yatırımcının korunmasına yönelik iç hukuk mekanizmalarının ise zayıf olduğu ülkelerde fazlasıyla aktif olan Türk yatırımcıları için, devlet ile imzaladıkları sözleşmeler çoğu zaman bu yatırımcıların devlete karşı öne sürdükleri haklarını dayandırabilecekleri en temel hukuki metinleri teşkil etmektedir. Türk yatırımcılarının bu coğrafyalarda yaşadıkları hukuki sorunlar da yeni bir durum değildir. Zira 2014 yılı sonu itibariyle Türk vatandaşları tarafından başka ülkelere karşı yatırım tahkimine götürülmüş olan 17 uyuşmazlık bulunmaktadır ve Türkiye bu istatistik ile dünyada vatandaşları en çok yatırım tahkimine taraf olan 10. ülke konumundadır[7]. Bu yatırımcıların yatırım yaptıkları devletler ile yapmış oldukları sözleşmelere hangi hukukun uygulanacağı konusu ise, taraf oldukları uyuşmazlıkların sonucuna da doğrudan etki edecek önemli bir tartışma konusudur.

Oldukça hassas ve derin soruları içeren bu konu, uluslararası literatürde fazlasıyla detaylı biçimde ele alınmış olmakla birlikte; Türk hukuk doktrininde, milletlerarası yatırım hukukunun çeşitli dallarında verilen çok sayıda değerli eserler

---

[6] *Ibid*.

[7] *Ibid*, s. 115.

ile imtiyaz sözleşmeleri[8], enerji yatırım sözleşmeleri[9], inşaat sözleşmeleri[10], ortak girişim sözleşmeleri[11] gibi yabancı yatırım sözleşmelerinin alt türleri olarak kabul edilebilecek bazı sözleşme türlerine ilişkin yazılmış monografiler bir yana, özel olarak yabancı yatırım sözleşmelerinin hukuki niteliği ve tabi olduğu hukuki rejim konularına eğilen eserlerin henüz ortaya çıkmamış olduğu görülmektedir.

Bu çalışmanın amacı, milletlerarası umumi hukuk ile milletlerarası özel hukukun kesişim noktasında yer alan[12] yabancı yatırım sözleşmeleri üzerinde, bu iki hukuk dalının perspektiflerini birleştirerek, bu sözleşmelerin tarihsel gelişim süreçlerini ve bugün gelinen noktada hukuki açıdan tartışmalı yönlerini de ön plana çıkaracak şekilde bir incelemeyi ortaya koymaktır. Bu çalışma kapsamında öncelikle yabancı yatırım sözleşmelerinin tanımı, tarihsel gelişimi ve türleri incelenecek (Bölüm 1), ikinci olarak yabancı yatırım sözleşmelerinin tarafları ve bunların belirlenmesine ilişkin tartışmalar ele alınacak (Bölüm 2), daha sonra bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için uygun forumlar gözden geçirilecek (Bölüm 3) ve son olarak da bu sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalar ele alınacaktır (Bölüm 4).

---

[8] **Cem Çağatay Orak**, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlarlı, Ankara 2006; **Bayram Keskin**, *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, Arıkan, İstanbul 2007.

[9] **Banu Şit Köşgeroğlu**, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012; **Mustafa Erkan**, *International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011.

[10] **Ziya Akıncı**, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1996.

[11] **Kemal Dayınlarlı**, *Joint Venture Sözleşmesi*, Dayınlarlı, Ankara 2007.

[12] **M. Sornarajah**, *The Settlement of Foreign Investment Disputes,* Kluwer Law International, Den Haag 2000, s. 25: *"Burada üzerinde durulması gereken konu, ticari sözleşmelere ilişkin salt özel hukuk ilkelerine dayanan bir yaklaşımın yabancı yatırım alanında ortaya çıkan hukuki sorunları kavramakta yetersiz kalmasıdır. Bu alanda ortaya çıkan sorunların büyük kısmı, devletlerin, gerek ev sahibi devletler gerekse yatırımcının bağlı olduğu devletler olarak, bu alanda önemli oyuncular olduklarını göz ardı ederek bu konuyu ticari sözleşmeler hukukunun bir uzantısı olarak görme alışkanlığından kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, bu alan ticaret hukuku ilkelerinin kamu hukuku ve milletlerarası umumi hukuk ile etkileşim içinde olduğu bir alandır."* (Yaz. Çev.)

BÖLÜM 1
YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Devletle yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları ve bu uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuk rejimini tam olarak kavrayabilmek için öncelikle bu sözleşmelerin taşıdığı bir takım ortak özelliklerin yakından incelenmesi gereklidir. Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde yabancı yatırım sözleşmelerinin ifade edilmesinde kullanılacak terminolojiye ve kavramsal tanımlanmalara bakılacak (I), daha sonra bu sözleşmelerin tarihsel gelişimi incelenerek bu gelişim sürecinin bugün ortaya çıkan hukuki sorunlar üzerindeki etkisi üzerinde durulacak (II), yabancı yatırım sözleşmesi olarak kabul edilebilecek sözleşme türleri alt başlıklar halinde incelenecek (III) ve son olarak da bu sözleşmelerin tarafları olarak "yabancı yatırımcı" ve "devlet" kavramları ele alınacaktır (IV).

I. TANIM VE KAVRAM

A. Terminoloji

Devlet ile yabancı yatırımcılar arasında imzalanan sözleşmelerin kavramsal olarak ne şekilde adlandırılacağı sorunu bu sözleşmelerin tarihi boyunca tartışmalara konu olmuştur. Bu sözleşmelerin yarattığı siyasi hassasiyetler nedeniyle bazı kavramlardan vazgeçilmiş, bazı kavramların kullanımı ise dünya çapında tüm hukuk ekollerinde kabul görmemiştir.

19. yüzyılda yabancı yatırımcılar tarafından yeraltı kaynaklarının çıkarılması ve demiryolu, tramvay, telefon, elektrik altyapısı gibi çeşitli kamu hizmetlerinin sunulması için ev sahibi devletlerle imzalanan sözleşmeler, "imtiyaz sözleşmesi" (*concession contract*) veya kısaca "imtiyaz" (*concession*[13]) olarak adlandırılmıştır.

[13] **Bryan A. Garner (ed.)**, *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul (MN) 2009, s. 328: *"İmtiyaz: […] 4. Milletlerarası hukuk. Bir devletin, madencilik gibi bir etkinlikte bulunan bir yabancı teşebbüse,*

İngilizce'de "kabullenmek, ödün vermek" anlamına gelen "*concede*" sözcüğünden türetilmiş olup daha önce 17 ve 18. yüzyıllarda Avrupa devletlerinin dayatmaları sonucunda çeşitli Avrupalı uluslararası ticaret şirketlerine (Doğu Hindistan Şirketi gibi) yabancı devletlerce verilen özel sözleşmeler için de kullanılmış olan bu terim[14], zaman içinde Batılı emperyalist güçlerin zayıf devletlere güç kullanarak dayattığı olumsuz ticari koşulları simgeler hale gelmiş ve 2. Dünya Savaşı sonrası bağımsızlığını kazanan eski sömürgeler tarafından bağlarını kesmeye çalıştıkları kolonyal geçmişlerinin bir yansıması olarak görülüp reddedilmiştir[15]. Bununla birlikte, günümüzde hâlâ pek çok ülke tarafından başta petrol ve maden haklarına ilişkin sözleşmeler olmak üzere çeşitli alanlarda "imtiyaz sözleşmesi" kavramının kullanıldığı görülmektedir[16].

İmtiyaz kavramının yarattığı olumsuz intiba karşısında milletlerarası hukukçular daha olumlu algılanacak bir terim arayışına girmiş ve geniş anlamda kabul edilen ilk terim, eski Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Başkanı *Lord McNair* tarafından önerilen "ekonomik kalkınma sözleşmeleri" (*economic development agreements*) terimi olmuştur[17]. Bu kavram özellikle Batılı hukukçular tarafından yaygın biçimde benimsenmiş, gerek doktrinde[18] gerekse milletlerarası tahkim

---

devlet onayına ve sözleşmenin koşullarına tabi olmak üzere bazı hakları devrettiği sözleşmedir." (Yaz. Çev.)

[14] **James N. Hyde**, "Economic Development Agreements", 106 RCADI 267 (1962), s. 282.

[15] **Rainer Geiger**, "Unilateral Change of Economic Development Agreements", 23 ICLQ 73 (1974), s. 74; **Jean-Flavien Lalive**, "Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents", 181 RCADI 9 (1983), s. 36; **Ernest E. Smith**, "From Concessions to Service Contracts", 27(4) Tulsa L.R. 493 (1992), s. 501.

[16] Petrol sözleşmelerinde "imtiyaz" kavramını kullanan ülkeler: Angola, Avustralya, Brezilya, Kanada, Danimarka, Fransa, Fas, Namibya, Hollanda, Norveç, Peru, Tayland, İngiltere, ABD, Abu Dabi, Suudi Arabistan, Cezayir, Angola, Nijerya, Kazakistan, Rusya (**Claude Duval et al.**, *International Petroleum Exploration & Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects*, Barrows, New York 2009, s. 63)

[17] **Arnold McNair**, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", 33 BYIL 1 (1957).

[18] **Maurice Bourquin**, "Arbitration and Economic Development Agreements", 15 Bus. Law. 860 (1960); **Arghyrios A. Fatouros**, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press, New York 1962; **Hyde**, s. 267 vd.; **Alfred Verdross**, "The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses", The Southwestern Legal Foundation, International and Comparative Law Center, *Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investment*, M. Bender, Albany (NY) 1964, s. 117 vd.; **A. F. M. Maniruzzaman**, "The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International

kararlarında[19] kullanılmıştır. Bu terimin savunucuları, "imtiyaz" kavramının sadece ev sahibi devlet tarafından bahsedilen bir hakkı ifade ettiğini fakat tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yansıtmadığını, "ekonomik kalkınma sözleşmesi" kavramının ise uzun süreli ve önemli amaçlarından biri ev sahibi devlete teknik destek sağlamak olan bu sözleşmeleri daha iyi tanımladığını ifade etmişlerdir[20]. Bazı hukukçular ise "kalkınma" kavramından hareket ederek "milletlerarası kalkınma sözleşmesi" (*international development contract*)[21] ile "milletler ötesi kalkınma anlaşması" (*transnational development agreement*)[22] gibi terimleri kullanmışlardır.

2. Dünya Savaşı sonrasında gelişen Post-Kolonyal yaklaşım kapsamında sömürge dönemini yansıtan "imtiyaz" terimine göre daha olumlu karşılanan "ekonomik kalkınma sözleşmesi" terimi, yine de zaman içinde çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve daha az tercih edilir hale gelmiştir. Örneğin, devletle yatırımcı arasındaki ilişkinin iki taraflı olduğuna dikkat çeken *Lalive*, "kalkınma" amacının sadece devlet bakımından söz konusu olabileceğini ve yatırımcı bakımından beklenen menfaatin ise klasik anlamda "kâr beklentisi" olduğunu belirterek "ekonomik kalkınma sözleşmesi" teriminin hukuki olmaktan çok ekonomik ve siyasi bir terim olarak görülebileceğini belirtmiştir[23]. Öte yandan, günümüzün dinamik uluslararası yatırım ortamında artık sermaye akışının sadece "gelişmiş" ülkelerden "gelişmekte olan" ülkelere doğru gerçekleşmediği, gelişmiş ülkelerin yatırımcılarının diğer gelişmiş ülkelerde de yatırım yapmalarının yanı sıra gelişmekte olan ülkelerin yatırımcılarının da başka gelişmekte olan ülkelerde ve hatta gelişmiş ülkelerde dahi

---

Economic Development Agreements: An Appraisal of some Fundamental Aspects", 6 JWIT 263 (2005).

[19] *Texaco Overseas Petroleum Company and Californıa Asiatıc Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 19.01.1977, 53 ILR 389; *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Award, 24.08.1978, 56 ILR 258.

[20] **Hyde**, s. 282.

[21] *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 12.04.1977, 62 ILR 140, s. 168.

[22] **Tarek F. Riad**, *The Applicable Law Governing Transnational Development Agreements*, Thesis (SJD), Harvard Law School, Cambridge (MA) 1985. "Transnational" kavramının Türkçe karşılığı *Pazarcı* tarafından "uluslar ötesi" şeklinde kullanılmaktadır. Bu çalışmada da aynı yönde "milletler ötesi" kavramı kullanılacaktır. (**Hüseyin Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 233)

[23] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 30.

yatırımlar yaptıkları düşünüldüğünde, "ekonomik kalkınma sözleşmesi" teriminin artık 1950'lerde ve 1960'larda olduğu kadar uygulanabilir olmadığını da kabul etmek gerekir.

Ekonomik kalkınma sözleşmesi teriminin aldığı eleştiriler karşısında daha objektif terimler arayan hukukçuların çokça tercih ettiği terimlerden birisi, eski dönemlerden beri kullanılan "devlet sözleşmesi" (*State contract*, *contrat d'Etat*) terimidir[24]. "İmtiyaz" veya "kalkınma" gibi siyasi açıdan tartışmalı olabilecek terimleri içinde bulundurmadan en objektif ve yalın biçimde devletlerin taraf olduğu sözleşmeleri ifade eden bu terim, uygulamada hâlâ en yaygın kullanılan terim konumundadır[25].

Öte yandan, devletle yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmelerin konusunu teşkil eden "yatırım" kavramını vurgulamak üzere doktrinde ve tahkim kararlarında "yatırım sözleşmesi" (*investment contract*)[26], "yabancı yatırım sözleşmesi" (*foreign investment contract*)[27], "yatırım anlaşması" (*investment agreement*)[28], "milletler ötesi yatırım anlaşması" (*transnational investment agreement*)[29] ve "devlet-yatırımcı

---

[24] **F. A. Mann**, "The Law Governing State Contracts", 21 BYIL 11 (1944); **Robert Y. Jennings**, "State Contracts in International Law", 37 BYIL 156 (1961); **Prosper Weil**, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier", 128 RCADI 95 (1969); **Georges R. Delaume**, "State Contracts and Transnational Arbitration", 75 AJIL 784 (1981); **Philippe Leboulanger**, *Les Contrats entre États et entreprises étrangères*, Economica, Paris 1985; **A. F. M. Maniruzzaman**, "State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law", 9(4) JIA 141 (1992).

[25] **Jan Ole Voss**, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff, Leiden 2011, s. 15.

[26] **Prosper Weil**, "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage Á Trois", 15(2) ICSID Rev. – FILJ 401 (2000).

[27] **M. Sornarajah**, *The International Law of Foreign Investment Disputes*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 25 vd.

[28] **Esa Paasivirta**, *Participation of States in International Contracts*, Finnish Lawyers' Pub. Co., Helsinki 1990.

[29] **Thomas W. Wälde**, "Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development", 10 Law. Am. 265 (1978); **Wolfgang Peter**, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, Den Haag 1995, s. 5.

sözleşmeleri" (*investor-State contracts*)[30] gibi terimlerin de kullanıldığı görülmektedir.

Aynı sözleşmeleri ifade etmek üzere bu kadar fazla sayıda farklı terimin üretilmiş olması bu konunun ne kadar hassas ve tartışmalı olduğunu başlı başına göstermektedir. Zaman zaman farklı kavramların aynı anlamda kullanılması ve bunun yarattığı kavram karmaşası bazı yazarların da dikkatini çekmiştir. Bu sorunu ele alan *Lalive*, milletlerarası sözleşme (*contrat international*), devlet sözleşmesi (*contrat d'Etat*) ve milletler ötesi sözleşme (*contrat transnational*) kavramlarının hatalı biçimde aynı anlamda kullanıldığını belirterek bu üç kavramı ayrı ayrı incelemiştir. Yazara göre, "milletlerarası sözleşme" kavramı milletlerarası umumi hukukta devletler arasında yapılan sözleşmeleri, milletlerarası özel hukukta ise farklı ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ticari sözleşmeleri ifade etmekte kullanıldığından, doktrinde devletle yabancı yatırımcılar arasındaki sözleşmeleri ifade etmek için sıklıkla kullanılan bu kavramın bu anlamda kullanımı uygun değildir. "Devlet sözleşmesi" teriminin net ve anlaşılması kolay olması bir avantaj olarak görülebilecekken, bu kavramın sözleşmenin sadece tek bir tarafını (devleti) ifade ediyor olması sorun olarak görülebilir. Son olarak, yazara göre devletlerle yabancı özel kişiler arasındaki sözleşmeleri kavram karmaşasından uzak ve en doğru biçimde ifade edecek olan terim "milletler ötesi sözleşme" olarak gösterilmiştir[31].

Başka bir kavram karmaşası da "yatırım anlaşmaları" ile "yatırım antlaşmaları" arasında yaşanmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, uluslararası literatürde bazı yazarlar devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeleri kısaca "yatırım anlaşması" (*investment agreement*) adlandırmaktadır. Bununla birlikte, devletler arasında imzalanan yatırım konulu antlaşmalar için de sıklıkla "milletlerarası yatırım antlaşmaları" (*international investment agreements – IIAs*) terimi kullanıldığından bu iki kavram karıştırılmaya son derece müsaittir. Bu nedenle herhangi bir karışıklığa

[30] **Stephan W. Schill**, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, New York 2010; **Hege Elisabeth Kjos**, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 215, 229; **Lise Johnson / Oleksandr Volkov**, "Investor-State Contracts, Host State 'Commitments' and the Myth of Stability in International Law", 24(3) Am. Rev. Int'l Arb. 361 (2013).

[31] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 29-30.

mahal vermemek için bu çalışmada devletler arasında imzalanan yatırım konulu anlaşmaları genel olarak ifade etmek üzere "yatırım antlaşması" (*investment treaty*), iki devlet arasında imzalanan yatırım konulu antlaşmaları ifade etmek üzere ikili yatırım antlaşması (*bilateral investment*) ile Ekonomi Bakanlığı'nın da tercih ettiği[32] "yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki (YKTK) anlaşması", ikiden fazla devlet arasında imzalanan yatırım konulu antlaşmaları ifade etmek üzere de çok taraflı yatırım antlaşması (*multilateral investment treaty – MIT*) terimleri kullanılacaktır.

Son olarak, yukarıda devletlerle yabancı yatırımcılar arasında imzalanan sözleşmeleri ifade etmek üzere kullanılan çok sayıda farklı terimin her birinin kendi içinde bir mantığı ve amacı olmakla birlikte, kavramsal bütünlüğü sağlamak bakımından bunların içinden bir seçim yapmak gereklidir. "İmtiyaz" ve "kalkınma" gibi siyasi açıdan hassas ve değişen dünya koşullarında evrensel uygulanabilirliğini kaybetmiş terimlerin tercih edilmemesinde fayda vardır. "Devlet sözleşmesi" terimi doktrinde ve uygulamada sıklıkla kullanılmakla birlikte bu terimin tek taraflı bir ifadeyi içermesine dair eleştirilerde de haklılık payı vardır. Zira, devletler özel kişilerle sadece yatırım konulu sözleşmeler akdetmemekte, aynı zamanda salt mal ve hizmet alım-satımı gibi salt ticari nitelikli sözleşmeler de yapmaktadır. "Devlet sözleşmesi" kavramı salt ticari nitelikli sözleşmeler ile yatırım konulu sözleşmeleri arasında ayrım yapmakta yetersiz kalmaktadır. "Devlet-yatırımcı sözleşmesi" terimi, sözleşmenin ikinci tarafını da içermesi bakımından bu eksikliği gidererek salt ticari nitelikli sözleşmelerin ifade edilmek istenen kavramın dışında tutulmasını sağlayabilir. Ancak burada da eksik olan önemli unsur yatırımcının "yabancı" olması unsurudur. Zira, bir devletin yatırım konulu sözleşmeleri kendi vatandaşları ile de akdetmesi mümkün olup bu çalışma kapsamında ele alınacağı üzere bu sözleşmelerde yatırımcı tarafın "yabancı" olup olmaması gerek sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olan forumların gerekse uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından büyük fark yaratacaktır.

[32] Çevrimiçi Erişim: <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/faces/home/yatirim/yurtdisinaYatirim/uluslararasiyatirimanlasmalari> [Son Erişim: 01.09.2015]

Dolayısıyla, biz bu çalışmada devletle yabancı yatırımcı arasında imzalanan yatırım konulu sözleşmeleri ifade etmek üzere "yabancı yatırım sözleşmesi" (*foreign investment contract*) terimini tercih edeceğiz.

B. Tanım

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişim süreci içinde bu sözleşmelerin adlandırılmasına ilişkin gözlemlenen dinamik süreç söz konusu sözleşmelerin tanımlanması ve çerçevelerinin çizilmesi bakımından da yaşanmıştır. Bu nedenle, öncelikle doktrinde ve tahkim kararlarında getirilen klasik yabancı yatırım sözleşmesi tanımı ele alındıktan sonra bu tanımın özellikle 1960'lardan itibaren gelişen YKTK anlaşmaları ve devamında ortaya çıkan ICSID sistemi kapsamında gösterdiği gelişim incelenecektir.

1. Klasik Tanım

Doktrinde yabancı yatırım sözleşmelerinin tanımlanması konusunda ilk kapsamlı çalışma, 1957 yılında, "ekonomik kalkınma sözleşmeleri" teriminin de ilk kullanıcısı olan *McNair* tarafından yapılmıştır. Petrol ve diğer yeraltı kaynaklarının geliştirilmesi, büyük inşaat ve altyapı projeleri (örneğin uluslararası boru hatları) gibi yatırımlara ilişkin ev sahibi devletlerle yabancı yatırımcılar arasında imzalanan sözleşmeleri genel olarak ekonomik kalkınma anlaşmaları kavramı altında toplayan *McNair*, bu sözleşmelerin ortak özelliklerini özetle sekiz tane alt başlıkta ifade etmiştir:

(i) Bir yanda bir devlet ile diğer yanda başka bir devletin hukukuna göre kurulmuş şirketler arasında imzalanmış ve bu bakımdan "yabancılık unsuru" barındıran sözleşmeler olmaları;

(ii) Alelade satım sözleşmeleri gibi tek seferlik bir hukuki işlem yerine uzun süreli bir ekonomik ilişkiyi içeriyor olmaları;

(iii) Bu sözleşmeler kapsamında yatırımcıya tanınan hakların genellikle salt sözleşmeye dayanan haklarla sınırlı kalmayıp aynı zamanda "imtiyaz alanları" üzerinde yatırımcıya mülkiyet hakkına yakın nitelikte geniş hak ve yetkiler tanınıyor olması;

(iv) Yatırımcıya, çeşitli vergilerden ve ithalat-ihracat kısıtlamalarından muafiyet ve hatta bazı durumlarda güvenlik ile asayişin sağlanmasına varan alışılmışın dışında ve yarı-siyasi nitelikli hak ve yetkilerin tanınması;
(v) Kısmen kamu hukukuna, kısmen de özel hukuka tabi olmaları;
(vi) Kurulma ve ifa aşamalarında yatırımcının bağlı bulunduğu devletin de diplomatik açıdan ilgisini ve korumasını çoğunlukla üzerlerinde taşımaları;
(vii) Yatırımcının bağlı bulunduğu devlet ile ev sahibi devletin hukuk sistemleri arasında çoğunlukla içerik ve tarihsel gelişim süreci bakımından büyük farklılıklar bulunması;
(viii) Çoğunlukla uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümüne ilişkin hükümler barındırmaları[33].

Uzun bir süre boyunca uluslararası doktrinde oldukça otoriter kabul edilen ve sıkça atıf yapılan[34] bu tanımlama, klasik imtiyaz sözleşmeleri bakımından oldukça isabetlidir. Zira, aşağıda yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişime ilişkin bölümde de inceleneceği üzere, bu sözleşmelerin ilk olarak ortaya çıktığı 19. yüzyılda ve devamında 20. yüzyılın ilk yarısında gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkeler üzerinde çeşitli şekillerde kurdukları baskılar ve yadsınamaz teknolojik üstünlükleri sonucunda yabancı yatırım sözleşmelerinde çoğu zaman gelişmiş ülkelerin yatırımcılarının fazlasıyla lehine olan hükümler ile çok geniş kapsamlı, ucu açık hak ve yetkiler yer almıştır.

Bu klasik tanımın yıllar içinde tartışma konusu olan (yatırımcının haklarının hukuki niteliği ve kapsamı gibi) kısımları olmakla birlikte, bazı temel unsurlarının günümüze kadar geçerliliğini koruduğu söylenebilir. İlerleyen dönemlerde doktrinde ve tahkim kararlarında genel olarak kabul gören kriterler, sözleşmenin tek seferlik bir alım-satım ilişkisi ile sınırlı olmayıp uzun süreli bir ilişkiyi içermesi ve aynı zamanda yatırımcı tarafından ev sahibi devletin kalkınmasına katkı yapacak şekilde teknoloji ve sermaye sağlanması gerekliliğidir[35].

---

[33] **McNair**, "General Principles", s. 3-4.

[34] **Hyde**, s. 282-283; **Geiger**, s. 75.

[35] **Paasivirta**, s. 19; **Voss**, s. 16; *Revere Copper v. OPIC*, Award, s. 271-272; *Topco v. Libya*, s. 456; **Charles Oman**, *New Forms of International Investment in Developing Countries*, Paris 1984, s. 19.

Bu kriterlere ek olarak, *Sapphire v. NIOC* ve *Topco v. Libya* kararlarında hakemler yabancı yatırım sözleşmelerinde yatırımcının aldığı büyük risklere ve buna karşılık ev sahibi devletin kendi iç mevzuatında tek taraflı değişiklik yaparak yatırımcının haklarına halel getirmesinin kabul edilemeyeceğine vurgu yaparak, sözleşmeye uygulanacak hukuki rejimin istikrarını sağlayacak bir takım mekanizmaların bulunmasını da bu tür sözleşmelerin vazgeçilmez unsurlarından biri olarak kabul etmişlerdir[36]. Doktrinde ve uygulamada fazlasıyla tartışmalı olan bu konuya aşağıda istikrar kayıtlarına ilişkin bölümde daha detaylı olarak değinilecektir.

2. Milletlerarası Yatırım Hukuku Rejiminde "Yatırım" ve "Yatırım Sözleşmesi" Kavramlarının Tanımlanması

1960'lardan itibaren sayıları hızla artan milletlerarası yatırım antlaşmaları ve 1966'da yürürlüğe giren ICSID Konvansiyonu ekseninde gelişen yatırım tahkimi sistemi, bir önceki başlıkta incelenen klasik yabancı yatırımcı sözleşmesi tanımı üzerindeki tartışmaların çoğunlukla giderilmesini ve daha net bir tanıma ulaşılmasını sağlamıştır. Gerek milletlerarası yatırım antlaşmalarında, gerekse doktrinde ve tahkim kararlarında genellikle "yatırım" kavramının tanımlanması üzerinde durulduğu, "yatırım sözleşmesi" kavramının ise çoğunlukla ayrıca tanımlanmadığı ve "konusu yatırım olan sözleşmeler" şeklinde anlaşıldığı görülmektedir. Bu nedenle, bu başlık altında da aynı sistematik izlenerek öncelikle milletlerarası yatırım antlaşmalarında ve doktrin ile tahkim kararlarında yatırım kavramına getirilen tanımlar üzerinde durulacak, sonra da yatırım sözleşmesi kavramına ilişkin müstakil olarak getirilmiş tanımlar incelenecektir.

a. Yatırım

Yatırım kavramının tanımına ve unsurlarına geçmeden önce, kavramın sınırlarını çizmek adına doktrinde "doğrudan yabancı yatırımlar" ve "portföy yatırımları" arasında yapılan ayrıma kısaca değinmekte fayda vardır. Doğrudan

---

[36] *Sapphire International Petroleums Ltd v. National Iranian Oil Company*, Award, 15.03.1963, 35 ILR 136, s. 175-176; *Topco v. Libya*, Award, s. 456.

yatırımcı yatırım kavramının tanımı, bir ekonomide yerleşik olan bir kişinin başka bir ekonomideki bir girişim üzerinde kontrol veya önemli derecede etki sahibi olması şeklinde yapılmaktadır[37]. Portföy yatırımları ise salt finansal nitelikli olan ve yatırımcının pasif kalarak yatırımın yönetim kontrolünü eline almadığı yatırımlar olarak tanımlanmaktadır[38].

Doktrinde doğrudan yabancı yatırımlar ile portföy yatırımları arasında riskin üstlenilmesi bakımından temelde bir farklılık olmaması nedeniyle bu iki yatırım türüne sağlanan koruma imkanlarının benzer olması gerektiği yönünde bir görüş[39] bulunmakla birlikte, doktrindeki hakim görüş milletlerarası teamül hukuku kapsamında portföy yatırımlarına koruma sağlanmayacağı yönündedir[40]. Milletlerarası hukukta bu iki yatırım türünün farklı değerlendirilmesinin ana sebebi, doğrudan yabancı yatırımlarda devlet yatırımcının kim olduğunu ve hangi ülkeden olduğunu net biçimde tespit edip onunla doğrudan hukuki ilişki içine girerken portföy yatırımlarında borsada hisse satın alan yatırımcıların her birinin devlet tarafından bilinmesinin ve onlarla anlamlı bir ilişki kurulmasının söz konusu olmamasıdır. Devletin yatırımcıya karşı sorumluluğunun bu farkındalık ve hukuki ilişkiden geldiği ifade edilmektedir[41].

Portföy yatırımlarının milletlerarası teamül hukuku kapsamında korunmuyor olması, bu tür yatırımlar bakımından zarara uğrayan yatırımcıların kendi devletlerine diplomatik koruma için başvuramayacakları anlamına gelmektedir. Öte yandan, bu durum iki veya daha fazla devletin kendi aralarında imzaladıkları yatırım antlaşmalarında kabul ettikleri "yatırım" tanımına portföy yatırımlarını da dahil etmelerine engel değildir. Nitekim, son yıllarda sermayenin uluslararası alanda

---

[37] **IMF**, *Balance of Payments and International Investment Position Manual*, Sixth Edition, Washington DC 2009.

[38] **UNCTAD**, *Scope and Definition: A Sequel*, Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, United Nations Publication, New York & Geneva 2011, s. 29.

[39] **Ian Brownlie**, "Treatment of Aliens: Assumption of Risk and International Law", W. Flume et al. (ed.), *International Law and Economic Order: Essays in Honour of F.A. Mann*, München 1977, s. 309 vd., s. 311.

[40] **Sornarajah**, *International Law*, s. 8-9.

[41] *Ibid.*, s. 9.

serbest dolaşımı ilkesi çerçevesinde portföy yatırımlarının da bazı milletlerarası yatırım antlaşmalarında korunan yatırımlar kapsamına dahil edildiği görülmektedir[42].

i. Milletlerarası Yatırım Antlaşmalarında Getirilen Tanımlar

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında "yatırım" kavramının farklı şekillerde ve farklı yöntemlerle tanımlandığı görülmektedir. Bu kavramın tanımlanmasında kullanılan yöntemleri üç ana başlık altında toplamak mümkündür: varlığa dayalı tanım (*asset based definition*), teşebbüse dayalı tanım (*enterprise based definition*) ve ticari mevcudiyete dayalı tanım (*definition by reference to commercial presence*)[43].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında en sık kullanılan yöntem olan varlığa dayalı tanımlama yönteminde, yatırımcının mülkiyet hakları, sahip olduğu varlıklar ve haklar koruma altına alınmaktadır. Genellikle örnekseyici veya sınırlayıcı biçimde listeleme yoluyla sayılan varlıklar üzerinde sahip olunan haklar yatırım olarak kabul edilirken, bu varlıkların kapsamının da çoğunlukla geniş tutulduğu görülmektedir[44].

Teşebbüse dayalı tanımlama yönteminde ise, ev sahibi devlette bir ticari teşebbüs kurulması veya mevcut bir ticari teşebbüste kontrol sahibi olunması durumu yatırım olarak kabul edilmektedir. İlk olarak 1988 tarihli Kanada-ABD Serbest Ticaret Anlaşması'nda kullanılan bu tanımlama yöntemi, daha sonra geliştirilerek NAFTA'da da kullanılmıştır. NAFTA m. 1139'da oldukça geniş bir yatırım tanımı getirilirken hem teşebbüs bazlı tanımın yapıldığı, hem de daha geleneksel olan varlık bazlı tanıma da kısmen yer verilerek ticari amaçla kullanılmak kaydıyla bazı varlıkların yatırım tanımı içerisinde sayıldığı görülmektedir. Teşebbüse dayalı yatırım tanımının avantajları, ev sahibi devletin iç mevzuatı genellikle hissedarlardan ziyade teşebbüslere ilişkin hükümler içereceğinden bu hükümlerin uygulanmasının doğrudan yatırım antlaşmasının kapsamına girebilecek olması ve söz konusu

---

[42] The North American Free Trade Agreement (NAFTA), 17.12.1992, Yürürlük: 01.01.1994, 32 ILM 289, m. 1139.

[43] **UNCTAD**, *Scope and Definition*, s. 21 vd.

[44] *Ibid.*, s. 21-22.

teşebbüslerin ayrı birer tüzel kişiliği olduğundan yatırımcının doğrudan bu teşebbüsler adına da taleplerde bulunabilmesi şeklinde belirtilmiştir[45].

Üçüncü bir tanımlama yöntemi olan ticari mevcudiyete dayalı tanımda sadece yatırımcı tarafından ev sahibi devlette kurulan tüzel kişiler ile bunların şubeleri yatırım kapsamında kabul edilmektedir. Klasik yatırım antlaşmalarında kullanılmayan ve kullanım alanı çok dar olan bu yöntem, hizmet sektöründe ticaretin serbestleştirilmesine ilişkin bazı antlaşmalarda kullanılmaktadır[46].

Varlığa veya teşebbüse dayalı tanım yapan milletlerarası yatırım antlaşmalarının genellikle yatırım olarak kabul edilecek varlık veya teşebbüs türlerini liste halinde sayma yoluna da başvurdukları görülmektedir. Bu bakımdan da yatırım antlaşmaları, sınırlayıcı liste (*exhaustive list*), örnekseyici liste (*illustrative list*) ve karma (hibrit) liste (*hybrid list*) yöntemini uygulayan antlaşmalar olarak sınıflandırılmaktadır[47].

Sınırlayıcı sayım yoluna başvuran antlaşmalarda açıkça sayılmayan varlık ve/veya teşebbüsler yatırım kapsamında değerlendirilmeyeceğinden listenin oldukça kapsamlı tutulduğu görülmektedir. NAFTA m. 1139 sınırlayıcı liste yönteminin en bilinen örneklerinden biridir[48].

---

[45] **UNCTAD**, *Scope and Definition*, s. 22-23.

[46] *Ibid.*, s. 24.

[47] Noah Rubins, "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration", Stefan Kröll & Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, Den Haag 2004, s. 283 vd., s. 292-295.

[48] NAFTA, m. 1139: "***investment means: (a)*** *an enterprise;* ***(b)*** *an equity security of an enterprise;* ***(c)*** *a debt security of an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;* ***(d)*** *a loan to an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;* ***(e)*** *an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;* ***(f)*** *an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d); (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and* ***(h)*** *interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;* ***but investment does not mean, (i)*** *claims to money*

Uygulamada daha sık kullanılan örnekseyici sayım yönteminde ise bazı yatırım türleri örnek olarak sayılmakla birlikte, yatırım tanımının bunlarla sınırlı olmadığı ve her türlü mal varlığını kapsadığı da ayrıca belirtilir. Örneğin, Türkiye-İngiltere YKTK Anlaşması'nın[49] 1(a) maddesinde örnekseyici liste yöntemi kullanılmıştır:

" 'yatırım' terimi her türlü mal varlığını ve sınırlı olmamakla birlikte, özellikle aşağıdakilerini kapsar:

(i) Taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, ihtiyati haciz ve rehin gibi malvarlığıyla ilgili diğer haklar;

(ii) Bir şirketin hisse senedi tahvil ve borç senetleri ile bir şirkete diğer şekillerde katılımlar;

(iii) Parasal alacaklar veya finansal değeri olan herhangi bir yatırımla ilişkili bulunup kontrata göre yapılan herhangi bir işlem üzerindeki haklar;

(iv) Sınai ve fikri mülkiyet hakları, teknik işlemler, 'know-how' ve peştemaliye;

(v) Doğal kaynakları araştırma, işleme, çıkarma veya kullanma imtiyazlarını da kapsayan hukuken veya sözleşme ile tanınan iş imtiyazları;

Malvarlıklarının yatırım biçimindeki bir değişiklik bunların yatırım olma niteliğini etkilemez ve 'yatırım' terimi, bu anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra yapıldığına bakılmaksızın bütün yatırımları kapsar."

Karma liste yönteminde ise bir yandan yatırım türleri örnekseyici sayım ile herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan sayılırken, öte yandan yatırım tanımını sınırlayıcı unsurlar özel olarak belirtilmektedir[50]. Bu yöntemin uygulandığı bir örnek olarak kabul edilen ABD-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması'nın 15(1)(13) numaralı maddesinde örnekseyici liste ile yatırım tanımı yapıldıktan sonra, dipnotta *"Eğer bir*

---

that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or ***(j)*** *any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h);*"

[49] Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 15.03.1991, Yürürlük: 22.10.1996.

[50] **Rubins**, s. 294-295.

mal varlığı yatırıma ilişkin vasıfları taşımıyorsa, hangi şekil altında olursa olsun, yatırım olarak kabul edilmez. Yatırımın vasıfları, sermayenin yatırılması, kazanç sağlama amacı veya riskin üstlenilmesini içermektedir."[51] ifadesi getirilerek tanımda sınırlamaya gidilmiştir.

Hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, milletlerarası yatırım antlaşmalarındaki genel eğilim "yatırım" kavramının sınırlarını olabildiğince geniş çizmek yönündedir. Bunun başlıca nedeni de gelişen ekonomik ilişkiler ve zaman içinde ortaya çıkması muhtemel olan yeni yatırım biçimleri karşısında yatırım antlaşmalarının yetersiz kalmasının önüne geçmek, devletler arasında yeniden müzakeresi kolay olmayan yatırım antlaşmalarının uzun yıllar boyunca piyasanın ihtiyaçlarına cevap verebilmesini temin etmektir[52].

Yatırım antlaşmalarında getirilen yatırım tanımlarını bu şekilde belli başlıklar altında toplayarak incelemek mümkün olsa da, her bir antlaşmanın birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi ve seçilen sözcükler ile terimler dikkate alınarak o antlaşma özelinde yorum yapılması gerekmektedir. Gerek doktrinde gerekse tahkim kararlarında, belirli bir somut olayda yatırımın söz konusu olup olmadığı sorusunun cevabı verilirken genel ve soyut bir "yatırım" tanımından veya ilgili ülkelerin iç hukuklarında konuyla ilgili uygulama alanı bulan hukuki kavramlardan ziyade, o somut olaya uygulanan milletlerarası antlaşmada yer alan yatırım tanımının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[53].

ii. Doktrinde ve Tahkim Kararlarında Kabul Edilen Yatırım Tanımı

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında yapılan "yatırım" tanımları bu antlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda esas alınacak olmakla birlikte, ICSID

---

[51] United States – Singapore Free Trade Agreement, 06.05.2003, Yürürlük: 01.01.2004, dn. 15-1.

[52] **Cansu İste**, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları*, İstanbul 2013, s. 13.

[53] *William Nagel v. The Czech Republic*, SCC Arbitration No. 049/2002, Award, 09.09.2003, para. 298; **Rudolf Dolzer / Margrete Stevens**, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1995, s. 25-31; **Giorgio Sacerdoti**, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", 269 RCADI 251 (1997), s. 305-310.

uygulaması çerçevesinde gelişen içtihatlarda ve doktrinde de yatırım antlaşmalarından bağımsız olarak genel bir "yatırım" tanımının yapılması üzerine çalışmalar olmuştur. Bu durum, ICSID'in yetkisinin sadece "yatırımlardan kaynaklanan" uyuşmazlıklar için söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır.

ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'de ICSID'in yetkisi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz."[54]

ICSID'in yetkisinin sadece yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsaması, yatırıma ilişkin olmayan uyuşmazlıkların (her iki tarafın da rızası bulunsa dahi) ICSID bünyesinde görülememesi sonucunu doğurmaktadır[55]. Bununla birlikte, "yatırım" kavramının tanımı ICSID Sözleşmesi'nde yapılmamıştır. Bu durum, milletlerarası yatırım antlaşmaları ve ICSID'in yetkisine kaynaklık eden diğer hukuki metinlerde yapılan yatırım tanımlarından bağımsız olarak genel ve soyut bir yatırım tanımına ulaşmayı zorunlu kılmıştır.

ICSID Sözleşmesi ile birlikte sunulmuş olan ICSID İcra Direktörleri Raporu'nda, ICSID'in hazırlanmasına ilişkin görüşmeler sırasında "yatırım teriminin tanımlanmasına ilişkin herhangi bir girişimde bulunulmadığı" belirtilmiş olmakla birlikte[56], bu aslında taraflar arasında çıkan anlaşmazlıkları örtmek için kullanılmış siyasi nitelikli bir ifade olup ICSID'in hazırlanması esnasında yatırımın tanımlanmasına ilişkin bazı girişimler olmuş fakat hiçbiri üzerinde anlaşma

---

[54] Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), 18.03.1965, Yürürlük: 14.10.1966, 575 UNTS 159, TBMM Onay: 27.05.1988 (Resmi Gazete, 02.06.1988, Sayı: 19830), m. 25(1).

[55] **IBRD**, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Washington DC 1965, 1 ICSID Reports 25, para. 25; **Christoph Schreuer / Loretta Malintoppi / August Reinisch / Anthony Sinclair**, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 83.

[56] **IBRD:** *Report of the Executive Directors*, para. 27.

sağlanamadığından bu kavramın tanımının ICSID Sözleşmesi'nde yer almamasına karar verilmiştir[57]. ICSID Sözleşmesi'nde yatırım tanımı yapılmamış olmasının bu tanımı istedikleri gibi yapmak konusunda Sözleşme'ye taraf olan devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıdığı genel olarak kabul edilmekle birlikte[58], bu yetkinin de mutlak olmadığı ve yatırım kavramının sınırlarının uygulamada tahkim heyetleri tarafından çizilmesi gerektiği de ifade edilmiştir[59].

ICSID tahkiminde yatırım kavramının tanımlanmasına ilişkin en otoriter içtihat, *Salini v. Morocco* davasında[60] oluşturulmuştur. "*Salini* testi" olarak da anılan bu değerlendirme kapsamında bir yatırımdan söz edilebilmesi için aranacak kriterler şu şekilde belirtilmiştir:

- Belirli bir katkı,
- Belirli bir süre,
- Riskin üstlenilmesi,
- Ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunma[61].

İlk kriter olan "katkı" kriteri en basit şekilde maddi katkı ile, yani yatırımcının ev sahibi devlete yatırım amaçlı olarak fon transferi yapmasıyla sağlanmaktadır. Bununla birlikte, "katkı" ifadesinden sadece maddi katkının anlaşılmaması gerektiği

---

[57] **Aron Broches**, "Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction", 5 Colum. J. Transnat'l L. 263 (1966), s. 268; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 116.

[58] **C. Felix Amerasinghe**, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", 19 Ind. J.I.L. 166 (1979), s. 181; **Georges R. Delaume**, "ICSID and the Transnational Financial Community", 1(2) ICSID Rev. – FILJ 237 (1986), s. 239-240; **Carolyn B. Lamm / Abby Cohen Smutny**, "The Implementation of ICSID Arbitration Agreements", 11(1) ICSID Rev. – FILJ 64 (1996), s. 80.

[59] **Broches**, "Observations on Jurisdiction", s. 268; **Campbell McLachlan / Laurence Shore / Matthew Weiniger**, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 164; **Andrea Marco Steingruber**, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2012, para. 13.37.

[60] *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, 42 ILM 609 (2003).

[61] *Ibid.*, para. 52.

ve bu katkının yatırımcı tarafından *know-how*, ekipman, personel veya hizmet sağlanması gibi çeşitli şekillerde de sağlanabileceği bazı kararlarda belirtilmiştir[62].

Süre kriterine ilişkin olarak doktrinde ve tahkim kararlarında genel olarak kabul gören yaklaşım, asgari yatırım süresinin "iki ila beş yıl arasında" olması gerektiği yönündedir[63]. Yine benzer şekilde "asgari iki yıl" kriterini uygulamış olan tahkim heyetleri de vardır[64]. Öte yandan, söz konusu sürenin ne zaman işlemeye başlamış kabul edileceği de yabancı yatırım sözleşmelerine taraf olan yatırımcılar bakımından önemlidir, zira bu sözleşmelerin imzalanmasından önceki hazırlık ve müzakere dönemleri bazen yıllarca sürebilmekte, sözleşmenin ifası sırasında ise mücbir sebepler ve benzeri durumlardan kaynaklı kesintiler meydana gelebilmektedir. Bu durum da göz önünde bulundurularak, doktrinde ve tahkim kararlarında süre kriteri incelenirken ihale, müzakere, işin kesintiye uğraması, yeniden müzakere, süre uzatımı ve müteahhit (yatırımcı) tarafından verilen garanti süresi gibi her türlü sürenin de yatırım süresi kapsamında değerlendirilmesi yönünde bir eğilim gelişmiştir[65]. Örneğin, bir petrol arama ve üretim sözleşmesine ilişkin olan *RSM v. Grenada* kararında tahkim heyeti hem mücbir sebepten, hem de devletin yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemesinden ötürü sözleşmenin ifasının durduğu süreleri de yatırım süresine eklemiştir[66].

---

[62] *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, 16.07.2001, para. 61; *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10.01.2005, 19 ICSID Rev. – FILJ 426 (2004), para. 14(i); *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005, para. 131; *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12.07.2006, para. 73(i); *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.05.2007, para. 109.

[63] *RFCC v. Morocco*, Jurisdiction, para. 62; *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, 54; *MHS v. Malaysia*, Award, para. 110; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 130.

[64] *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16.06.2006, para. 93; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11.09.2009, para. 84.

[65] *LESI DIPENTA v. Algeria*, Award, para. 14(ii); *Bayındır v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 133; *Jan de Nul v. Egypt*, Jurisdiction, para. 94-95; *LESI & Astaldi v. Algeria*, Jurisdiction, para. 73(ii); *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21.03.2007, para. 101-102; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 130-131.

[66] RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13.03.2009, para. 247.

Risk kriterinin tahkim kararlarında fazlaca tartışma konusu olmaksızın genellikle kabul edildiği görülmektedir. Bazı kararlarda, fazlaca derin bir inceleme yapmaya gerek görülmeksizin uzun süreli ticari sözleşmelerin doğası gereği riskin var olduğu kabul edilmiştir[67]. *Fedax v. Venezuela* kararında ise, yatırım konusuna ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı dahi başlı başına riskin var olduğunu kabul etmek için yeterli görülmüştür[68]. Bununla birlikte, bazı tahkim heyetleri ise alelade ticari riskler ile yatırım riskleri arasında ayrım yaparak, yatırımcının her türlü ticari ilişkide var olduğu kabul edilen alelade ticari riskleri üstlenmiş olmasının ICSID tahkimi bakımından yeterli olmayacağına hükmetmişlerdir[69].

Salini v. Morocco kararında ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunma kriteri, ICSID Sözleşmesi'nin giriş kısmına[70] atıfta bulunularak kabul edilmiştir[71]. Diğer üç kriterin aksine, bu kriter üzerinde daha fazla tartışma olmuştur. Bazı tahkim heyetleri ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunma kriterini gerekli kabul ederken[72], bu kriteri muğlak kabul eden ve diğer üç kriter tarafından zaten kapsandığı görüşünde olan bazı tahkim heyetleri ise bu kriteri uygulamayı reddetmişlerdir[73]. Öte yandan, bazı tahkim heyetlerince ev sahibi

---

[67] *RFCC v. Morocco*, Jurisdiction, para. 63-64; *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 55-56; *Bayındır v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 136; *Saipem v. Bangladesh*, Jurisdiction, para. 109.

[68] *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11.07.1997, 37 ILM 1378 (1998), para. 40.

[69] *MHS v. Malaysia*, Award, para. 112; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, 19 ICSID Rev. – FILJ 486 (2004), para. 57.

[70] ICSID Sözleşmesi, Giriş, ilk cümle: "[Âkit Devletler,] Ekonomik gelişme için uluslararası işbirliği ihtiyacını ve uluslararası özel yatırımların buradaki rolünü göz önüne alarak, […]"

[71] *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 52. Aynı yönde bkz. *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24.05.1999, 14 ICSID Rev. – FILJ 251 (1999), para. 64.

[72] *Fedax v. Venezuela*, Jurisdiction, para. 43; *RFCC v. Morocco*, Jurisdiction, para. 65-66; *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 54-57; *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17.10.2006, para. 77; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 06.07.2007, para. 117.

[73] *LESI DIPENTA v. Algeria*, Award, para. 13(iv); *LESI & Astaldi v. Algeria*, Jurisdiction, para. 72(iv).

devletin ekonomik kalkınmasına katkı kriterinin sağlanmamış olması nedeniyle ortada bir yatırım olduğunun kabul edilemeyeceği yönünde kararlar da verilmiştir[74].

Salini kriterleri, pek çok tahkim heyeti tarafından uygulanmış olup[75], böyle istikrarlı biçimde uygulanmalarının bu kriterlerin tahkim heyetleri nazarındaki otoritesini arttırdığı ve artık sadece yol gösterici değil, bağlayıcı kriterler olarak görülmeye başladıkları ifade edilmiştir[76]. Bununla birlikte, istisnai olarak bazı kararlarda yatırımın varlığına ilişkin ortaya konmuş olan bu tür kriterlerin sadece örnekseyici ve yol gösterici nitelikte olduğu ve her durumda uygulanmalarının zorunlu olmadığı belirtilmiştir[77]. Bazı yazarlarca da bu kriterlerin *numerus clausus* olarak kabul edilmemesi gerektiği ve geleneksel olmayan yeni yatırım biçimleriyle karşılaşıldığında olaya özel daha farklı kriterlerin uygulanmasının gerekebileceği belirtilmiştir[78].

Genellikle tahkim heyetleri yatırıma ilişkin kriterlerin tamamının var olduğuna karar verdiklerinden bu konuya ilişkin fazla tartışma olmamaktadır. Kriterlerin hepsinin aynı anda sağlanmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin açık bir kural bulunmamakla birlikte, bazı kararlarda sadece bir kriterin yerine getirilmemiş olması nedeniyle yatırımın bulunmadığına hükmedilmiştir[79].

---

[74] *MHS v. Malaysia*, Award, para. 143-146; *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 01.11.2006, para. 23-48.

[75] *LESI DIPENTA v. Algeria*, Award, para. 13-14; *Joy Mining v. Egypt*, Award, para. 53-63; *AES Corporation v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26.04.2005, para. 88; *Bayındır v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 130-138; *Jan de Nul v. Egypt*, Jurisdiction, para. 90-96; *LESI & Astaldi v. Algeria*, Jurisdiction, para. 72-73; *Kardassopoulos v. Georgia*, Jurisdiction, para. 116-117; *Saipem v. Bangladesh*, Jurisdiction, para. 99-111; *Noble Energy Inc. and MachalaPower Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 05.03.2008, para. 128-135; *Toto v. Lebanon*, Jurisdiction, para. 86.

[76] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 130.

[77] *CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction, para. 90; *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31.07.2007, para. 165.

[78] **Engela C. Schlemmer**, "Investment, Investor, Nationality and Shareholders", Peter Muchlinski / Federico Ortino / Christoph Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 49 vd., s. 66.

[79] Ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı kriterine ilişkin olarak bkz. *MHS v. Malaysia*, Award, para. 143-146; *Mitchell v. DR Congo*, Annulment, para. 23-48.

Yukarıda sayılan dört kritere ek olarak, "düzenli kâr ve kazanç elde etme" kriterinin de yatırımın zorunlu unsuru olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerine bazı tartışmalar olmuş, fakat bu kriter tahkim heyetleri tarafından fazla kabul görmemiştir[80]. İstisnai olarak bu kriteri uygulayan tahkim heyetleri de vardır[81]. *Phoenix v. Czech Republic* kararında ise bu kriterlere ilave olarak "yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun yapılmış olması" ve "yatırımın iyi niyetli olarak yapılmış olması" şeklinde iki tane daha kriter kabul edilmiştir[82].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin yukarıda sayılan yatırım kriterlerini sağladığı genel olarak kabul edilmekle birlikte, *PSEG v. Turkey* kararında yabancı yatırım sözleşmesinin tarafı olan şirketin hisselerini satın alma opsiyonuna sahip olmak başlı başına bir yatırım olarak kabul edilmemiştir[83]. Tahkim heyeti bu kararının gerekçesini detaylandırmamış olmakla birlikte, *Douglas* burada hem "sermaye aktarımı" (katkı) hem de "riskin üstlenilmesi" kriterlerinin yerine getirilmemiş olduğunu belirtmiştir[84].

Son olarak, doktrin ve hakem kararlarında tartışılan diğer bir konu da, milletlerarası yatırım hukuku sistemi kapsamında korunması söz konusu olan bir yatırımdan söz edebilmek için söz konusu yatırımda kullanılan sermayenin yabancı kaynaklı olmasının da zorunlu olup olmadığıdır. *Amco v. Indonesia* kararında, Endonezya yatırım mevzuatında yer alan ve yatırımcı tarafından devlete yapılan lisans başvurusunda kabul edilmiş olan yatırım kriterleri arasında "yatırımın kaynağı" da yer aldığından, tahkim heyeti bu somut olay özelinde sermayenin

---

[80] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 129.

[81] *Fedax v. Venezuela*, Jurisdiction, para. 43; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 06.08.2003, 18 ICSID Rev. – FILJ 301 (2003); 42 ILM 1290 (2003); 8 ICSID Rep. 406 (2005), para. 133, dn. 153; *Joy Mining v. Egypt*, Award, para. 53; *Helnan v. Egypt*, Jurisdiction, para. 77.

[82] *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.04.2009, para. 114.

[83] *PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 04.06.2004, para. 189-190.

[84] **Zachary Douglas**, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 185.

yabancı kaynaklı olması kriterini uygulamayı kabul etmiş, fakat bunu genel bir kural olarak ifade etmemiştir[85].

Sermayenin yabancı olması gerekliliğine ilişkin en ciddi tartışmalar ise *Tokios Tokelės v. Ukraine*[86] kararı ile başlamıştır. Bu davada Ukrayna Devleti'nin yetkiye ilişkin itirazlarından biri, Litvanya'da kurulu olan fakat çoğunluk hissesi ve kontrolü Ukrayna vatandaşlarına ait olan Davacı şirketin Ukrayna'daki yatırımlarında kullandığı sermayenin de Ukrayna kaynaklı sermaye olması dolayısıyla ortada gerek ICSID Sözleşmesi gerekse Litvanya-Ukrayna YKTK Anlaşması kapsamında korunmaya değer bir "milletlerarası" veya "sınır ötesi" yatırım bulunmadığı olmuştur. Fakat tahkim heyeti, çoğunluk kararı ile, ICSID Sözleşmesi'nde yatırım tanımı yapılmamış olması ve ilgili YKTK anlaşmasında da sermayenin kaynağına ilişkin bir hüküm bulunmaması gerekçesiyle bu itirazı reddetmiş ve yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmetmiştir[87]. Tahkim heyeti başkanı *Prosper Weil* ise karşı oy yazısında, ICSID Sözleşmesi'nin amaç ve konusunun "milletlerarası" yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olduğu, devletlerin kendi vatandaşları ile aralarındaki uyuşmazlıkların ise (bu kişiler yatırımlarını başka ülkelerde kurdukları şirketler üzerinden yönlendirseler dahi) ICSID'in konusu ve kapsamı dışında kaldığını ifade etmiştir[88].

Weil'in karşı oy yazısında ifade ettiği görüşler çokça tartışılmış olsa da sermayenin kaynağının yabancı olması kriteri yabancı yatırımın vazgeçilmez bir unsuru olarak gerek doktrinde[89] gerekse tahkim kararlarında[90] kabul görmemiştir.

---

[85] *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20.11.1984, 89 ILR 405, para. 221-222.

[86] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.04.2004, 20 ICSID Rev. – FILJ 205 (2005).

[87] *Ibid.*, para. 72 vd.

[88] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Prosper Weil), 29.04.2004, 20 ICSID Rev. – FILJ 245 (2005), para. 19-20.

[89] Yatırımın yabancı kabul edilmesi için gerekli olan tek koşulun yatırımcının milliyeti olduğu görüşü için bkz. **Engela C. Schlemmer**, "Investment, Investor, Nationality and Shareholders", Peter Muchlinski / Federico Ortino / Christoph Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 49 vd., s. 58; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 137; **Dolzer / Schreuer**, s. 44.

ICSID Sözleşmesi kapsamına giren yatırımların "milletlerarası" nitelikli olması gerekliliği tartışmasız olmakla birlikte, milletlerarası hukukta genel anlamda kabul görmüş objektif bir "milletlerarası yatırım" tanımının bulunmaması ve ICSID Sözleşmesi'nin de bu konuyu düzenlemeyerek taraf devletlerin inisiyatifine bırakmış olması nedeniyle, *Weil*'in savunduğu şekilde milletlerarası yatırım antlaşmalarında yapılan yatırım tanımlarına ek kriterlerin tahkim heyetlerince uygulanması hatalı bulunmuştur[91].

Kanımızca da bu eleştiriler isabetlidir. Zira yatırımların "milletlerarası" olup olmadığı çok çeşitli kriterlere göre değerlendirilebilir ve devletlerin karşılıklı anlaşmalarının bu yönde olması halinde bir devletin vatandaşlarının başka bir devlet üzerinden kendi devletlerine yönlendirdikleri yatırımlarının milletlerarası nitelikli kabul edilmesine bir engel yoktur. Ayrıca bazı milletlerarası yatırım antlaşmalarına konulan ve her bir taraf devlete, bu taraf devletin kendi vatandaşları tarafından veya antlaşmaya taraf olmayan üçüncü bir devletin vatandaşları tarafından kontrol edilen tüzel kişilerin bu taraf devlette yaptıkları yatırımların antlaşma kapsamındaki korumalardan yararlanmasının izin vermeme hakkını tanıyan "ayrıcalıklardan yararlandırmama" (*denial of benefits*) hükümlerinin[92] varlığı dahi *Weil*'in görüşü ile çelişir niteliktedir. Zira bir devletin kendi topraklarında yapılan ve nihai kontrolü kendi vatandaşlarında olan yatırımların "milletlerarası yatırım" olarak tanınmasını reddetme hakkının varlığının kabulü, böyle bir hakkın antlaşmada açıkça tanınmadığı veya tanınıp da ilgili devletçe kullanılmadığı durumlarda söz konusu yatırımların "milletlerarası yatırım" olarak kabul edilebileceği sonucunu da evleviyetle içinde barındırmaktadır.

---

[90] *Saipem v. Bangladesh*, Jurisdiction, para. 106-107. Aynı yöndeki daha eski tarihli kararlar: *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Award, 29.04.1999, 14 ICSID Rev. – FILJ 197 (1999); 5 ICSID Rep. 70 (2002), para. 108-111; *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 08.12.2000, 41 ILM 896 (2002), para. 126; *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26.07.2001, 18 ICSID Rev. – FILJ 160 (2003); 6 ICSID Rep. 164 (2004), para. 66.

[91] **Monique Sasson**, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, s. 59.

[92] Örneğin 2012 ABD Model YKTK Anlaşması, m. 17.

b. Yatırım Sözleşmesi

Gerek milletlerarası yatırım antlaşmalarında, gerekse yatırım tahkimine ilişkin doktrin ve içtihatlarda esas olarak tanımlanan kavramın "yatırım" olduğu, "yatırım sözleşmesi" kavramının ise genellikle ayrıca tanımlanmaksızın yatırım tanımının bir parçası olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından önemli olan bir konu, bu sözleşmelerin yatırım tanımı kapsamında yer alıp almadığıdır. Bu soruya verilecek olan cevap, sözleşmeye taraf olan yatırımcının ev sahibi devlete karşı YKTK anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma hakkını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu nedenle bazı ülkeler imzaladıkları yatırım antlaşmalarında bu konuda açık düzenleme yoluna gitmektedir. Örneğin İngiltere, ABD, Fransa ve Almanya gibi ülkelerin taraf oldukları YKTK anlaşmalarında "sözleşmeden doğan haklar", "lisanslar" ve "imtiyazlar" gibi hakların da yatırım kapsamında yer aldığı görülmektedir[93].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarındaki genel eğilimler incelendiğinde, yabancı yatırım sözleşmelerinin antlaşmaların koruma kapsamına alınmasına ilişkin olarak üç temel yaklaşımın olduğu görülmektedir:

- Sözleşmelerinin tamamen antlaşma kapsamı dışında bırakılması,
- Sözleşmelerin sınırlı olarak antlaşma kapsamına dahil edilmesi,
- Sözleşmelerin tam olarak kapsama dahil edilmesi[94].

Sözleşmelerin tamamen kapsam dışında tutulması, imzaladıkları her sözleşmeye milletlerarası yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını istemeyen ve bu konuda özgürlük sahibi olmak isteyen devletler tarafından tercih edilmektedir. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde antlaşmada açıkça yabancı yatırım sözleşmelerinin kapsam dışında olduğu belirtilebileceği gibi

---

[93] **Dolzer / Stevens**, s. 30.

[94] **UNCTAD,** *State Contracts*, Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2004/11, United Nations Publication, New York & Geneva 2004, s. 46-48; **Voss**, s. 117-124; **Şit Köşgeroğlu**, s. 64-71.

yatırım tanımı yapılırken bu tür sözleşmelere yer verilmemesi gibi bir yol da tercih edilebilir. Ayrıca yatırım antlaşmasının uyuşmazlık çözümü maddesinde de sözleşmelerin kapsam dışında olduğu belirtilebilir. Antlaşmada şemsiye hükmü de yer almaz[95].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin sınırlı olarak kapsama dahil edilmesi, bu sözleşmelere koruma sağlamayı ilke olarak kabul eden ancak söz konusu korumanın kapsamı ve sınırları üzerinde kontrol sahibi olmak isteyen devletler tarafından tercih edilen bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın uygulanmasında bir veya birden fazla yönteme aynı anda başvurulabilir. Örneğin:

- Antlaşma kapsamına dahil olacak (veya olmayacak) sözleşme türlerinin sınırlı biçimde sayılması[96],
- Sözleşme ihlallerinden hangilerinin uyuşmazlıkların antlaşmada sunulan maddi korumaların kapsamına gireceğinin sayılması,
- Antlaşmadaki uyuşmazlık çözümü hükümlerinin sözleşmeler bakımından belirli konulardaki uyuşmazlıklar ile sınırlandırılması[97],
- Bazı maddi koruma standartlarının uygulanmasında belli yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından (örneğin sektöre veya işletme büyülüğüne göre) kısıtlamalar yapılması,
- Milli güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin antlaşmaya eklenmesi,
- Antlaşmada şemsiye hükmünün bulunmaması[98].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tam olarak antlaşma kapsamına dahil edilmesi ise daha liberal bir yatırım politikası izleyen devletler tarafından tercih edilmektedir. Bu amaçla uygulanabilecek bazı yöntemler şunlardır:

---

[95] **UNCTAD,** *State Contracts*, s. 46.

[96] Örneğin 2012 ABD Model YKTK Anlaşması m. 1(1)'de hangi tür sözleşmelerin "yatırım anlaşması" olarak kabul edileceği açık biçimde sayılmaktadır: yeraltı kaynaklarına, kamu hizmetlerine ve altyapı projelerine ilişkin sözleşmeler.

[97] Örneğin Çin-Japonya YKTK Anlaşması'nda (m. 12) sadece tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ICSID'e başvuru hakkı yatırımcıya tanınmaktadır.

[98] **UNCTAD,** *State Contracts*, s. 46-47.

- Antlaşmada yatırım tanımının, devlet tarafından üstlenilecek her türlü sözleşmesel yükümlülükleri de kapsayacak şekilde çok geniş olarak yapılması[99],
- Antlaşmanın uyuşmazlık çözümü hükümlerinin de sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde geniş olarak düzenlenmesi,
- Antlaşmada istikrar kaydı bulunması,
- Antlaşmada şemsiye hükmü bulunması[100].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tanımlanmasına ilişkin olarak tahkim heyetlerinin genellikle şekilci bir yaklaşım izledikleri ve yetkilerinin dayandığı milletlerarası yatırım antlaşmalarında getirilen tanım ve sınırlamaları yakın biçimde uyguladıkları görülmektedir. Örneğin, ABD-Ekvador YKTK Anlaşması'na göre başlatılmış olan *Burlington Resources v. Ecuador* davasında[101], tahkim heyeti ABD'de yerleşik olan *Burlington Resources* şirketinin Bermuda'da kurulu iştirakleri ile Ekvador Devleti arasında imzalanmış olan petrol arama ve üretimine ilişkin sözleşmeleri değerlendirmiştir. YKTK Anlaşması'nda yatırım sözleşmelerinin "bir Taraf [Devlet] ile diğer Tarafın vatandaşı veya şirketi arasında" imzalanan anlaşmalar olduğu şeklinde getirilmiş olan hüküm[102] karşısında yatırımcı, "yatırım sözleşmesi" kavramının ekonomik bir yaklaşım ile ele alınarak şekli kriterlerin katı biçimde uygulanmaması gerektiğini savunmuştur. Ancak tahkim heyeti, "yatırım" kavramının ekonomik bir kavram olduğunu kabul etmekle birlikte "yatırım sözleşmesi" kavramının hukuki bir kavram olduğunu belirtmiş ve şekilci bir yaklaşım benimseyerek söz konusu sözleşmelere taraf olan şirketlerin ABD'de

---

[99] Örnek olarak bkz. Enerji Şartı Antlaşması (*Energy Charter Treaty*), 17.12.1994, Yürürlük: 16.04.1998, 2080 UNTS 95, TBMM Onay: 01.02.2000, m. 1(6): "'Yatırım (Investment)', […] aşağıdaki hususları kapsamaktadır: […] (f) Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir Ekonomik Aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar."

[100] **UNCTAD,** *State Contracts*, s. 48.

[101] *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 02.06.2010.

[102] ABD-Ekvador YKTK Anlaşması, m. VI(1).

kurulu olmamaları nedeniyle bu sözleşmelerin ABD-Ekvador YKTK Anlaşması anlamında "yatırım sözleşmesi" olarak kabul edilemeyeceklerine hükmetmiştir[103].

Yine ABD-Ekvador YKTK Anlaşması'na dayanılarak verilmiş olan daha eski tarihli kararlarda da aynı şekilci yaklaşımın hakim olduğu görülmektedir. *Duke Energy v. Ecuador* kararında, ABD'de yerleşik olan davacının Ekvador'da kurulu iştiraki ile Ekvador devlet şirketi arasında imzalanmış olan enerji alım-satım sözleşmeleri aynı şekli kritere uygun olmadıkları gerekçesiyle yatırım sözleşmesi olarak kabul edilmemiştir[104]. LCIA bünyesinde görülen *Occidental v. Ecuador* davasında ise, bu sefer petrol arama ve üretim sözleşmesine taraf olan şirket direk olarak ABD'de yerleşik olan ana şirket olduğu için tahkim heyeti söz konusu petrol sözleşmesinin yatırım sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir[105]. Öte yandan, Kanada-Ekvador YKTK Anlaşması'na dayanılarak verilmiş olan *EnCana v. Ecuador* kararında da benzer bir yaklaşım izlenmiş ve Kanada dışında kurulu olan şirketler ile Ekvador devlet şirketi arasında imzalanmış olan sözleşmeler yatırım sözleşmesi kabul edilmemiştir[106]. ABD-Arjantin YKTK Anlaşması kapsamında görülen *Lanco v. Argentina* davasında ise, birden fazla şirketin taraf olduğu imtiyaz sözleşmeleri, Arjantin'de kurulu şirketler bakımından yatırım sözleşmesi olarak kabul edilmezken, ABD'de kurulu olan davacı şirket bakımından kabul edilmiştir[107].

"Yatırım" ve "yatırım sözleşmesi" kavramlarının tanım ve kapsamları bakımından geçirmiş oldukları tarihsel evrim süreci bu şekildedir. Bir sonraki bölümde ise, yabancı yatırım sözleşmelerinin biçim ve içerik bakımından tarihsel gelişim süreci ele alınacaktır.

---

[103] *Burlington Resources v. Ecuador*, Jurisdiction, para. 235-238.

[104] *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.08.2008, para. 182-183.

[105] *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, 01.07.2004, para. 44.

[106] *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3481, Award, 03.02.2006, para. 167.

[107] *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 08.12.1998, 40 ILM 457 (2001), para. 15-16.

II. TARİHSEL GELİŞİM

Bu çalışmanın konusunu oluşturan yabancı yatırım sözleşmelerinin ilk örnekleri 19. yüzyılın ikinci yarısında görülmeye başlanmıştır. Bu dönemden başlayarak 2. Dünya Savaşı sonrasına (1950'lerin başına) kadar olan dönemi yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından Klasik Dönem olarak adlandırmak mümkündür. Bu çalışma kapsamında, 1950'lerin başından itibaren 1970'lerin sonuna kadar olan dönem Post-Kolonyal Dönem, bundan sonra günümüze kadar olan dönem ise Modern Dönem olarak adlandırılacaktır.

A. Klasik Dönem

Klasik Dönemin belirleyici unsuru, gelişmiş "Kuzey" (Avrupa ve Kuzey Amerika) ülkelerinin ya doğrudan sömürgeleştirme yoluyla ya da çeşitli askeri, ekonomik ve siyasi baskılarla Latin Amerika, Afrika, Doğu Avrupa ve Asya'daki gelişmekte olan ülkeler üzerinde etki kurmalarıdır. Bu emperyalist düzenin ekonomik düzlemde işletilmesinin önemli araçlarından biri de gelişmiş ülkelerin vatandaşlarına ve şirketleri ile gelişmekte olan ülkelerin hükümetleri arasında imzalanan imtiyaz sözleşmeleridir. Bu imtiyaz sözleşmeleri, tarihsel bir perspektiften bakıldığında bugünkü modern yabancı yatırım sözleşmelerinin ilk örneklerini teşkil etmekle birlikte, içerik bakımından Klasik Dönemde imzalanan sözleşmeler bugünkü yabancı yatırım sözleşmelerinden oldukça farklıdır.

Klasik Dönemde, arkalarına gelişmiş ülkelerin gücünü alan yatırımcılar, gelişmekte olan ülkelere karşı sözleşme müzakerelerinde güçlü konumda yer almışlardır. Gelişmiş ülkelerin (zaman zaman silahlı müdahaleyi de içeren) baskılarına maruz kalan gelişmekte olan ülkeler, bu nedenle fazlasıyla yabancı yatırımcı lehine olan ve yatırımcı açısından çok geniş yetkileri içeren sözleşmeleri kabul etmek zorunda kalmışlardır. Öte yandan, gelişmekte olan ülkelerde imtiyaz sözleşmelerinin konusunu oluşturan enerji, doğal kaynaklar ve ulaşım gibi sektörlere ilişkin teknik bilgi birikimi veya düzenleyici mevzuatlar gelişmemiş olduğundan, yabancı yatırımcılar bu boşluğu da kendi avantajlarına olacak şekilde doldurmuş ve imtiyaz sözleşmelerini ev sahibi devlet ile aralarındaki ilişkinin her türlü detayını

yatırımcı lehine düzenlemek üzere araç olarak kullanmışlardır[108]. Gelişmiş ülkelerin büyük şirketlerinin özellikle petrol gibi doğal kaynakların paylaşımında uluslararası karteller oluşturarak birlikte hareket etmeleri ve ev sahibi devletlerin de teknik yetersizliklerinden ötürü ellerindeki doğal kaynakların değerinin tam olarak farkında olmamaları da bu dönemde güç dengesinin şirketler lehine dönmesine yol açan diğer nedenlerdir[109].

Bu güç dengesizliği 20. yüzyılın ilk yarısında da aynı şekilde devam etmiştir. Sömürge olan bazı devletler hukuken bağımsızlıklarını kazansalar dahi, fiili durumda gelişmiş ülkelere karşı post-kolonyal bağımlılıkları devam ettiğinden, yabancı yatırımcılar imtiyaz sözleşmeleri yoluyla ev sahibi devletler üzerindeki üstün konumlarını sürdürmüşlerdir[110]. Öyle ki, 1930'lara gelindiğinde Batılı petrol şirketleri ile petrol arama ve üretimine dair imtiyaz sözleşmeleri imzalayan Orta Doğu devletlerine sunulan sözleşme koşulları, aynı dönemde ABD'de şirketler tarafından küçük toprak sahiplerine sunulan koşulların bile gerisinde kalmıştır[111]. Gelişmekte olan ülkelerin büyük şirketlere karşı alelade Amerikan çiftçileri kadar bile müzakere gücüne sahip olamamaları Klasik Dönemdeki güçler dengesinin çarpıcı bir yansımasıdır.

Ayrıca, Klasik Dönemde gelişmiş ülkelerin şirketleri başta petrol olmak üzere stratejik sektörlerde dünya çapında tekeller oluşturmuş ve imzaladıkları imtiyaz sözleşmeleri sayesinde gelişmekte olan ülkelerin stratejik sektörlerini de büyük ölçüde ele geçirmişlerdir[112]. Bazı ülkelerde bu tekelleşme durumu uzun yıllar devam etmiştir. Örneğin Peru'nun 1970'lerde tatbik ettiği millileştirme programı öncesinde, petrol üretiminin üçte ikisi, demir üretiminin yüzde 98'i, bakır üretiminin yüzde

---

[108] **Ahmed El-Kosheri**, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier", 147 RCADI 219 (1975), s. 244-245; **Duval et al.**, s. 60-61.

[109] **Note**, "From Concession to Participation: Restructuring the Middle East Oil Industry", 48 NYU LR 774 (1973), s. 777.

[110] **Voss**, s. 19.

[111] **Ernest E. Smith et al.**, *International Petroleum Transactions*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Denver 2010, s. 432-433.

[112] **Ernest E. Smith / John S. Dzienkowski,** "A Fifty-Year Prospective on World Petroleum Arrangements", 24 Tex Int'l L.J. 13 (1989), s. 14.

62'si, araç lastiği üretiminin yüzde 80'i ve milli telefon şirketinin de yüzde 69'u ABD'li şirketler tarafından kontrol edilmekteydi[113].

Klasik Dönemde imzalanan imtiyaz sözleşmelerine bakıldığında bazı ortak özellikler göze çarpmaktadır. Bu sözleşmelerin en temel ortak noktaları, çok geniş coğrafi alanlar (kimi zaman ülkenin tamamı) üzerinde, çok uzun süreler için ve çok geniş yetkiler içerecek şekilde düzenlenmiş olmalarıdır[114]. Örneğin, Orta Doğu devletleri tarafından 20. yüzyılın ilk yarısında İngiliz, Amerikan ve Fransız şirketlerinden oluşan konsorsiyumlara verilen petrol arama ve üretim imtiyazlarının hepsinde ülkenin tamamı veya büyük kısmının imtiyaz alanı olarak belirlendiği[115], imtiyaz sürelerinin ise 60 ila 75 yıl arasında değiştiği görülmektedir[116]. Konu bakımından da oldukça geniş biçimde düzenlenen bu imtiyazlarda bazen imtiyaz sahibine kamu hizmetlerinin ifası ve yeraltı kaynaklarının çıkarılması gibi hak ve yetkilerin bir arada tanındığı da görülmektedir. İmtiyaz sahibine imtiyaz konusu ekonomik aktivitelerin planlanması ve ifası konusunda çok geniş yetkiler verilirken[117], imtiyaz bölgesi içinde okulların, hastanelerin, limanların ve diğer altyapı tesislerinin inşası ve işletilmesi gibi egemenlik haklarına benzeyen hak ve yetkilerin de tanındığı görülmektedir[118]. Öte yandan, imtiyaz sahibinin ev sahibi

---

[113] **John E. Huerta**, "Peruvian Nationalization and the Peruvian-American Compensation Agreements", 10(1) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 1 (1977), s. 5-7; **Michael E. Dickstein**, "Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements", 6 Int'l Tax & Bus. Law. 54 (1988), s. 56.

[114] Klasik Dönem imtiyazlarının ortak özellikleri için genel olarak bkz. **Henry Cattan**, *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, Oceana Publications, Dobbs Ferry (NY) 1967, s. 19 vd.; **Shavarsh Toriguian**, *Legal Aspects of Oil Concessions in the Middle East*, Hamaskaine Press, Beirut 1972, s. 45 vd.; **El-Kosheri**, s. 244 vd.; **Zeyad A. Alqurashi**, *International Oil and Gas Arbitration*, Alexander's Gas & Oil Connections, 2005, s. 25-28; **Duval et al.**, s. 41-45.

[115] İran, Abu Dabi, Kuveyt, Katar ve Umman imtiyazları ülke topraklarının bütünü için; Irak ve Suudi Arabistan imtiyazları ise ülke topraklarının büyük çoğunluğu için verilmiştir. Detaylar için bkz. **Note**, s. 776; **Atef Suleiman**, "The Oil Experience of the United Arab Emirates and Its Legal Framework", 6(1) JENRL 1 (1988), s. 3; **Smith / Dzienkowski**, s. 18; **Smith et al.**, s. 431.

[116] İran'da 60 yıl, Suudi Arabistan'da 66 yıl, Irak, Abu Dabi, Kuveyt, Katar ve Umman'da ise 75'er yıl. Detaylar için bkz. bir önceki dipnotta atıf yapılan kaynaklar.

[117] Örneğin petrol imtiyazlarında nerede ne zaman sondaj yapılacağı ve hangi kuyularda ticari üretime geçmek üzere yatırım yapılacağı gibi stratejik kararlar tamamen imtiyaz sahibinin inisiyatifine bırakılmıştır. (**Smith**, s. 493)

[118] **Voss**, s. 19.

devletin vergilerinin büyük bölümünden muaf tutulması[119], genellikle çok düşük miktarda rödövans (*redevance*, *royalty*) ödemesi dışında devlete herhangi bir ödeme yapılmaması[120], ve ev sahibi devletin vatandaşlarından sadece vasıfsız işgücü olarak istifade edilmesi[121] nedeniyle bu sözleşmelerin ev sahibi devletlerin ekonomik kalkınmasına önemli bir katkısı olamamıştır.

Klasik Dönem imtiyazlarının bir diğer ortak özelliği ise, ev sahibi devlet bakımından içerdikleri tüm bu olumsuzlukların doğal bir sonucu olarak, bu sözleşmelerin hemen hemen hepsinin süreleri dolmadan fesih veya revizyona maruz kalmış olmalarıdır[122]. Ev sahibi devletlerin imtiyaz sözleşmelerinde tek taraflı tasarruflarla kendi lehlerine yaptıkları değişiklikler de kendi yatırımcılarının haklarını korumak için gelişmiş ülkelerin devreye girmesi sonucunu doğurmuştur. Gelişmiş ülkelerin yatırımcılarının haklarını koruma girişimleri, Lozan Barış Antlaşması'nda Osmanlı Devleti döneminde verilmiş olan imtiyazların akıbetine ilişkin yapılmış olan düzenlemelerde[123] olduğu gibi diplomatik veya 1902'de bazı Avrupalı devletlerinin donanmalarınca Venezuela limanlarının ablukaya alınmasında[124] olduğu gibi askeri müdahaleler yoluyla, bazı durumlarda ise çeşitli hukuki yollara başvurularak hayata geçirilmiştir. Bu hukuki yollardan en çok tercih edileni, gelişmiş ülkelerin milletlerarası teamül hukukuna dayanan diplomatik koruma haklarını kullanarak kendi vatandaşlarının gördükleri zararlara ilişkin zarardan sorumlu olan devletlerden taleplerde bulunmaları ve bu amaçla tahkim divanları (çoğunlukla toplu tazminat divanları) uyuşmazlıkların karara bağlanması

---

[119] **Raymond F. Mikesell**, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing Countries*, Resources for the Future, Washington DC 1984, s. 21.

[120] **David N. Smith / Louis T. Wells (Jr.)**, "Mineral Agreements in Developing Countries: Structures and Substance", 69 AJIL 560 (1975), s. 566; **Smith**, s. 493.

[121] **Note**, s. 777.

[122] **Smith / Dzienkowski**, s. 14-15.

[123] Lozan Antlaşması'nın XII numaralı ek protokolünde imtiyaz sözleşmelerine ilişkin getirilen detaylı düzenlemelerde, 29 Ekim 1914 tarihinden önce verilmiş olan imtiyazların devam etmesi, bu imtiyazların değişen ekonomik koşullara göre uyarlanması ve imtiyaz sahiplerinin talebi halinde tazminat ödenmek kaydıyla feshi gibi hususlar karara bağlanmıştır. (**Daniel Patrick O'Connell**, "Economic Concessions in the Law of State Succession", 27 BYIL 93 (1950), s. 111-112)

[124] **Jennings**, s. 159.

yöntemi olmuştur[125]. Koloni statüsünde olan bölgelerde çıkan uyuşmazlıklar ise sömürgeci devletler tarafından milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar olarak görülmediğinden, bu tür uyuşmazlıklar genellikle sömürgeci devletin mahkemelerince sınır ötesi yargı yetkisi (*extraterritorial jurisdiction*) uygulanması yoluyla karara bağlanmıştır[126].

B. Post-Kolonyal Dönem

Post-Kolonyal Dönem ile 2. Dünya Savaşı sonrası, özellikle de 1950'lerin başından itibaren, çok sayıda eski sömürgenin bağımsızlığını kazandığı, bu yeni-bağımsız devletlerde üst düzeyde olan milliyetçi ve anti-kolonyal akımların etkisiyle Klasik Dönemden kalan imtiyaz sözleşmelerinin fazlasıyla tartışmalı hale geldiği ve bu sözleşmelere ilişkin çok sayıda hukuki uyuşmazlıkların ortaya çıktığı dönem ifade edilmektedir[127]. Bu dönem her ülkede farklı bir seyir izlemekle birlikte dünya genelinde kabaca 1970'lerin sonlarına kadar devam etmiştir.

Bu dönemin özeti, Klasik Dönemde tamamen yabancı yatırımcılar lehine olan güç dengesinin dengelenmesi ve kademeli olarak ev sahibi devletler lehine dönmesi, bununla paralel olarak da önceki dönemden kalan imtiyaz sözleşmelerinin ev sahibi devletlerce kabul edilmeyerek bu sözleşmelerdeki menfaatler dengesinin çeşitli yöntemlerle devlet lehine olacak şekilde değiştirilmesidir.

Ev sahibi devletlerin güç dengesinde avantajlı konuma geçmeleri birkaç gelişmenin üst üste gerçekleşmesiyle mümkün olmuştur. Öncelikle, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerle birlikte sayıları artan gelişmekte olan ülkeler, bir arada hareket ederek bu sayısal üstünlüklerinin avantajlarını kullanmaya başlamışlardır. Bu dönemde "Bağlantısızlar Hareketi" ve G-77 gibi siyasi gruplanmalar altında bir araya gelen çok sayıda devlet, bu ağırlıklarını Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kuruluna da

---

[125] **Henry J. Steiner / Detlev F. Vagts**, *Transnational Legal Problems: Materials and Text,* Foundation Press, Mineola (NY) 1976, s. 357.

[126] **Andrew Paul Newcombe / Lluís Paradell**, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, s. 10-11.

[127] **Kim Talus / Scott Looper / Steven Otillar**, "*Lex Petrolea* and the internationalization of petroleum agreements", 5(3) JWELB 181 (2002), s. 186-187.

taşımışlardır. Ekonomik özbelirlenim (*self-determination*) haklarına dayanarak Klasik Dönemde oluşturulan ekonomik düzenini reddeden gelişmekte olan ülkeler, değişiklik taleplerinin düşünsel ve hukuki altyapısını "Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik" (*Permanent Sovereignty over Natural Resources*) ve "Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen" (*New International Economic Order*) gibi kavramlar ile oluşturmuş ve bu kavramları da BM Genel Kurulundan geçirdikleri bazı önemli kararlar[128] ile uluslararası siyaset alanına taşımışlardır[129]. Bu hukuki metinlerde yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ve uygulanacak hukuka ilişkin de ev sahibi devletler lehine ilkeler kabul edilmiştir. Gelişmekte olan ülkeler aynı zamanda petrol ihracatçısı devletlerin kurduğu OPEC gibi çeşitli oluşumlar etrafında bir araya gelmişler ve daha önce gelişmiş ülkelerin yatırımcılarına karşı tek tek yürütmüş oldukları sözleşme müzakerelerini (ve yeniden müzakerelerini) bu birliklerin çatısı altında gerçekleştirmeye başlayarak müzakere güçlerini arttırmışlardır[130].

Gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırımcılara karşı göreceli olarak artan güçlerinin yanı sıra bu ülkelerde bağımsızlık ile birlikte yükselen milliyetçi ve anti-kolonyal duygular ile ekonomik özbelirlenim hakkına yapılan vurguların da etkisiyle, Klasik Dönemde imzalanmış olan imtiyaz sözleşmelerinin hemen hemen tamamı Post-Kolonyal Dönemde ev sahibi devletler lehine değişikliklere uğraşmıştır. Bu değişiklikler her devlette farklı bir seyir izlemekle birlikte temel olarak sözleşmelerin feshi, uyarlanması veya yeniden müzakeresi gibi yöntemlerle gerçekleşmiştir. 1960'ların başından 1970'lerin sonlarına kadar geçen dönemde hemen hemen tüm gelişmekte ülkelerde bu yöntemlerin biri veya birden fazlasına başvurularak yabancı yatırımların kamulaştırılması yoluna gidilmiştir. 1960-1976 arasında dünya çapında kayda alınmış 1369 kamulaştırma vakası olduğu ifade edilirken kamulaştırmanın en

---

[128] UN General Assembly Resolution 1803 (XVII), *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, UN Doc. A/5217 (1962) ("UNGA Resolution 1803"); UN General Assembly Resolution 3281 (XXIX), *Charter of Economic Rights and Duties of States*, UN Doc. A/9631 (1974) ("UNGA Resolution 3281").

[129] **Hasan S. Zakariya**, "Sovereignty over Natural Resources and The Search for a New International Order", Kamal Hossain (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, London 1980, s. 208 vd., s. 210; **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 404-405.

[130] **Smith / Dzienkowski**, s. 31.

yoğun olduğu sektörler yeraltı kaynakları, kamu hizmetleri, ulaşım ve sigorta sektörleri olarak belirtilmiştir[131].

Devletler ile yatırımcıların değişen müzakere güçlerini Klasik Dönem ile karşılaştırmalı olarak görmek bakımından petrol sözleşmelerindeki gelişmeleri incelemek yerinde olacaktır. Stratejik bir doğal kaynak olarak devletlerin ekonomik kalkınmaları bakımından çok önemli görülen petrole ilişkin sözleşmeler, kamulaştırmaların ve yeniden müzakerelerin de en fazla görüldüğü alan olmuştur. Klasik Dönemde imtiyaz sahipleri tarafından petrol üretiminden ev sahibi devletlere verilen pay genellikle yüzde 10'un altındayken[132], bu oran ilk olarak Venezuela (1948) ve sonra da Suudi Arabistan (1950) tarafından yüzde 50'ye çıkarılmış, bu ülkeleri takip ederek birkaç yıl içinde hemen hemen bütün büyük petrol ihracatçısı ülkeler de paylarını yüzde 50'ye çıkarmışlardır[133]. Yarı yarıya paylaşım dengesini bozan ilk devlet, 1970'te imzaladığı yeni sözleşmelerde payını yüzde 55'e çıkaran Libya olurken, 1 yıl içinde tüm Orta Doğu devletleri mevcut sözleşmelerinde yeniden müzakereye giderek bu orana ulaşmışlardır[134]. 1960'ta OPEC'in kurulması ve 1970'lerde petrol fiyatının hızlı biçimde yükselmesi ile pazarlık gücü daha da artan petrol ihracatçısı devletler, ekonomik paylarını arttırmanın yanı sıra imtiyaz sahibi şirketlerde hisse alarak petrol operasyonlarının yönetiminde de söz sahibi olmak istemişlerdir. Bu dönemde tüm Körfez ülkelerinin yanı sıra Cezayir, Ekvador ve Nijerya gibi ülkeler de katılım yoluyla imtiyaz sahibi şirketlerde artan oranlarda (bazen %100'e varacak kadar) hisse alma yoluna gitmiş; İran, Kolombiya ve Venezuela gibi ülkelerde ise doğrudan tüm petrol kaynaklarının millileştirilmesi tercih edilmiştir[135]. Petrol dışındaki yeraltı kaynaklarında da benzer gelişmeler görülmüş, örneğin Zambia ve Peru'da bakır, Senegal'de fosfat, Venezuela'da demir, Madagaskar'da da krom madenlerinde imtiyaz sahibi olan şirketler kısmen veya tamamen devlet tarafından devralınmıştır[136]. Endonezya gibi bazı ülkeler ise

---

[131] **Paasivirta**, s. 24.

[132] Bu dönemde en yüksek payı alan devlet %16 ile İran olmuştur. (**Voss**, s. 18)

[133] **Duval et al.**, s. 45.

[134] **Note**, s. 784-786.

[135] **Wälde**, "Revision", s. 276 vd.

doğrudan kamulaştırma yerine vergilerin arttırılması yoluyla ekonomik denkleştirme yapmayı tercih etmişlerdir[137].

Post-Kolonyal Dönemde yabancı yatırım sözleşmelerinin ekonomik dengelerinde meydana gelen değişikliklerin yanı sıra bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejime ve uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin de değişiklikler görülmüştür. Ev sahibi devletlerin diplomatik koruma uygulamasından, yabancı yatırımcıların da ev sahibi devlet mahkemelerinden kaçınmak istemeleri sonucunda bu sözleşmelerin hemen hemen hepsine milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerin konulmuştur. Gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları tarafından yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi olması gereken hukuk düzeninin ev sahibi devlet hukuku olduğu görüşü ateşli biçimde savunulurken, buna karşılık olarak gelişmiş ülkelerin hukukçuları da yabancı yatırımcıların hukuki güvenlik sorununa çözüm bulmak adına yatırım sözleşmelerine hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria*, milletlerarası hukuk, milletler ötesi hukuk ve sözleşmenin kendi yarattığı hukuk düzeni (*lex contractus*) gibi çeşitli hukuk sistemlerinin uygulanmasını önermişlerdir[138].

C. Modern Dönem

1980'lerin başından günümüze kadar gelen Modern Dönemin ayırt edici özellikleri devlet ile yatırımcı arasındaki güç dengesinin sağlanmış olması, yabancı yatırımların korunmasında ikili yatırım antlaşmalarının ve bilhassa yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID sisteminin yaygın hale gelmesidir.

1970'lerde yüksek petrol fiyatları petrol ihracatçısı ülkelerin büyük kazançlar elde etmesini sağlamış ve bu devletler tarafından Avrupa ile Kuzey Amerika'daki bankalara yatırılan petrol gelirleri finans kuruluşlarının elinde çok büyük miktarda mevduat birikmesini sağlamıştır. Bu büyük mevduat birikimi 1970'lerde gelişmekte olan ülkelerdeki ekonomik kalkınma projelerinin finansmanında kullanılmış, fakat

---

[136] *Ibid.*

[137] *Ibid.*

[138] **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 404 vd. (Bu hukuk sistemlerine ilişkin tartışmalar için bkz. aşağıda Bölüm 3)

1980'lerde petrol fiyatlarının hızlı biçimde düşmesi ile mevduat akışı kesintiye uğramıştır. Dolayısıyla, gelişmekte olan ülkeler artık daha az miktarda olan yabancı sermayeyi çekmek için yarışa girmek durumunda kalmış ve 1970'lerdeki sermaye bolluğu döneminde sahip oldukları müzakere üstünlüklerini kaybetmişlerdir[139].

Post-Kolonyal Dönemde klasik imtiyazların yerini almak üzere geliştirilen yeni yabancı yatırım sözleşmesi türleri Modern Dönemde olgunlaşmış ve bugünkü şekillerini almıştır. Genel olarak bakıldığında, modern yatırım sözleşmelerinin Klasik Dönemdeki imtiyazlarla karşılaştırıldığında daha kısa süreli olduğu, daha sınırlı bir alanı kapsadığı ve yatırımcıya daha sınırlı yetkiler tanıdığı görülmektedir. Sözleşme süreleri artık eskisi gibi 60-70 yıl seviyelerine çıkmamakta, sektörlere göre değişkenlik göstermekle birlikte en uzun sözleşmelerin olduğu petrol sektöründe bile sözleşme süreleri genellikle 35-45 yıl aralığında seyretmekte, petrol dışı madenlerde genellikle 25-35 yıl aralığında olan sözleşme süreleri diğer sektörlerde daha da az olabilmektedir[140]. Sözleşmeler artık bir ülkenin tamamı veya büyük bölümü için yapılmamakta, ev sahibi devletler tarafından belirlenen çok daha küçük "petrol blokları", "maden sahaları" veya "imtiyaz/işletme bölgeleri" gibi coğrafi alanlarla sınırlı tutularak devletlere aynı anda pek çok farklı yatırımcıyla farklı bölgeler için sözleşme imzalayabilme esnekliği sağlanmaktadır[141]. Yabancı yatırımcılara artık yatırım operasyonlarının planlanması ve yönetilmesinde de tam yetki verilmemekte, genellikle yatırımcıların uymaları zorunlu olan çalışma takvimleri dayatılmakta ve yatırımın pek çok aşamasında devletin kontrolü ile onayı zorunlu tutularak devletlere kendi ekonomik kalkınmaları için önemli gördükleri yatırım projelerinin gidişatı üzerinde daha fazla tasarruf yetkisi verilmektedir[142].

Modern Dönemde uyuşmazlıkların çözümü bakımından yabancı yatırım sözleşmelerine getirilen en büyük yenilik kuşkusuz yatırım tahkimi sistemidir. ICSID Sözleşmesi 1966'da yürürlüğe girmiş olsa da yatırımcıların bu sistemi benimseyip

---

[139] **Paasivirta**, s. 25-26; **George Joffé et al.**, "Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism", 2(1) JWELB 3 (2009), s. 5-6.

[140] **Wälde**, "Revision", s. 279; **Smith**, s. 507.

[141] **Smith**, s. 505.

[142] *Ibid.*, s. 506.

efektif biçimde kullanır hale gelmeleri biraz zaman almıştır. İlk ICSID tahkimi olan *Holiday Inns v. Morocco*[143] 1972'de başlatılmış, fakat 2000'lere kadar yatırım tahkimi sisteminde fazla hareketlilik görülmemiştir. 1990 yılına kadar ICSID ve diğer yetkili mecralarda başlatılmış yatırım tahkimlerinin sayısı 26 iken, bu sayı özellikle 2000 yılından sonra büyük artış göstererek 2014 sonu itibariyle 608'e yükselmiştir[144]. Yatırım tahkimi sisteminin yükselişi ile birlikte yabancı yatırım sözleşmelerinin yorumlanması ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesi gibi hususlarda da önemli içtihatlar oluşturulmuş ve yeni yaklaşımlar getirilmiştir. Bu yenilikler de çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

III. TÜRLERİ

Klasik Dönemin imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ilk önemli milletlerarası tahkim kararlarından biri olan *Aramco* kararında, konuları bakımından ana olarak altyapı ve kamu hizmetlerinin sunulmasına ilişkin sözleşmeler ile yeraltı kaynaklarının çıkarılmasına ve işlenmesine ilişkin sözleşmeler olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir[145]. Bu çalışmada klasik yabancı yatırım sözleşmeleri incelenirken bu iki ana kategorinin yanı sıra konu olarak her iki sözleşme türünün ortak noktalarını barındıran sözleşmeler de karma nitelikli sözleşmeler olarak ele alınacaktır.

Klasik yabancı yatırım sözleşmelerinin yanı sıra, özellikle Modern Dönemde yaygınlaşan ve yatırım tahkimi kararlarında yatırım sözleşmesi olarak kabul edilen inşaat sözleşmeleri, uzun süreli alım-satım sözleşmeleri, bazı kredi sözleşmeleri, ortak girişim (*joint venture*) sözleşmeleri ve teknoloji transferi sözleşmeleri gibi bazı sözleşme türleri de bu çalışma kapsamında ele alınacaktır[146].

---

[143] *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1, Kayıt Tarihi: 13.01.1972.

[144] **UNCTAD**, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, IIA Issue Note, No. 2, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/2, United Nations Publication, 2015, s. 2.

[145] *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)*, Award, 23.08.1958, 27 ILR 117, s. 192 vd.

[146] **Okezie Chukwumerije**, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books, Westport (CT) 1994, s. 143.

A. Klasik Yabancı Yatırım Sözleşmesi Türleri

1. Altyapı ve Kamu Hizmetlerinin Sunulmasına İlişkin Sözleşmeler

Yabancı yatırımcılarla imzalanan altyapı ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler, Klasik Dönemden beri sermaye ve *know-how* açığını kapatmak için gelişmekte olan ülkeler tarafından tercih edilmiştir. Demiryolu, tramvay, telefon, elektrik üretimi ve dağıtımı gibi teknik birikim gerektiren projeler 19. yüzyıldan beri yabancı yatırımcıların ilgisini çekmiştir. 1888 yılında Osmanlı Devleti tarafından Fransız *Société du Chemin de Fer Ottoman de Jaffa à Jerusalem et Prolongements* şirketine verilen Filistin demiryolu imtiyazı[147], 1925 yılında Yunanistan Devleti İngiliz *Electric Transport Company Ltd.* şirketine verilen Atina tramvay imtiyazı[148] ve 1930 yılında yine Yunanistan Devleti tarafından Alman *Siemens* şirketine verilen telefon hatları imtiyazı[149] Klasik Dönemdeki altyapı ve kamu hizmeti imtiyazlarının bazı örnekleridir.

Altyapı ve kamu hizmetlerine ilişkin projelerden kaynaklı pek çok sözleşme ICSID kararlarına da konu olmuştur. Çöp ve atık yönetimi[150], su ve kanalizasyon hizmetleri[151], gaz iletim ve dağıtımı[152], elektrik üretim, iletim ve dağıtımı[153],

---

[147] **Gillis J. Wettel / Stephen M. Schwebel**, "Some Little-Known Cases on Concessions", 40 BYIL 183 (1964), s. 222.

[148] *Ibid.*, s. 207-208.

[149] *Ibid.*, s. 216.

[150] *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003; *Robert Azinian and others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 01.11.1999, 14 ICSID Rev. – FILJ 538 (1999), 39 ILM 537 (2000), 121 ILR 2 (2002), 5 ICSID Rep. 272 (2002); *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000, 16 ICSID Rev. – FILJ 168 (2001), 40 ILM 36 (2001), 26 YCA 99 (2001), 119 ILR 618 (2002), 5 ICSID Rep. 212 (2002).

[151] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21.11.2000, 16 ICSID Rev. – FILJ 641 (2001), 40 ILM 426 (2001), 125 ILR 1 (2004), 26 Y.B. Com. Arb. 61 (2001); *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.07.2008.

[152] *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.05.2005, 44 ILM 1205 (2005).

[153] *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27.04.2006, 21 ICSID Rev. – FILJ 488 (2006); *Aguaytia Energy, LLC v.*

demiryolu işletmesi[154] gibi çok çeşitli konularda imzalanmış imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ICSID kararları mevcuttur.

Altyapı ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin modern formlarından biri de yap-işlet-devret (YİD) sözleşmeleridir. Otoyollar, barajlar, enerji santralleri gibi büyük altyapı projelerinde tercih edilen yöntemlerden biri olan YİD sözleşmelerinde, yatırımcı projenin inşaat aşamasındaki tüm masraf ve risklerini üstlenmekte, buna karşılık projenin faaliyete geçmesinden sonra sözleşme ile belirlenen süre boyunca işletme haklarına sahip olmaktadır. Bu bakımdan YİD sözleşmelerinin temelinde yatan mantığın imtiyaz sözleşmelerine benzer olduğu ifade edilmiştir[155]. Bazı YİD sözleşmeleri ICSID tahkimlerine de konu olmuş ve yabancı yatırım sözleşmesi nitelikleri hakem heyetlerince kabul edilmiştir[156].

2. Doğal Kaynaklarının Çıkarılmasına ve İşlenmesine İlişkin Sözleşmeler

Doğal kaynakların çıkarılmasına ve işlenmesine ilişkin sözleşmeler de klasik yabancı yatırım sözleşmesi türlerinden biridir. Zengin yeraltı kaynaklarına sahip olan fakat bunları çıkarıp işlemek için gerekli sermaye ve teknik kapasiteye sahip olmayan devletler, yabancı yatırımcılar ile bu tür sözleşmeler imzalayarak sahip oldukları kaynaklardan ekonomik fayda elde etmeyi amaçlamaktadırlar.

Bu tür sözleşmelere ilişkin akademik çalışmalara ve milletlerarası tahkim kararlarına bakıldığında bunların büyük çoğunluğunun petrol sözleşmeleri ile ilgili olduğu görülmektedir[157]. Bununla birlikte, diğer madenlere ilişkin sözleşme türleri

---

Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/06/13, Award, 11.12.2008; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23.09.2010.

[154] *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic*, ICSID Case No. ARB/04/5, Award, 07.03.2008, 26 ICSID Rev. – FILJ 181 (2011).

[155] **Voss**, s. 24.

[156] *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 07.02.2011; *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, Award, 12.07.2012.

[157] Farklı ülkelerde kabul edilen petrol sözleşme türleri ve rejimlerinin karşılaştırmalı incelemesi ve sözleşme örnekleri için genel olarak bkz. **Gordon H. Barrows**, *Worldwide Concession Contracts and Petroleum Legislation*, PennWell, Tulsa (OK) 1983; **Peter Cameron**, *Petroleum Licensing: A Comparative Study*, Financial Times Business Information, London 1984.

incelendiğinde bunların da petrol sözleşmeleri ile benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır[158].

Yukarıda terminolojiye ilişkin bölümde de açıklandığı üzere, Klasik Dönemde sıklıkla kullanılan "imtiyaz" terimi Post-Kolonyal Dönemde bağımsızlığını kazanan devletlerce siyasi açıdan kabul edilebilir bulunmadığından bu terimin terk edilmesi ve yerine alternatif terimler üretilmesi söz konusu olmuştur. Yeraltı kaynaklarına (özellikle de petrole) ilişkin sözleşmelerde bu arayışların bir sonucu olarak üretim paylaşımı sözleşmesi (*production sharing contract*) ve servis sözleşmesi (*service contract*) gibi yeni sözleşme türleri ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar bu sözleşme türleri arasındaki farklılıkların abartıldığını, zira bütün bu sözleşme türlerinin aynı ekonomik gerçekliği yansıttığını ve dolayısıyla da bu sözleşmeler incelenirken tipoloji yerine bunun altında yatan maddi gerçekliğin esas alınması gerektiğini savunurken[159], karşı görüşte olan yazarlar ise bu sözleşme türleri arasında önemli kavramsal farklılıklar bulunduğunu ve her bir sözleşme türünün devletle yatırımcı arasındaki ilişki bakımından farklı düzenlemeler içerdiğini ifade etmektedir[160].

a. İmtiyaz Sözleşmeleri

Klasik Dönemden beri kullanılan "imtiyaz sözleşmesi" terimi ilerleyen dönemlerde bazı ülkeler tarafından terk edilirken bazı ülkelerde ise bu terimin kullanımına devam edilmiş, ancak Klasik Dönem imtiyaz sözleşmeleri zaman içinde büyük bir değişim geçirmiştir. Bu nedenle, kavram karmaşasını önlemek amacıyla doktrinde imtiyaz sözleşmeleri incelenirken "klasik (veya geleneksel) imtiyaz sözleşmeleri" ile "modern imtiyaz sözleşmeleri" şeklinde bir ayrım yapıldığı görülmektedir.

---

[158] **Christian Kirchner et al.**, *Mining Ventures in Developing Countries*, Part 1, Kluwer, Deventer 1979.

[159] **Peter**, s. 23.

[160] **Smith et al.**, s. 429.

i. Klasik İmtiyaz Sözleşmeleri

Daha önce yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişimine ilişkin bölümde de ifade edildiği üzere, klasik imtiyaz sözleşmelerinin ortak özellikleri, imtiyaz alanlarının çok geniş ve imtiyaz sürelerinin çok uzun olması, buna karşılık devlete verilen ekonomik payların ve devletin operasyonlar üzerindeki söz hakkının oldukça düşük olmasıdır. Ayrıca, klasik imtiyazlarda, imtiyaz sahasında toprağın altında yer alan petrol veya madenlerin mülkiyetinin imtiyaz sahibine ait olduğuna dair hükümler bulunmaktadır[161].

Klasik petrol imtiyaz sözleşmeleri, ev sahibi devletlerle yabancı yatırımcılar arasında pek çok hukuki uyuşmazlıklara da konu olmuş ve bu sözleşmelere ilişkin bazı önemli tahkim kararları verilmiştir[162]. Yeniden müzakereler, uyarlamalar, fesihler ve çeşitli hukuki uyuşmazlıklar sonucunda klasik imtiyaz sözleşmeleri zaman içinde evrim geçirerek modern imtiyaz sözleşmelerini ortaya çıkarmıştır.

ii. Modern İmtiyaz Sözleşmeleri

Modern imtiyaz sözleşmelerinin farklı ülkelerde farklı şekillerde isimlendirildiği görülmektedir. İmtiyaz (*concession*) terimi hâlâ pek çok ülkede kullanılırken, bazı ülkelerde bunun yerine lisans/ruhsat (*license*) ve izin (*permit*) gibi terimlerin de kullanıldığı görülmektedir[163].

Modern imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz alanlarının daha küçük, imtiyaz sürelerinin ise daha kısa olduğu görülmektedir. İmtiyaz süresinin arama (*exploration*), geliştirme (*development*) ve üretim (*production*) gibi çeşitli safhalara ayrıldığı ve her bir safhadan bir sonrakine geçiş için yatırımcının yerine getirmesi gereken birtakım yükümlülüklerin belirlendiği görülmektedir. Ayrıca, imtiyaz sahası

---

[161] **Alqurashi**, s. 26-28; **Duval et al.**, s. 59-60; **Voss**, s. 20-21; **Smith et al.**, s. 429.

[162] *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, Award, 1951, 18 ILR 144; *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd.*, Award, 1953, 20 ILR 534; *Saudi Arabia v. Aramco*; *BP Exploration Company (Libya) Limited v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award on Merits, 10.10.1973, 53 ILR 297; *Liamco v. Libya*; *Topco v. Libya*, Award.

[163] **Alqurashi**, s. 39.

da yatırımcının kullanmadığı alanların ayrılması suretiyle safhalar ilerledikçe kademeli olarak küçültülmekte ve ayrılan kısımlar üzerinde devletin başka yatırımcılarla sözleşme yapma imkanı olmaktadır[164].

Devletin ekonomik olarak üretimden aldığı pay, rödövans, vergi, kira ve prim gibi çeşitli başlıklar altında bölünmektedir. Devletin payı ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle birlikte klasik imtiyazlara göre çok daha yüksektir. Ayrıca yerel istihdam için kotalar belirlenmesi, yerel işgücünün eğitimine ve sosyal projelere bütçeler ayrılması gibi düzenlemeler de sıklıkla yer almaktadır[165].

Devletin ekonomik operasyonlar üzerindeki kontrol ve karar alma yetkileri de klasik imtiyazlara göre çok daha geniştir. Yatırımcının periyodik olarak ve çeşitli safhaların sonunda devlete sunması gereken raporlar detaylı biçimde belirtilmiştir. Bu raporların kabulü ve bir sonraki safhaya geçiş izni verilmesi de genellikle görevli devlet kurumunun onayı ile mümkün olmaktadır. Yatırımcının operasyon bütçesi ve iş programı gibi önemli kararlar da devletin onayına tabi kılınmaktadır[166].

b. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri

Üretim paylaşımı sözleşmeleri[167], ilk olarak Bolivya petrol sektöründe kullanıldıktan sonra İran ve özellikle de Endonezya'da geliştirilerek yaygınlaşmış ve pek çok ülkede kullanılan bir sözleşme türü haline gelmiştir[168].

---

[164] **Alqurashi**, s. 28-33; **Duval et al.**, s. 63-67.

[165] *Ibid.*

[166] *Ibid.*

[167] İngilizce *production sharing contract* teriminin Türkçe karşılığı olarak doktrinde farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. *Şit Köşgeroğlu* tarafından "üretim paylaşımı sözleşmesi", *Yılmaz* tarafından ise "üretim ortaklığı sözleşmesi" terimleri tercih edilmiştir. (**Alper Çağrı Yılmaz**, *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, On İki Levha, İstanbul 2013, s. 159) Kanaatimizce "üretim paylaşımı" ifadesi bu tür sözleşmeleri daha doğru biçimde ifade etmektedir. Zira hem bu kullanım kavramın İngilizce orijinalindeki "sharing" sözcüğünün tam karşılığını vermekte, hem de taraflar arasındaki ilişkiyi "ortaklık" kavramına göre daha iyi açıklamaktadır. Üretim paylaşımı sözleşmelerinde devlet ile yatırımcı arasında her zaman doğrudan bir ortaklığın var olduğundan söz etmek mümkün değildir. Devletin (veya devlet şirketinin) üretim haklarından pay alarak yatırımcı ile gerçek anlamda "ortak" konumuna gelmesine imkan sağlayan "katılım" (*participation*) hükümlerine bu tür sözleşmelerde sıklıkla rastlanmakla birlikte böyle bir hükmün bulunmaması veya bulunsa dahi devlet tarafından kullanılmaması ihtimallerinde taraflar arasında gerçek anlamda bir "ortaklık" ilişkisi doğmayacak, sadece yatırımcının üretim yaptığı devletin de kendi payına düşen ürünleri aldığı bir

Üretim paylaşımı sözleşmesinde yatırımcı adeta bir müteahhit konumundadır. Zira petrolün mülkiyeti devlete ait olduğu gibi bu petrolü çıkarma imtiyazı da devlet tarafından genellikle yetkili devlet şirketine (veya kurumuna) verilmiştir. Yabancı yatırımcı ise, imtiyaz sahibi devlet şirketi ile üretim paylaşımı sözleşmesi imzalayarak tüm riskler kendisine ait olmak üzere imtiyaz bölgesindeki petrol arama ve çıkarma operasyonlarını yürütme hakkını elde etmiştir. Çıkarılan petrolün belirli bir kısmı yatırımcının masraflarını karşılamak üzere ayrıldıktan sonra geri kalan kısım sözleşmede kararlaştırılan oranlara göre devlet şirketi ile yatırımcı arasında paylaşılmaktadır. Genellikle uluslararası petrol şirketlerinin devlet şirketlerine göre uluslararası petrol piyasasına daha hakim olmalarından ötürü, devletin payına düşen petrolün de sözleşmede belirlenen piyasa fiyatı üzerinden yatırımcı tarafından uluslararası piyasalarda satılması ve bedelinin devlete ödenmesi yönünde seçimlik hükümler devlet lehine sözleşmeye eklenmektedir[169].

Üretim paylaşımı sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmeleri arasındaki temel farkın yerin altındaki petrolün (*petroleum in situ*) mülkiyeti bakımından olduğu ifade edilmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi olan yatırımcının imtiyaz sahasında yeraltındaki petrol üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilirken, üretim paylaşımı sözleşmelerinde imtiyazın sahibi devlet şirketi olduğundan yeraltındaki petrolün mülkiyeti hiçbir zaman yatırımcıya geçmemekte, yatırımcı sadece petrolü yerin üstüne çıkardıktan sonra sözleşme gereği kendi payına düşen kısmı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilmektedir[170].

Bu farklılıklar dışında kalan konularda üretim paylaşımı sözleşmeleri ile modern imtiyaz sözleşmelerinde getirilen düzenlemeler genellikle aynıdır.

"paylaşım" ilişkisi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu çalışmada da "üretim paylaşımı sözleşmesi" terimi tercih edilecektir.

[168] **Alqurashi**, s. 42.

[169] **Alqurashi**, s. 43-45; **Duval et al.**, s. 69-70.

[170] **Smith et al.**, s. 464; **Yılmaz**, s. 160.

c. Servis Sözleşmeleri

Bazı ülkelerde siyasi gelişmeler ve bunlardan etkilenilerek gerçekleştirilen anayasal düzenlemeler, imtiyaz sözleşmesi veya üretim paylaşımı sözleşmesi gibi sözleşme türlerinin kullanımını imkansız hale getirmiştir. Zira bu ülkelerde (örneğin Meksika), petrolün aranması, çıkarılması, işlenmesi ve taşınması gibi tüm petrol operasyonlarının tamamıyla devlet petrol şirketine ait olacağı anayasada katı biçimde belirtilmiştir. Bu ülkelerde petrol sektörünün gelişimi için yabancı yatırımcılara da ihtiyaç duyulduğundan, bu ihtiyaç servis sözleşmelerinin imzalanması yoluyla giderilmiştir[171]. Servis sözleşmeleri petrol dışında diğer madenler bakımından da uygulanmaktadır[172].

Servis sözleşmeleri doktrinde yalın servis sözleşmeleri ve risk servis sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır[173].

i. Yalın Servis Sözleşmeleri

Yalın servis sözleşmelerinde (*pure service contracts*) yabancı yatırımcı petrol operasyonlarının riskini üstlenmemekte, sadece devlet şirketi ile imzaladığı sözleşmenin hükümlerine göre petrol arama ve çıkarma operasyonlarını devlet şirketi adına yürütmekte ve bunun karşılığında sözleşmede belirlenen şekilde ücretini almaktadır[174]. Bu bakımdan yalın servis sözleşmeleri alelade hizmet sözleşmeleridir.

Yalın servis sözleşmeleri, Suudi Arabistan ve Kuveyt gibi ülkelerde petrol kaynaklarının millileştirilmesinden sonra genellikle düşük riskli petrol sahalarında kullanılmıştır[175].

---

[171] **Smith et al.**, s. 482.

[172] **Kirchner et al.**, s. 183 vd.

[173] **Şit Köşgeroğlu**, s. 106.

[174] **Smith et al.**, s. 482.

[175] **Alqurashi**, s. 48.

ii. Risk Servis Sözleşmeleri

Risk servis sözleşmelerinde yabancı yatırımcı yine müteahhit olarak görev yapmakta, fakat yalın servis sözleşmelerinden farklı olarak petrol operasyonlarının riskini de üstlenmektedir. Üretim paylaşımı sözleşmeleri ile risk servis sözleşmeleri arasındaki temel fark, üretim paylaşımı sözleşmelerinde yatırımcı masrafları ve kâr payı karşılığında petrol üretiminden pay alırken, risk servis sözleşmelerinde yatırımcıya petrol verilmeyerek bunun yerine sözleşmede belirlenen formüllere göre hesaplanan servis ücretinin ödenmesidir[176].

Petrol şirketleri genellikle servis ücreti almakla yetinmeyip çıkardıkları petrolden pay almak istediklerinden, genellikle risk servis sözleşmelerine geri alım (*buy-back*) hükümleri de eklenerek yatırımcıya, hak ettiği servis ücreti ile sınırlı olmak üzere, çıkarılan petrolün bir kısmını sözleşmede belirlenen fiyat formüllerine göre satın alma hakkı tanınmaktadır[177]. Özellikle bu geri alım hükümlerinin de eklenmesi halinde risk servis sözleşmeleri ile üretim paylaşımı sözleşmeleri arasında nihai sonuç bakımından pek bir fark kalmamaktadır[178].

Risk servis sözleşmeleri, petrol kaynaklarının millileştirilmesinden sonra Latin Amerika ülkeleri tarafından en çok kullanılan sözleşme tipi olmuştur[179].

d. Katılım Sözleşmeleri

Ev sahibi devletlerin sadece petrol sözleşmelerinden aldıkları ekonomik paylarını arttırmakla yetinmeyip aynı zamanda bu sözleşmelere ilişkin tüm teknik ve idari süreçlere de dahil olmak istemeleri üzerine katılım (*participation*) sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.

---

[176] **Duval et al.**, s. 87.

[177] **Duval et al.**, s. 86-87; **Smith et al.**, s. 483.

[178] **Yılmaz**, s. 161.

[179] **Smith et al.**, s. 482.

Ayrı bir sözleşme şeklinde imzalanabildiği gibi diğer sözleşmelerden birinin içine bir kloz olarak eklenebilen veya bunlara ek sözleşme olarak da imzalanabilen katılım sözleşmeleri, devlete petrol sözleşmesine taraf olan şirkette bedelini ödemek kaydıyla hisse alma hakkı tanımaktadır. Şirkete ortak olması durumunda devlet petrol operasyonlarının masraflarına da hissesi oranında katılmaktadır, fakat çoğunlukla devletin masraflardaki payının petrol keşfi yapılarak ticari üretime geçilmesinden sonra ödenmek kaydıyla ertelenmesine dair hükümler de bu sözleşmelere eklenmektedir[180].

3. Karma Nitelikli Sözleşmeler

Konu bakımından kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler ile yeraltı kaynaklarına ilişkin sözleşmeler arasındaki ayrımın bazı Klasik Dönem imtiyaz sözleşmelerinde ortadan kalktığı ve her iki sözleşme türünün unsurlarını barındıran karma nitelikli sözleşmelerin de bu dönemde imzalandığı görülmektedir.

Karma nitelikli sözleşmeler, genellikle belirli bir bölgede (veya ülkenin tamamında) bir kamu hizmetini yerine getirme yükümlülüğünü üstlenen bir yabancı yatırımcının aynı zamanda bu imtiyaz bölgesinde belirli yeraltı kaynaklarının arama ve çıkarılması haklarına da sahip olması şeklinde kendini göstermiştir. Yeraltı kaynaklarına ilişkin hakların verilmesinin gerekçesi olarak bazı durumlarda kamu hizmeti için ödeme yapma imkanı olmayan ev sahibi devletin ödeme yerine ilave haklar vermek istemesi veya kamu hizmetinin yerine getirilmesi (örneğin demiryolu inşası) sırasında yatırımcıya gerekecek olan hammaddelerin sağlanması gibi nedenler gösterilebilir.

Klasik Dönemde imzalanmış olan ilk imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilen 1872 tarihli *Reuter* imtiyazı karma nitelikli sözleşmelerin belirgin örneklerinden biridir. İran İmparatorluğu tarafından İngiliz vatandaşı Baron Paul Julius de Reuter'e verilen bu imtiyazın esas amacı Hazar Denizi ile İran Körfezi arasında bir demiryolunun inşası ve 70 yıllığına işletilmesi olmakla birlikte, aynı imtiyaz kapsamında İmparatorluğun tüm topraklarında 70 yıl boyunca petrol, gaz ve diğer

[180] **Duval et al.**, s. 103-104.

madenleri (altın, gümüş ve değerli taşlar hariç) arama ve çıkarma, sulama ve su yolları açma, kerestecilik faaliyetleri, tramvay hatlarının inşası ile işletilmesi ve İmparatorluğun tüm gümrüklerinin 20 yıl boyunca kontrolü ve işletilmesi hakları da bu imtiyaz kapsamında Baron Reuter'e verilmiş, ayrıca postacılık ve bankacılık gibi kamu hizmetleri konusunda da öncelik tanınmıştır. Fakat daha sonra bu imtiyazın gereğinden çok daha geniş kapsamlı olduğu İran İmparatorluğu tarafından da anlaşıldığından imtiyaz sözleşmesi hiçbir zaman faaliyete geçememiştir[181].

Karma nitelikli sözleşmelerin Türkiye tarihi açısından önemli olan başka bir örneği ise 1903 tarihli Bağdat Demiryolu Sözleşmesidir. Osmanlı İmparatorluğu ile Alman sermayeli Osmanlı Anadolu Demiryolu Şirketi arasında imzalanan bu sözleşme ile Konya'dan Bağdat ve Basra'ya uzanan hat üzerinde demiryolu inşa etme ve 99 yıl süreyle işletme hakkı imtiyaz sahibi şirkete verilmiştir. Aynı sözleşmenin 6. maddesi ile de imtiyaz sahibine, demiryolu hattının iki yakasında 15 kilometrelik alandaki kamu arazilerinde yer alan taş ocaklarını inşaat süresi boyunca bedelsiz olarak işletme hakkı tanınmıştır[182].

B. Modern Milletlerarası Yatırım Hukuku Kapsamında Yabancı Yatırım Sözleşmesi Olarak Kabul Edilen Diğer Sözleşme Türleri

Klasik yabancı yatırım sözleşmesi türlerinin yanı sıra, özellikle Modern Dönem ile birlikte milletlerarası sermaye akışlarının hızlanması ve bununla paralel olarak milletlerarası yatırım hukukunun da hareketlenmesi, bazı yeni sözleşme türlerinin devletlerle yabancı yatırımcılar arasında imzalanmasına yol açtığı gibi, daha önce yatırım kapsamında değerlendirilmeyen bazı sözleşme türlerinin de artık bu kapsama alınması sonucunu doğurmuştur.

---

[181] **L. E. Frechtling**, "The Reuter Concession in Persia", 34 As. Rev. 518 (1938); **Mike Bunter**, "A Note on Iraqi oil contracts from 1908 to 1931", 1(2) OGEL 2003; **Volkan Ş. Ediger**, *Osmanlı'da Neft ve Petrol*, ODTÜ, Ankara 2006, s. 244.

[182] **Zvi Yehuda Herschlag**, *Introduction to the Modern Economic History of the Middle East*, Brill, Leiden 1964, s. 318 vd.

1. İnşaat Sözleşmeleri

İnşaat sözleşmelerinin[183] aynı zamanda inşaattan sonra işletme hakkını da kapsayan yap-işlet veya yap-işlet-devret türü sözleşmeler olması halinde bunların yabancı yatırım sözleşmesi olduğu konusunda zaten tereddüt yoktur. Tartışmaya bir nebze daha açık olan konu, böyle işletme haklarını içermeyen anahtar teslim (*turnkey*) türü inşaat sözleşmelerinin de yatırım tanımı kapsamına girip girmeyeceğidir.

ICSID'in hazırlık müzakereleri sırasında Kuveyt temsilcisi tarafından inşaat sözleşmelerinin yatırım kapsamına girip girmediğinin de açıkça anlaşılacağı şekilde daha kapsamlı bir yatırım tanımı yapılması önerilmiş[184], ancak sonuç olarak ICSID'de yatırım tanımı yapılmaması kararlaştırıldığından bu yönde bir çalışma olmamıştır.

Yüklenicinin, fizibilite çalışmaları, teknoloji ve *know-how* sağlanması, dizayn ve mühendislik çalışmaları ile ekipmanların tedariki gibi çeşitli taahhütler altına girdiği inşaat sözleşmelerinin her ne kadar alım-satım ilişkisine benzerlik gösteren yönleri olsa da, bu tür sözleşmelerde yüklenicinin yükümlülüklerinin klasik anlamda "hazır mal" satımının ötesinde olduğu, sözleme daha uzun süreli bir ilişkiyi ihtiva ettiği ve yerel istihdam da yarattığından ötürü inşaat sözleşmelerinin "yatırım anlaşması" olarak sınıflandırılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir[185].

Uygulamada Türk yatırımcılarının yurtdışında en fazla yatırımı yaptıkları ve Türk yatırımcılarının taraf olduğu en çok sayıda yatırım uyuşmazlığının[186] da

---

[183] Uluslararası inşaat sözleşmeleri ile ilgili genel olarak bkz. **Ziya Akıncı**, *İnşaat Sözleşmeleri*; **Tunay Köksal / Serhat Özer**, *Yurtdışı İnşaat Hizmetleri Sektörü İçin Uluslararası Tahkim Rehberi*, Adalet, Ankara 2013.

[184] **ICSID**, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Washington DC 1968, Vol. II, s. 499-500.

[185] **Paasivirta**, s. 22-23; **Voss**, s. 22.

[186] Türk yatırımcıların taraf olduğu inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan bazı uyuşmazlıklar: *Bayındır v. Pakistan*, Award; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18.05.2010; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Treaty Authenticity and

konusunu oluşturan inşaat sözleşmelerinin yatırım sözleşmesi niteliği elbette Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir[187].

ICSID tahkimi uygulamasında ise inşaat sözleşmelerinin yatırım sözleşmesi niteliğine ilişkin fazla şüpheye yer bırakılmamıştır[188]. ICSID tahkim heyetleri pek çok kararda inşaat sözleşmelerinin yatırım sözleşmesi niteliğini kabul etmişlerdir[189].

2. Alım-Satım Sözleşmeleri

Alelade alım-satım ilişkileri salt ticari ilişki olarak kabul edildiğinden genellikle yatırım sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmemektedir[190]. Peşin ödemeli alım-satım ilişkilerinde risk faktörü ortadan kalktığından bunların yatırım sözleşmesi kabul edilemeyeceği açıktır. Ancak asıl tartışma, satım bedelinin satıcı tarafından finanse edildiği ve uzun vadede geri ödeneceği durumlarda (*supplier credit*) söz konusu olmaktadır.

ICSID'in hazırlık müzakereleri sırasında Norveç temsilcisi, satıcı tarafından finanse edilen alım-satım ilişkilerinden doğan uzun süreli borçların yatırım kapsamına girip girmediğinin açıkça belirtildiği bir yatırım tanımı önermişse de[191] böyle bir tanım nihai olarak ICSID kapsamına alınmamış, dolayısıyla bu konu taraf devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Öte yandan, ikili yatırım antlaşmaları

Interpretation, 07.05.2012; *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24; *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Decision on Jurisdiction, 13.02.2015; *Faruk Bozbey v. Turkmenistan*, UNCITRAL.

[187] **Stephan Wilske / Sarah Kimberly Hughes**, "Investment Treaty Arbitration Involving Turkey and Turkish Parties", İsmail Esin / Ali Yeşilırmak (ed.), *Arbitration in Turkey*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, s. 241 vd.

[188] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 127.

[189] *RFCC v. Morocco*, Jurisdiction, para. 50-57; *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 43-58; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27.09.2001, para. 101; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 09.11.2004, para. 67, 92; *Bayındır v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 111-138; *Jan de Nul v. Egypt*, Jurisdiction, para. 90-106; *Saipem v. Bangladesh*, Jurisdiction, para. 98-111;

[190] Örneğin NAFTA m. 1139'da "sadece mal ve hizmetlerin satımına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan para alacaklarının" yatırım sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

[191] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 450-451.

imzalayan devletler antlaşmalarında yatırım tanımını yaparken alelade alım-satım sözleşmelerini de bu kapsama almakta serbest olmakla birlikte, ICSID Sözleşmesi m. 25 gereği ICSID tahkiminde görülebilecek uyuşmazlıkların yatırım uyuşmazlığı olması zorunluluğu bulunduğundan yatırım niteliği taşımayan alım-satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar yine de ICSID'in yargılama yetkisinin dışında kabul edilecektir. ICSID Genel Sekreterliği'nin bu nedenle bazı tahkim taleplerini kayda almayı reddettiği belirtilmiştir[192].

Joy Mining kararında, madencilik ekipmanlarının satımına ilişkin bir sözleşmenin yabancı yatırım sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmiştir. Her ne kadar davacı burada sözleşme konusu malların teknik açıdan kompleks nitelikli olduğu gerekçesine dayanmak istese de, tahkim heyeti en kompleks alım-satım sözleşmelerinin bile özünde ticari bir ilişki içermeleri bakımından "istisnai koşullar haricinde" yatırım kabul edilemeyeceğini belirterek bu argümanı reddetmiştir[193]. Tahkim heyeti bu "istisnai koşullar"ın açıklamasını yapmamıştır, fakat genel ilkeler çerçevesinde yatırıma ilişkin temel nitelikleri (katkı, risk, süre ve ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı) barındıran alım-satım sözleşmelerinin yabancı yatırım sözleşmesi olarak kabul edileceği söylenebilir. Özellikle ev sahibi devlet için stratejik öneme sahip ve teknik açıdan kompleks nitelikli mallara ilişkin olan ve satıcı tarafından kredilendirilmiş olan alım-satım sözleşmelerinin bu kapsamda kabul edilmesi olasıdır.

Enerji Şartı Anlaşması'nda (EŞA) ise enerji ürünlerine ilişkin alelade alım-satım sözleşmelerinin dahi yatırım kabul edilmesine izin veren bir tanım yer almaktadır[194]. EŞA'ya dayanarak alım-satım sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarını tahkime taşımak isteyen yatırımcıların, ICSID Sözleşmesi m. 25 hükmüne

---

[192] **Ibrahim F. I. Shihata / Antonio R. Parra**, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", 14(2) ICSID Rev. – FILJ 299 (1999), s. 308.

[193] *Joy Mining v. Egypt*, Award, para. 58.

[194] EŞA, m. 1(5): "*'Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite (Economic Activity in the Energy Sector)'*, […] Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin […] ticaret, pazarlama, veya satışına […] ilişkin ekonomik aktiviteleri ifade etmektedir."

EŞA m. 1(6): "*'Yatırım (Investment)'*, […] aşağıdaki hususları kapsamaktadır: […] (f) Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir Ekonomik Aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar."

takılmamak için ICSID yolunu tercih etmedikleri, bunun yerine EŞA m. 26(4) kapsamında Stockholm Ticaret Odası (SCC) gibi alternatif tahkim merkezlerini tercih ettikleri görülmektedir. SCC nezdinde görülmüş bazı tahkim davalarında heyetler EŞA m. 1(6) hükmüne dayanarak alım-satım sözleşmelerinin yatırım olarak kabul edilmesine karar vermişlerdir[195].

3. Kredi Sözleşmeleri

Kredi sözleşmelerinin de yatırım niteliği tartışma konusu olmuştur. Doğrudan devlete veya devlet şirketlerine verilen krediler ile o ülkedeki özel sektör şirketlerine verilen krediler de farklı hükümlere tabi olabilir. Örneğin NAFTA'da özel sektör teşebbüslerine verilen 3 yılın üstünde vadeli krediler yatırım tanımı kapsamında kabul edilirken devlet teşebbüslerine verilen krediler kapsam dışında bırakılmıştır[196]. EŞA'da daha geniş bir ifadeyle "bir firma veya teşebbüsün borçları" ile "bir ekonomik değere sahip olan ve bir Yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri" de yatırım tanımı kapsamında kabul edilmiştir[197]. ABD Model YKTK Anlaşması'nda ise "bonolar, tahviller, diğer borç enstrümanları ve krediler" kabul edilen yatırım türleri arasında sayılırken, aynı zamanda dipnotta açıklama yapılarak bu tür borçlanma araçlarının salt ticari nitelikli kullanılması halinde yatırım kapsamına girmeyebileceğinin belirtilmesine gerek görülmüştür[198].

ICSID Sözleşmesi'nin hazırlık müzakerelerinde Burundi ve Avustralya temsilcileri tarafından yabancı şirketlerin devletlere verdikleri kredilerin yatırım sayılıp sayılmayacağı sorgulanmış, fakat bilindiği üzere nihai metinde bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır[199]. *Delaume*, ICSID'in hazırlayıcıları tarafından hazırlık

---

[195] *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, SCC Case No. 118/2001, Award, 16.12.2003, s. 72; *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award, 29.03.2005, s. 38.

[196] NAFTA, m. 1139.

[197] EŞA m. 1(6)(b) ve m. 1(6)(c).

[198] 2012 ABD Model YKTK Anlaşması, m. 1, dn. 1.

[199] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 261, 474.

görüşmeleri sırasında kredi sözleşmelerinin hep yatırım olarak kabul edildiğini ve daha sonra yatırım tanımının ICSID'e konmamış olmasının kredi sözleşmelerinin yatırım niteliği bakımından bir farklılık yaratmayacağını ifade etmiş, ayrıca uygulamada devletlere ve devlet teşebbüslerine verilen kredilere ilişkin sözleşmelerde hemen hemen her zaman bunların ICSID kapsamında yatırım olarak kabul edileceği hükümlerinin de eklendiğini, dolayısıyla da artık kredi sözleşmelerinin yatırım niteliğine ilişkin tartışma olmadığını belirtmiştir[200]. Ayrıca doktrinde kredi sözleşmelerinin MIGA Konvansiyonu[201] kapsamında yatırım olarak kabul edilmesinden yola çıkarak ICSID Sözleşmesi kapsamında da bunun mümkün olduğu sonucuna ulaşanlar vardır[202].

Fedax v. Venezuela'da genel olarak kredilerin ve özel olarak bono, tahvil gibi borç enstrümanlarının satın alınmasının[203]; *CSOB v. Slovakia*'da ise bir banka tarafından ticari aktiviteleri kapsamında verilen kredilerin[204] ICSID kapsamında yatırım sayıldığına hükmedilmiştir.

4. Ortak Girişim ve İşbirliği Sözleşmeleri

Ortak girişim (*joint venture*) sözleşmeleri[205], ilk olarak yeraltı kaynaklarına ilişkin yabancı sermayeli projelerde uygulanmış[206], daha sonra diğer sektörlerde de yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. Ortak girişim sözleşmeleri, ev sahibi devletler bakımından, hem yeraltı kaynakları gibi önemli milli değerlerinin

---

[200] **Delaume**, "ICSID", s. 242.

[201] Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 11.10.1985, Yürürlük: 21.04.1988, 1508 UNTS 99.

[202] **Lamm / Smutny**, s. 82.

[203] *Fedax v. Venezuela*, Jurisdiction, para. 29.

[204] *CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction, para. 90-91.

[205] Ortak girişim sözleşmeleri hakkında genel bilgiler için bkz. **Kemal Dayınlarlı**, *Joint Venture Sözleşmesi*, Dayınlarlı, Ankara 2007; **Pınar Öztürk**, *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, Beta, İstanbul 2001.

[206] **Alqurashi**, s. 46; **Şit Köşgeroğlu**, s. 89-90; **A. F. M. Maniruzzaman**, "The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections", 11(4) JENRL 207 (1993), s. 212.

kontrolünün yabancılara bırakılmamasına ilişkin siyasi hassasiyetlere, hem de ekonomik anlamda devletin çıkarlarını korumak üzere yatırıma bizzat katılma ihtiyacına cevap vermeleri dolayısıyla yabancı yatırımlarda çokça tercih edilen bir sözleşme türü olmuştur[207].

Ortak girişim sözleşmeleri konu bakımından her türlü yabancı yatırım sözleşmelerinin yerine geçmek üzere imzalanabileceği gibi, bu tür sözleşmelerin gerçek anlamda yatırım sözleşmesi olup olmadıklarını tespit etmek için yine de sözleşme içeriğinin incelenmesinde fayda vardır. Örneğin *Nagel v. Czech Republic* kararında, yabancı yatırımcı ile devlet şirketi arasında birlikte GSM lisansı almak üzere imzalanmış bir İşbirliği Anlaşması (*Cooperation Agreement*) dava konusu olmuş, tahkim heyeti sözleşmenin hükümlerini ve tarafların yükümlülüklerini detaylıca inceledikten sonra bu sözleşme özelinde bir yatırımdan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir[208].

5. Lisans ve Know-How Sözleşmeleri

Teknoloji transferi sözleşmeleri, lisans ve *know-how* sözleşmeleri gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir[209]. Yabancı yatırımlarda çoğunlukla teknoloji transferi de olmakta ve bu teknoloji transferi yatırıma ilişkin olarak imzalanmış ana sözleşmenin bir maddesi veya ekinde yer alacak hükümlerle gerçekleştirilebileceği gibi özel olarak bu amaçla imzalanmış sözleşmeler yoluyla da gerçekleştirilebilir. Teknoloji transferinin ayrıca imzalanmış lisans ve *know-how* sözleşmeleri ile gerçekleştirilmesi halinde bunların da yatırım sözleşmesi olarak kabul edileceği doktrinde belirtilmiştir[210].

---

[207] **Peter**, s. 20-21; **Voss**, s. 22-23.

[208] *Nagel v. Czech Republic*, Award, para. 325-329.

[209] Teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin genel olarak bkz. **Stanislaw Soltysinski**, "Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions", 196 RCADI 239 (1986), 239 vd.; **Dieter Pfaff**, "International Licensing Contracts, Transfer of Technology and Transnational Law", Norbert Horn & Clive Schmitthoff (ed.), *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, Kluwer, Deventer 1982, s. 199 vd.; **İsmail Erbay**, *Know-How Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

[210] **Paasivirta**, s. 23; **Peter**, s. 396; **Sornarajah**, *International Law*, s. 116; **Voss**, s. 23.

BÖLÜM 2
YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN TARAFLARI

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarafları esas olarak yabancı yatırımcı ile devlettir. Bu bölümde ilk olarak yabancı yatırımcının milliyetine (yani "yabancı" olma niteliğine) ilişkin tartışmalara değinilecek, sonra da bu tür sözleşmelerde devletin taraf olmasına ve yükümlülük altına girmesine ilişkin konular ele alınacaktır.

I. YABANCI YATIRIMCI

Milletlerarası hukukta bir yatırımın yabancı yatırım olarak kabul edilmesi için öncelikli olarak aranan nitelik, yatırımcının "yabancı" olmasıdır. Bu nedenle gerek gerçek kişi yatırımcıların gerekse tüzel kişi yatırımcıların milliyetine ilişkin önemli teorik ve pratik tartışmalar olmuştur. Bunun dışında, gerçek anlamda bir "yabancı yatırım"dan söz edebilmek için sadece yatırımcının yabancı olmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda yatırımcının kullandığı sermayenin de yabancı menşeli olması gerektiği yönünde görüşler belirtilmiş ve bunlar tartışma konusu olmuştur. Ayrıca, uluslararası şirketlerin değişik ülkelerde oluşturdukları tüzel kişilikler üzerinden yapılanarak milliyetlerini değiştirebilmeleri (veya "seçebilmeleri") ve devlet şirketlerinin başka ülkelerde yaptıkları yatırımlar bakımından yabancı yatırımcı kabul edilip edilmeyecekleri gibi sorunlar da bu bölümde incelenecektir.

A. Yatırımcının Milliyeti

Gerçek ve tüzel kişilerin milliyetinin[211] belirlenmesi, esas olarak milletlerarası hukukun değil milli hukuk düzenlerinin yetkisinde olan bir husus olup milletlerarası hukuk da bu konuda yetkili milli hukuk sistemlerine referansta bulunmaktadır[212].

[211] Milliyet (*nationality*) ve vatandaşlık (*citizenship*) kavramları bazı durumlarda eş anlamlı olarak kullanılsa da doktrinde bu iki kavram arasında ayrım yapılmaktadır. Vatandaşlık kavramının esas

Yatırımcının milliyetini tespit etmek, milletlerarası hukuktan kaynaklanan haklarını belirlemek açısından önemli bir başlangıç noktasıdır, zira yatırımcının korunmasına ilişkin çeşitli enstrümanların temelinde hep milliyet kavramı yer almaktadır. Örneğin, yatırımcının diplomatik korumadan yararlanıp yararlanamayacağı ve yararlanacaksa hangi devletin diplomatik korumasından yararlanacağı milliyetine göre belirlenir[213]. ICSID Sözleşmesi m. 25'e göre de ICSID'in yargılama yetkisi ancak bir Taraf Devlet ile başka bir Taraf Devletin vatandaşları arasında söz konusu olabileceğinden yine davacının milliyetinin tespiti önem kazanmaktadır.

Ayrıca yine ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesine göre ICSID tahkimine gitme hakkını kullanan yatırımcının devletinin aynı konu ile ilgili diplomatik koruma hakkını kullanma hakkı ortadan kalkacağından, tam olarak hangi devletin diplomatik koruma sunma hakkının ortadan kalkacağını belirlemek bakımından da yatırımcının milliyetinin tespiti önemlidir[214].

Bazı milletlerarası yatırım antlaşmalarında yer alan, antlaşmaya taraf olan devletlerden birinde kurulu olmakla birlikte antlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletlerin vatandaşlarına ait olan veya bunlar tarafından kontrol edilen şirketlerin

---

olarak devlet ile kişi arasındaki iç ilişkide, milliyet kavramının ise milletlerarası hukuk bağlamında kullanılmasının doğru olacağı ifade edilmiştir. (*Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Decision on Jurisdiction, 06.12.2000, para. 31; **Crina Baltag**, *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012, s. 78)

Bazı yatırım antlaşmalarında milliyet kavramının yanında (veya bazen bu kavramın yerine) daimi ikametgah (*permanent residence*) kavramının da kullanıldığı görülmektedir. [EŞA m. 1(7)(a)(i), NAFTA m. 201, Almanya-Rusya YKTK Anlaşması (1989) m. 1(1)(c)] Daimi ikametgah ilişkisine dayanarak yatırımcının yabancı olma niteliğini kabul etmiş olan tahkim heyetleri de vardır. (*Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, SCC Case No. 106/1998, Award, 07.07.1998, s. 56 vd.)

[212] **Pia Acconci**, "Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor", 5 JWIT 139 (2004), s. 139.

[213] *Panevezys-Saldutiskis Railway* (Estonia v. Lithuania), PCIJ, Judgment, 28.02.1939, Series A/B, No. 76, s. 16; *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. UK), PCIJ, Judgment, 30.08.1924, Series A., No.2, s. 12; **C. Felix Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 91 vd.

[214] **Andrés Rigo Sureda**, *Investment Treaty Arbitration: Judging under Uncertainty*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 43.

antlaşma kapsamındaki korumalardan yararlanmasını önleme imkanını sağlayan "*denial of benefits*" kayıtlarının[215] uygulanması da milliyet bağının incelenmesini gerektiren başka bir durumdur.

Gerçek ve tüzel kişilerin milliyetine ilişkin milletlerarası hukuk doktrini ve içtihatları uzun süre boyunca diplomatik koruma kavramına ilişkin tartışmalar ekseninde gelişmiştir. Modern milletlerarası hukukunda yatırım antlaşmaları ve tahkim kararlarında milliyet ile ilgili bazı hususların bu klasik milletlerarası hukuk ilkelerinden farklı olarak geliştiği ve bu nedenle diplomatik korumaya ilişkin geliştirilmiş olan ilkelerin bugünkü milletlerarası yatırım hukuku enstrümanlarına her durumda uygulanabilir olmayabileceği ifade edilmiştir[216]. Bununla birlikte, modern yatırım tahkimi sisteminde de tahkim heyetlerinin milliyet konusunda diplomatik korumaya ilişkin geliştirilmiş ilkelere çokça atıf yapıldığı görülmektedir.

1. Gerçek Kişi Yatırımcı

Klasik milletlerarası hukuk doktrininde her bir devletin kimlerin kendi vatandaşı olduğunu belirlemek konusunda nihai yetkiye sahip olduğu ve milletlerarası hukuk ilkelerine aykırı olmadığı sürece devletlerin bu konuda verdikleri kararlara diğer devletlerce saygı gösterilmesi gerektiği kabul edilmiştir[217]. Uluslararası Adalet Divanı, *Nottebohm* kararında devletin vatandaşına diplomatik koruma uygulama hakkı bakımından bu kuralı terk ederek devletin diplomatik koruma uygulayabilmesi için söz konusu kişi arasında "gerçek bağ" (*genuine connection*) bulunması gerekliliğini kabul etmiştir[218]. *Nottebohm* kararında getirilen "gerçek bağ" kriteri özellikle çifte vatandaşlık durumlarında çokça başvurulan etkili bir içtihat oluşturmuşsa da, kişinin tek bir vatandaşlığının bulunduğu durumlarda bu

[215] Örneğin EŞA, m. 17; NAFTA, m. 1113.

[216] **Moshe Hirsch**, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1993, s. 76-77; **Rudolf Dolzer / Cristoph Schreuer**, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 45.

[217] Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 12.04.1930, Yürürlük: 01.07.1937, m. 1; European Convention on Nationality, 06.11.1997, Yürürlük: 01.03.2000, m. 3; **International Law Commission:** *Draft Articles on Diplomatic Protection, with Commentaries*, UN Doc. A/61/10, 2006, m. 4.

[218] *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), ICJ, Judgment, 06.04.1955, 1955 ICJ Rep. 4, s. 23.

kriterin genel bir kural olarak kabul edilmemiş, Divan'ın bu kararı verirken genel bir kural oluşturmak amacında olmadığı ve sadece somut olayın özel koşullarında bu sonuca ulaştığı yorumu yapılmıştır[219].

Çok vatandaşlık durumlarında diplomatik koruma hakkının kullanımına ilişkin de tartışmalar olmuştur. Birden fazla vatandaşlık sahibi gerçek kişilerin vatandaşı olmadıkları üçüncü bir devlete karşı talepleri bakımından, söz konusu kişinin hakim veya etkin vatandaşlığı (*dominant or effective nationality*) hangisi ise sadece o devletin diplomatik koruma kapsamında bu talepleri dermeyan edilebileceği yönünde görüşler bulunmakla birlikte[220], baskın görüş böyle özel bir bağın aranmayacağı ve kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu tüm devletlerin diplomatik koruma sunmakta serbest oldukları yönündedir[221]. Öte yandan, çok vatandaşlık sahibi kişilerin vatandaşı oldukları devletlerden birine karşı olan taleplerinde vatandaşı oldukları diğer bir devletin diplomatik koruma sunması da tartışma konusu olmuş, bu durumlarda diplomatik korumayı tümüyle reddeden "sorumsuzluk kuralı" (*rule of non-responsibility*)[222] azınlık görüşü olarak kalırken uygulamada baskın görüş böyle durumlarda hakim veya etkin vatandaşlığın esas alınması yönünde gelişmiştir[223].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında da gerçek kişilerin milliyetine ilişkin yapılan düzenlemelerde taraf devletlerin iç hukuklarının esas alındığı

---

[219] **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 4, para. 5; *Flegenheimer case* (USA v. Italy), Italy-US Conciliation Commission, Decision No. 182, 20.09.1958, 14 RIAA 327, s. 376.

[220] Hague Convention on Nationality, m. 5; *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, **Louis B. Sohn / R. R. Baxter**, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", 55 AJIL 545 (1961), s. 548 vd., m. 23(3); **Institut de Droit International**, *The National Character of an International Claim Presented by a State for Injury Suffered by an Individual*, Resolution, Warsaw 1965, m. 4(b).

[221] *Salem case* (USA v. Egypt), Award, 08.06.1932, 2 RIAA 1161, s. 1188; **David Harris**, "The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case", 18 ICLQ 275 (1969), s. 275; **Albert Badia**, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014, s. 135; **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 6.

[222] Hague Convention on Nationality, m. 4.

[223] **Baltag**, s. 89; *Canevaro case* (Italy v. Peru), Award, 03.05.1912, 11 RIAA 397. Karşı yöndeki bir karar için bkz. *Salem* Award, s. 1187; *Mergé claim* (USA v. Italy), Italy-US Conciliation Commission, Decision No. 55, 10.06.1955, 14 RIAA 236, s. 247; *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*, IUSCT, Award No. 31-157-2, 29.03.1983, 2 Iran-US CTR 157, s. 165-166; *Ataollah Golpira v. Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT, Award No. 32-211-2, 29.03.1983, 2 Iran-US CTR 171, s. 175.

görülmektedir[224]. İstisnai olarak bazı YKTK anlaşmalarında gerçek kişilerin bir taraf devletin vatandaşı kabul edilebilmeleri için iç hukuktaki gerekliliklere ek olarak ilgili devlette yerleşik olma kriteri de getirilmiştir[225]. YKTK anlaşmalarına dayanan uyuşmazlıklarda vatandaşlık kriteri ele alınırken ilgili antlaşmada getirilen vatandaşlık tanımının esas alınacak ve bu konuda milletlerarası teamül hukukunda yerleşmiş olan ilkeler ancak antlaşma hükümleriyle çelişmedikleri sürece tali olarak uygulama alanı bulabilecektir[226].

ICSID Sözleşmesi'nin 25(2)(a) maddesine göre de bir yatırım uyuşmazlığının ICSID'in kişi bakımından (*ratione personae*) yargılama yetkisine girebilmesi için, eğer davacı gerçek kişi ise bu kişinin hem tahkim rızasını beyan ettiği tarihte hem de tahkim talebinin ICSID tarafından kayıt edildiği tarihte ICSID'e taraf olan devletlerden birinin vatandaşı olması ve aynı zamanda davalı devletin de vatandaşı olmaması gerekmektedir. ICSID uygulamasında da milletlerarası hukukun genel ilkeleriyle paralel olarak gerçek kişilerin milliyetinin ilgili devletlerin iç hukukuna göre tespit edileceği ifade edilmiştir[227]. Fakat bir tahkim heyetinin yetkisinin davacının milliyetinin tespitine bağlı olduğu durumlarda tahkim heyetinin tek başına ilgili devletin iç hukuk hükümleri ile bağlı olmaksızın (fakat bunları dikkate alarak) bu konuda kendi kararını verme yetkisine sahip olduğu da kabul edilmiştir[228]. Örneğin bazı kararlarda davacılar davalı devletin vatandaşlığından çıkmış oldukları halde davalı devlet bunu geçerli kabul etmeyerek bu kişilerin vatandaşlığının devam ettiğini iddia etmiş, fakat tahkim heyetleri davacıları haklı bularak yargılama yetkilerinin bulunduğuna hükmetmişlerdir[229].

---

[224] **Dolzer / Stevens**, s. 32.

[225] Danimarka-Endonezya YKTK Anlaşması, m. I(a); Almanya-İsrail YKTK Anlaşması, m. 1(3)(b).

[226] *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14.07.2010, para. 70.

[227] **Ziya Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 46.

[228] *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 07.07.2004, para. 55. Fakat tahkim heyetleri yine de devletlerin vatandaşlık konusunda verdikleri kararlara büyük önem atfetmiş ve ancak vatandaşlık başvurusu sürecinde hata veya hile durumlarından ötürü sağlıklı bir karar verilemediğine kanaat getirmeleri halinde bu kararların sorgulanabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction, 24.09.2008, para. 95.

[229] *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11.04.2007, para. 142 vd.; *Victor Pey Casado and President*

Aynı zamanda davalı devletin de vatandaşı olan çifte vatandaşların dava açma hakkının bulunmadığı konusunda ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a) hükmü açık hüküm getirmiş[230] ve ICSID tahkim kararları bu bakımdan milletlerarası hukuktaki baskın görüş olan etkin vatandaşlık testi uygulamasından ayrılmıştır[231]. Davalı devlet dışında birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olan kişiler bakımından hangi vatandaşlıklarına dayanarak talepte bulunabilecekleri sorusunun cevabı, söz konusu devletlerin ICSID'e taraf olup olmamaları veya davalı devlet ile aralarında YKTK anlaşması bulunup bulunmaması gibi değişkenlere göre önem kazanabilecektir. Fakat milletlerarası hukuktaki hakim görüşle paralel olarak ICSID uygulamasında da etkin vatandaşlık testi reddedilerek bu tür durumlarda yatırımcının istediği vatandaşlığına dayanmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir[232].

2. Tüzel Kişi Yatırımcı

a. Tüzel Kişilerin Milliyetinin Belirlenmesi

Tüzel kişilerin milliyeti konusu milletlerarası hukukta gerçek kişilere göre daha tartışmalı bir konudur. Zira gerçek kişilerde vatandaşlık bağının tespitinde esas alınacak bağlantı noktalarının (pasaport, nüfus kaydı, vs.) neler olduğu konusu tartışmalı değilken, tüzel kişiler bakımından tescil yeri, şirket merkezi (*siége social*) ve hissedarların milliyeti gibi çeşitli bağlantı noktalarından hangisinin esas alınacağına göre farklı devletlere ulaşmak mümkün olmaktadır. Bu durum da gerçek kişilerin vatandaşlığında olduğu gibi mutlak bir "gerçek bağ" (*genuine connection*) testinin tüzel kişilerde uygulanmasını imkansız kılmıştır[233]. Bunun yerine her somut

---

Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 08.05.2008, para. 322-323.

[230] Aynı yöndeki başka bir düzenleme için bkz. MIGA Konvansiyonu, m. 13(b).

[231] *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21.10.2003, Section 3.4.1; **Baltag**, s. 92.

[232] *Saba Fakes v. Turkey*, Award, para. 63.

[233] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), Second Phase, ICJ, Judgment, 05.02.1970, 1970 ICJ Rep. 3, para. 70; **Malcolm N. Shaw**, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 815-816.

olayda ilgili devletlerin bu konuda kabul ettikleri uygulamalar[234], milletlerarası antlaşmalar ve diğer ilgili hukuki metinlere başvurularak tüzel kişilerin milliyeti konusunda karar vermek gerekmektedir.

Milletlerarası tahkim heyetleri ve milletlerarası mahkemelerin diplomatik koruma tartışmalarının ekseninde tüzel kişilerin milliyetine ilişkin vermiş oldukları kararlarda baskın görüş olarak tescil yeri kriterinin esas alındığı[235], diğer kriterlerin ise ancak somut olayda uygulanan milletlerarası antlaşmalarda bu yönde hüküm olması halinde dikkate alındığı görülmektedir[236].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında da tüzel kişi yatırımcıların milliyetini tespit etmek üzere tescil yeri, yönetim merkezi, hissedarların (veya kontrol edenlerin) milliyeti gibi kriterlerin esas alındığı görülmektedir[237]. Bu kriterlerin tek başına veya bir arada kullanılmaları mümkündür. Örneğin, Türkiye'nin imzaladığı YKTK anlaşmaları arasında, sadece tescil yeri kriterinin[238], tescil yeri ile birlikte yönetim

---

[234] Türkiye'de de tüzel kişilerin milliyetinin belirlenmesinde esas alınacak sisteme ilişkin tartışmalar olmuş ve doktrinde ortakların tabiiyeti sistemi, sermayenin bulunduğu yer sistemi, kuruluş yeri sistemi, merkez yeri sistemi ve kontrol sistemi gibi görüşler öne sürülmüştür. Bkz. **Işıl Egemen Demir**, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 129 vd.

[235] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 70-71; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), ICJ, Separate Opinion of Judge Oda, 20.07.1989, 1989 ICJ Rep. 83; *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. DR Congo)*, Preliminary Objections, ICJ, Judgment, 24.05.2007, 2007 ICJ Rep. 582, para. 86 vd.; **Sornarajah**, *International Law*, s. 198

Tescil yeri ile fiili yönetim merkezinin farklı olduğu durumlarda dahi tescil yerinin tercih edildiliği kararlar: *Wimbledon* (UK, France, Italy, Japan v. Germany), PCIJ, Judgment, 17.08.1923, Series A, No. 1; *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Belgium v. Bulgaria), Preliminary Objection, PCIJ, Judgment, 04.04.1939, Series A/B, No. 77; *Bakalian & Hadjithomas v. Banque Ottomane*, CA Paris, Judgment, 19.03.1965, 47 ILR 216, s. 216-217.

[236] *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. Poland), Merits, PCIJ, Judgment, 25.05.1926, Series A, No. 7, s. 70.

[237] **Dolzer / Stevens**, s. 35-36; **Ian Brownlie / James Crawford:** *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 530.

[238] Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 27.03.1986, Yürürlük: 01.11.1989, m. 1(a): *"'Yatırımcı' […] (ii) Bir Akit Tarafın yürürlükte olan kanun ve mevzuatına uygun olarak kurulmuş veya başka türlü teşkil edilmiş olan tüzel kişiliği ifade eder."*

Ayrıca bkz. Türkiye-İngiltere YKTK Anlaşması, m. 1(d)(ii); Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, 13.11.1990, Yürürlük: 20.08.1994, m. 1(a).

merkezi kriterinin[239] ve tescil yeri ile birlikte kontrol kriterinin[240] uygulandığı örnekler mevcuttur.

ICSID Sözleşmesi'nin 25(2)(b) maddesinde tüzel kişilerin milliyetine ilişkin getirilen düzenleme şu şekildedir: *"Diğer Âkit ülke vatandaşları deyimi aşağıdakileri kapsar; […] Âkit ülke vatandaşlığına sahip herhangi bir yasal kişi haricinde, tarafların rızasıyla anlaşmazlığın Arabuluculuk veya Hakemliğe sunulduğu tarihte taraf olan devlet veya söz konusu tarihte anlaşmazlığa taraf olan Âkit devlet vatandaşlığına sahip olan herhangi bir yasal kişi ve bu sözleşmenin amaçları doğrultusunda yabancı kontrolü yüzünden 'diğer bir Âkit devlet vatandaşı' muamelesi görmesi kararlaştırılmış diğer taraflar."*

Bu maddede tüzel kişilerin milliyetinin hangi kritere göre belirleneceğine ilişkin bir hüküm getirilmemiş olmakla birlikte, doktrinde ve uygulamada hakim olan görüş tescil yeri ve yönetim merkezi kriterlerinin bu madde kapsamında da geçerli olduğu yönündedir[241]. Ayrıca, ICSID Sözleşmesi m. 25'te ICSID'in yargılama yetkisinin "dış çeperinin" (*outer limit*) çizildiği ve davacıların üzerinde yargılama yetkisine ilişkin olarak aynı anda hem devletin tahkim izninin kaynağını oluşturan hukuki metindeki (örneğin bir milletlerarası yatırım antlaşması), hem de ICSID

---

[239] Türkiye Cumhuriyeti ve İsviçre Konfederasyonu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, 03.03.1988, Yürürlük: 21.02.1990, m. 1(a): *"'Yatırımcı' […] (ii) şirketler, iş ortaklıkları veya diğer teşkilatlar ki her bir Akit Taraf kanunlarına göre kurulmuş ve bir Akit Tarafın veya vatandaşlarının dolaylı veya dolaysız olarak çoğunluk menfaati olduğu ortaklıklardır."*

Ayrıca bkz. Türkiye Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma, 03.12.1985, Yürürlük: 18.05.1990, m. I(1)(a); MIGA Konvansiyonu, m. 13.

[240] Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, 15.06.2006, Yürürlük: 03.08.2009, m. I(2): *"'Yatırımcı' terimi: […] (b) bir Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak kurulmuş bulunan ve yönetim merkezi veya etkin iktisadi faaliyetleri o Akit Tarafın ülkesinde bulunan şirketleri ifade eder."*

Ayrıca bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, 15.02.1995, Yürürlük: 03.03.1998, m. I(1)(b).

[241] **Markus Burgstaller**, "Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor's Own State", 7 JWIT 857 (2006), s. 858; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 283; *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 01.08.1984, 17 YCA 42, para. 29; *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ICSID A.F., ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, Award, 31.03.2003, 42 ILM 540 (2003), para. 49; *Autopista v. Venezuela*, Jurisdiction, para. 107.

Sözleşmesi'ndeki gereklilikleri yerine getirmek konusunda bir çifte yükümlülüğün olduğu ifade edilmiştir[242].

b. Tüzel Kişilerin Milliyetine Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Milletlerarası hukukta tüzel kişilerin milliyetine bağlanan önemli hukuki sonuçlar vardır. Bu sonuçların incelenmesi, yabancı yatırım sözleşmelerine taraf olan tüzel kişi yatırımcıların hukuki durumunun anlaşılması bakımından da önemlidir.

i. Diplomatik Koruma Hakkı Bakımından

Milletlerarası umumi hukuk bakımından tüzel kişilerin milliyetinin doğurduğu önemli bir sonuç, başka bir ülkede faaliyet gösteren tüzel kişilerin milletlerarası hukuktan doğan haklarının tecavüze uğraması halinde bu tüzel kişiler lehine diplomatik koruma uygulama hakkının milliyet bağı ile bağlı oldukları devlete ait olmasıdır. Bir şirket lehine diplomatik koruma sunmak konusunda o şirketin vatandaşı olduğu devletin yetkili olduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte milletlerarası hukukta esas tartışma konusu olan söz konusu şirketin hissedarlarının da kendi vatandaşı bulundukları devlet veya devletlerin diplomatik korumasına mazhar olup olamayacaklarıdır.

Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction* kararında bu sorunu ele almıştır. Bu davada, Kanada'da kurulu olan fakat hissedarlarının çoğunluğu Belçika vatandaşı olan *Barcelona Traction* şirketinin İspanya Devletine karşı olan talepleri, söz konusu hissedarların devleti sıfatıyla diplomatik koruma hakkını kullanan Belçika tarafından dermeyan edilmiştir. Divan'ın kararında şirketin hissedarlarından farklı bir tüzel kişiliğe sahip olduğuna vurgu yapılarak, şirketin haklarının ihlal edilmesi durumunda diplomatik koruma uygulamak suretiyle bu ihlalin sona erdirilmesini talep etme hakkının kural olarak sadece şirketin milli devletine (yani tescil yerinin bulunduğu devlete) ait olduğu, hissedarların da bu ihlalden zarar görmüş olmasının ise onların vatandaşı bulundukları devlet veya devletlere ayrıca bir

---

[242] **Anthony C. Sinclair**, "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20(2), 2005, s. 357 vd., s. 359-360.

talep hakkı tanımadığı belirtilmiştir[243]. Hissedarların lehine diplomatik koruma uygulanabilmesi ise kural olarak ancak kâr payı alma ve yönetime katılma gibi doğrudan hissedarlara ait olan hakların ihlali durumunda söz konusu olabilecektir[244]. Öte yandan Divan, şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması durumunun da mutlak olarak kabul edilemeyeceğini ve özellikle tüzel kişiliğin kötüye kullanılması gibi durumlarda istisnai olarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasının milletlerarası hukukta mümkün olduğunu[245], ayrıca söz konusu şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi veya bu şirketin vatandaşı olduğu devletin diplomatik koruma sunma ehliyetinin bulunmaması gibi bazı istisnai durumlarda da hissedarların hak kaybına uğramaması için doğrudan onların lehine diplomatik koruma uygulanmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir[246].

Diplomatik korumada sadece şirketlerin milliyetini esas alan bu yaklaşım Divan'ın daha sonraki kararlarında da takip edilmiş[247], fakat Divan'ın bu yaklaşımı bazı yazarlar tarafından milletlerarası yatırımların gerçeklerinden kopuk ve fazlaca şekilci olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir[248]. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) da 2006 tarihli Taslak Maddelerinde UAD'nin bu şekilci yaklaşımını kabul etmediği ve bir devlette kurulu olup başka bir devletin vatandaşları tarafından kontrol edilen şirketlere diplomatik koruma sunmak konusunda kontrol sahibi kişilerin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devleti işaret ettiği görülmektedir[249]. *ELSI* kararında ise, bu sefer direk olarak davalı devlette kurulu olan bir şirket söz konusu olduğundan ve uyuşmazlık da esasen bu şirketin iflasına ilişkin olarak

---

[243] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 41-46.

[244] *Ibid*., para. 47; **Brownlie / Crawford**, s. 47.

[245] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 56-58.

[246] *Ibid*., para. 64.

[247] *Diallo*, Judgment (2007), para. 64.

[248] **F.A. Mann**, "Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case", *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, s. 259 vd., s. 273-274; **Acconci**, s. 146 vd.

[249] **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 9.

hissedarlar ile devlet arasında olduğundan hissedarlar lehine diplomatik koruma uygulanması kabul edilmiştir[250].

ii. Yatırım Tahkiminde Kişi Yönünden (*Ratione Personae*) Yetkinin Belirlenmesi Bakımından

Tüzel kişilerin milliyeti yatırım tahkimine başvurma hakkının belirlenmesi bakımından da önem taşımaktadır, zira yatırımcının devleti olarak kabul edilecek devlet ile ev sahibi devlet arasında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne izin veren bir yatırım antlaşması bulunması ve ICSID'e erişim bakımından ayrıca yatırımcının devletinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olması gibi koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği tahkim heyetlerince değerlendirilecektir. Tahkim heyetleri bu değerlendirmelerini yaparken öncelikle devletin tahkim rızasının kaynağını oluşturan milletlerarası antlaşmada kabul edilen milliyet tanımları esas almak durumundadır. UAD kararları genelde yatırım tahkimi heyetleri tarafından da güçlü birer otorite olarak dikkate alınmakla birlikte, *Barcelona Traction* kararının diplomatik korumaya ilişkin olması nedeniyle yatırım tahkiminde yetkiye ilişkin değerlendirmelerde bu kararın ölçü alınamayacağı bazı kararlarda belirtilmiştir[251].

Eğer uyuşmazlığın dayandığı milletlerarası yatırım antlaşmalarında şirketler için "tescil yeri" gibi şekilci bir milliyet tanımı yapılmış ise, tahkim heyetleri bu kriteri ne şekilde uygulamaları gerektiği konusunda tartışmalar olmuştur. *Tokios Tokeles* kararında, Litvanya'da kurulu olan fakat sahipleri Ukrayna vatandaşı olan ve yönetim merkezi de Ukrayna'da olan şirketin bir Litvanya şirketi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuş, tahkim heyeti de Ukrayna-Litvanya YKTK

---

[250] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), ICJ, Judgment, 20.07.1989, 1989 ICJ Rep. 15.

Davalı (İtalya), davacının (ABD) diplomatik koruma uygulama hakkına itiraz etmediğinden kararda bu konuya değinilmemiştir. Fakat bu husus doğrudan Divan'ın yargılama yetkisini ilgilendirdiğinden resen dikkate alınmasının da mümkün olduğu, buna rağmen bu konuda hüküm kurulmamış olmasının ABD'nin diplomatik koruma hakkının Divan tarafından kabul edildiği şeklinde yorumlanabileceği ifade edilmiştir. (**Egemen Demir**, s. 169)

[251] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Jurisdiction, 30.04.2004, para. 52; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03.08.2004, para. 141.

Anlaşması'nda sadece tescil yeri kriterinin[252] kabul edilmiş olmasından ötürü çoğunluk kararı ile davacı şirketin Litvanya vatandaşı olduğuna hükmetmiştir[253]. Karara muhalif kalan heyet başkanı *Prosper Weil*, karşı oy yazısında milletlerarası hukukun temel ilkelerinin ikili ilişkilerde kabul edilen hukuki yapılar ile bertaraf edilemeyeceğini, ICSID Sözleşmesi'nin amaç ve konusunun saptırılarak bir devletin vatandaşlarının kendi devletlerinin yargı yetkisinden kaçınmalarına ortam hazırlayacak şekilde kullanılmasının da kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir[254]. *Weil*'in bu görüşü ile aynı doğrultuda kararlar da olmakla birlikte[255], milletlerarası yatırım hukuku doktrininde ve tahkim kararlarında hakim olan görüş devletlerin kendi aralarındaki yatırım antlaşmalarında kabul etmiş oldukları vatandaşlık tanım ve kriterlerinin aynen uygulanması gerektiği yönündedir[256].

Yatırımcıların belirli bir yatırım antlaşmasından faydalanmak amacıyla şirket tüzel kişiliklerini ve milliyetlerini yapılandırarak yatırımlarını üçüncü bir devlette kurdukları şirketler üzerinden gerçekleştirmeleri de başka bir tartışma konusu olmuştur. Kendi devletlerinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmaması veya ev sahibi devlet ile arasında yatırım antlaşması bulunmaması gibi istenmeyen durumları bertaraf etmek adına yatırımcılar, yatırım yapmak istedikleri devlet ile arasında YKTK anlaşması bulunan ve bu anlaşmada şirketlerin milliyetinin tespitinde "tescil yeri" kriteri kabul edilmiş olan bir ülkede kurdukları şirketler üzerinden sanki bu ülkenin vatandaşıymış gibi yatırımlarını yönlendirebilmektedirler[257]. Bu şekilde yapılanmış yatırımcılara karşı ev sahibi devletler, bu tür uygulamaların "şirket tüzel kişiliğinin kötüye kullanılması" (*abuse of corporate form*) teşkil ettiği ve

---

[252] Bkz. Ukrayna-Litvanya YKTK Anlaşması, m. 1(2)(b).

[253] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, Jurisdiction, para. 38-39.

[254] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, Dissent (Weil), para. 24.

[255] *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26.06.2003, para. 223.

[256] *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 18.04.2008, para. 85.

[257] İngiltere ve Hollanda başta olmak üzere uluslararası yatırımcıların şirket yapılanmalarını kendi ülkelerine çekmek isteyen bazı devletlerin imzaladıkları YKTK anlaşmalarında istikrarlı biçimde tescil yeri kriterini uyguladıkları görülmektedir. Bkz. Türkiye-İngiltere YKTK Anlaşması, m. 1(d)(ii); Türkiye-Hollanda YKTK Anlaşması, m. 1(a).

yatırımcıların kendi lehlerine sonuç doğuracak şekilde yetkili yargı organları arasında (*forum shopping*) veya yetkili antlaşmalar arasında (*treaty shopping*) seçim yapmalarına yol açtığı gibi savlar ileri sürmüşlerdir. Bu tür durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanmasının milletlerarası umumi hukukta mümkün olduğuna dair güçlü içtihatlar bulunmakla birlikte[258], milletlerarası yatırım tahkiminin bu konudaki uygulaması farklı gelişmiştir. Tahkim heyetleri bazı kararlarda bu tür uluslararası şirket yapılanmalarının hukuki açıdan kabul edilebilir olduğuna hükmederken[259], bazı kararlarda da ev sahibi devletlerin bu itirazlarını ilkesel olarak haklı bulmakla birlikte yine de antlaşmada yer alan açık hükümlere aykırı karar veremeyeceklerini belirtmişlerdir[260]. İki görüş arasında tercih yapmayarak ikisinin de duruma göre mümkün olabileceğini ve somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerektiğini ifade eden tahkim heyetleri de vardır[261]. Bu tür yapılanmalara izin vermek için en azından yatırıma ilişkin sermaye transferlerinin yatırımcı olarak gösterilen şirket üzerinden yapılmış olması bazı kararlarda gerekli görülürken[262] bazılarında ise böyle bir gereklilik aranmamıştır[263].

Bu noktada incelenmesi gereken ayrık bir durum da ev sahibi devlette kurulu olan şirketlerin milliyeti ve ICSID sisteminde davacı sıfatını kazanabilmeleri meselesidir. ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(b) maddesinin ikinci cümleciğine göre[264], ev sahibi devlette kurulan iştirakler üzerinden yapılan yatırımlarda, her ne kadar yatırımı yapan iştirakler şeklen ev sahibi devletin vatandaşı olsalar dahi bunların

---

[258] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 56; *Monte Blanco Real Estate Corp. (USA v. Mexico)*, Am.-Mex. Cl. Com., Decision No. 37-B, 1942, reprinted in Report to the Secretary of State 191 (1948), s. 195; *S.S. "I'm Alone" (Canada v. USA)*, Joint Final Report of the Commissioners, 05.01.1935, 3 RIAA 1609, s. 1616 vd..

[259] *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21.10.2005, 20 ICSID Rev. – FILJ 450, para. 330-332.

[260] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, PCA (UNCITRAL), 17.03.2006, para. 239-241.

[261] *Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10.06.2010, para. 190-191.

[262] *Alapli Elektrik v. Turkey*, Award, para. 337-350.

[263] *Wena Hotels v. Egypt*, Award, para. 126.

[264] ICSID Sözleşmesi, m. 25(2): "Diğer Âkit ülke vatandaşları deyimi aşağıdakileri kapsar; […] (b) […] uyuşmazlığa taraf olan Âkit devletin vatandaşlığına sahip olmakla birlikte, yabancı kontrolü nedeniyle, taraflarca 'diğer bir Âkit devlet vatandaşı' muamelesi görmesi kararlaştırılmış olan tüzel kişiler."

yabancılar tarafından kontrol edilmeleri dolayısıyla kontrol sahibi kişilerin milli devletinin vatandaşları olarak kabul edilmeleri mümkündür. Bu hüküm ile ICSID Sözleşmesi'nin UAD tarafından diplomatik korumada getirilen katı şekilci milliyet kriterinden kısmen de olsa ayrıldığı görülmektedir. Bazı milletlerarası yatırım antlaşmalarında bu hükme açıkça atıfta bulunularak ev sahibi devlette kurulan şirketlerin durumu açıkça düzenlenmiş[265], ICSID tahkim heyetleri de şirketlerin milliyetine ilişkin tüzel kişiliği merkeze koyan şekilci yaklaşım nedeniyle yatırımcıların uğrayabileceği hak kayıplarının bu hüküm sayesinde bertaraf edilebildiğini belirtmişlerdir[266]. Bu hükümdeki istisnanın uygulanabilmesi için aranan "kontrol" kavramı da, sadece hissedarlık gibi şekli kriterlerle ifade edilen bir hukuki kavram olarak değil; oy hakları, yönetim üzerinde söz sahibi olma ve aynı sonucu doğuran diğer her türlü yöntemi kapsayacak şekilde daha geniş bir ekonomik kavram olarak kabul edilmiştir[267].

Şirketlerin milliyetinin belirlenmesinde tüzel kişilik perdesinin aralanmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı da, yukarıdaki açıklamalar ışığında, söz konusu şirketlerin ev sahibi devlette mi yoksa başka bir ülkede mi kurulu olduklarına göre farklılık gösterebilecektir. Eğer ev sahibi devlet dışındaki bir devlette kurulu olan bir şirketin ya ev sahibi devletin ya da üçüncü bir devletin vatandaşları tarafından kontrol edildiği yönünde bir iddia varsa, bu durumda yukarıda incelenen

---

[265] EŞA, m. 26(7); ABD-Estonya YKTK Anlaşması, m. VI(8); İngiltere-Şili YKTK Anlaşması, m. 7(4).

[266] *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17.07.2003, 42 ILM 788 (2003); 7 ICSID Rep. 492 (2005), para. 56; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim), 02.08.2004, para. 46.

Öte yandan ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(b) hükmünün çift yönlü olarak kullanılması, yani davalı devletin vatandaşları tarafından başka bir taraf devlette kurulan şirketlerin davalı devletin şirketi sayılması yönündeki talepler tahkim heyetlerince kabul görmemiştir. (*Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Summary Minutes of the Session of the Tribunal held in Paris, 25.05.1999, 41 ILM 881, s. 887-888)

[267] **C. Felix Amerasinghe**, "Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", 47(1) BYIL 227 (1976), s. 264; *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16.02.1994, para. 43; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Award, 26.01.2006, para. 108.

Yine de hissedarlık gibi hukuki bir statünün varlığının kontrol unsurunun gerçekleştiği yönünde güçlü bir karine teşkil ettiği ve bunun aksinin ancak güçlü delillerle ispat edilebileceğine ilişkin bkz. *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003, para. 15.8-15.9.

Tokios Tokeles ve *Saluka* kararlarında görüldüğü gibi tahkim heyetlerinin hareket alanları kısıtlıdır ve ilgili yatırım antlaşmasında net biçimde tescil yeri kriterinin getirildiği durumlarda salt belirli bir yatırım antlaşmasından yararlanmak için kurulmuş "paravan" şirketlerin dahi yatırımcı sıfatının kabul edildiği görülmektedir. Öte yandan, tartışma konusu olan yatırımcı şirketin ev sahibi devlette kurulmuş olduğu (ve ilgili yatırım antlaşmasında bu yönde hüküm bulunduğu) durumda ICSID Sözleşmesi'nin 25(2)(b) maddesinin ikinci cümleciği uygulama alanı bulacağından daha farklı bir sonuca ulaşılması mümkündür. Zira bu hükümde artık teknik ve hukuki bir kavram olan "milliyet" (vatandaşlık) kavramı yerine ekonomik bir kavram olan "kontrol" kavramı esas alındığından, tahkim heyetlerinin katı hukuki kalıplarla bağlı olmaksızın maddi gerçekliği araştırmaları söz konusudur.

Bu farklılığın anlaşılması için, maddi olgular bakımından *Tokios Tokeles* ile büyük ölçüde benzerlik gösteren *TSA Spectrum* kararının[268] incelenmesi faydalı olacaktır. *Tokios Tokeles*'te olduğu gibi burada da ev sahibi devlet (Arjantin) vatandaşı olan bir gerçek kişinin başka bir ülkede (Hollanda) kurmuş olduğu şirket üzerinden kendi ülkesinde yatırım yapması söz konusudur. Ancak farklı olan husus, burada yatırımın direk olarak üçüncü devlette kurulu şirket üzerinden değil, bu şirketin de tekrar ev sahibi devlette kurmuş olduğu başka bir şirket (*TSA Spectrum*) üzerinden gerçekleştirilmiş olmasıdır. Davacı *TSA Spectrum* ev sahibi devlette kurulu olduğundan ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(b)'nin ikinci cümleciği uygulama alanı bulmuş ve tahkim heyeti bu şirketin bir Hollanda şirketi olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermek için "yabancı kontrolü" durumunun varlığını araştırmıştır[269]. Her ne kadar Hollanda-Arjantin YKTK Anlaşması'nın hükümlerine göre Hollanda'da kurulu olan şirketler Hollanda vatandaşı kabul ediliyor olsa da[270], tahkim heyeti burada "yabancı kontrolü" durumunun varlığından söz edebilmek için tüzel kişilik perdesinin aralanması ve nihai maddi gerçekliğe ulaşılması gerektiğine hükmetmiş; Hollanda'daki şirketin nihai kontrolü de bir Arjantin vatandaşında

---

[268] *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19.12.2008.

[269] *Ibid.*, para. 134-162.

[270] Hollanda-Arjantin YKTK Anlaşması, m. 1(b)(iii)

olduğundan ortada bir "yabancı kontrolü" durumu bulunmadığı, dolayısıyla da uyuşmazlığın ICSID'in yargılama yetkisi dahilinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır[271].

TSA Spectrum kararı milletlerarası yatırım hukukundaki hakim görüşü yansıtmakla birlikte bu konuda da mutlak bir içtihat birliği olduğu söylenemez. *TSA Spectrum* ile aynı yönde olan kararlarda nihai kontrolün kimde olduğu belirlenene kadar tüzel kişilik perdelerinin aralanmasına devam edilmesi gerektiği kabul edilirken[272]; bu yaklaşımı, pratik olmaması ve yatırımcılar bakımından hukuki belirsizliğe yol açacak olması gibi gerekçelerle reddederek, kontrol unsurunun birinci seviyeden sonra araştırılmaya devam edilmemesi gerektiğini savunan kararlar da mevcuttur[273].

B. Devlet Teşekküllerinin Yatırımcı Olarak Kabul Edilmesi

Milletlerarası yatırım hukukunun ana amacı özel yabancı sermaye ve özel yatırımcıların faaliyetlerini koruyup teşvik etmek olmakla birlikte, bu durum aynı sistemin devlet tarafından kontrol edilen yatırımcılar için de çalışmasına engel değildir. Fakat devlet teşekküllerinin milletlerarası yatırım hukukunun korumasından yararlanabilmeleri için söz konusu faaliyetlerinin kamusal değil ticari nitelikli olması gerektiği ifade edilmektedir[274]. ICSID Sözleşmesi'nde bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, hazırlık müzakereleri sırasında "şirketler" ifadesinin devlet şirketlerini de kapsayabileceği ifade edilmiş ve bu görüş herhangi bir muhalefet ile karşılaşmamıştır[275].

---

[271] *TSA Spectrum v. Argentina*, Award, para. 140, 153, 160-162.

[272] *SOABI v. Senegal*, Jurisdiction, para. 35; *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 09.01.2000, 17 ICSID Rev. – FILJ 382, para. 10-12. Aynı yönde bkz. **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 323.

[273] *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25.09.1983, 89 ILR 379, s. 387; *Aguas del Tunari v. Bolivia*, Jurisdiction, para. 247.

[274] **Dolzer / Schreuer**, s. 44.

[275] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 230, 580; **Hirsch**, *Arbitration Mechanism*, s. 64-66; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 171.

ICSID'in fikir babası olarak gösterilen Dünya Bankası eski baş hukuk müşaviri *Aron Broches* de, modern dünyada artık özel yatırımlar ile kamusal yatırımlar arasında ayrım yapmanın anlamlı olmadığını, sermayesi devlet kaynaklı olmasına rağmen piyasa mekanizmalarına göre faaliyet gösteren çok sayıda teşekküllerin söz konusu olduğunu ve devletin temsilcisi olarak hareket etmedikleri veya özünde kamusal nitelikli olan işlevleri yerine getirmedikleri sürece bunları özel sektör yatırımcılarından ayırmanın mümkün olamayacağını ifade belirtmiştir[276]. *Broches*'in ifade ettiği temsil ve işlev kriterlerine ek olarak ilgili devlet teşekkülünün faaliyetlerinin amacının da ticari veya kamusal nitelikli olduğunun araştırılmasını öngören bir amaçsal kriterin de aranması gerektiği doktrinde öne sürülmüş[277], fakat ilk ikisinin aksine bu üçüncü kriter tahkim kararlarında kabul görmemiştir[278].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında devlet şirketlerinin yatırımcı statüsünün bazı istisnalar haricinde özel olarak düzenlenmediği görülmektedir[279]. Fakat antlaşmada yapılan tanımında açıkça devlet teşekküllerine işaret edilmese dahi, "tüzel kişi" veya "yasal kişi" gibi genel ifadelerin kullanılmış olmasının devlet teşekküllerinin yatırımcı olarak kabul edilebilmeleri bakımından yeterli olduğu ifade edilmiştir[280].

Tahkim kararlarında da devlet şirketlerinin yatırımcı olarak kabul edildiği görülmektedir. *CSOB v. Slovakia* davasında, %65'i Çek Cumhuriyeti Devletine ait olan davacının ICSID kapsamında yatırımcı olarak kabul edilemeyeceği iddiası davalı devlet tarafından öne sürülmüş; ancak tahkim heyeti, ICSID Sözleşmesi'nin

---

[276] **Aron Broches**, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", 136 RCADI 331, s. 354-355.

[277] **Mark Feldman**, "The Standing of State-Owned Entities under Investment Treaties," Karl P. Sauvant (ed.), Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011, Oxford University Press, New York 2012, s. 615 vd., s. 616.

[278] *CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction, para. 20; **Badia**, s. 158.

[279] Buna özel olarak izin veren bazı antlaşma hükümleri için bkz. Japonya-Vietnam YKTK Anlaşması, m. 1(1)(b); ABD-Ruanda YKTK Anlaşması, m. 1.

[280] **Kenneth J. Vandevelde**, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, New York 2010, s. 158.

EŞA m. 1(7) hükmü de devlet teşekküllerini kapsayacak şekilde geniş bir ifade olarak yorumlanmaktadır. Bkz. **Baltag**, s. 133.

hazırlık müzakerelerinde devlet şirketlerinin yatırımcı olarak kabul edilebileceği yönünde ortaya çıkan görüşe ve *Broches* tarafından önerilen temsil ile işlev kriterlerine atıf yaparak davalının bu iddiasını reddetmiştir[281].

Rumeli v. Kazakhstan davasında ise, davacı şirketler Rumeli Telekom ve Telsim'in hisselerinin tamamının dava tarihi itibariyle Türkiye'nin bir devlet kurumu olan TMSF'ye ait olması gerekçesiyle davalı devlet tarafından davacıların yatırımcı sıfatına itiraz edilmiştir. Ancak tahkim heyeti, TMSF ile davacı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olmalarına vurgu yapmış, tüzel kişilik perdesinin aralanmasının da ancak gerçek menfaat sahiplerinin şirket yapılarını kullanarak kimliklerini gizlemeleri durumunda söz konusu olabileceğini ve somut olayda da böyle bir durumun söz konusu olmadığını belirterek itirazı reddetmiştir[282].

Bunların dışında da devlet şirketlerinin yatırımcı sıfatıyla taraf olduğu ICSID tahkim süreçlerinde, söz konusu şirketlerin yatırımcı sıfatına ilişkin olarak davalı devletlerin itirazda bulunmadıkları[283] veya bulunmuş olsalar da daha sonra bu itirazlarını geri çektikleri[284], tahkim heyetlerinin de bu konuyu resen incelemeye gerek görmeksizin kendilerini yetkili buldukları görülmektedir.

II. DEVLET

Yabancı yatırım sözleşmelerinde yatırımcının karşısında yer alan taraf temel olarak söz konusu ülkenin egemen devleti olmakla birlikte, devletin bizzat

---

[281] *CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction, para. 15-27.

Feldman ise burada *Broches* tarafından öne sürülen kriterlerin yanlış uygulandığı görüşündedir. Zira, yazara göre, *Broches* bu iki kriteri getirirken aralarında "veya" bağlacını kullanmak suretiyle ikisinin de ayrı ayrı aranması gerektiğini ifade etmiş olduğu halde, tahkim heyeti iki kriterin bir arada varlığını aramıştır. Bkz. **Feldman**, s. 630.

[282] *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29.07.2008, para. 324-328.

[283] *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, 17.12.2003, para. 6, 17-19; *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13.09.2006.

[284] *Hrvatska elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on the Treaty Interpretation Issue, 12.07.2009.

sözleşmeye taraf olması yerine onu temsilen bazı alt birimlerin veya devlete ait şirket ve teşekküllerin taraf olarak gösterilmesi sıklıkla görülen bir uygulamadır[285]. Bu başlıkta, devlet veya onun yerine sözleşmeye taraf olan diğer kamu tüzel kişileri ele alınarak bunlara ilişkin bazı ayrık durumlar incelenecektir.

A. Devlet Tüzel Kişiliği

Her tüzel kişi gibi, devletlerin de hukuki ilişkilere taraf olmaları ve bunlardan ötürü sorumluluk altına girmeleri temsil yetkisine sahip organları ve diğer yetkili temsilcileri vasıtasıyla söz konusu olmaktadır[286]. Yabancı yatırım sözleşmelerinin bakımından önem arz eden konu, kimlerin devletin organı olarak kabul edilebileceği ve bu kişilerin temsil yetkilerinin sınırlarıdır. Bu soruların cevabını vermek üzere milletlerarası umumi hukukta devletin organları ve devleti temsil etmeye yetkili diğer kişiler ile bunların devleti temsil yetkilerine ilişkin hükümleri incelemek gerekecektir.

1. Devlet Organı Kavramı

Devlet organının tanımı konusunda, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihinde yayınladığı Milletlerarası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Milletlerarası Sorumluluğu hakkında Taslak Maddeler[287] ("Taslak Maddeler") yol gösterici olabilecek bir kaynaktır.

Taslak Maddeler devletlerin sözleşmeye dayanan sorumluluklarını değil milletlerarası hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan (haksız fiil) sorumluluklarını düzenlemek üzere ihdas edilmiş olduklarından bunların devletlerin sözleşmesel

---

[285] **Smith**, s. 501.

[286] *German Settlers in Poland*, PCIJ, Advisory Opinion, 10.09.1923, Series B, No. 6, s. 22; **Hans Kelsen**, *Pure Theory of Law*, Max Knight (tr.), Lawbook Exchange, Clark (NJ) 2005, s. 307; **Eduardo Silva Romero**, "Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICC Case Law", Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.), *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008, s. 31 vd., s. 42; **James Crawford**, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 113.

[287] **International Law Commission**, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/10, 2001.

sorumluluklarını belirlemek üzere kullanılmalarının yerinde olmadığı ifade ediliyor ise de[288], devletlerin milletlerarası sorumluluğu ve eylemlerin devlete atfedilebilirliği konularında milletlerarası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen[289] ve bu kapsamda özellikle yatırım tahkimi heyetlerince de sıkça atıfta bulunulan[290] bu Taslak Maddelere "devlet organı" kavramının teamül hukukundaki tanımını tespit etmek bakımından başvurmakta fayda vardır.

Taslak Maddelerin 4. maddesinde devletin sorumluluğuna ilişkin ana kural şu şekilde ifade edilmiştir:

"(1) Milletlerarası hukuka göre; yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da başkaca işlevleri yerine getiriyor olmasına, Devlet örgütlenmesi içindeki konumuna ve merkezi idarenin veya bir yerel idarenin organı olma niteliğine bakılmaksızın, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin fiili olarak kabul edilir.

(2) Organın kapsamına Devletin iç hukukuna göre bu statüye sahip olan her türlü kişi ve kurumlar dahildir."[291]

Maddenin 2. fıkrasında da ifade edildiği üzere, devletlerin egemenlik hakları ve kendi iç örgütlenmelerini belirleme özgürlükleri gereği, hangi gerçek veya tüzel kişilerin devlet organı olarak kabul edileceği öncelikle ilgili devletin iç hukukuna

---

[288] **James Crawford**, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text, and Commentaries*, Cambridge 2002, s. 92; **Richard Happ** "The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisprudence," Clarisse Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington (NY) 2006, s. 315 vd., s. 324; **Michael Feit**, "Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", 28 Berkeley J. Int'l L. 142 (2010), s. 151.

[289] *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO, WT/DS285/R, Report of the Panel, 10.11.2004, para. 6.128; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12.10.2005, para. 69; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ, Judgment, 26.02.2007, 2007 ICJ Rep. 43, para. 385; *Jan de Nul v. Egypt*, Jurisdiction, para. 89; *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 24.05.2007, para. 63; *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18.07.2010, para. 171; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 150.

[290] *Jan de Nul v. Egypt*, Jurisdiction, para. 89; *UPS v. Canada*, Award, para. 63; *Hamester v. Ghana*, Award, para. 171; *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award, 19.08.2005, para. 127; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.07.2006.

[291] Yaz. Çev.

başvurulacağı milletlerarası umumi hukukta genel olarak kabul edilmektedir[292]. Aynı ilke, milletlerarası özel hukuktaki "kişisel statü" (*statut personnel*) kavramına dayanan ticari tahkim heyetlerince de benimsenmiştir[293]. Devletin organlarının sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden doğrudan devletin sorumlu olduğu ilkesi de, hem milletlerarası umumi hukuka[294] hem de milletlerarası özel hukuka[295] göre inceleme yapan yazarlar ve tahkim heyetlerince kabul edilmiştir.

Daha tartışmalı olan konu ise, devletin iç hukukuna göre organ statüsünde olmayan, fakat uygulamada devlet organı görevlerini icra eden kişi ve kurumların eylemlerinin nasıl değerlendirileceğidir. Milletlerarası umumi hukuk bakımından, her ne kadar Taslak Maddeler m. 4(2)'de organ statüsünün belirlenmesinde kural olarak ilgili devletin iç hukukunun esas alınacağı belirtiliyor ise de, bu fıkrada "organın kapsamına […] dahildir" ifadesinin[296] kullanılıyor olması nedeniyle, organ statüsünün belirlenmesinde devletin hukukunda iç hukukunda getirilen düzenlemenin her zaman nihai olmadığı ifade edilmiştir[297]. Dolayısıyla, bazı istisnai durumlarda ilgili devletin iç hukukuna göre "hukuki (*de jure*) organ" statüsüne sahip olmayan fakat milletlerarası hukuka göre organ statüsünde kabul edilen kişi ve kurumlara "fiili (*de facto*) organ" statüsü atfedilmektedir[298].

---

[292] **James Crawford**, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text, and Commentaries*, Cambridge 2002, s. 92, para. 6; **Luigi Condorelli**, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", 189 RCADI 9 (1984), s. 26; *Eureko v. Poland*, Partial Award, para. 127.

[293] *ICC Case No. 6465*, Interim Award, 15.08.1991, s. 25; *ICC Case No. 7245*, Interim Award, 28.01.1994 s. 24; *ICC Case No. 7472*, Interim Award, 16.01.1995, s. 10; *ICC Case No. 6775*, Final Award, 28.01.1998, s. 12. (Kararların ilgili kısımları için bkz. **Romero**, s. 37, dn. 17)

[294] **Crawford**, *Commentary*, s. 96, m. 4, para. 6; **Nick Gallus**, "State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims", 7 JWIT 761 (2006), s. 765; *Hamester v. Ghana*, Award, para. 180.

[295] *ICC Case No. 6725*, Award, 14.02.1991, s. 7-8; *ICC Case No. 7472*, s. 10; *ICC Case No. 7304*, Partial Award, 31.03.1994, para. 25; *ICC Case No. 7701*, Final Award, 15.11.1994, 8(2) ICC Bull. 66 (1997); *ICC Case No. 9762*, Award, 22.12.2001, 29 YCA 26 (2004), para. 51. (Kararların ilgili kısımları için bkz. **Romero**, s. 33, dn. 4)

[296] Fıkranın İngilizce orijinal metninde "An organ includes […]" ifadesi kullanılmıştır.

[297] **Crawford**, *Commentary*, s. 98, m. 4, para. 11.

[298] **Ian Brownlie**, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I*, Clarendon Press, Oxford 1983, s. 136: "Pek çok durumda, 'devlet organı'nın ne olduğu sorusunun cevabı temelde maddi bir sorun olup bir anayasa veya yerel mevzuat ile getirilmiş olan şekli ve yönetimsel düzenlemeler ile ilgili değildir. Bu maddi sorunun ilgili milletlerarası hukuk ilkesiyle karşılıklı ele alınması sonucunda sorumluluk ile ilgili karar verilecektir." (Yaz. Çev.)

Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından inceleme yapan bazı yatırım tahkimi heyetlerinin de, devletten farklı tüzel kişiliği bulunmasına rağmen bazı kurumları "organ" statüsünde kabul ettikleri kararlar vardır. *Eureko v. Poland* kararında Polonya hukukuna göre Devlet Hazinesi'nin ayrı tüzel kişiliğinin bulunması Hazine'nin devlet organı olarak kabul edilmesine engel olmamış[299]; *Deutsche Bank v. Sri Lanka* kararında ise, yatırımcı ile sözleşme imzalamış olan devlet şirketi CPC'nin üzerinde Sri Lanka devletinin sahip olduğu mutlak kontrol nedeniyle bu şirketin ayrı bir hukuki varlığının bulunmadığına ve devlet organı statüsünde olduğuna hükmedilmiştir[300].

Milletlerarası özel hukuk hükümlerine göre karar veren ticari tahkim heyetlerinin ise "*de facto* organ" terimini kullanmadığı ve bu konuda farklı yaklaşımlar benimsediği görülmektedir. Bazı kararlarda devletin iç hukukunda yapılan sınıflandırma katı biçimde uygulanarak ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan kurumların devlet organı kabul edilemeyeceğine hükmedilirken[301], bazı kararlarda ise yine iç hukuka başvurulmakla birlikte farklı bir yorum yapılarak ayrı tüzel kişiliğe sahip kurumların organ statüsünde olduğu kabul edilmiştir[302].

UAD'nin bu konudaki içtihadı, devletin kontrolü altında olan ve devlete "tam bağlılık" (*complete dependence*) ile bağlı olan kişi ve kurumların devlet organları ile eşit statüde kabul edilebileceği yönündedir. Bkz. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, ICJ, Judgment, 27.06.1986, 1986 ICJ Rep. 14, para. 109-110; *Genocide case*, Judgment (2007), para. 391-393.

Başka bir örnek olarak, bazı ülkelerde polis ve yargı organlarının devletin merkezi yapılanmasının dışında özerk statüleri bulunmasına rağmen, bunların başka bir devletin mahkemelerinde yargı bağışıklığına sahip olup olmadığının tespitinde iç hukukta yapılan ayrımın dikkate alınmadığı ve milletlerarası hukuk ilkelerine başvurularak bu kurumların yerine getirdikleri işlevlerden ötürü organ kabul edildikleri görülmektedir. Bkz. *Church of Scientology*, Bundesgerichtshof, 26.09.1978, 65 ILR 193, s. 198; *Propend Finance Pty Limited v. Sing*, England Court of Appeal, 17.04.1997, 111 ILR 611, s. 670-671.

[299] *Eureko v. Poland*, Partial Award, para. 130-134.

[300] *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31.10.2012, para. 405(b), (f).

[301] *ICC Case No. 7472*, s. 11. (Kararın ilgili kısmı için bkz. **Romero**, s. 32, dn. 3)

[302] *ICC Case No. 9762*, para. 52.

2. Organların Devleti Temsil Yetkisi ve Sınırları

Milletlerarası umumi hukukta, devletin hukuka aykırı eylemlerden ötürü sorumluluğunun incelenmesinde eylemi gerçekleştiren devlet organlarının bu konuda devleti temsil yetkisinin bulunup bulunmaması veya söz konusu eylemin ilgili devlet organının işlem yetkisinin dışında (*ultra vires*) olması gibi durumlar kural olarak dikkate alınmamakta, ilgili devlet organının görünürdeki yetkisinin (*apparent authority*) varlığı bu organın eyleminin devlete atfedilmesi bakımından yeterli kabul edilmektedir[303]. Buna karşılık, devletin sözleşme ile yükümlülük altına girmesi bakımından görünürdeki yetki ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Devletlerin milletlerarası antlaşmalar ile yükümlülük altına girmesi bakımından kural olarak açık yetki (*actual authority*) aranmakla birlikte ve hâlin şartlarına göre görünürdeki yetki (*apparent authority*)[304] de yeterli kabul edilebilmektedir. Bu temel kural, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 7(1) maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *"Bir antlaşma metninin kabulü veya tevsiki amacıyla veya Devletin bir antlaşma ile bağlanma rızasını açıklaması amacıyla bir kişinin bir Devleti temsil ettiği şu hallerde kabul edilir: (a) uygun bir yetki belgesini gösterdiği zaman; veya (b) ilgili Devletlerin uygulamasından veya diğer şartlardan niyetlerinin o şahsın bu amaçlar için Devleti temsil ettiğini kabul etmek ve yetki belgesini bertaraf etmek olduğu ortaya çıktığı zaman"*

Viyana Sözleşmesi sadece devletler arasında imzalanan antlaşmalar bakımından hüküm ifade etmektedir[305] ve dolayısıyla devletlerle özel hukuk kişileri arasında imzalanan sözleşmeler bakımından herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Fakat,

---

[303] **ILC**, *Draft Articles on Responsibility of States*, m. 7; *Harvard Draft Convention on State Responsibility*, m. 15; **Brownlie**, *State Responsibility*, s. 143; **Crawford**, *Commentary*, s. 108, m. 7, para. 8; **Crawford**, *State Responsibility*, s. 136 vd.

[304] Aynı kavramın temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşmalarının geçerliliği çerçevesinde kullanımı için bkz. **Ercüment Erdem**, "Türk Hukukunda Tahkimde Temsil İçin Özel Yetki", 2014, Çevrimiçi Erişim: <http://www.erdem-erdem.com/articles/turk-hukukunda-tahkimde-temsil-icin-ozel-yetki> [Son Erişim: 14.10.2015]

[305] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 1.

milletlerarası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen 7. maddenin[306] devleti temsil etme yetkisine dair hükümlerinin devletin sözleşme ile yükümlülük altına girmesine ilişkin tartışmalarda da yol gösterici olarak kullanıldığı görülmektedir[307]. Bu bakımdan Viyana Sözleşmesi'nin 7. maddesinde temsil yetkisine ilişkin kabul edilen ilkeleri incelemekte fayda vardır.

Viyana Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ilk fıkrasında bir kişinin devleti temsil etme yetkisinin temel olarak iki şekilde söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bunlardan birincisi, temsilcinin uygun bir yetki belgesine (*full powers*)[308] sahip olması, yani açık yetkisinin (*actual authority*) bulunması durumudur. İkinci durum ise, ilgili devletlerin uygulamasından veya diğer şartlardan ilgili kişinin yetki belgesine gerek olmaksızın devleti temsil yetkisinin bulunduğunun anlaşılmasıdır. Bu durum da görünürdeki yetki (*apparent authority*) olarak adlandırılmaktadır[309]. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bazı kişilerin yetki belgesine gerek olmaksızın görevleri gereği devleti temsil edebileceği belirtilmiştir. Buna göre, devleti her türlü milletlerarası antlaşmalarda temsil etme yetkisine sahip olduğu kabul edilen organlar devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanıdır. Bu organlar bakımından getirilen devleti temsil karinesi UAD tarafından katı biçimde uygulanmış[310], hatta

---

306 **Mark Eugen Villiger**, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden 2009, s. 146.

307 **Karl-Heinz Böckstiegel**, *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, Kluwer, Deventer 1984, s. 43.

308 Yetki belgeleri, Viyana Sözleşmesi'nin imzasından önce de devletlerarası hukuki ilişkilerde temsil bakımından esas alınmış ve hatta milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girmesi için yasama organı tarafından onaylanması uygulaması milletlerarası hukukta yerleşmeden önce bu belgelerde belirtilen yetkiler dahilinde temsilciler tarafından imzalanan antlaşmaların devlet üzerinde bağlayıcı olacağı kabul edilmiştir. Bkz. **Arnold:** *The Law of Treaties*, Clarendon, Oxford 1961, s. 121; **B.S. Murty**, *The International Law of Diplomacy: the Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven Press, New Haven 1989, s. 206; **Ian:** *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester 1984, s. 30; **Villiger**, s. 135-136.

309

310 *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, ICJ, Judgment (Jurisdiction and Admissibility), 01.07.1994, 1994 ICJ Rep. 112, para. 25-27: Katar ve Bahreyn dışişleri bakanları arasında 1990'da imzalanmış olan bir toplantı tutanağı UAD tarafından milletlerarası anlaşma statüsünde kabul edilmiş, Bahreyn'in anayasal olarak dışişleri bakanının tek başına böyle bir anlaşmayı tek başına imzalama yetkisi olmadığına dair itirazı ise geçerli kabul edilmemiştir.

bazı durumlarda antlaşmalar hukukunun sınırları dışında da milletlerarası hukukun genel bir ilkesini ifade etmek amacıyla örnek gösterilmiştir[311].

Antlaşmalar hukukunda devletlerin temsiline ilişkin Viyana Sözleşmesi m. 7 ile sağlanan yeknesaklaşma devletlerin yabancılarla imzaladıkları sözleşmeler bakımından söz konusu değildir. Görünürde devleti temsil yetkisine sahip olduğu anlaşılmakla birlikte gerçekte bu yetkiye sahip olmayan devlet organlarının imzaladığı *ultra vires* sözleşmelerin geçerliliği tartışmalıdır[312]. 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında bu konuyu ele alan tahkim heyetlerinin ortak yaklaşımı, devletlerin *ultra vires* sözleşmelerden ötürü sorumluluğunun kendi iç hukuklarına göre belirlenmesi yönünde olmuştur[313]. Antlaşmalar hukukunda devlet başkanları için kabul edilen temsil karinesi de tahkim heyetlerince devlet sözleşmelerinin geçerliliği bakımından mutlak olarak kabul edilmemiş ve iç hukukta sözleşmelerin geçerliliği için getirilmiş anayasal düzenlemeler dikkate alınmıştır. *Beales, Nobles and Garrison* davasında, Venezuela Devlet Başkanı tarafından ülkesinin New York'taki konsolosuna ABD vatandaşı davacılar ile bazı sözleşmelerin imzalanması konusunda tam yetki verilmiş olmasına rağmen Venezuela Anayasası'nda bu tür sözleşmelerin imzalanmasına izin verme yetkisinin münhasıran yasama organına ait olması nedeniyle sözleşmeler geçersiz kabul edilmiştir[314]. *Tinoco* Tahkiminde ise, Kosta Rika Anayasası'na göre yabancı yatırım sözleşmelerinin hem Temsilciler Meclisi hem de Senato tarafından onaylanması gerekirken somut olayda bir bakan

---

[311] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ, Judgment (Preliminary Objections), 11.07.1996, 1996 ICJ Rep. 595, para. 44: Davalı Sırbistan tarafından davacı Bosna-Hersek'in Devlet Başkanı Alija İzzetbegoviç'in UAD nezdinde dava açmak için karar alma yetkisi bulunmadığı yönünde yapılan itirazı, "her Devlet Başkanının uluslararası ilişkilerde kendi Devletinin adına hareket etmeye yetkili olduğunun varsayılacağı konusunda şüphe yoktur" ifadesi ile reddeden Mahkeme, bu ifadeyi desteklemek adına Viyana Sözleşmesi m. 7(2) hükmüne de atıfta bulunmuştur.

[312] Bu tartışma ile ilgili genel olarak iki karşıt görüş için bkz. **Theodor:** "Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsiblity of States", 6 ICLQ 273 (1957); **M. Sornarajah**, *International Commercial Arbitration: The Problem of State Contracts*, Longman, London 1990, s. 59 vd.

[313] **Meron**, "Repudiation", s. 279. Bu yöndeki tahkim kararları için bkz. *ibid.* dn. 8.

[314] *Beales, Nobles and Garrison (U.S. v. Venezuela)*, US-Ven. Cl. Comm., 1886, **Moore**, *International Arbitrations*, Vol. 4, s. 3548 vd.; **Meron**, "Repudiation", s. 279-280. *Ultra vires* sözleşmelerin geçersiz olduğu görüşünü savunan bazı kaynaklar için bkz. **Edwin M. Borchard**, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Bank Law Pub. Co., New York 1915, s. 183-184; **Mahnoush Arsanjani**, *International Regulation of Internal Resources: A Study of Law and Policy*, University Press of Virginia, Charlottesville 1981, s. 243-244.

tarafından imzalanmış olan sözleşmenin sadece Devlet Başkanı ve Temsilciler Meclisi tarafından onaylanmış olması nedeniyle geçersiz olduğuna hükmedilmiştir[315]. ABD Yüksek Mahkemesi'nin de içtihadı devletin organlarının veya kurumlarının taraf olduğu sözleşmelerde söz konusu organın görünürdeki yetkisinin varlığının devletin sözleşmeye taraf kabul edilmesi için yeterli olmayacağı yönündedir[316].

Aynı dönemde başka bazı tahkim heyetleri ise, devlet tarafından varlığından haberdar olunmakla birlikte hemen sonlandırılmamış ve ifasına bir süre devam edilmiş olan sözleşmelerin artık devlet üzerinde bağlayıcı hale geldiğine hükmetmişlerdir[317]. Bu kararlarda da devleti sözleşme ile yükümlülük altına sokma yetkisine sahip olan kişilerin belirlenmesi konusunda iç hukukun esas alınacağı ilkesi reddedilmemiş[318], fakat devletin sözleşmeden haberdar olmasına rağmen eylemsiz kalarak sözleşmeyi "zımnen onayladığı"[319] veya ifasına devam etmek suretiyle "açıkça kabul ettiği"[320] gibi gerekçelerle iç hukukta getirilen yetki sınırlamaları bertaraf edilmiştir[321]. Daha yakın tarihli bir *ad hoc* tahkim kararında da daha detaylı bir inceleme yapılarak benzer bir sonuca ulaşılmıştır[322]. Yeraltı kaynaklarına ilişkin bir yabancı yatırım sözleşmesini inceleyen tahkim heyeti, öncelikle ev sahibi devletin iç hukukuna göre bu tür sözleşmelerin geçerliliği için yetkili devlet kurumunun yüksek konseyi ve parlamento tarafından onaylanması zorunluluğunun yerine

---

[315] *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Tinoco case) (UK v. Costa Rica)*, Award, 18.10.1923, 1 RIAA 371.

[316] *Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill*, US Supreme Court, 10.11.1947, 332 U.S. 380, s. 384.

[317] *Hemming case (UK v. USA)*, Award, 18.12.1920, 6 RIAA 51; *Davies case (U.S. v. Mexico)*, US-Mex. Gen. Cl. Comm., Award, 23.03.1927, 4 RIAA 139.

[318] *Davies* kararında, devletlerin temsilciler tarafından yükümlülük altına sokulmasının ancak milli hukuktaki sınırlar dahilinde mümkün olabileceği ve yetkisini aşan temsilcilerin imzaladığı sözleşmelerden devletlerin sorumlu olmayacağı ilkesinin pek çok ülkede "milli hukukun genel ilkesi" olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir (s. 142).

[319] *Hemming case*, s. 53.

[320] *Davies case*, s. 141.

[321] Bu kararlarda açıkça böyle bir kavrama atıf yapılmamış olmakla birlikte, bazı yazarlarca bu kararların temelinde "çelişkili işlem yasağı" (*estoppel*) ilkesinin bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Meron**, "Repudiation", s. 282 vd.

[322] *Company Z and Others v. State Organization ABC*, Award, 1982, 8 YCA 194 (1983).

getirilmemiş olmasının sözleşmeyi "usulsüzlük ile lekelediğini" kabul etmiş[323]; fakat yeraltı kaynaklarına ilişkin sözleşmelerin böyle usulsüz şekilde imzalanıp uygulanmasının ilgili devlette uzun yıllardır süren bir fiili durum olması ve somut olayda da sözleşmenin ifasının kısmen gerçekleştirilmiş olması gerekçelerine dayanarak devletin sözleşme ile bağlı olduğuna hükmetmiştir[324]. Bu kararın hukuki gerekçeleri arasında milletlerarası kamu düzeni, milletlerarası umumi hukukun ilkeleri ve *lex mercatoria* gibi kavramlara atıf yapılmasından ötürü, söz konusu kararın yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarasılaşması teorisini yansıttığı da ifade edilmiştir[325].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin devlet adına doğrudan devlet başkanı[326] veya sorumlu bakan[327] tarafından imzalanması çoğunlukla Klasik Dönemde tercih edilmiş bir uygulama olup bu uygulama ile son zamanlarda daha seyrek karşılaşılmaktadır. Bunun yerine, devlet tarafından ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmak üzere çeşitli isimler ve hukuki statüler altında kurulan ve farklı ekonomik sektörlerde uzmanlaşmış olan çeşitli devlet kurumları ile devlet şirketleri sözleşmelerde artan bir sıklıkla taraf olarak yer almaya başlamıştır. Bu değişen uygulamanın nedenleri ve sonuçları aşağıda incelenecektir.

B. Devletin Siyasi Alt Birimleri

Siyasi alt birimler[328], devletin iç siyasi örgütlenmesi kapsamında belirlenen belediyeler ve eyaletler gibi bölgesel ve yerel yönetim birimlerini ifade etmektedir.

---

[323] *Ibid.*, s. 100

[324] *Ibid.*, s. 101-103.

[325] Söz konusu kararı veren üç kişilik tahkim heyetinin iki üyesinin milletlerarasılaşma teorisinin ünlü savunucularından olan *Pierre Lalive* (heyet başkanı) ve *Berthold Goldman* olduğu da belirtilmelidir. Bu konuda karara eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Sornarajah**, *Commercial Arbitration*, s. 63-67.

[326] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 144-145; *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 534.

[327] Bkz. 1903 tarihli Bağdat Demiryolu Sözleşmesi (**Herschlag**, s. 318).

[328] "Siyasi alt birim" terimi idare hukukunda kullanılan bir terim olmamakla birlikte milletlerarası yatırım hukukunda kullanılan "*constituent subdivision*" [ICSID Sözleşmesi, m. 25(1)] ve "*political subdivision*" (**Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 152) gibi terimlerin karşılığı olarak bu çalışmada tercih edilmiştir.

Devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan belediyelerin veya diğer yerel yönetimlerin kendi görevleri arasındaki çöp toplama, su arıtma, ulaşım gibi kamu hizmetlerinin ifası için doğrudan yabancı yatırımcılarla sözleşme imzalamaları artık milletlerarası yatırımlarda sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

Siyasi alt birimler, devletin merkezi yapılanmasına dahil olmadıkları ve ayrı tüzel kişiliğe sahip olduklarından ötürü devlet organı statüsünde değildir. Dolayısıyla, devlet kural olarak siyasi alt birimlerinin imzaladığı sözleşmelere taraf kabul edilmemekte ve bu sözleşmelerden ötürü devlet sorumluluk altına girmemektedir[329]. Siyasi alt birimlerin devlet yapılanmasında merkezin dışında ayrı bir görev üstlendikleri açık olduğundan, devlet teşekküllerinde bazen görüldüğü gibi tüzel kişilik perdesinin aralanması ve bu tüzel kişilerce imzalanan sözleşmelere devletin taraf kabul edilmesi gibi uygulamalar siyasi alt birimler bakımından söz konusu olmamaktadır.

Devletin siyasi alt birimlerin gerçekleştirdiği sözleşme ihlallerinden sorumlu olması istisnai olarak söz konusu sözleşme ihlallerinin ilgili yerel yönetimlerce kamu gücünün kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiş olması[330] veya ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasındaki milletlerarası yatırım antlaşmasında "şemsiye hükmü"[331] bulunması gibi durumlarda söz konusu olabilecektir.

---

[329] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 03.07.2002, 19 ICSID Rev. – FILJ 89 (2004), 41 ILM 1135 (2002), 6 ICSID Rep. 340 (2004), 125 ILR 58 (2004), 130 JDI 195. para. 96; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004, para. 174; *Azurix v. Argentina*, Award, para. 52; *Tecmed v. Mexico*, Award.

[330] **ILC**, *Draft Articles on Responsibility of States*, m. 5: *"Dördüncü madde kapsamında Devletin organı olmayan, fakat bu Devletin iç hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak üzere yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin davranışı, somut olayda bu kişi ya da birimin bu yetkiye göre hareket ediyor olması kaydıyla, milletlerarası hukuka göre bir Devlet fiili olarak kabul edilir."* (Yaz. Çev.)

Örnek olarak bkz. *Azurix v. Argentina*, Award, para. 53.

[331] Şemsiye hükmünün kapsamı ve ne şekilde kaleme alındığı da önemlidir. Sadece "devletin sözleşmeler ile üstlendiği yükümlülükler" bakımından düzenlenmiş bir şemsiye hükmü de yerel yönetim ile yatırımcı arasındaki bir sözleşmeyi yatırım antlaşmasının koruması altına almak için yeterli olmayacaktır. Bkz. *Azurix v. Argentina*, Award, para. 52.

C. Devlet Teşekkülleri

1. Tanım ve Terminoloji

ABD eski Başkanı *Franklin D. Roosevelt* tarafından, "*kamunun erki ile giydirilmiş fakat özel teşebbüslerin esnekliği ve girişimciliğine sahip*" kurumlar olarak ifade edilmiş olan[332] devlet teşekkülleri, ekonomik hayatta her geçen gün artan etkinlikleri ve devletin sorumluluğu konusunda diğer devlet kurumlarından farklı olan konumları ile milletlerarası yatırım hukukunda önemli tartışmaların da kaynağını oluşturmaktadır.

Böckstiegel, devlet teşebbüslerini (*state enterprise*), ayrı bir tüzel kişiliği olsun veya olmasın, mülkiyetinin büyük çoğunluğu veya kontrolü devlete veya devlet kurumlarına ait olan her türlü ticari teşebbüsler olarak tanımlamıştır[333]. *OECD*'nin tanımına göre ise, devlet teşebbüsleri, idareden farklı bir tüzel kişiliğe sahip olan ve aynı zamanda kamusal amaçlar taşısalar dahi ticari faaliyetlerde bulunan ve gelirlerinin büyük çoğunluğunu bu faaliyetlerden elde eden teşebbüslerdir[334].

Lalive, devlet teşebbüsü (*entreprise étatique*) kavramının hukuki olmaktan çok ekonomik bir kavram olduğunu, bu tür teşebbüslerin kamu hukukuna veya özel hukuka göre kurulmuş olabileceklerini ve bu durumun onların devlet teşebbüsü olma özelliklerini etkilemeyeceğini ifade etmiştir[335]. AB mevzuatında da kamu teşebbüslerinin (*public undertaking*) üzerinde devletin kontrolünün doğrudan veya dolaylı biçimde söz konusu olabileceği belirtilerek buna benzer bir yaklaşım kabul edilmiştir[336].

---

[332] **Gallus**, s. 761.

[333] **Böckstiegel**, *State Enterprises*, s. 34.

[334] **OECD:** *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries: A Survey of OECD Countries*, Paris 2005, s. 182.

[335] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 28.

[336] EC Directive on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings, 80/723/EEC, 25.06.1980, Art. 2.

ABD Yüksek Mahkemesi, devletin vasıtaları (*government instrumentality*) olarak tanımladığı bu tür teşekküllerin ortak özelliklerini şu şekilde sıralamıştır[337]:

- Hak ve yetkilerini düzenleyen bir kuruluş kanununa göre kurulmuş olma ve devletin belirlediği bir yönetim kurulu tarafından ilgili kanundaki esaslara göre yönetilme,
- Devletten ayrı bir tüzel kişiliğe ve dava ehliyetine sahip olma,
- Devletin sermaye koyma veya zararları karşılama taahhütlerinin dışında kendi maliyesinden sorumlu olma,
- Devlet dairelerinin uygulamakla yükümlü olduğu bütçe ve personel kurallarından bağımsız olarak ayrı bir ekonomik teşekkül gibi yönetilme.

Doktrinde ve uygulamada, devletin vasıtası (*instrumentality*)[338], devletin yaratımı (*émanation de l'Etat*)[339], devlete ait teşebbüs (*state-owned enterprise*), kamuya şirketi (*publicly owned company*), devlet teşebbüsü (*state enterprise*) ve devlet teşekkülü (*state entity*) gibi farklı terimlerin sıklıkla aynı ekonomik gerçekliği ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir[340]. Türk hukukunda da "kamu iktisadi teşebbüsleri", "iktisadi devlet teşekkülleri" ve "kamu iktisadi kuruluşları" gibi terimler kullanılmaktadır[341], fakat bu kavramlar arasında yapılan ayrımlar tamamen

---

[337] *First National City Bank v. Banco para el comercio exterior de Cuba*, US Supreme Court, 17.06.1983, 462 U.S. 611, s. 624.

[338] Devletin vasıtası tabiri daha çok Amerikan mahkemelerince tercih edilmiştir. Bkz. *First National City Bank v. Banco para el comercio exterior de Cuba*, US Supreme Court, 17.06.1983, 462 U.S. 611; *Bridas S.A.P.I.C. and others v. The Government of Turkmenistan and others*, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 09.09.2003, 345 F.3d 347. Aynı terimin ICC tahkim kararlarında kullanımı için bkz. **Romero**, s. 31 vd.

[339] Devletin vasıtası kavramının Fransız hukukundaki karşılığı olarak ifade edilen *émanation de l'Etat* kavramının Fransız hukukundaki gelişimi için bkz. **Romero**, s. 35; **Paul Lagarde**, "Une notion ambivalente: l'« émanation » de l'Etat nationalisant", *Droit et libertés a la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques: études offertes à Claude-Albert Colliard*, Pedone, Paris 1984, s. 539 vd.

Aynı kavramın AB hukukundaki kullanımı için bkz. *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case 222/84, ECJ, 15.05.1986, [1986] 5 ECR 1651, para. 56; *Foster and others v. British Gas*, Case C-188/89, ECJ, 12.07.1990, [1990] ECR I-3313, para. 22; **John Tillotson / Nigel Foster**, *Text, Cases and Materials on European Union Law*, Cavendish Publishing, London 2003, s. 174.

[340] **Badia**, s. 2.

[341] 233 sayılı ve 08.06.1984 tarihli Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Resmi Gazete, 18.06.1984, 18435 Mük.) m. 2'de İktisadi Devlet Teşekkülü (İDT) "sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan,

Türkiye'nin iç idari yapılanmasına özgü olup milletlerarası hukuktaki genel ilkelerin uygulanması bakımından bu tür ayrım ve sınırlamalar söz konusu değildir[342].

Doktrinde ve uygulamada tercih edilen terimler arasında en yaygın kullanılanlar "devlet teşebbüsü" (*state enterprise*)[343] ve "devlet teşekkülü" (*state entity*)[344] kavramlarıdır. Hukuki formlarla sınırlı kalmayarak maddi ve ekonomik gerçekliği ifade etmeleri bakımından bu iki kavramın kullanımı bu çalışmanın konusu bakımından da uygun düşmektedir. İki kavram arasındaki temel fark, "teşebbüs" kavramı temelde ekonomik bir amacın varlığını ifade ederken "teşekkül" kavramında böyle bir sınırlamanın olmamasıdır. Yabancı yatırım sözleşmelerine taraf olan tüzel kişiler genellikle ekonomik amaçlarla kurulmuş olmakla birlikte, devlet tarafından elektrik, su, otoyol, demiryolu vb. kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla kurulan ve hem düzenleyici hem de ekonomik nitelikli yetkilere sahip olan bağımsız idari otoritelerin de (Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri gibi) yabancı yatırım sözleşmelerine taraf olması mümkündür[345]. Dolayısıyla

---

kamu iktisadi teşebbüsü" olarak, Kamu İktisadi Kuruluşu (KİK) "sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü" olarak tanımlanmış, Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) ise İDT ve KİK'lerin ortak adı olarak belirtilmiştir.

Türk hukukunda KİT, İDT ve KİK'lerin tarihsel gelişimi ve hukuki konumuna ilişkin bkz. **Sayıştay**, *Kamu İşletmeleri 2013 Yılı Genel Raporu*, Ankara 2014.

[342] Örneğin 233 sayılı KHK'ye göre KİT'ler sadece Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilir (m. 3). Fakat milletlerarası hukuk bakımından bir teşebbüsün devlet teşebbüsü olarak kabul edilip devlet ile arasındaki sorumluluk ilişkisinin incelenmesi için böyle şekli kriterlerin sağlanmasına gerek yoktur. Tamamen özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş bir şirket de, gerekli koşulların mevcut olması halinde, devlet şirketi (teşebbüsü, teşekkülü) olarak kabul edilebilir.

Tulip v. Turkey kararında da, ICSID tahkim heyeti, Emlak Konut GYO'nun hukuki statüsünü belirlemek amacıyla şirketin ana sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu ve sermaye piyasası mevzuatı hükümleri, ilgili Yargıtay içtihadı ve uzman görüşlerine başvurmak suretiyle Emlak Konut GYO'nun devlet organı niteliği taşımadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10.03.2014.

[343] **Böckstiegel**, *State Enterprises*; **Badia**, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*.

[344] **Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.):** *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008.

[345] Örneğin, *Bayındır v. Pakistan* tahkiminde Pakistan Milli Otoyol İdaresi'nin (*National Highway Authority*), *Impregilo v. Pakistan* tahkiminde ise Pakistan Su ve Elektrik Geliştirme İdaresi'nin (*Water and Power Development Authority*) taraf olduğu yabancı yatırım sözleşmeleri tartışma konusu olmuştur.

bu çalışmada daha kapsayıcı bir kavram olan "devlet teşekkülü" kavramı, ekonomik nitelikli olsun veya olmasın belirli bir amacı gerçekleştirmek için devlet tarafından kurulan ve devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olan her türlü özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerini ifade etmek üzere kullanılacaktır.

Devlet teşekkülleri, uluslararası ekonomik ilişkilere girdikleri zaman bürokrasinin hantallığı ve anayasal karar alma süreçlerinin yavaşlığı gibi yapısal sorunların uluslararası ticaret ve yatırımların gereklerine her zaman uymadığını fark eden devletler tarafından, piyasanın ve yabancı ortaklarının ihtiyaçlarına daha hızlı ve etkin biçimde cevap verebilmek için sıklıkla tercih edilmektedir[346]. Bu durum, devlet teşekküllerinin yabancı yatırım sözleşmelerinde de giderek artan bir sıklıkta taraf olmaları sonucunu doğurmuştur. Fakat ne tam olarak özel hukuk tüzel kişisi, ne de devlet organı olduğu söylenebilecek olan devlet teşekküllerinin bu karma yapısı, bu teşekküllerin taraf oldukları sözleşmelerden ötürü devletin sorumluluğuna ilişkin tartışmalara da yol açmıştır. Aşağıda devlet teşekküllerinin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasının bunlar tarafından imzalanan sözleşmelerden ötürü devletin sorumluluğunu ne şekilde etkilediği ve buna karşılık devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanması için kullanılmış bazı hukuki gerekçeler üzerinde durulacaktır.

2. Devlet Teşekküllerinin Tüzel Kişilik Perdesi

Şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması ve şirket ile hissedarları arasındaki sorumluluk bağının sınırlandırılmasına ilişkin uygulamaların geçmişi, devlet şirketlerinin dünya çapında yaygınlaşmasından çok öncesine dayanmaktadır. Tüzel kişilik perdesi (*corporate veil*) kavramı öncelikle milli hukuk sistemlerinde özel şirketler bakımından geliştirilmiş, milletlerarası hukukta bu kavramın özel şirketler ve devlet şirketleri bakımından uygulanmasına ilişkin tartışmalar ise daha yakın tarihte milli hukuk sistemlerindeki uygulamalara atfen ortaya çıkmıştır. Bu nedenle tüzel kişilik perdesine ilişkin milli hukuk sistemlerindeki gelişim sürecini kısaca incelemekte fayda vardır.

---

[346] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 28-29.

a. Özel Şirketler Bakımından Tüzel Kişilik Perdesi Kavramının Gelişimi

Sınırlı sorumluluğa dayalı şirket yapılarının ilk örneği olarak Roma hukukunda milattan önce 3. yüzyılda ortaya çıkan ve yönetime katılan ortakların tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu, yönetime katılmayan ortakların ise sınırlı sorumlu olduğu (bu bakımdan TTK'da düzenlenen komandit şirkete benzeyen) "*societates publicanorum*" gösterilmektedir[347].

Modern şirket yapılarının ortaya çıkışı ise Avrupa'da 18. yüzyıldan itibaren gerçekleşmiştir. 18. yüzyılda İngiliz Doğu Hindistan Şirketi gibi özel yatırımcıların da sermaye koymasına izin verilen bazı devlet destekli şirketler ile ilgili olarak yasadışı "imtiyaz ticareti" yapılması gibi bazı skandalların ortaya çıkması Avrupa çapında bir yatırım aracı olarak şirketlere duyulan güveni erozyona uğratmıştır[348]. Yatırımcıların şirketlere olan güvenini tazelemek ve şirketlerin ekonomideki işlevselliğini arttırmak üzere 19. yüzyıl boyunca Avrupa ve ABD'de çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda, İngiltere'de 1844'te "*joint-stock company*", ABD'nin bazı eyaletlerinde 1870'lerde "*partnership association*", Almanya'da 1884'te "*Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*" ve Fransa'da 1925'te "*Société à Responsabilité Limitée (SARL)*" gibi sınırlı sorumluluk esasına dayanan şirket modelleri kabul edilmiştir[349].

Şirket ile hissedarları arasındaki sorumluluk bağını koparan tüzel kişilik perdesi kavramının temelinin ise İngiliz Lordlar Kamarası'nın 1896 tarihli *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* kararı[350] ile atıldığı kabul edilmektedir. Bu kararda, şirketin işlemlerinden ötürü hissedarların sorumlu tutulamayacağı ilkesi *Lord Macnaghten* tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *"Şirket, hukukun gözünde katılımcılarından tamamen farklı bir kişidir; ve, her ne kadar şirketin kuruluşundan sonra işler tam olarak önceden olduğu gibi devam etse, şirket yöneticileri aynı kişiler olsa ve kârlar*

---

[347] **Henry Hansmann / Reiner Kraakman / Richard Squire**, "Law and the Rise of the Firm", 119 Harv. L. Rev. 1335 (2006), s. 1360-1361.

[348] **Badia**, s. 51-52.

[349] *Ibid.*, s. 52-53.

[350] *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, House of Lords, 16.11.1896, [1897] A.C. 22.

aynı kişilerin cebine girse de, hukukun gözünde şirket, katılımcılarının vekili veya yediemini değildir."[351]

Şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması faraziyesi, herhangi bir alanda yatırım yapmak ve ekonomik faaliyette bulunmak isteyen kişilere bu faaliyetlerini kurdukları şirketler üzerinden yürüterek sorumluluklarını sınırlama ve malvarlıklarını güvence altına alma imkanını sağlamıştır. Zaman içinde sivil vatandaşların yanı sıra devletler de bu sınırlı sorumluluk ayrıcalığından yararlanmayı tercih etmiş ve ekonomik hayata katılımlarını kurdukları şirketler ile diğer teşekküller üzerinden gerçekleştirmeye başlamışlardır.

b. Tüzel Kişilik Perdesi Kavramının Devlet Teşekküllerine Uygulanması

Milli hukuk sistemlerinde özel şirketler bakımından kabul edilen tüzel kişilik perdesinin devlet şirketleri bakımından da uygulandığı görülmektedir. Devlet şirketlerinin hukuki statüsüne ilişkin tartışmalar ilk olarak bu şirketlerin devletin sahip olduğu yargı bağışıklığından yararlanmasının mümkün olup olmadığı ekseninde ortaya çıkmıştır.

ABD Yüksek Mahkemesi, 1824 tarihli bir kararında *"devlet herhangi bir ticaret şirketinin ortağı olduğu zaman, o şirketin işlemleri ile sınırlı olmak üzere kendisini egemen karakterinden mahrum bırakmış ve bir sivil vatandaş karakterine bürünmüş olur"*[352] ifadesini kullanarak devlete ait şirketler tarafından gerçekleştirilen ticari işlemlerin özel hukuk ilişkisi olduğu ilkesini kabul etmiştir. İngiltere'de ise Temyiz Mahkemesi, *Tamlin v. Hannaford* kararında[353] devletten ayrı tüzel kişiliği bulunan Britanya Ulaştırma Komisyonu'nun (*British Transport Comission*) hukuki statüsünü değerlendirmiştir. Yasa gereği İngiliz Ulaştırma Bakanının söz konusu Komisyon'un yönetim kurulu üyelerini atama ve onlara bağlayıcı nitelikli genel talimatlar verme gibi yetkileri bulunmasına rağmen bunlar

---

[351] *Ibid.*, s. 51. (Yaz. Çev.)

[352] *Bank of the United States v. Planters' Bank of Georgia*, US Supreme Court, 20.03.1824, 22 U.S. 904, s. 907 (Yaz. Çev.)

[353] *Tamlin v. Hannaford*, England Court of Appeal, 08.07.1949, [1950] 1 K.B. 18.

mahkeme tarafından Komisyon'un İngiliz Devleti'nin bir parçası olarak görülmesi için yeterli kabul edilmemiştir[354].

ABD mahkemelerinin devlet teşekkülleri bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin teorilere yaklaşımlarının genel olarak mesafeli olduğu ve devlet teşekküllerinin bağımsız teşekküller olduğu yönünde bir karinenin varlığını ve bu karinenin kolayca aşılmaması gerektiğini kabul ettikleri görülmektedir[355]. Devletin devlet teşekküllerinin işlemlerine karşı sınırlı sorumluluğunun olması ise "istisna değil, kural" olarak kabul edilmektedir[356].

Bu çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili olan bir karar ise, ABD'de Temyiz Mahkemesi tarafından 2003 tarihli *Bridas v. Turkmenistan* kararıdır[357]. Türkmenistan'ın Keimir bölgesindeki petrol ve doğal gaz kaynaklarının aranması ve çıkarılmasına ilişkin yabancı yatırımcı (Bridas) ile Türkmenistan devlet şirketi (Turkmenneft) arasında 1993 tarihli bir Ortak Girişim Anlaşması imzalanmış; daha sonra yatırımcı, anlaşma çerçevesinde sahip olduğu hakları kullanmasına izin verilmediği gerekçesiyle anlaşmada yer alan tahkim kaydına dayanarak hem Turkmenneft hem de Türkmenistan Devleti aleyhine ICC tahkimine başvurmuştur. Türkmenistan Devleti, Ortak Girişim Anlaşması'na kendisinin taraf olmaması da dahil olmak üzere çeşitli gerekçelerle tahkim heyetinin yetkisine itiraz etmiş; tahkim heyeti ise, anlaşmada Turkmenneft'in üstlendiği bazı yükümlülüklerin sadece Devlet tarafından yerine getirilebilecek nitelikte yükümlülükler olması ve Türkmenistan Devlet Başkanı'nın kararı ile de anlaşmanın garanti altına alınmış olması gibi gerekçelerle Türkmenistan Devleti'nin de anlaşma ile (ve anlaşmada yer alan tahkim kaydı ile) bağlı olduğuna hükmetmiştir[358]. Bu kararın iptali için Türkmenistan

---

[354] *Ibid.*, s. 23-24.

[355] *De Letelier v. The Republic of Chile*, US Court of Appeals (Second Circuit), 20.11.1984, 748 F.2d 790, s. 795; *Hercaire International Inc. v. The Argentine Republic*, US Court of Appeals (Eleventh Circuit), 14.07.1987, 821 F.2d 559, s. 565; *Hester International Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 09.08.1989, 90 ILR 604, s. 605.

[356] *Citibank v. Bancec*, s. 626.

[357] *Bridas v. Turkmenistan*, Appeals (2003).

[358] *Bridas S.A.P.I.C. and others v. The Government of Turkmenistan and others*, ICC Case No. 9058/FMS/KGA, Partial Award, 24.06.1999, 26 (4) Mealey's IAR (2006), s. 19

tarafından ABD'de açılan dava ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş[359] ve Türkmenistan'ın temyizi ile uyuşmazlık Temyiz Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.

Devletin Ortak Girişim Anlaşması'na taraf kabul edilemeyeceğine hükmederek temyiz başvurusunu kabul eden Temyiz Mahkemesi, görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: *"Bu uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözüme bağlamak üzere anlaşmanın Devleti bağlamadığı açıktır. Devlet Ortak Girişim Anlaşması'nı imzalamamış ve anlaşmada taraf olarak da tanımlanmamıştır. Anlaşma, taraflar arasındaki ilişkinin çerçevesini çizmektedir: 'Yabancı Taraf' olarak tanımlanan Bridas ve 'Türkmen tarafı" olarak tanımlanan Turkmenneft. […] Şirketlerin belirli işlemlere taraf olmak için 'sorumluluk sınırlama amaçlı teşekküller'* (liability insulating entities) *oluşturmaları yaygın bir uygulamadır ve Ortak Girişim Anlaşması'nın yapısından anlaşıldığı üzere Devlet de burada aynı şeyi amaçlamıştır. […] Anlaşma, tek başına, Devletin tahkim kaydı da dahil olmak üzere anlaşma hükümleri ile bağlı kılınmasına yönelik bir niyetin varlığına işaret etmemektedir."*[360]

Türkiye'de de Kamu İktisadi Teşebbüslerinin hukuki statüsüne ilişkin Yargıtay'ın görüşü yukarıda zikredilen kararlar ile aynı yöndedir: *"Kamu İktisadi Teşebbüsleri ticari işletme kurup işlettikleri için tacirdirler. Bunların sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesi vasfı vermeyip, bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi olup, haklarında hususi hukuk hükümleri uygulanır."*[361]

Bu mahkeme kararları bir arada ele alındığında, karşılaştırmalı hukukta devlet teşekküllerinin devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğu, ticari işlemleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kabul edilecekleri ve bu işlemleri kapsamında üstlendikleri sözleşmesel yükümlülüklerden ötürü devletin sorumluluğunun kural olarak söz konusu olmayacağı yönünde ortak ilkelerin benimsendiği söylenebilir.

---

[359] *Bridas S.A.P.I.C. and others v. The Government of Turkmenistan and others*, US District Court (St. Dist. Texas), 30.09.2001, 26 (4) Mealey's IAR (2006).

[360] *Bridas v. Turkmenistan*, Appeals (2003), para. 22.

[361] Yargıtay HGK, 2004/13-664 E., 2004/719 K., 15.12.2004 tarihli karar.

Bu kuralların istisnalarına yönelik milli hukuk sistemlerinde ve milletlerarası hukukta benimsenen yaklaşımlar ise aşağıda ele alınacaktır.

3. Devlet Teşekküllerince İmzalanan Sözleşmelere Devletin Taraf Kabul Edilmesi İçin Başvurulan Hukuki Gerekçeler

Şirketler ile hissedarları arasında yer alan tüzel kişilik perdesi hiçbir hukuk sisteminde mutlak olarak kabul edilmemiş ve bu uygulamanın haksız sonuçlara yol açacak şekilde kullanılması halinde şirketin ayrı tüzel kişiliğe sahip olması faraziyesinin bertaraf edilmesi ile hissedarların sorumluluğuna gidilmesine yönelik farklı hukuk sistemlerinde farklı teoriler ve yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu kapsamda "tüzel kişilik perdesinin aralanması"[362] sonucunu doğuran iyi niyet ve hakkaniyet kaynaklı yaklaşımlar (örneğin *alter ego*, hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili işlem yasağı gibi) ile ön planda bulunan şirketin tüzel kişiliğini yok saymamakla birlikte yine de hissedarların sorumluluğunu doğuran sözleşme ve rıza kaynaklı yaklaşımlar (vekalet ve grup şirketleri teorileri gibi) arasında pratik sonuçlar bakımından çok büyük farklar olmadığını belirtmek gerekir. Bu nedenle çeşitli hukuk sistemlerinde kabul görmüş ve milletlerarası tahkimde de yer edinmiş teoriler bu bölümde kaynaklarına ilişkin detaylı teorik analizlere girilmeksizin çoğunlukla sonuçlarına vurgu yapılmak suretiyle incelenecektir.

Bu konu yabancı yatırım sözleşmeleri ve bunlara taraf olan devlet teşekkülleri ekseninde incelendiğinde, özel hukuk kaynaklı yaklaşımları uygulayan milli mahkemeler ve ticari tahkim heyetlerinin devlet ile devlet teşekkülü arasındaki ilişkiyi klasik anlamda bir hissedar-şirket ilişkisi olarak incelemeye ve bu ilişkide tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektirecek durumların saptanması halinde bu yönde karar vermeye daha meyilli olduğu, milletlerarası hukuka göre inceleme yapan yatırım tahkimi heyetlerinin ise klasik kontrol ilişkilerinin yanı sıra devletin egemenliğine ilişkin hassasiyetleri de göz önünde bulundurarak devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanması konusunda çok daha temkinli bir yaklaşım benimsediği tespitini yapmak mümkündür.

---

[362] Anglo-Sakson hukukunda tüzel kişilik perdesinin "delinmesi" (*piercing*) veya "kaldırılması" (*lifting*) şeklinde de ifade edilen bu kavram, ilk kez 1912'de *Wormser* tarafından kullanılmıştır. Bkz. **I. Maurice Wormser**, "Piercing the Veil of Corporate Entity", 12 Colum. L. Rev. 496 (1912).

Bu bölümde, öncelikle devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin özel hukuktan kaynaklanan hukuki gerekçeler incelenecek, daha sonra da milletlerarası hukukta ve yatırım tahkimi uygulamasında devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin tartışmalar ve kabul edilen yaklaşımlar üzerinde durulacaktır.

a. Özel Hukuktan Kaynaklanan Gerekçeler

Daha önce de belirtildiği üzere, tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin teoriler devlet teşekküllerinden önce özel şirketler çerçevesinde geliştirilmiş ve daha sonra bu teorilerin bazıları milli mahkemeler ve ticari tahkim heyetleri tarafından devlet teşekkülleri bakımından da uygulanmıştır. Bu teorileri incelemeye geçmeden önce belirtilmesi gereken başka bir konu ise, aşağıda incelenecek olan teorilerin doktrinde ve kararlarda genellikle devlet teşekküllerinin taraf oldukları sözleşmelerde üstlendikleri maddi yükümlülükler yerine, bu sözleşmelerin içinde yer alan tahkim anlaşmalarından ötürü devletin sorumlu tutulması ekseninde tartışılmış olmasıdır. Bu durum, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği (*separability*) ve tahkim heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisinin (*competence-competence*) doğal bir sonucudur. Zira tahkim sürecinin doğal işleyişi gereği uyuşmazlığın esasına girilmeden önce tahkim heyetinin kendi yetkisi üzerinde karar vermesi gerektiğinden, tüzel kişilik perdesine ilişkin tartışmalar çoğunlukla yetki itirazı aşamasında yapılmakta ve tahkim anlaşmasının ana sözleşmeden ayrı kabul edilmesi kurgusu gereği bu aşamada tartışmanın özünde tahkim anlaşması yer almaktadır. Yetki itirazının kabul edildiği durumlarda yargılama sona erdiğinden tahkim heyetinin aynı tüzel kişilik perdesi tartışmasını maddi hükümler bakımından yapmasına gerek kalmamakta, yetki itirazının reddi halinde ise devletin sözleşmeye taraf olduğu bu aşamada kabul edilmiş olduğundan yargılamanın ilerleyen aşamalarında maddi hükümlere ilişkin aynı tartışmayı tekrar yapmaya gerek kalmamaktadır.

Dolayısıyla, bu durum tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin teorilerin uygulanması bakımından tahkim anlaşması ile ana sözleşmenin diğer maddi ve usuli hükümleri arasında herhangi bir ayrım gözetildiği şeklinde yorumlanamaz. Zira

maddi ve usuli yükümlülükler arasında uygulama bakımından herhangi bir fark olup olmadığı yönünde görüş belirten tahkim heyetleri de böyle bir farkın bulunmadığını net bir şekilde ifade etmişlerdir[363]. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanması ve bunların imzaladıkları sözleşmelerden devletin sorumlu tutulması sorunu incelenirken tahkim anlaşması ile maddi yükümlülükler arasında ayrım gözetilmeksizin devletin bütünüyle sözleşmeye taraf kabul edilmesi durumu esas alınacaktır.

i. Vasıta Olma, Özdeşlik ve *Alter Ego* Teorileri

Amerikan hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin teoriler mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş olup temelde birbirine çok benzeyen üç ayrı teorinin varlığından söz edilmektedir: vasıta olma (*instrumentality*), *alter ego* ve özdeşlik (*identity*)[364].

Vasıta olma faraziyesinin kabul edilebilmesi için aranacak koşullar, bu teorinin yaratıcısı olarak kabul edilen *Powell* tarafından, bir teşekkül tarafından başka bir teşekkülün üzerinde aşırı derecede kontrole sahip olunması, bu kontrolün hakkaniyete aykırı sonuç doğuracak şekilde kullanılmış olması ve bu hakkaniyete aykırı durum ile davacının zararı arasında illiyet bağı bulunması olarak belirtilmiştir[365]. Aynı koşullar bazı mahkeme kararlarında da benimsenmiş ve New York Eyaleti Yüksek Mahkemesi tarafından "aşırı derecede kontrol" kavramına açıklık getirilerek bunun *"sadece çoğunluk veya tam hisse kontrolü değil, sadece teşekkülün maliyesi ile ilgili de değil, fakat dava konusu işlem ile ilgili olarak teşekkülün politikaları ve ticari uygulamaları üzerinde, artık teşekkülün ayrı bir aklı,*

---

[363] Case No. 3879 (Westland v. AOI) (ICC, 1984, Interim Award), 11 YCA 127, para. 7: *"Dört Devletin AOI [Arap Endüstrileşme Örgütü] tarafından imzalanan tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadıkları sorunu […] aynı dört Devletin AOI tarafından üstlenilmiş yükümlülükler ile genel olarak bağlı olup olmadıklarına ilişkin maddi hukuk sorunu ile tamamen aynıdır."* (Yaz. Çev.)

ICC Case No. 9762, para. 49: *"[…] tahkim anlaşmasının [üçüncü kişi üzerindeki] bağlayıcı etkisi maddi yükümlülüklerinkinden ayrılamaz."* (Yaz. Çev.)

[364] Bu üç teorinin karşılaştırmalı incelemesi için bkz. **Pietro Ferrario**, "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?", 26(5) JIA 647 (2009) s. 655-662

[365] **Frederick J. Powell**, *Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of its Subsidiary*, Callaghan, Chicago 1931, para. 3.

iradesi veya kendine ait bir varlığı olmasına izin vermeyecek derecede tam bir hakimiyet" olduğu ifade edilmiştir[366]. ABD Yüksek Mahkemesi ise bir şirketin diğer bir şirkette sahip olduğu hisse kontrolünü kullanarak bu şirketi kendisinin "vekil, vasıta veya departmanı" gibi hareket eder haline getirmesi halinde mahkemece şeklen var olan tüzel kişilik faraziyesinin ardına bakılabileceğini belirtmiştir[367].

Özdeşlik teorisine göre, bir şirketin hissedarlarından (ana şirketten) ayrı bir varlığının bulunduğundan söz edilemeyeceği durumlarda bu teşekkülün tüzel kişilik faraziyesinin tümüyle görmezden gelinmesi ve ana şirketin tek bir şirket gibi kabul edilmesi söz konusudur[368]. ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre iki şirket arasında özdeşlikten söz edebilmek için, *"iki teşekkülün işlerinin birbirinden ayrılamaz derecede iç içe geçmiş olması ve iki şirketin her anlamda tek şirket haline gelmesi"* durumunun söz konusu olması gerekmektedir[369]. Mahkeme kararlarında özdeşlik durumunun adalete ve hakkaniyete aykırı sonuç doğurması da aranmıştır[370].

"*Alter ego*" kavramı ise, bir tüzel kişinin başka bir gerçek veya tüzel kişiye, menfaatleri ve eylemlerinin özdeş kabul edilebileceği derecede yakın bir bağ ile bağlı olmasını ifade etmektedir[371]. ABD mahkemelerinin içtihatlarında, *alter ego* ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki tüzel kişinin "tek ekonomik teşekkül" (*single economic entity*) şeklinde yönetiliyor olması ve bu ikisinin ayrı tüzel kişiler olarak kabul edilmesinin adalete ve hakkaniyete aykırı düşecek olmasının aranacağı, ayrıca kanuna karşı hile (*fraud*) durumunun varlığının ise gerekli olmadığı üzerinde durulmuştur[372].

---

[366] *Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, NY Supreme Court (App. Div.), 03.04.1936, 247 App. Div. 144, s. 158. (Yaz. Çev.)

[367] *U.S. v. Reading Co.*, US Supreme Court, 26.04.1920, 253 U.S. 26, s. 62-63

[368] **Philip Blumberg**, *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, Little, Brown & Co., Boston 1987, s. 122; **Ferrario**, s. 661.

[369] *U.S. v. Lehigh Valley Railroad Co.*, US Supreme Court, 03.04.1911, 220 U.S. 257, s. 272.

[370] *Mull v. Colt Co.*, US District Court (St. Dist. New York), 06.08.1962, 31 F.R.D. 154, s. 163; *Zaist v. Olson*, Supreme Court (Connecticut), 07.03.1967, 154 Conn. 563., s. 576.

[371] **Badia**, s. 67.

[372] *Labor Board v. Deena Artware*, US Supreme Court, 23.02.1960, 361 U.S. 398, s. 402-404; *Harper v. Delaware Valley Broadcasters*, US District Court (Delaware), 12.07.1990, 743 F.Supp. 1076, s.

Yukarıda yapılan kısa açıklamalardan da görülebileceği üzere bu üç teori hem unsurları hem de sonuçları bakımından birbirine çok yakın olup birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılmalarının dahi mümkün olduğu kabul edilmektedir[373]. Öte yandan, yukarıda terminolojiye ilişkin bölümde belirtildiği üzere ABD mahkemelerinin devletin vasıtası (*state / government instrumentality*) kavramını daha geniş anlamda tüm devlet teşekküllerini ifade etmek üzere kullandıkları da görülmektedir[374]. Bu kavram karmaşasına dikkat etmek gerekmekle birlikte, *alter ego*, vasıta ve özdeşlik teorilerinin aslında aynı üst kavramın (tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin) değişik ifadeleri olduğunu tespit edilmesi ve bunların herhangi birine yapılan atfın aslında genel olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine yapılmış olarak algılanması yerinde olacaktır[375].

Bridas v. Turkmenistan kararında ise, ABD Temyiz Mahkemesi, Türkmenistan Devleti ile devlet teşekkülü (Turkmenneft) arasında *alter ego* ilişkisi bulunup bulunmadığına karar verebilmek hangi kriterlere dikkat edilmesi gerektiğini detaylı bir biçimde incelemiştir. Mahkemeye göre göz önünde bulundurulması gereken kriterler şunlardır:

- Ana teşekkül ile iştirakin ortak hisse sahipliği bulunması,
- Ana teşekkül ile iştirakin ortak yöneticileri veya çalışanları bulunması,
- Ana teşekkül ile iştirakin ortak departmanları bulunması,
- Ana teşekkül ile iştirakin konsolide mali bilançolar hazırlaması,
- İştirakin kuruluşunun ana teşekkül tarafından gerçekleştirilmiş olması,
- İştirakin açık biçimde yetersiz sermaye ile faaliyet gösteriyor olması,
- İştirakin çalışanlarının ücretleri ve diğer masraflarının ana teşekkül tarafından ödeniyor olması,

---

1085; *Fletcher and others v. Atex and others*, US Court of Appeals (Second Circuit), 05.10.1995, 68 F.3d 1451, s. 1457.

[373] **Ferrario**, s. 662.

[374] Örnek olarak bkz. *Citibank v. Bancec*.

[375] Bu kavramlar ile bir sonraki başlıkta incelenecek olan vekalet kavramı da çokça yan yana kullanılmakla birlikte "vekalet" ve "tüzel kişilik perdesinin aralanması" arasında teorik bazda farklar vardır. Bu duruma bir sonraki başlıkta değinilecektir.

- Ana teşekkül tarafından verilenlerin haricinde iştirakin hiçbir ticari iş yapmıyor olması,
- İştirakin malvarlığının ana teşekkül tarafından kendi malvarlığı gibi kullanılıyor olması,
- İki teşekkülün günlük faaliyetlerinin ayrı tutulmuyor olması,
- İştirakin şirket formalitelerini yerine getirmiyor olması.[376]

Alter ego tartışması İngiliz mahkemeleri tarafından da yapılmıştır. Nijerya Merkez Bankası'na ilişkin bir kararda[377], Temyiz Mahkemesi, devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip bir teşekkülün devletin *alter* ego'su kabul edilip edilemeyeceğine karar verebilmek için söz konusu teşekkülün devlet kontrolü altında olup olmadığının ve devlete ait işlevleri icra edip etmediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiş, kendi incelemesi sonucunda da Nijerya Merkez Bankası'nın devletin *alter ego*'su olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir[378].

Milletlerarası ticari tahkim kararlarında doğrudan *alter ego* teorisinin uygulandığı örneklere, uygulanan hukukun ABD hukuku olduğu durumlar haricinde[379], fazlaca rastlanmamaktadır. Fakat benzer gerekçelere dayanılarak tüzel kişilik perdesinin aralandığı örnekler vardır. Devletin vasıtası (*instrumentality*) veya yaratımı (*émanation*) kavramları için Fransız mahkemeleri[380] ve ICC tahkim heyetleri[381] tarafından verilen tanımlarda bunların devlet tarafından özel bir amaç için kurulduğu ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmakla birlikte gerçek otonomiye sahip olmadığı ve devletin kontrolü altında olduğu belirtilmiş, bu gerekçelerle tüzel

---

[376] *Bridas v. Turkmenistan*, Appeals (2003), dn. 11.

[377] *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, England Court of Appeals, 13.01.1977, 64 ILR 111.

[378] *Ibid.*, s. 134.

[379] *Capital India and Energy Enterprises v. India*, ICC Case No. 12913, Award, 27.04.2005, s. 31 (New York hukukunu uygulayan tahkim heyeti devlet teşekkülünün *alter ego* olduğuna hükmetmiştir).

[380] *Winslow Bank & Trust Company Limited v. Société nationale des hydrocarbures*, Cour d'Appel (Paris), Case No. 2002/20287, 22.01.2004 (kararın tam metni için bkz. **Gaillard / Younan**, Annex 6) (mahkeme, devlet teşekkülünün otonomiye sahip olmaması nedeniyle devletin borçlarından ötürü bu teşekkülün mallarına icra işlemi yapılmasına izin vermiştir).

[381] **Romero**, s. 36.

kişilik perdesinin aralanması yoluna gidilmiştir. "Ekonomik anlamda aynı teşekkül olma" durumu da bazı tahkim kararlarında tartışma konusu olmuş ve tahkim heyetleri tarafından tüzel kişilik perdesini aralama gerekçesi olarak esas alınmıştır[382].

ii. Vekalet Teorisi

Daha önce de ifade edildiği üzere, şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe sahip olmasının kabulü ile birlikte kural olarak şirket ile hissedarları arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olmadığı kabul edilmiştir[383]. Öte yandan, kaynağını Anglo-Sakson hukukundan alan vekalet teorisi, gerekli koşulların varlığı halinde bir şirket ile onun hissedarları (veya bir şirket grubunda iştirak ile ana şirket) arasında vekalet ilişkisi olduğunu kabul ederek teşekkülün işlemlerinden ötürü hissedarları sorumlu tutabilmeye olanak sağlamaktadır.

İngiliz ve Amerikan mahkemeleri, şirket ile hissedarları arasında vekalet ilişkisinin var olduğunu kabul edebilmek için çeşitli kriterlerin varlığını aramışlardır. Bazı kararlarda objektif kriterlere bakılarak şirketin yönetiminde ve karar alma mekanizmalarında hissedarların mutlak ve sürekli bir hakimiyetinin bulunması halinde vekalet ilişkisinin varlığını kabul edilirken[384], bazı kararlarda ise sübjektif kriter kabul edilerek vekalet ilişkisinden söz edilebilmesi için tarafların açık veya zımni rızasının bulunması gerektiği belirtilmiştir[385]. İkinci durumda zımni rızanın tarafların davranışlarından ve halin şartlarından anlaşılabileceğinin kabul edilmesiyle[386] aslında objektif ve sübjektif kriterler arasında sonuçlar bakımından önemli bir fark kalmamaktadır, zira aynı maddi olgular (şirketin ticari işlemlerinde

---

[382] *Ibid.*, s. 49-50.

[383] *Salomon v. Salomon & Co.*, s. 51.

[384] *Smith, Stone and Knight Ltd. v. Birmingham Corporation*, King's Bench, 19.10.1939, [1939] 4 All ER 116, s. 121; *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, NY Court of Appeals, 31.12.1926, 244 N.Y. 84, s. 94-95. Ayrıca devlet teşekkülleriyle ilgili olarak bkz. *S. Davis International, Inc. v. Yemen Ministry of Supply and Trade*, US Court of Appeals (Eleventh Circuit), 21.07.2000, 218 F.3d 1292, para. 26 (teşekkülün kendi adına malvarlığı ile mali defterlerinin olmaması ve sözleşmenin feshi yönünde ilgili bakanlıktan doğrudan talimat almış olması gibi objektif kriterlerin varlığı nedeniyle bakanlığın vekili konumunda olduğuna karar verilmiştir).

[385] *Garnac Grain Co. Inc. v. H. M. F. Faure & Fairclough Ltd.*, House of Lords, 26.04.1967, [1968] A.C. 1130., s. 1137.

[386] *Ibid.*

doğrudan hissedarların talimatıyla hareket etmesi ve hissedarlardan ayrı menfaatlerinin bulunmaması gibi) her iki durumda da vekalet ilişkisinin varlığı şeklinde yorumlanabilecektir.

Vekalet ilişkisinin tanımlanmasında "mutlak hakimiyet" ve "kontrol" gibi kavramların kullanılması bu kavramın bir önceki başlıkta incelenen *alter ego* kavramı ile oldukça yakın bir anlama sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim bu iki kavramın eş anlamlı olarak kullanıldığı kararlar vardır[387]. *Bridas v. Turkmenistan* kararında bu tür bir kullanımın hatalı olduğunun altı çizilerek iki kavram arasında ayrım yapılmıştır. Buna göre, *alter ego* olma durumundan söz edilebilmesi için hissedarlar ile şirket arasında tek bir ekonomik teşekkül olma durumunun söz konusu olması ve şirketin tüzel kişiliğe sahip olma faraziyesinin kabul edilmesinin hakkaniyete aykırı sonuç doğuracak olması aranırken, vekalet ilişkisi tamamen sözleşmesel bir ilişki olup bu ilişkinin açık veya zımni olarak kurulduğunun kanıtlanması halinde hakkaniyete aykırılık koşulu aranmaksızın sorumluluğun hissedarlara yansıtılması durumu gerçekleşmektedir[388].

Öte yandan, vekalet teorisinin, pratikte tüzel kişilik perdesinin aralanması ile benzer sonuçlara yol açmakla birlikte, teknik olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması sonucunu doğurmadığını da belirtmek gerekir. Zira tüzel kişilik perdesinin aralanması durumunda şirket kendi adına sözleşme ilişkisine girmiş olmasına rağmen şirketin ayrı bir kişiliğe sahip olduğu faraziyesi tanınmamakta ve şirketin yok sayılması suretiyle "perdenin" arkasında duran hissedarlar sözleşmeye taraf kabul edilmektedir; fakat vekalet teorisinin işletilmesi halinde şirketin tüzel kişiliği yok sayılmamakta, bunun yerine şirketin kendi adına asaleten değil hissedarlar adına vekaleten hareket ettiği faraziyesi kabul edildiğinden sözleşmenin tarafının asil (yani hissedarlar) olduğu kabul edilmektedir[389]. Örneğin *Wintershall v. Qatar* tahkiminde, tahkim heyeti yabancı yatırım sözleşmesine taraf olan devlet

---

[387] *House of Koscot Dev't Corp. v. American Line Cosmetics, Inc.*, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 25.10.1972, 468 F.2d 64; *Capital India v. India*, s. 31.

[388] *Bridas v. Turkmenistan*, Appeals (2003), para. 32.

[389] *Yukong Line Ltd. v. Rendsburg Investments Corp.*, Queen's Bench, 23.09.1997, [1998] 1 W.L.R. 294, s. 302-303.

petrol şirketi QGPC'nin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu açıkça kabul etmiş, fakat söz konusu şirketin yönetim kurulunun tamamının Katar Emiri tarafından atanıyor olması ve yönetim kurulu başkanının Maliye Bakanı olması gibi gerekçelerle QGPC'nin devletin "vekili" sıfatıyla hareket ettiğini kabul etmiş ve devletin de sözleşme ile yükümlülük altına girdiğine hükmetmiştir[390].

ICC tahkim heyetlerinin bazı kararlarında da devletin vasıtası (*instrumentality*) veya yaratımı (*émanation*) olarak nitelendirilen teşekküllerin yabancı yatırımcılarla girdikleri sözleşme ilişkilerinde bunların devletin vekili olarak addedilmeleri suretiyle devletin sözleşmeye taraf kabul edildiği görülmektedir[391]. Bazı kararlarda ise "çifte sorumluluk" ilkesi kabul edilerek sözleşmeyi imzalayan devlet teşekkülünün sözleşmeden doğan yükümlülükleri hem kendi adına asaleten hem de devlet adına vekaleten kabul ettiğine hükmedilmiştir[392].

iii. Grup Şirketleri Doktrini

Grup şirketleri doktrini, aynı şirket grubunun bünyesinde bulunan şirketlerden birinin taraf olduğu tahkim anlaşmasının, belirli koşulların oluşması halinde, başka grup şirketi veya şirketlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesine izin veren bir doktrindir[393].

---

[390] *Wintershall A.G. and others v. The Government of Qatar*, Partial Award on Liability, 05.02.1988, 28 ILM 798 (1989), s. 811-812.

[391] *ICC Case No. 6406*, Interim Award, 29.07.1991, s. 7-8; *ICC Case No. 6465*, s. 29; *ICC Case No. 7472*, s. 19 (tahkim heyeti kural olarak vekalet hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte böyle bir durumun varlığını ispat etme külfetinin davacıda olduğunu belirtmiştir) (Kararların ilgili kısımları için bkz. **Romero**, s. 36, 50-51)

[392] Case No. 9392, Arbitration Chamber of Paris, 16.01.1998, Final Award, (Çevrimiçi Erişim: http://195.46.219.104/fr/publications/sentences_us/Failure_of_delivery.pdf), para. 3. Ayrıca bkz. ICC Case No. 8035, Party to an oil concession agreement v. State, 1995 Award, 124 J.D.I. 1041 (1997) (sözleşmeyi iki kez imzalayan devlet yetkilisinin ilk imzası devlet teşekkülünün adına sözleşmeye taraf olma iradesini temsil ettiği kabul edilirken, "onaylanmış ve desteklenmiştir" ibaresinin altına atılmış olan ikinci imzası ise devlet adına söz konusu teşekkülün yükümlülüklerinin hukuka uygun biçimde üstlenildiğinin devlet tarafından teyidi olarak yorumlanmıştır).

[393] **Ferrario**, s. 647.

Grup şirketleri doktrini, 1970'lerde birkaç tahkim kararında dile getirilmiş olmakla birlikte[394], bu doktrinin milletlerarası tahkim çevrelerinde tartışılmaya başlaması 1982 tarihli *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain* kararıyla[395] söz konusu olmuştur. Kısaca, ana şirket olan Dow Chemical (ABD) şirketinin iki bağlı şirketi (Dow Chemical A.G. ve Dow Chemical Europe) ile davalı Isover Saint Gobain arasındaki ICC tahkim şartı içeren distribütörlük sözleşmelerine dayanarak, davalıdan hukuki talepleri bulunan fakat aralarında sözleşme bulunmayan Dow Chemical (ABD) ve Dow Chemical France'ın da davacı tarafa eklenmesiyle dört grup şirketi birlikte ICC'de tahkim sürecini başlatmış; davalı ise Dow Chemical (ABD) ve Dow Chemical France ile arasında tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tahkim heyetinin yetkisine bu davacılar bakımından itiraz etmiştir. Fakat tahkim heyeti, aynı şirket grubunun parçası olan şirketlerin "tek bir ekonomik gerçeklik" (*une réalité économique unique*) teşkil etmesi, davalı ile doğrudan sözleşme ilişkisine girmemiş olan grup şirketlerinin de bu sözleşmelerin müzakeresi ve ifası sürecinde aktif görev almış olması ve tarafların ortak niyetinin ekonomik ilişkiye taraf olan tüm şirketlerin tahkim anlaşmasına da taraf olmaları yönünde olduğunun anlaşılması gerekçelerine dayanarak distribütörlük sözleşmelerine taraf olmayan iki şirketin de tahkimde taraf olabileceklerine hükmetmiştir[396]. Daha sonra bu kararla ilgili açılan iptal davasında da Paris Temyiz Mahkemesi tahkim heyetinin gerekçelerini geçerli kabul ederek iptal talebini reddetmiştir[397].

Dow Chemical kararı ile birlikte grup şirketleri doktrini milletlerarası tahkim çevrelerinde önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Tartışmanın yoğunlaştığı noktalardan biri, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin tahkimde taraf olabilmeleri için grup şirketleri doktrini gibi ayrı kavrama ihtiyaç duyulup

---

[394] *ICC Case No. 2375*, Award, 1975, 1976 JDI 973; *ICC Case No. 1434*, Award, 1975, 1976 JDI 978.

[395] *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, ICC Case No. 4131, Interim Award, 23.09.1982, 9 YCA 131.

[396] *Ibid.*, s. 136-137. Bu kararda belirtilen üç koşul (grup şirketleri arasında sıkı bir ilişki; sözleşmeye taraf olmayan şirketlerin bu sözleşmenin müzakeresi, ifası veya feshi sürecinde aktif rol almaları; ve tarafların bu şirketler bakımından da karşılıklı tahkim iradelerinin varlığı) grup şirketleri doktrininin uygulanabilmesinin ana koşulları olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Stavros Brekoulakis**, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 154-165.

[397] *Isover Saint Gobain v. Dow Chemical*, Cour d'Appel (Paris), 21.10.1983, (1984) Rev. Arb. 98.

duyulmadığı konusudur[398]. Bazı yazarlar grup şirketleri doktrininin tarafların zımni iradesine dayanması bakımından yeni bir kavram olmadığını ve tahkim şartının üçüncü kişiler lehine genişletilmesi için sözleşmeler hukukuna hakim olan mevcut teorilerin (vekalet gibi) yeterli olduğunu öne sürerken[399], grup şirketleri doktrininin savunucuları ise bu doktrinin grup şirketleri arasındaki ilişkileri incelemek ve taraflar arasında zımni bir tahkim rızası olup olmadığını tespit etmek için önemli bir teorik altyapı oluşturduğunu ifade etmişlerdir[400].

Fransız mahkemelerinin başka kararlarında da desteklenen grup şirketleri doktrini[401], İngiliz mahkemeleri tarafından ise kabul görmemiştir[402]. Bu konu milletlerarası tahkim doktrininde hâlâ tartışmalı olup tahkim heyetleri ve mahkemeler tarafından her iki yönde de kararlar verilmektedir[403].

Tartışmaya açık olan başka bir konu ise, grup şirketleri doktrininin kapsamının sadece usuli haklar (yani tahkim anlaşmasından doğan haklar) ile mi sınırlı olduğu, yoksa ana sözleşmeden kaynaklanan diğer maddi hak ve yükümlülüklerin de mi bu doktrin kapsamında grup şirketlerine yansıtabileceğidir. Grup şirketleri doktrininin sadece tahkim anlaşmaları bakımından sonuç doğuran bir kavram olduğu bu

---

[398] Bu tartışma ile ilgili bkz. **Brekoulakis**, s. 152-154.

[399] **Otto Sandrock**, *Group of Companies and Arbitration* 2005 TvA 3, s. 6; **Alan Redfern / Martin Hunter / Nigel Blackaby / Constantine Partasides:** *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 103.

[400] **Yves Derains / Sylvie Schaf**, "Clauses d'arbitrages et groupes de sociétés", 1985 Rev. Dr. Aff. Int. 231; **Bernard Hanotiau**, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Den Haag 2006, s. 51; **Badia**, s. 75.

[401] *KIS France SA v. SA Société Générale*, Cour d'Appel (Paris), 31.10.1989, 16 YCA 145, para. 7-10.

[402] *Albacruz (Cargo Owners) v. Albazero (Owners)*, House of Lords, 28.07.1976, [1977] AC 774, s. 807: *"[…] bir şirketler grubunun altında yer alan her bir şirketin ayrı hak ve yükümlülüklere sahip olan ayrı birer hukuki teşekkül olması ve dolayısıyla grup altındaki bir şirketin haklarının, bu haklar kimden kaynaklanırsa kaynaklansın bunlardan nihai olarak yararlanacak kişi veya şirket aynı olsa dahi, aynı grup altındaki başka bir şirket tarafından kullanılmasının mümkün olmaması […] İngiliz hukukunda uzun süredir ve yargı kararlarıyla tartışmaya açılamayacak şekilde yerleşmiştir."* (Yaz. Çev.)

[403] Grup şirketleri doktrininin uygulanmasına ilişkin tahkim ve mahkeme kararları için bkz. **Philippe Fouchard / Emmanuel Gaillard / Berthold Goldman / John Savage**, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Den Haag 1999, s. 282 vd.; **Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides**, s. 101-102, para. 2.44-2.45; **Gary B. Born**, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014, s. 1444 vd.

doktrinin savunucuları tarafından da ifade edilmiş olup[404], *Dow Chemical* kararında hakemlerin tahkim anlaşmasının "özerkliğine" vurgu yaparak ana sözleşmeden bağımsız biçimde tahkim anlaşması hakkında inceleme yapıp karar vermiş olmaları da bu görüşü desteklemektedir[405]. Bununla birlikte, usule ve esasa ilişkin sorunların birbirinden ayrı değerlendirilmesinin hatalı ve karmaşık sonuçlara yol açabileceği uyarısı da yapılmış[406]; bazı kararlarda ise böyle bir ayrım yapılmaksızın grup şirketleri doktrininin uygulanması ile aynı grup altındaki şirketlerin sözleşmeden ötürü "müteselsilen sorumlu" oldukları sonucuna ulaşılmıştır[407].

Son olarak, grup şirketleri doktrininin devlet teşekkülleri ile devlet arasındaki sorumluluk ilişkisi bakımından tartışma konusu olduğu kararlar incelendiğinde, mahkemelerin bu doktrinin devlete karşı kullanılmasına izin vermek konusunda daha temkinli oldukları görülmektedir. Paris Temyiz Mahkemesi, 1988 tarihli bir kararında, Gabon devlet petrol şirketinin devlet ile "tek bir ekonomik birim" (*une unité économique unique*) olarak kabul edilemeyeceğine hükmederek grup şirketleri doktrininin uygulanmasını reddetmiştir[408].

Dallah v. Pakistan davası ise İngiliz ve Fransız mahkemelerinin grup şirketleri doktrinine yaklaşımındaki farklılıkları ortaya koymak bakımından önemlidir[409]. Suudi Arabistan merkezli Dallah şirketi ile Pakistan Devleti arasında Temmuz 1995'te Pakistanlı hacıların hac ziyareti sırasında konaklama ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir mutabakat zaptı (*memorandum of understanding*) imzalanmış, daha sonra Pakistan'da bu ilişkiyi yürütmek üzere geçici yönetmelikle kurulan bir devlet teşekkülü (*Awami Hajj Trust*) ile Dallah arasında Eylül 1996'da aynı konuda

---

[404] **Badia**, s. 75.

[405] *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, Award, s. 132-133.

[406] **Hanotiau**, *Complex Arbitrations*, s. 51.

[407] *ICC Case No. 5103*, Award, 1988, 2(2) ICC Bull. 20 (1991).

[408] *Société Swiss Oil v. Société Petrogab et République du Gabon*, Cour d'Appel (Paris), 16.06.1988, 29 ILM 562 (1990), 1989 Rev. Arb. 309, s. 314.

[409] Tahkim ve icra süreçleri ile ilgili bkz. **Dany Khayat / Raid Abu-Manneh / Wisam Sirhan**, "London Says 'No' and Paris Says 'Oui' on Enforcement", Çevrimiçi Erişim: <http://www.martindale.com/alternative-dispute-resolution-law/article_Mayer-Brown-International-LLP_1393278.htm> [Son Erişim: 05.11.2015].

sözleşme imzalanmıştır. Kasım 1996'da Pakistan'da hükümet değişmiş ve yeni hükümet sözleşmeye taraf olan teşekküle ilişkin yönetmeliği yenilemeyerek teşekkülün hukuki varlığının ortadan kalkması sonucunu doğurmuştur. Bunun üzerine Dallah, devlet teşekkülü ile imzaladığı sözleşmede bulunan tahkim şartına dayanarak ICC nezdinde tahkime başvurmuş ve Pakistan'ın sözleşmede taraf olmadığına yönelik itirazına karşılık tahkim heyeti Haziran 2001'de verdiği kısmi karar (*Partial Award*) ile yetkisinin bulunduğuna hükmetmiştir. Haziran 2006'da ICC tahkim heyeti tarafından davacı Dallah lehine verilen yaklaşık 20 milyon USD değerindeki tazminat kararının İngiltere'de icrası için davacının başlattığı hukuki süreç sonunda İngiliz Yüksek Mahkemesi, grup şirketleri doktrini de dahil olmak üzere tahkim anlaşmasının sözleşmede taraf olmayan üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesine ilişkin Fransız hukuku ve milletler ötesi (*transnational*) hukuktaki farklı yaklaşımları detaylı biçimde inceledikten sonra somut olayda taraflar arasında ortak bir tahkim iradesinin bulunmadığına hükmederek kararın icrasını reddetmiştir[410]. Davacı tarafından paralel olarak Fransa'da başlatılan icra süreci sonucunda ise (İngiliz Yüksek Mahkemesi'nden yaklaşık üç ay sonra kararını açıklayan) Paris Temyiz Mahkemesi kararın icrasında sakınca görmemiştir[411].

iv. Hakkın Kötüye Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılması yasağı (*abuse of rights, abus de droit, Rechtsmißbrauch*), farklı isimler altında bütün hukuk sistemlerinde tanınan[412] ve bu bakımdan hem milli hukuk sistemlerinin hem de milletlerarası hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen bir kavramdır[413]. Milletlerarası hukukta hakkın kötüye kullanılmasının korunmayacağı UAD ve USAD'ın yerleşik içtihatları ile

---

[410] *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, UK Supreme Court, 03.11.2010, [2011] 1 A.C. 763, para. 105 vd.

[411] *Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c. Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, Cour d'Appel (Paris), 17.02.2011, n° R/G 09/28533.

[412] Bkz. Türk Medeni Kanunu, m. 2, f. 2: "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

[413] **Bin Cheng**, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 1987, s. 121-122 (hakkın kötüye kullanılmasını "iyi niyet kuralının hakların kullanımı bakımından uygulanması" olarak tanımlamıştır); **Böckstiegel**, *State Enterprises*, s. 45.

ifade edilmiş[414], "tüzel kişilik ayrıcalıklarının kötüye kullanılması" durumunun tüzel kişilik perdesinin aralanması sonucunu haklı gösterebileceği ise *Barcelona Traction* kararında ortaya konmuştur[415].

Milli mahkemelerin kararlarında da hakkın kötüye kullanılması durumu tüzel kişilik perdesinin aralanması için başvurulan gerekçelerden biridir. ABD'de hissedarlar tarafından şirketin faaliyetleri için gerekli sermayenin konmamış olması (*undercapitalization*) durumunun şirket tüzel kişiliğinin kötüye kullanılması olarak yorumlandığı ve tüzel kişilik perdesinin aralanmasına dayanak kabul edildiği kararlar vardır[416]. Almanya'da da tüzel kişiliğin kötüye kullanılması tüzel kişilik perdesinin aralanması (*Durchgriffshaftung*)[417] için klasik bir gerekçe olarak kabul edilmektedir[418]. Şirkete gereğinden az sermaye konmuş olması da Alman mahkemelerinin bazı kararlarında istisnai olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekçesi olarak kabul edilmiştir[419].

Hakkın kötüye kullanılması durumunun devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanması için dayanak olarak kabul edildiği önemli bir karar *Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. East Pakistan Industrial Development Corporation (EPIDC)* kararıdır[420]. SGTM ile Pakistan devlet teşekkülü EPIDC arasında 1965'te

---

[414] *Polish Upper Silesia*, Judgment (Merits), s. 30; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France vs. Switzerland)*, PCIJ, Judgment, 07.06.1932, Series A/B, No. 46, s. 167; *Fisheries (UK v. Norway)*, Judgment, 18.12.1951, 1951 ICJ Rep. 116, s. 142.

[415] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 56.

[416] **Henry Winthrop Ballantine**, *Ballantine on Corporations*, Callaghan, Chicago 1946, s. 303; *Pepper v. Litton*, US Supreme Court, 04.12.1939, 308 U.S. 295, s. 310-311; *Mull v. Colt Co.*, s. 166; *Walkovszky v. Carlton*, NY Court of Appeals, 29.11.1966, 18 N.Y.2d 414, s. 422-423.

[417] Bu teori ile ilgili olarak bkz. **Rolf Serick**, *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, W. de Gruyter, Berlin 1955.

[418] **Carsten Alting**, "Piercing the Corporate Veil in American and German Law - Liability of Individuals and Entities: A Comparative View", 2 Tulsa J. Comp. & Int'l 187 (1995), s. 198. Devletin yükümlülüklerinden kaçmak için haklarını kötüye kullanması durumunda *Durchgriffshaftung* teorisinin uygulanması ile ilgili olarak bkz. **Karl-Heinz Böckstiegel**, *Der Durchgriff auf den Staat*, Athenäum, Frankfurt am Main 1971, s. 23 vd.

[419] İlgili kararlar için bkz. **Alting**, s. 207-210.

[420] *Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. East Pakistan Industrial Development Corporation (EPIDC)*, ICC Case No. 1803, 1972, 5 YCA 177.

doğal gaz boru hattı inşaatı için sözleşme imzalanmış, taraflar arasındaki uyuşmazlıklardan ötürü 1969'da SGTM sözleşmedeki tahkim şartına dayanarak Cenevre'de ICC tahkimine başvurmuş ve taraflarca tek hakem atanmıştır. 1971'de Bangladeş'in bağımsızlık kazanmasının ardından EPIDC'nin mülkiyeti de Bangladeş Devleti'ne geçmiştir. Bangladeş hükümeti, 1972 tarihli bir kararname ile EPIDC'yi feshederek tüm hak ve yükümlülüklerinin yeni kurulan Bangladesh Industrial Development Corporation (BIDC) adlı devlet teşekkülüne nakledildiğini, fakat EPIDC'nin taraf olduğu tahkim süreçlerinin artık yok hükmünde olduğunu ilan etmiştir. SGTM'nin hakeme başvurarak BIDC'nin de EPIDC yanında davalı tarafa eklenmesini talep etmesinin ardından Bangladeş hükümeti başka bir kararname ile bu sefer BIDC'yi de feshetmiş ve teşekkülün bütün malvarlığını Bangladeş Devletine geçirmiştir. Bunun üzerine SGTM başvurusunda değişiklik yaparak Bangladeş Devletinin de davalı tarafa eklenmesini talep etmiştir. Hakem kararında, *"Bir borcun sırf alacaklı tarafından uyuşmazlık konusu edildiği için geçersiz ve hatta başlangıçtan itibaren yok hükmünde kabul edilmesi doğal adaletin nefretle karşılayacağı olayların aşırı bir örneği, bir kişinin veya kamu kurumunun kendi uyuşmazlığının yargıcı olarak kendisini belirlemesidir"* ifadesi kullanılmış[421]; bunun "açıkça hakkın kötüye kullanılması" (*flagrant abuse of right*) olduğu ve İsviçre kamu düzenini ihlal ettiği belirtilerek devletin feshettiği teşekkülünün borçlarına halef olması ve davada taraf olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Fakat Bangladeş'in iptal başvurusu üzerine Cenevre mahkemesi bu kararı iptal etmiş; SGTM'nin temyiz başvurusunda ise İsviçre Federal Mahkemesi, ne İsviçre kamu düzeninin ne de milletlerarası kamu düzeninin (*ordre public international*) Bangladeş'i tahkime taraf olmaya zorlayıcı etki doğuracak şekilde uygulanamayacağını belirterek temyiz talebini reddetmiştir[422].

[421] *Ibid.*, s. 181.

[422] *Société Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corporation*, Tribunal Fédéral, 05.05.1976, 5 YCA 217, s. 219-220. Kararın eleştirisi için bkz. **Pierre Lalive**, "Arbitrage international et ordre public suisse. Une surprennante décision du Tribunal Fédéral", 97(1) Rev. Dr. Suisse 529 (1978).

v. Çelişkili İşlem Yasağı

Çelişkili işlem yasağı (*estoppel*)[423], önceki eylemleri ile başkaları nezdinde belirli bir beklenti uyandırmış olan bir kişinin daha sonra hakkaniyete aykırı düşecek şekilde bu eylemleri ile çelişkili davranış ve taleplerde bulunmasına izin verilmeyeceğini ifade eden bir kavramdır[424]. Latince "*venire contra factum proprium non valet*"[425] sözüyle de ifade edilen çelişkili işlem yasağı kavramının tüm özel hukuk sistemlerince tanındığı ve milletlerarası hukukun genel ilkelerinden olduğu belirtilmiştir[426]. UAD kararlarında çelişkili işlem yasağı ilkesi kabul edilmiştir[427].

Böckstiegel, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 7. maddesinde getirilen "görünürdeki yetki" ilkesinden hareketle, devletin belirli bir sözleşme ilişkisinde devlet teşekkülü tarafından temsil edildiği yönünde meşru bir algıyı karşı tarafta oluşturmuş olması halinde söz konusu teşekkülün devleti temsil ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir[428]. Alman Federal Mahkemesi de, bir şirketin tek hissedarının sözleşme müzakereleri sırasında karşı tarafta sözleşme yükümlülüklerinin kendisi tarafından yerine getirileceği yönünde beklenti uyandırmış olması halinde şirket ile hissedar arasındaki hukuki ayrımın göz ardı edilebileceği yönünde karar vermiştir[429].

---

[423] Bu kavramın milletlerarası hukukta ve milli hukuk sistemlerinde uygulaması için genel olarak bkz. **I.C.:** "Estoppel in International Law", 7(3) ICLQ 468 (1958); **Antoine Martin**, *L'Estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris 1979; **Elizabeth Cooke**, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, Oxford 2000.

[424] *Moorgate Mercantile Co. Ltd. v Twitchings*, UK Court of Appeal, 18.06.1975, [1976] Q.B. 225, s. 241 (Lord Denning); **Cooke**, s. 1-2.

[425] "Kişinin kendi gerçeğine karşı gelmesine izin verilmez" (**Aaron X. Fellmeth / Maurice Horwitz**, *Guide to Latin in International Law* [e-kitap], Oxford, Oxford University Press 2011).

[426] **Hersch Lauterpacht**, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longman, London 1927, s. 204; **Böckstiegel**, *State Enterprises*, s. 43.

[427] *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, ICJ, Separate Opinion (Judge Alfaro), 15.06.1962, 1962 ICJ Rep. 39; *North Sea Continental Shelf (Germany v. Netherlands)*, ICJ, Judgment, 20.02.1969, 1969 ICJ Rep. 3, para. 30; *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ, Judgment, 11.06.1998, 1998 ICJ Rep. 275, para. 57.

[428] **Böckstiegel**, *State Entities*, s. 43; **Richard Doak Bishop / Sashe D. Dimitroff / Craig S. Miles**, "Strategic Options Available When Catastrophe Strikes the Major International Energy Project", 36 Tex Int'l L.J. 635 (2001), s. 679.

[429] (**Böckstiegel**, *State Entities*, s. 44 atfıyla) BGH, 09.12.1958, AKT 7 VIII ZR 80/56, s. 49.

Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) v. Rakoil kararında da, ICC tahkim heyeti, yabancı yatırımcı ile devlet petrol şirketi arasında imzalanmış olan petrol arama ve üretimi konulu sözleşmenin müzakerelerine devletin doğrudan katılmış olması, sözleşmenin ifası sırasında devlet teşekkülünün sermaye koyma yükümlülüklerinin doğrudan devlet tarafından yerine getirilmiş olması ve taraflar arasında uyuşmazlık çıktıktan sonra da uzlaşma görüşmelerine bizzat devletin katılmış olması gibi nedenlerden ötürü devletin de devlet teşekkülü ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğuna hükmetmiştir[430]. Tahkim heyeti kararını gerekçelendirmek için somut olarak herhangi bir teoriye atıf yapmamış ise de bu karar çelişkili işlem yasağının bu kapsamda uygulanmasına ilişkin örnek olarak gösterilmiştir[431].

vi. Devlet ile İşlevsel Özdeşlik

Devlet ile işlevsel özdeşlik (*functional identity with the state*) teorisi de devlet teşekküllerinin imzaladığı sözleşmelerden devleti sorumlu tutmak için önerilmiştir[432]. Bu teori çerçevesinde, bir devlet teşekkülünün (dünyada çapında devlete ait olduğu kabul edilen) kamu gücüne dayanan yetkileri kullanması halinde devlet ile özdeş kabul edilmesi gerektiği ve böyle bir durumda sözleşmenin karşı tarafındaki yabancı yatırımcının doğrudan devlet ile sözleşme ilişkisine girdiğini kabul etmekte haklı olacağı ifade edilmiştir[433].

Bazı tahkim ve mahkeme kararları, doğrudan bu teoriye atıf yapmamış olmakla birlikte aynı hukuki gerekçelerden hareket ettikleri gerekçesiyle örnek gösterilmiştir. Fransız Yargıtayı bir kararında İspanya Merkez Bankası'nın (*Banque d'Espagne*) kamu gücüne dayanan eylemlerde (*acte de la puissance publique*) bulunmuş

---

[430] *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) et al. v. The Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE), The R'as Al Khaimah Oil Company (Rakoil)*, ICC Case No. 3572, Final Award, 1982, 14 YCA 111, para. 25-27.

[431] **Bishop / Dimitroff / Miles**, s. 679.

[432] **Böckstiegel**, *State Entities*, s. 44; **Bishop / Dimitroff / Miles**, s. 679.

[433] **Böckstiegel**, *ibid.*

olmasından ötürü devlet statüsünde olduğunu kabul ederek yargı bağışıklığından yararlanacağına hükmetmiştir[434]. *Sapphire v. NIOC* tahkim kararının icrasına ilişkin Hollanda'da Lahey mahkemesinde görülen davada ise mahkeme, bir ticaret şirketi niteliğine sahip olmasına rağmen NIOC'nin İran'daki petrol kaynaklarının arama ve üretimine dair yabancı yatırımcıya imtiyaz verme yetkisini kullanmış olmasını devletin egemenlik haklarına ilişkin eylemlerden (*acta jure imperii*) kabul ederek bu konuda NIOC'nin yargı bağışıklığından yararlanacağı yönünde karar vermiştir[435]. Almanya'da gerek devlet teşekkülünün kamu gücü kullanması durumunun[436], gerekse iki teşekkül arasında malvarlığı ve iş alanı bakımından iç içe geçmişlik olması halinde tüzel kişilik perdesinin aralanmasına izin veren "alanların karışması" (*Sphärenvermischung*) teorisinin[437] devlet ile devlet teşekkülleri arasındaki tüzel kişilik ayrımını göz ardı etmek için uygulanabileceği belirtilmiştir. Öte yandan, İngiltere'de Nijerya Merkez Bankası'nın devlet karşısındaki konumun incelendiği bir Temyiz Mahkemesi kararında bankanın devlet kontrolü altında olduğuna ve devlete ait işlevleri yerine getirdiğine kanaat getirilmiş olmasına rağmen devletin bir parçası olmadığına hükmedilmiştir[438].

vii. Devletin Onaylama veya İcazet Yoluyla Taraf Olması

Bir devlet teşekkülünün sözleşme ilişkisine girerken devleti temsil etme yetkisinin bulunmadığı ve aralarında böyle bir ilişkinin varlığının varsayılmasını gerektirecek koşulların da (vekalet teorisinin uygulanması gibi) söz konusu olmadığı kabul edilse dahi, devletin daha sonra bu sözleşme ilişkisini onaylamak suretiyle sözleşmeden doğan yükümlülükleri üstlenmesi yetkisiz temsile ilişkin genel hükümler çerçevesinde mümkündür[439]. Aynı durum milletlerarası antlaşmalar

---

[434] *Epoux Martin v. Banque d'Espagne*, Cour de Cassation, 03.11.1952, 42 Rev. Crit. DIP 425 (1953), 19 ILR 202 (1957).

[435] N.V. Cabolent v. NIOC (Hague Ct., 1965), 5 ILM 477, s. 479.

[436] **Herbert Wiedemann**, *Gesellschaftsrecht, Vol. I: Grundlagen*, Beck, München 1980, s. 224

[437] **Böckstiegel**, *Durchgriff*, s. 20 vd.

[438] *Trendtex v. Central Bank of Nigeria*, s. 134.

[439] Örneğin Türk Borçlar Kanunu m. 46, f. 1: "Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar."

hukukunda da devleti temsil yetkisine sahip olmayan kişilerin imzaladığı antlaşmaların geçerliliği bakımından kabul edilmektedir[440].

Yabancı yatırım sözleşmelerinde devletin onayının ne zaman sözleşmeye taraf olma iradesi şeklinde yorumlanabileceği konusu ise tartışmalı bir konudur, zira pek çok ülkenin iç mevzuatlarında devlet teşekkülleri tarafından belirli konulara (örneğin doğal kaynaklar) ilişkin imzalanan sözleşmelerin geçerli olabilmesi için yetkili bakan veya başka bir üst düzey devlet görevlisi tarafından onaylanması zorunluluğu bulunmaktadır. Özellikle böyle bir zorunluluğun bulunduğu durumlarda ilgili devlet yetkilisinin onay verirken sadece mevzuattaki zorunluluğu yerine getirme amacıyla mı yoksa devleti sözleşmeye taraf yapma amacıyla mı hareket ettiği irdelenmelidir.

Bu konunun fazlaca tartışma konusu olduğu bir uyuşmazlık SPP ile Mısır Devleti arasındaki ICC tahkimidir[441]. Hong Kong merkezli Southern Pacific Properties Limited (SPP) şirketi ile Mısır Devleti (Turizm Bakanlığı) ve Mısır devlet teşekkülü Egyptian General Organization for Tourism and Hotels (EGOTH) arasında Giza'daki Piramitler bölgesinde bir otel inşaatını da kapsayan bir anlaşmanın ana başlıkları (Heads of Agreement) 1974'te imzalanmış; daha sonra da SPP ile EGOTH arasında aynı konuda daha detaylı bir sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmeyi Mısır Turizm Bakanı da "Turizm Bakanı tarafından onaylanmış, mutabık kalınmış ve tasdiklenmiştir" ("*approved, agreed and ratified by the Minister of Tourism*") ibaresi altında imzalamıştır. Tahkim heyeti, imzanın üstünde sadece "onaylama" (*approved*) değil aynı zamanda "mutabık kalma" (*agreed*) ibaresinin de bulunmasının ayrıca bir yükümlülük üstlenme niyetini ifade ettiğine kanaat getirerek devletin sözleşmeye taraf olduğuna hükmetmiştir[442]. Fakat bu tartışma tahkim süreci ile sınırlı kalmamış, Fransa ve Hollanda mahkemeleri önünde de devam etmiştir. Mısır'ın söz konusu tahkim kararının iptali için Fransa'da yaptığı başvuru kapsamında Turizm Bakanının

---

[440] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 8: "Yedinci maddeye göre bir Devleti temsil etmeye mezun kabul edilmeyecek bir kişinin bir antlaşmanın akdedilmesi ile ilgili olarak yaptığı bir işlem, o Devletçe daha sonra teyit edilmedikçe hukuki sonuç doğurmaz."

[441] *SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICC Case No. 3493, Award, 16.02.1983, 9 YCA 111 (1984), 86 ILR 434 (1983). Ayrıca kararın incelemesi için bkz. **Hanotiau**, *Complex Arbitrations*, s. 64-65.

[442] *SPP v. Egypt*, Award (ICC), para. 46.

imzasını değerlendiren Paris Temyiz Mahkemesi bunun devleti sözleşmeye taraf kılma amacı taşımadığına hükmederek kararın iptaline karar vermiş[443], Yargıtay da bu kararı onaylamıştır[444]. Bununla birlikte, SPP tarafından Hollanda'da yapılan icra başvurusunda ise Amsterdam mahkemesi tahkim heyetinin yorumunu haklı bularak icra talebini kabul etmiştir[445].

İran-ABD Talep Divanı ise *Amoco* kararında ise benzer bir durumda tam ters bir sonuca ulaşmıştır[446]. Amoco ile İran devlet şirketi National Petrochemical Company (NPC) arasında imzalanan 1966 tarihli sözleşme daha sonra İran yetkilileri tarafından onaylanmış ve Amoco da bu onaya dayanarak İran Devletinin sözleşmeye taraf olduğunu iddia etmiştir. Fakat tahkim heyeti, İran kanunlarına göre söz konusu sözleşmenin bazı hükümlerinin (örneğin vergi imtiyazları) geçerliliğinin devlet onayına tabi olması ve sözleşme metninde de bu onayın alınacağının belirtilmiş olması nedeniyle burada devlet yetkililerinin bu hükümlere göre hareket ettiğini kabul etmiş ve devletin onaylama yoluyla sözleşmeye taraf olduğu savını reddetmiştir[447].

Benzer bir tartışma daha yakın tarihte İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından *Svenska Petroleum v. Lithuania* davasında yapılmıştır[448]. Svenska Petroleum ile Litvanya devlet şirketi Geonafta arasında Litvanya'nın petrol kaynaklarının çıkarılması amacıyla bir sözleşme imzalanmış ve Litvanya'nın iki üst düzey bakanlık yetkilisi de bu sözleşmeyi "Litvanya Devleti bu anlaşmayı onaylar ve kendisinin adeta sözleşmeye tarafmış gibi hukuki ve akdi olarak bağlı kabul eder" ifadesini not

---

[443] *Arab Republic of Egypt v. SPP (ME) Ltd.*, Cour d'Appel (Paris), 12.07.1984, 86 ILR 474, s. 481-482

[444] *SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Cour de Cassation, 06.01.1987, 86 ILR 474, s. 491

[445] *SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, District Court (Amsterdam), 12.07.1984, 86 ILR 492, s. 494.

[446] *Amoco International Finance Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company and others*, IUSCT Case No. 56, Award No. 481-56-3, 15.06.1990, 83 ILR 500, s. 509 vd.

[447] *Ibid.*, para. 161-162.

[448] *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania*, UK Court of Appeals, 13.11.2006, [2006] 2 C.L.C. 797.

düşerek imzalamışlardır[449]. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili Danimarka'da ICC tahkimine başvuran Svenska Petroleum, uyuşmazlıkta devleti de davalı olarak göstermiş ve tahkim heyeti de bunu kabul ederek davacı lehine tazminata hükmetmiştir. Daha sonra Svenska Petroleum tarafından İngiltere'de başlatılan icra sürecinde Litvanya Devleti söz konusu imzanın devleti sözleşmeye taraf yapmak amacıyla değil devlet teşekkülünün hukuka uygun hareket ettiğini tasdik etme amacını taşıdığını ve devletin sözleşmede taraf olarak da gösterilmediğini ifade etmiştir. Temyiz Mahkemesi ise, devletin sözleşmede "taraf" olarak belirtilmemiş olmasının önemli olmadığını ve devlet yetkililerinin attığı imza ile bunun üzerine düşülen kaydın yorumlanması suretiyle devletin gerçek amacının sözleşmeye taraf olmak olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiş, somut olayda "adeta sözleşmeye tarafmış gibi hukuki ve akdi olarak bağlı olma" ifadesinin kullanılmış olmasının ise devletin sözleşmeye taraf olma niyetini açıkça ortaya koyduğunu kabul ederek devletin itirazını reddetmiştir[450].

Dolayısıyla bu konu her zaman potansiyel tartışmalara açık olup her bir olayın kendi içinde değerlendirilmesi ve devlet yetkililerince verilen onayın niteliğinin somut olayın özelliklerine göre araştırılması gerekmektedir.

b. Milletlerarası Hukuktaki Durum

Devlet teşekküllerinin devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olan piyasa oyuncuları olarak uluslararası ticarete ve yatırımlara katılması yeni bir durum değildir ve bu teşekküllerin eylemlerinden ötürü devletin sorumluluğu da uzun süredir devam eden bir tartışmadır. Fakat özellikle Soğuk Savaş döneminde Sovyetler Birliği ve diğer Doğu Bloku ülkelerinin devlet politikası olarak bütün uluslararası ticaret ve yatırım ilişkilerini bu tür devlet teşekkülleri üzerinden yürütmeye başlamaları bu tartışmaya yeni bir boyut kazandırmıştır[451].

---

[449] *Ibid.*, para. 4: *"The Government of the Republic of Lithuania hereby approves the above agreement and acknowledges itself to be legally and contractually bound as if the Government were a signatory to the Agreement."*

[450] *Ibid.*, para. 25-28.

[451] **Sornarajah**, *International Law*, s. 106. Ayrıca Sovyetler Birliği'nin devlet tekellerine dayalı dış ticaret sisteminin incelemesi için bkz. **John Quigley**, *The Soviet Foreign Trade Monopoly: Institutions and Laws*, Ohio State University Press, Columbus (OH) 1974.

Doğu Bloku ülkelerinin devlet teşekküllerinin hukuki statüleri özellikle bu tür teşekküllerin taraf oldukları bazı satım sözleşmelerinde kendi devletlerinin ihracat yasağı gibi birtakım karar ve uygulamalarını mücbir sebep (*force majeure*) olarak göstererek ifadan kaçınmaları nedeniyle sorgulanmış, fakat bu tür uyuşmazlıklarda milli mahkemeler ve tahkim heyetlerinin genel yaklaşımı ilgili teşekküllerin devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip oldukları faraziyesini ayakta tutmak yönünde olmuştur[452]. Soğuk Savaşın bitiminden sonra da eski Doğu Bloku ülkelerinin pek çoğunda uluslararası ticari ilişkilerin benzer nitelikli devlet teşekkülleri üzerinden yürütülmeye devam edilmesi ve ayrı bu uygulamanın özellikle Asya'da başka sosyalist ülkeler tarafından da benimsenmesi ile devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesi ve bu perdenin aralanmasına ilişkin tartışmalar milletlerarası hukukta önem arz etmeye devam etmektedir[453].

Milletlerarası hukuka göre bir devlet teşekkülünün sözleşme gerçekleştirdiği sözleşme ihlallerinden ötürü devletin sorumlu olması iki ihtimalde mümkündür: (i) tüzel kişilik perdesinin aralanması veya (ii) sözleşme ihlalinin devlete atfedilebilir bir eylem olması ve aynı zamanda bir milletlerarası hukuk ihlali teşkil etmesi.

i. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

Daha önce belirtildiği üzere, tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin milletlerarası hukukta geçerli olabileceği UAD tarafından *Barcelona Traction* kararında kabul edilmiş, fakat böyle bir uygulamaya ancak istisnai olarak ve özel durumlarda başvurulabileceğinin de altı çizilmiştir[454]. Milletlerarası hukukta devlet teşekküllerinin devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğu kuralı milli hukuk sistemlerine göre çok daha katı uygulanmakta olup bugüne kadar milletlerarası hukuka göre karar veren yatırım tahkimi heyetlerinin bir kez dahi devlet

---

[452] *Jordan Investments Ltd. v. All-Union Foreign Trade Corp.*, USSR Foreign Trade Arbitration Commission, Award, 19.06.1958, 27 ILR 631; *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex*, House of Lords, 06.07.1978, [1979] AC 351, 64 ILR 195.

[453] **Sornarajah**, *International Law*, s. 107, 117.

[454] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 58.

teşekküllerinin tüzel kişilik perdesini aralamak yönünde karar vermediği ifade edilmiştir[455].

Yabancı yatırımcılar ile devlet teşekkülleri arasındaki sözleşmelerden kaynaklanan taleplerin yatırım tahkiminde dermeyan edilebilmesinin yollarından biri, devletin tahkim izninin dayandığı milletlerarası antlaşmada sözleşme taleplerinin dermeyan edilmesine izin veren bir şemsiye hükmü (*umbrella clause*) bulunmasıdır[456]. Fakat tahkim heyetleri, yerel yönetimlerle imzalanan sözleşmelerde de olduğu gibi[457], devlet teşekkülleriyle imzalanan sözleşmelerde tüzel kişilik perdesini aralamayı reddederek bu sözleşmelerin devlet ile imzalanmamış olması gerekçesiyle bunlardan kaynaklanan taleplerin şemsiye hükümleri kapsamında dermeyan edilmesine izin vermemişlerdir[458].

Bu bağlamda ayrık bir uygulama olarak ele alınabilecek bir karar *Benvenuti and Bonfant v. Congo* kararıdır[459]. Yatırımcı ile devlet arasında ortak olarak kurulmuş olan plastik şişe üretim şirketi Plasco'nun Kongo devlet şirketi Siacongo ile arasındaki satım sözleşmesi gereği Siacongo tarafından ödenmesi gereken satım bedellerinin ödenmemesi üzerine tahkim heyeti, bu ödemelerin yatırımın ekonomik gerekçesinin önemli bir kısmını oluşturması nedeniyle devletin sözleşme ihlalinden sorumlu olduğuna hükmetmiştir[460]. Tahkim heyeti bu sonuca ulaşmasına ilişkin hukuki gerekçelerini detaylandırmamış ve tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine de atıf yapmamış olmakla birlikte heyet tarafından kabul edilen sorumluluk ilkesinin (en azından sonuçları bakımından) tüzel kişilik perdesinin aralanmasına benzer olduğu söylenebilir.

---

[455] **Ibrahim:** "Are States Liable for the Conduct of their Instrumentalities? – ICSID Case Law", Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.), *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008, s. 19 vd., s. 24; **Badia**, s. 12.

[456] Şemsiye hükümleriyle ilgili bkz. Aşağıda s. 218 vd.

[457] *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 96; *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 174; *Azurix v. Argentina*, Award, para. 52

[458] *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22.04.2005, para. 216.

[459] *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 15.08.1980, 67 ILR 345.

[460] *Ibid.*, para. 4.38-4.40.

ii. Sözleşme İhlallerinin Devlete Atfedilmesi

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yayınladığı Milletlerarası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Milletlerarası Sorumluluğu hakkında Taslak Maddeler kapsamında devlet teşekkülleri tarafından gerçekleştirilen sözleşme ihlallerinin de gerekli koşulların oluşması halinde devlete atfedilmesi mümkündür[461]. Fakat devlete atfedilebilirlik kavramı sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde değil, milletlerarası hukuka aykırı eylemden sorumluluk (yani devletin haksız fiil sorumluluğu) çerçevesinde anlam ifade eden bir kavramdır[462]. Dolayısıyla Taslak Maddeler kapsamında sözleşme ihlallerinin devlete atfedilebilmesi için bu ihlallerin aynı zamanda milletlerarası hukuk ihlali teşkil etmesi gerekmektedir. Devletin yabancı yatırımcılara karşı sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri ihlal etmesi kural olarak milletlerarası hukuk ihlaline yol açmamakta[463], bunun için sözleşme ihlalinin aynı zamanda devletin milletlerarası hukuktan (örneğin bir antlaşmadan veya teamül hukukundan) kaynaklanan bir yükümlülüğünü de ihlal etmesi gerekmektedir.

Devlet teşekküllerinin sözleşmeye aykırılık teşkil eden eylemlerinin devlete atfedilebilmesinin Taslak Maddelerin 4, 5 veya 8. maddeleri kapsamında söz konusu olabileceği ifade edilmiştir[464]. Bu maddelerin uygulanması bakımından temel fark, 4. ve 8. maddeler kapsamında hem ticari nitelikli (*jure gestionis*) hem de kamusal nitelikli (*jure imperii*) eylemlerin devlete atfedilmesi mümkünken, 5. madde kapsamında sadece kamusal nitelikli eylemlerin atfedilmesi mümkündür[465]. Öte yandan bu maddelerin yanı sıra 11. madde kapsamında devletin sözleşme ihlaline yol

---

[461] **Crawford**, *Commentary*, s. 96.

[462] **Crawford**, *Commentary*, s. 92; **Richard Happ**, "The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisprudence," Clarisse Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington (NY) 2006, s. 315 vd., s. 324.

[463] **Weil**, *Ménage Á Trois*, s. 403-404; **Crawford**, *Commentary*, s. 96.

[464] **Nick Gallus**, "An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract", 24 Arb. Int'l 157 (2008), s. 167.

[465] *Hamester v. Ghana*, Award, para. 180. Aksi yönde ayrık bir görüş için bkz. *Noble Ventures v. Romania*, Award, para. 82.

açan eylemi sonradan kabul etmesi ve üstlenmesi de söz konusu eylemin devlete atfedilmesine yol açabilecek başka bir durumdur.

❖ Devlet Teşekkülünün Devlet Organı Kabul Edilmesi

Devlet organlarının eylemlerinin devlete atfedilmesine ilişkin 4. madde[466] kapsamında devlet teşekküllerinin sözleşme ihlallerinin devlete atfedilmesi, bunlar devletin merkez örgütlenmesi içinde "hukuki organlar" olarak yer almadıklarından, kural olarak mümkün değildir. Ancak yukarıda devlet tüzel kişiliğinin sözleşmeye taraf olması başlığı altında incelenmiş olan "*de facto* organ" tanımına uyan devlet teşekküllerinin eylemlerinin bu madde altında devlete atfedilmesi mümkün olabilir. Milli mahkeme içtihatlarında *alter ego*, özdeşlik ve vasıtalık gibi kavramların varlığı için aranan "tam kontrol" (*complete control*)[467] ve "tek ekonomik teşekkül" (*single economic entity*)[468] olma gibi kriterler, milletlerarası hukuktaki "*de facto* devlet organları" kavramını açıklamak üzere UAD'nin kullandığı "tam bağlılık" (*complete dependence*)[469] kriterine önemli derecede benzerlik göstermektedir.

Bununla birlikte devlet teşekküllerinin devlet organı kabul edilerek eylemlerinin 4. madde kapsamında değerlendirilmesi yatırım tahkimi uygulamasında sıkça karşılaşılan bir durum değildir. Bunun bir örneği *Deutsche Bank v. Sri Lanka* tahkiminde görülmüş, burada Sri Lanka devlet petrol şirketi CPC'nin hukuki statüsünü inceleyen tahkim heyeti, tamamı devlete ait olan, yöneticileri Petrol Bakanı tarafından atanan ve Bakanın talimatlarına uymakla yükümlü olan CPC'nin Taslak Maddeler m. 4 kapsamında devletin organı olduğuna hükmetmiştir[470]. Öte yandan

---

[466] **ILC**, *Draft Articles on Responsibility of States*, m. 4: *"(1) Milletlerarası hukuka göre; yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da başkaca işlevleri yerine getiriyor olmasına, Devlet örgütlenmesi içindeki konumuna ve merkezi idarenin veya bir yerel idarenin organı olma niteliğine bakılmaksızın, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin fiili olarak kabul edilir. (2) Organın kapsamına Devletin iç hukukuna göre bu statüye sahip olan her türlü kişi ve kurumlar dahildir."* (Yaz. Çev.)

[467] *Bridas v. Turkmenistan*, Appeals (2003), para. 33.

[468] *Swiss Oil v. Petrogab*, 29 ILM 562 (1990), s. 564.

[469] *Nicaragua case*, Judgment, para. 109-110; *Genocide case*, Judgment (2007), para. 391-393.

[470] *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, Award, para. 405.

başka tahkim heyetleri ise devlet teşekküllerinin durumunu inceledikten sonra bunların organ statüsüne olmadığına hükmetmiştir[471].

❖ Devlet Teşekkülünün Kamu Gücüne Dayanan Yetkileri Kullanması

Taslak maddeler m. 5 kapsamında[472] devlet teşekküllerinin eylemlerinin devlete atfedilebilmesi için bu teşekküllerin "kamu gücü yetkilerini kullanmak üzere yetkilendirilmiş" olmaları, sözleşme ihlaline neden olan eylemlerinin ise bu yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu madde kapsamında devlet teşekküllerinin eylemlerinin devlete atfedilebilirliğini inceleyen tahkim heyetlerinin genellikle ilgili teşekkülün yapısal olarak devletle bağlarını ortaya koymak üzere "yapısal test" (*structual test*) ve teşekkülün sahip olduğu yetkilerin kamu gücü işlevini yerine getirdiğini ortaya koymak üzere "işlevsel test" (*functional test*) olarak bilinen iki ayrı testi bir arada uyguladıkları görülmektedir[473].

Dolayısıyla Taslak Maddeler m. 5 kapsamında devlet teşekküllerinin kamu gücüne dayanan eylemlerinin devlete atfedilmesinin konu bakımından bir önceki bölümde incelenen "devlet ile işlevsel özdeşlik" başlığı altında tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin teoriyle benzerlik gösterdiği söylenebilir. Fakat m. 5 çerçevesinde devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için devlet teşekkülünün eylemlerinin kamu gücüne dayanması da tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda bu eylemlerin milletlerarası hukuk ihlali niteliğinde olması da gerektiğinden burada devletin sorumluluğunun kapsamı tüzel kişilik perdesinin aralanması faraziyesine göre çok daha dardır.

---

[471] *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 08.10.2009, para. 190; *Tulip v. Turkey*, Award, para. 290-291.

[472] **ILC**, *Draft Articles on Responsibility of States*, m. 5: *"Dördüncü madde kapsamında Devletin organı olmayan, fakat bu Devletin iç hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak üzere yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin davranışı, somut olayda bu kişi ya da birimin bu yetkiye göre hareket ediyor olması kaydıyla, milletlerarası hukuka göre bir Devlet fiili olarak kabul edilir."* (Yaz. Çev.)

[473] *Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25.01.2000. 16 ICSID Review – FILJ 212 (2001), 5 ICSID Rep. 396, 124 ILR 9 (2003), 40 ILM 1129 (2001), para. 77-89; *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 32-33; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 03.03.2010, para. 274-280. Ayrıca benzer bir inceleme için bkz. *RayGo Wagner Equipment Co. v. Iran Express Terminal Corp.*, IUSCT Case No. 16, Award, 18.03.1983, 71 ILR 688, s. 691.

❖ Devlet Teşekkülünün Sözleşme İhlalini Devletin Kontrolü, Yönlendirmesi veya Talimatı ile Gerçekleştirmiş Olması

Taslak Maddelerin 8. maddesi ise devletin kontrolü, yönlendirmesi veya talimatı ile gerçekleştirilen eylemlerin devlete atfedilmesine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Bu madde kapsamında getirilen sorumluluk ilkesi, devletin bilinçli olarak sözleşmenin ihlaline yol açan üçüncü kişi sıfatıyla sorumluluğu olarak da algılanabilir. Karşılaştırmalı inceleme ile bu sorumluluğun, İngiliz ve Alman hukukundaki "sözleşmenin ihlalini teşvik etme" (*inducement of breach of contract*[474], *Verleitung zum Vertragsbruch*[475]), Fransız hukukundaki "üçüncü kişi şerikin sorumluluğu" (*la responsabilité du tiers complice*)[476] ve ABD hukukundaki "haksız müdahale" (*tortious interference*)[477] gibi kavramlar ile aynı temelden hareket ettiğini ifade etmek mümkündür[478].

8. madde esas olarak devlet ile resmi bağı bulunmayan sivil kişi ve grupların eylemlerinin devlete atfedilmesi durumunu düzenlemektedir[479]. Dolayısıyla bu madde kapsamında sadece devlet ile yapısal bağları bulunan teşekküllerin değil, aynı

---

[474] *Lumley v. Gye*, Queen's Bench, 01.01.1853, 118 E.R. 749, s. 755; *Quinn v. Leathem*, House of Lords, 05.08.1901, [1901] A.C. 495, s. 510.

[475] BGB, m. 826; B.S. Markesinis, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart, Oxford 2006, s. 898.

[476] Code Civil, m. 1382-1383'ün genel hükümleri kapsamında bu ilkenin uygulanması için bkz. **René Savatier**, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionel, Procédural*, Vol. I, LGDJ, Paris 1951, s. 187; **Geneviève Viney**, *Traité de Droit Civil: Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, Paris 1995, s. 382; *Dlle Pedelmas et autres v. Époux Morin et autre*, Cour de Cassation, 13.03.1979, (1980) D. 1, s. 1.

[477] Restatement (Second) of Torts, m. 766-774; **William Lloyd Prosser / W. Page Keeton**, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, West Pub. Co., St. Paul (MN) 1984, p. 978.

[478] **James Crawford**, "Second report on State responsibility, Addendum No. 3 – Annex: Interference with contractual rights: a brief review of the comparative law experience", UN Doc. A/CN.4/498, 1999, s. 97 vd.; **Romero**, s. 41-42.

[479] **Crawford**, *Commentary*, s. 110.

zamanda devletten tamamen bağımsız olan özel şirket, dernek, vakıf vs. statüsündeki tüzel kişilerin de eylemleri devlete atfedilebilecektir.

UAD, devletle bağı olmayan kişi ve kurumların eylemlerinin devlete atfedilebilmesi için devletin bunlar üzerinde sadece genel kontrole (*overall control*) sahip olmasını yeterli görmemekte; bunun yanında devletin "etkin kontrole" (*effective control*) de sahip olması, yani milletlerarası hukuka aykırı olduğu iddia edilen her bir eylemin özel olarak devletin kontrolü, yönlendirmesi veya talimatı ile gerçekleştirilmiş olması gerekliliğini de aramaktadır[480]. Fakat bu kriter Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Temyiz Dairesi tarafından *Tadic* kararında[481] eleştirilmiştir. Daire, her durumda aynı kontrol derecesinin aranması yerine olayın özelliklerine göre ayrıma gidilmesi gerektiğini belirterek, bireysel eylemler bakımından etkin kontrol kriteri aranmasının yerinde olabileceğini, ancak özellikle örgütlü grupların eylemleri bakımından grubun her bir üyesinin eylemleri üzerinde özel kontrol aramak yerine grup üzerinde devletin genel kontrole sahip olmasının yeterli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir[482]. Devlet teşekküllerinin bu kararda sözü edilen "örgütlü gruplar" kapsamında değerlendirilerek daha düşük bir kontrol kriterine tabi tutulmalarının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Fakat yatırım tahkimi heyetlerinin madde 8 kapsamında yaptıkları incelemelerde "etkin kontrol" kriterini uyguladıkları görülmektedir[483].

---

[480] *Nicaragua case*, Judgment, para. 115; *Genocide case*, Judgment (2007), para. 400.

[481] *Prosecutor v. Duško Tadic*, ICTY Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15.07.1999.

[482] *Ibid.*, para. 117-120. Daire başkanı Shahabuddeen ise aynı kararın ekinde yer alan karşı oy yazısında (para. 17 vd.) UAD'nin *Nicaragua* kararında devletin milletlerarası sorumluluğuna dayalı bir inceleme yapılırken huzurdaki davada bireysel cezai sorumluluğa dayalı yargılama yapılıyor olması nedeniyle iki karar arasında doğrudan karşılaştırma yapmanın doğru olmadığını belirtmiştir.

Ayrıca "genel kontrol" kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsendiği bir örnek için bkz. *Loizidou v. Turkey*, ECtHR, Application No. 15318/89, Judgment, 18.12.1996, para. 56.

[483] *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 06.11.2008, para. 173; *Hamester v. Ghana*, Award, para. 179; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Award, 30.11.2011, para. 8.1.18; *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, Award, para. 405(c).

❖ Devlet Teşekkülü Tarafından Gerçekleştirilen Sözleşme İhlalinin Devlet Tarafından Kabul Edilmesi ve Üstlenilmesi

Taslak Maddelerin 11. maddesi devletin diğer maddeler altında kendisine atfedilemeyen eylemleri sonradan kabul etmesi ve üstlenmesi durumunda söz konusu eylemlerin devlete atfedilebilir hale geleceğini düzenlemektedir.

Bu maddenin oluşturulmasında "kabul etme" ile "üstlenme" ibarelerinin arasında "ve" bağlacının kullanıldığına dikkat edilmelidir. Zira bu ifadenin kullanılmasının amacı devletin herhangi bir eylemle ilgili salt desteğini açıklaması gibi durumların kapsam dışında bırakılması ve sadece devletin söz konusu eylemi kendi eylemi olarak üstlenme niyetinin açıkça anlaşıldığı durumlarda bu maddenin uygulanmasının temin edilmesidir[484]. Devletin bir eylemi üstlenmesinin açıkça beyan yoluyla veya devletin eylemlerinden açıkça bu niyetinin anlaşılması ile söz konusu olabilir[485].

Bu konuda emsal niteliğindeki bir karar, UAD'nin Tahran'daki ABD Büyükelçiliği'nin işgaline ilişkin davada vermiş olduğu karardır[486]. Bu davaya konu olan olaylarda ABD Büyükelçiliği'ni işgal edenler devletle doğrudan bağı bulunmayan (veya kanıtlanamayan) İranlı öğrenciler olduğundan atfedilebilirliğe ilişkin diğer genel ilkeler altında söz konusu eylemin İran Devletine atfı mümkün olmamıştır. Fakat olayların seyri içinde İran Devlet Başkanı Humeyni'nin (ve devletin diğer bazı organlarının) işgali sürdüren öğrenci gruplarına desteğini açıklaması ve ayrıca Büyükelçilikte rehin tutulan diplomatik personelin ABD'nin üzerinde baskı unsuru olarak kullanılacağına dair açıklamalarda bulunması

---

[484] **Crawford**, *Commentary*, s. 122-123.

[485] *Ibid.*

[486] *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran)*, ICJ, Judgment, 24.05.1980, 1980 ICJ Rep. 3.

sonucunda UAD söz konusu işgal eyleminin de İran Devletine atfedilebileceğine hükmetmiştir[487].

Bu maddedeki atıf kuralının devlet teşekküllerinin eylemleri bakımından uygulanmasının daha yakın tarihli bir örneği ise 2014 tarihli *Yukos* tahkim kararında görülmüştür[488]. Uyuşmazlık konusu olayda, petrol sektöründe faaliyet gösteren davacı şirketin en önemli iştiraki olan Yuganskneftegaz (YNG) adlı şirketin hisseleri icra yoluyla açık arttırmada (gerçek değerinden çok daha az bir bedelle) Baikal Finance Group adlı bir özel şirkete satılmış, daha sonra da bu şirket Rus devlet şirketi Rosneft tarafından satın alınmıştır. Rosneft hisselerinin yüzde 70'inden fazlasının Rus Devletine ait olması, şirket üst yöneticilerinin tamamının devlet tarafından atanması ve bu kişilerin aynı zamanda devlet içinde üst kademelerde görev alan kişiler olması gibi olgular tahkim heyeti tarafından Rosneft'in eylemlerinin Rusya Devletine atfedilmesi için yeterli görülmemiş[489]; ancak Rusya Devlet Başkanı Putin'in bir basın toplantısı sırasında Rosneft tarafından YNG hisselerinin alınmasıyla ilgili olarak "Devlet, tamamen yasal süreçlere başvurarak, kendi menfaatlerini gözetmektedir" ifadesini kullanmış olması tahkim heyeti tarafından Rosneft'in söz konusu eylemlerinin devlet tarafından üstlenilmesi olarak yorumlanmıştır[490].

Devlet teşekküllerinin gerçekleştirdiği sözleşme ihlallerinin bu madde kapsamında devlete atfedilmesiyle bir önceki bölümde incelenen devletin sonradan onaylama veya icazet yoluyla sözleşmeye taraf olması durumu (ve orada tartışılan *SPP* ile *Amoco* tahkimleri) arasında da paralellik kurmak mümkündür. Fakat yine dikkat edilmelidir ki milletlerarası hukukta bu şekilde devletin sorumluluğunun doğması için hem söz konusu sözleşme ihlalinin aynı zamanda milletlerarası hukuka da aykırı olması, hem de bu eylemin devlet tarafından kabul edilip üstlenildiğinin "açıkça" anlaşılması gerekmektedir.

---

[487] *Ibid.*, para. 74.

[488] *Yukos Universal Ltd. v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227 (UNCITRAL), Award, 18.07.2014.

[489] *Ibid.*, para. 1468.

[490] *Ibid.*, para. 1472.

Dolayısıyla aynı somut olayın bir ticari tahkim heyetinin önüne gitmesi halinde özel hukuk ilkelerine göre, yatırım tahkimi heyetinin önüne gitmesi halinde ise milletlerarası hukuk ilkelerine göre çözümlenmesi söz konusu olacak ve bu iki durumda farklı sonuçlara ulaşılması mümkün olabilecektir. Bu bakımdan sözleşmenin akıbetinin ve tarafların sorumluluklarının belirlenmesi bakımından uyuşmazlığın çözümü için hangi foruma başvurulduğunun ve uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulandığının büyük önemi vardır. Bir sonraki bölümde yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için başvurulabilecek uygun forumlar incelenecektir.

BÖLÜM 3
YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN UYGUN FORUMLAR

I. GENEL OLARAK

Ünlü Amerikan hukukçusu *Philip C. Jessup*, milletler ötesi nitelik taşıyan uyuşmazlıkların "uygun olan forumda" (*forum conveniens*) ve "uygun olan hukuka göre" (*lex conveniens*) çözülmesi gerektiği görüşünü 1956'da öne sürmüş olmasına rağmen[491], milletlerarası hukukun sonraki yarım asrı aşkın sürede gösterdiği gelişim çok farklı bir yönde olmuş ve *Jessup*'un savları adeta birer ütopyadan ibaret kalmıştır.

Bir yandan uluslararası yatırımları korumaya yönelik milletlerarası antlaşmaların dünya çapında hızla yayılması, diğer yandan da uluslararası yatırımcıların gitgide daha çokuluslu ve karmaşık şirket yapılanmalarını tercih etmeleri sonucunda, bugün devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, bazıları egemen devletler arasında, bazıları ise doğrudan yatırımcılar ile devletler arasında vuku bulan eşzamanlı ve çok katmanlı hukuki ve diplomatik süreçlere konu olabilmektedir. Bu tür eşzamanlı hukuki süreçleri bertaraf etmek adına bazı milli hukuk sistemlerinde kabul edilen *lis pendens*[492] ve *forum non conveniens*[493] gibi kavramlarının milletlerarası tahkim alanında uygulama alanı

---

[491] **Philip C. Jessup**, *Transnational Law*, New Haven 1956, s. 106-107.

[492] **Campbell McLachlan**, *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden, Martinus Nijhoff 2009

[493] **Ronald A. Brand / Scott R. Jablonski**, *Forum Non Conveniens: History Global Practice and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, Oxford 2007; **Michael Mousa Karayanni**, *Forum Non Conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo American Law*, Transnational Publishers, Ardsley (NY) 2004.

bulmaması[494], *res judicata*[495] kavramının ise çok sınırlı bir çerçevede uygulanabilmesi[496]; uluslararası yatırımcıların aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak farklı ülkelerin yetkili mahkemeleri, farklı sözleşmelere ve milletlerarası antlaşmalara dayanarak farklı tahkim kurumları nezdinde kurulmuş tahkim heyetleri ve hatta uluslararası insan hakları mahkemeleri gibi çeşitli forumlarda paralel olarak taleplerini dermeyan etmelerine imkan sağlamaktadır.

Bu durumu açıklamak üzere şöyle bir örnek verilebilir: Hollanda vatandaşı gerçek kişi (A)'nın %100 hissesine sahip olduğu Rusya'da kurulu (B) şirketinin Türkiye'de kurmuş olduğu yerel iştiraki (C) şirketi ile Türkiye'nin devlet enerji şirketi (D) arasında Türkiye'de bir enerji santrali yatırımının gerçekleştirilmesi için ortak girişim sözleşmesi imzalanmıştır. Ortak girişim sözleşmesinde uyuşmazlıkların çözümü için tahkim kaydına yer verilerek Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) bünyesinde kurulacak tahkim heyetinin münhasıran yetkili olduğu ve tahkim yerinin Londra olduğu belirtilmiştir. (C) ile (D) şirketleri arasında sözleşmenin ifası sırasında uyuşmazlık çıkması halinde (A), (B) veya (C) tarafından başvurulabilecek paralel hukuki süreçler şu şekilde sıralanabilir:

- Yerel mahkemeler:
    - (C) ile (D) arasındaki sözleşmede düzenlenmiş olan tahkim kaydı ile sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yerel mahkemelerin yetkisi bertaraf edilmiş olsa da, (C)'nin sözleşme dışı (örneğin haksız fiile dayanan) talepleri için Türkiye'de yetkili mahkemelere başvurması mümkündür.
    - Hollanda vatandaşı (A) ve Rusya şirketi (B) ortak girişim sözleşmesine taraf olmadıklarından, bunların tahkim kaydı ile bağlı

[494] Milletlerarası antlaşmalar, tahkim kuralları ve milli mevzuatların karşılaştırmalı bir incelemesinin ardından *lis pendens* ve *forum non conveniens* kavramlarının milletlerarası tahkimde genel olarak kabul görmediği sonucuna ulaşan bir kaynak için bkz. **Nadja Erk-Kubat**, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014, s. 110 vd.

[495] **Spencer Bower / K.R. Handley**, *Res Judicata*, LexisNexis, London 2009; **Peter R. Barnett**, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, Oxford University Press, Oxford 2001.

[496] *Res judicata*'ya hükmedilebilmesi için iki dava arasında tarafların (*persona*), konunun (*petitum*) ve dayanılan hukuki sebeplerin (*causa petendi*) aynı olması gerekmektedir. Bkz. *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, PCIJ, Dissenting Opinion (Judge Anzilotti), 13.09.1928, Series A, No. 17.

olmaksızın dolaylı haklarının ihlali gerekçesiyle Türkiye'de (veya milletlerarası yetki kuralları çerçevesinde mümkün olursa kendi ülkelerinde) yetkili mahkemelere başvurmaları mümkündür.

- Sözleşmeye dayanan tahkim:
  - (C), ortak girişim sözleşmesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak (D)'ye karşı LCIA bünyesinde tahkime başvurabilecektir. Tahkim yeri Londra olacaktır.

- Yatırım antlaşmalarına dayanan tahkim:
  - Rusya ile Türkiye arasındaki YKTK anlaşmasında şirketlerin milliyetinin belirlenmesinde tescil yeri kriteri kabul edilmiş olduğundan[497], Rusya'da kurulu olan (B) şirketi bu YKTK anlaşmasının hükümlerine dayanarak Türkiye Devletine karşı şu forumlardan birine başvurabilecektir[498]:
    - Türkiye'deki yetkili mahkeme veya tahkim heyeti
    - Stockholm Ticaret Odası (SCC) tahkimi
    - UNCITRAL kurallarına göre kurulacak *ad hoc* tahkim heyeti
  - (C) şirketi üzerinde nihai kontrol sahibi olan Hollanda vatandaşı gerçek kişi (A), Türkiye-Hollanda YKTK Anlaşması'nın 2(b) maddesinde getirilen "kontrol" kriterine dayanarak, aynı anlaşmanın 8(2) maddesi kapsamında Türkiye Devletine karşı ICSID tahkimine başvurabilecektir.
  - Hollanda ve Türkiye'nin Enerji Şartı Anlaşması'na taraf olması nedeniyle (A), ayrıca, EŞA m. 1(6) getirilen "kontrol" kriterinden faydalanarak bu anlaşmanın altında da yatırımcı sıfatını kazanacak ve EŞA m. 26(4) kapsamında Türkiye Devletine karşı şu yollara başvurabilecektir:
    - ICSID
    - UNCITRAL kurallarına göre kurulacak *ad hoc* tahkim heyeti
    - Stockholm Ticaret Odası (SCC)

[497] Rusya-Türkiye YKTK Anlaşması, m. I(1)(b).

[498] *Ibid.*, m. X(2).

- Son olarak, (C) şirketi her ne kadar Türkiye'de kurulu olsa ve EŞA m. 7(a)(ii)'ye göre Türk şirketi sayılsa dahi, EŞA m. 26(7)'nin atfıyla ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(b)'de ev sahibi devlette kurulu şirketlere getirilen istisnadan faydalanabilecek ve nihai kontrolü bir Hollanda vatandaşına ait olduğu için Hollanda yatırımcısı sıfatıyla EŞA m. 26(4)'te belirtilen forumlara başvurabilecektir.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM):
  - Hollanda vatandaşı (A), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve ek protokollerinde korunan haklarının (örneğin mülkiyet hakkı) ihlal edildiği gerekçesiyle, iç hukuk yollarını tüketmek kaydıyla, AİHM'e bireysel başvuru hakkını kullanabilecektir.
  - AİHS m. 34 hükmü tüzel kişilerin de AİHM'e başvurmasına imkan sağladığından, Rusya vatandaşı tüzel kişi sıfatıyla (B)'nin ve Türkiye vatandaşı tüzel kişi sıfatıyla (C)'nin de Türkiye Devletine karşı AİHM'e başvurmaları mümkündür.

Bu örnekten de görülebileceği üzere, tek bir yabancı yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir veya daha fazla ülkenin mahkemelerinde, farklı tahkim merkezlerinde veya insan hakları mahkemelerinde, farklı taraflarla ve farklı hukuki metinlere dayanılarak görülmesi mümkündür. Yatırım sözleşmesine taraf olan birden fazla yatırımcının bulunması veya aynı yatırım kapsamında birbiriyle bağlantılı olan ve farklı uyuşmazlık çözümü hükümleri içeren sözleşmelerin bulunması gibi durumlarda yatırımcının başvurabileceği hukuki imkanların sayısı daha da artabilecektir. Yatırımcıların farklı ülkelerde kurdukları şirketlerin tüzel kişilik perdelerini de kullanmak suretiyle kendileri için en lehe olan yargı makamını tercih etmeleri (*forum-shopping*) ve buna paralel olarak kendilerine en geniş maddi korumalar ile usuli imkanları sağlayan milletlerarası yatırım antlaşmalarından yararlanmaları (*treaty-shopping*) da bu tabloda mümkün olmaktadır.

Bu tür paralel ve çok katmanlı hukuki süreçleri içeren uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının pek çok somut örneğine de rastlamak mümkündür[499]. Örneğin,

[499] Uluslararası yatırımlara ilişkin paralel uyuşmazlıkların genel bir incelemesi için bkz. **Bernard Hanotiau**, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Den

T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 1998 yılında ÇEAŞ ve Kepez şirketlerinin elektrik üretim lisanslarını iptal etmesine ilişkin olarak, Uzan ailesi fertleri ve onların kontrolündeki çeşitli şirketler tarafından Türkiye'ye karşı Enerji Şartı Anlaşması hükümlerine göre ICSID ve SCC bünyesinde toplam dört tane tahkim süreci başlatılmış[500] ve yine aynı konu ile ilgili olarak Kemal Uzan tarafından AİHM'de de dava açılmıştır[501]. Bu tür çok katmanlı uyuşmazlıkların son zamanlarda gündemde olan başka bir örneği de Yukos hissedarları ile Rusya arasındaki hukuki süreçlerdir. Yukos hissedarları, Rusya Devletine ve çeşitli Rus devlet şirketlerine karşı Sürekli Hakemlik Divanı ve ICC bünyesinde tahkim süreçlerine ve AİHM'e[502] başvurmuş; ayrıca ABD, İngiltere, Hollanda ve Rusya mahkemelerinde de aynı konu ile ilgili çeşitli davalar açmışlardır.

Farklı forumlarda ve farklı milletlerarası antlaşmalar altında görülen tahkim süreçlerinde aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin farklı sonuçlara ulaşılabileceğinin önemli bir örneğini ise *CME/Lauder* ile Çek Cumhuriyeti arasındaki uyuşmazlıklarda görmek mümkündür. ABD vatandaşı *Ronald Steven Lauder*, sahibi olduğu Hollanda'da kurulu *CME* şirketi aracılığıyla Çek Cumhuriyeti'nde bir televizyon kanalı kurmuş, fakat daha sonra bu yatırımı ile ilgili olarak yerel ortağı (*Vladimir Železný*) ve Çek Cumhuriyeti ile yaşadığı sorunlar sonucunda televizyon lisansının iptal edilmesi ve yatırımının değerinin kaybolması durumları ile karşı karşıya kalmıştır. *CME* tarafından yerel ortak *Vladimir Železný* aleyhinde ICC tahkimine[503] ve Hollanda ile Çek Cumhuriyeti arasındaki YKTK anlaşmasına dayanılarak da Çek

---

Haag 2006; **Richard Kreindler**, "Parallel Proceedings: A Practitioner's Perspective," Michael Waibel et al. (ed.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, s. 127 vd.

[500] *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13.08.2009; *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17.09.2009; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 02.09.2011; *Cem Uzan v. Republic of Turkey*, SCC, Kayıt Tarihi: Nisan 2014 (Dava ile ilgili umuma açık bilgilere erişmek için bkz. http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/57-cem-uzan-v-republic-of-turkey/).

[501] *Kemal Uzan and others v. Turkey*, ECtHR, Case No. 18240/03, Decision (Admissibility), 29.03.2011.

[502] *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, ECtHR, Application No. 14902/04, Judgment (Just Satisfaction), 31.07.2014.

[503] *CME Media Enterprises B.V. v. Vladimir Železný*, ICC Case No. 10435/AER/ACS, Award, 09.02.2001.

Cumhuriyeti aleyhinde UNCITRAL kurallarına göre *ad hoc* tahkime başvurulmuş[504], *Lauder* tarafından da ABD ile Çek Cumhuriyeti arasındaki YKTK anlaşmasına dayanılarak Çek Cumhuriyeti'ne karşı yine UNCITRAL kurallarına göre *ad hoc* tahkime başvurulmuştur[505]. *Lauder* kararında tahkim heyeti yatırımcının tazminat talebini reddederken, *CME* kararında ise Çek Cumhuriyeti'nin yaklaşık 270 milyon USD (faizle birlikte yaklaşık 355 milyon USD) tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Dolayısıyla yatırımcının eş zamanlı ve paralel girişimleri sonuç vermiştir.

CME ve *Lauder* davaları, milletlerarası yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde *lis pendens* ve *res judicata* gibi kavramların tartışılmasına da ortam hazırlamıştır. Çek Cumhuriyeti, her iki davada da aynı konuda devam etmekte olan yerel mahkeme ve tahkim süreçlerini gerekçe göstererek *lis pendens* itirazında bulunmuştur. *Lauder* tahkim heyeti söz konusu mahkeme ve tahkim uyuşmazlıklarının her birinde tarafların ve dayanılan hukuki sebeplerin farklı olmasından ötürü bu itirazı reddetmiş[506]; *CME* tahkim heyeti ise Çek Cumhuriyeti'nin hem *lis pendens* itirazını hem de bununla bağlantılı olarak öne sürdüğü "*treaty-shopping*" yapılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğu yönündeki itirazını reddetmiş ve yatırımcının kendisine sunulmuş olan milletlerarası antlaşmalara paralel olarak da başvurma hakkının olduğunu açıkça belirtmiştir[507]. Ayrıca, *Lauder* davasında kararın verilmesinin ardından Çek Cumhuriyeti bu kararın *res judicata* teşkil ettiği itirazını *CME* davasında dermeyan etmiş; fakat tahkim heyeti, tarafların ve hukuki sebep teşkil eden milletlerarası antlaşmaların farklı olması, uyuşmazlık konusunun ise aynı görünmekle birlikte iki farklı tahkim heyetine sunulan maddi vakıaların birebir aynı olup olmadığına karar vermenin mümkün olmaması gerekçesiyle *Lauder* kararının *res judicata* teşkil etmediğine hükmetmiştir[508]. *CME* kararının iptal davasında da İsveç Temyiz Mahkemesi tahkim

---

[504] *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13.09.2001; *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Award, 14.03.2003.

[505] *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 03.09.2001.

[506] *Ibid.*, para. 162-163, 171.

[507] *CME v. Czech Republic*, Partial Award, para. 419.

[508] *CME v. Czech Republic*, Final Award, para. 432.

heyetinin kararını haklı bulmuş, iki uyuşmazlık arasında taraflarda ve konuda farklılık bulunduğu hükmünü yinelemiştir[509].

CME ve *Lauder* davalarında uyuşmazlıkların ayniyeti konusunda benimsenen yaklaşım bazı yazarlarca fazlasıyla dar ve şekilci bulunarak eleştirilmiş, özellikle tarafların ayniyeti değerlendirilirken "gerçekçi" ve "ekonomik" bir yaklaşımın daha yerinde olacağı belirtilmiştir[510]. Buna benzer yaklaşımları Avrupa Adalet Divanı'nın kabul ettiği "tek ekonomik teşekkül" (*single economic entity*) ilkesinde[511] ve diğer bazı milletlerarası mahkemelerin kararlarında görmek mümkündür[512]. Fakat şu ana kadar bu tür ilkelerin milletlerarası yatırım hukukunda kabul edilmemiş olması, aynı konuya ilişkin çelişkili ve tutarsız kararların önlenmesi için uygulamada başka çözüm arayışlarına yol açmıştır. Bu bağlamda bazı tahkim heyetlerince verilen bekletici mesele kararları ve bazı milletlerarası yatırım antlaşmalarında yer alan çatallaşma (*fork in the road*) hükümlerini kısaca incelemekte fayda vardır.

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin eş zamanlı olarak farklı mahkeme ve tahkim süreçlerinin devam etmesi durumu ile karşılaşan bazı tahkim heyetlerinin, kendilerini yetkili kabul etmelerine rağmen, "milletlerarası hukuk düzeninin menfaatleri", "aynı konuda çelişkili kararlar çıkmasının faydalı olmayacağı" ve "karşılıklı saygı ve nezaket" ilkelerini gözeterek diğer yetkili forumlarda devam eden yargılamaları bekletici mesele ilan ettikleri ve kendi yargılamalarını geçici olarak durdurdukları görülmüştür[513]. *SPP* kararında

---

[509] *The Czech Republic v. CME Czech Republic B.V.*, Svea Court of Appeal, Case No. T 8735-01, 15.05.2003.

[510] **August Reinisch**, "The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions," Michael Waibel et al. (ed.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, s. 113 vd., s. 122-123.

[511] *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (Dyestuffs Case)*, ECJ Case 48/69, Judgment, 14.07.1972, [1972] E.C.R. 619, para. 133; *J. R. Geigy AG v Commission of the European Communities*, ECJ Case 52/69, Judgment, 14.07.1972, [1972] E.C.R. 787, para. 44; *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, ECJ Case 6/72, Judgment, 21.02.1973, [1973] E.C.R. 215, para. 15.

[512] *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan)*, ITLOS, Award on Jurisdiction and Admissibility, 04.08.2000, 39 ILM 1359 (2000), para. 54; *Glaziou v. France*, UN Human Rights Committee, Communication No. 452/1991, Decision, 18.07.1994.

[513] *The MOX Plant Case (Ireland v. UK)*, PCA (UNCLOS), Order No.3, 24.06.2003, 42 ILM 1187 (2003), para. 28.

ICSID tahkim heyeti, aynı taraflar arasında ve aynı konuya ilişkin olarak verilmiş olan ICC kararının iptal sürecinin Fransız mahkemeleri önünde devam ediyor olmasından ötürü bekleme kararı verirken[514], *MOX Plant* kararında da tahkim heyeti uyuşmazlığın Avrupa Topluluğu yargı organlarının yetkisinde olduğu itirazına karşı bu konuda ilgili yargı organlarının görüşlerinin ne olduğunu görmek için yargılamaya geçici olarak ara vermiştir.

Milletlerarası yatırım antlaşmalarının hazırlayıcıları tarafından paralel hukuki süreçler sorununun önüne geçmek adına geliştirilmiş bir uygulama da çatallaşma (*fork in the road*) hükümlerinin antlaşmalara eklenmesi olmuştur. Yatırımcının olası uyuşmazlık çözüm yollarından birini tercih ettiğinde diğer yolları kullanmasının önünü kapatarak paralel hukuki süreçleri önleme amacı güden bu tür hükümlerin uygulamada farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir. Bazı antlaşmalarda sadece ev sahibi devlet mahkemeleri ile antlaşmada sunulan milletlerarası tahkim imkanı arasında seçim yapma zorunluluğu getirilirken[515], diğer bazı antlaşmalarda ise bunların yanına yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlık çözüm imkanları da eklenerek yatırımcının seçenekleri daha da daraltılmıştır[516]. NAFTA'da ise daha da kapsamlı bir düzenleme getirilerek, hem yatırımcıların hem de bunların ev sahibi devlette kurmuş oldukları tüzel kişilik sahibi teşebbüslerin, devletin antlaşmaya aykırı olduğu iddia edilen işlemlerine ilişkin, ev sahibi devlet hukukuna veya başka her türlü uyuşmazlık çözüm usullerine göre başvurabilecekleri tüm hukuki süreçlerden feragat etmeleri NAFTA uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmelerinin ön koşulu olarak belirlenmiştir[517].

---

[514] *SPP (ME) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction I, 27.11.1985, 3 ICSID Rep. 112, 16 YCA 19 (1991), 121 JDI 218*, para. 30

[515] Fransa-Arjantin YKTK Anlaşması, m. 8(2).

[516] ABD-Arjantin YKTK Anlaşması, m. VII(2).

[517] NAFTA, m. 1121(1). Bu maddenin NAFTA kapsamında sunulan maddi korumalara ilişkin taleplerinin paralel hukuki süreçlerde dermeyan edilmesi ihtimalini bertaraf ettiği ve sadece yerel mahkeme kararlarının NAFTA tahkim heyetlerine sunulan taleplerin konusunu teşkil ettiği (örneğin adaletten kaçınma şikayetlerinin olduğu) durumların bu kurala istisna oluşturabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Charles N. Brower / Jeremy K. Sharpe**, "Multiple and Conflicting International Arbitral Awards", 4 JWI 211 (2003), s. 221.

Çatallaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Zira özellikle bir yabancı yatırım sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda yatırımcı ile devlet (veya sözleşmede devleti temsil eden kurum) arasında kimisi özel hukuk kimisi kamu hukuku nitelikli çeşitli uyuşmazlıkların çıkmış olması ve bunların bazılarının yerel mahkemeler önünde görülmüş olması mümkündür. Böyle durumlarda sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile milletlerarası antlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların birbirinden ayrılması gerekecektir. Milletlerarası tahkim heyetlerinin, tıpkı *lis pendens* ve *res judicata* itirazlarında olduğu gibi bu konuda da uyuşmazlıkların ayniyetini değerlendirirken taraflarda, konuda ve hukuki sebeplerde özdeşlik olmasını aradıkları ve "özdeşlik" kavramını da dar yorumladıkları görülmektedir[518]. *Schreuer*, milletlerarası tahkimin yerel mahkemelere göre yatırımcılar açısından çok daha avantajlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğuna dikkat çekerek, yatırımcının nihai tercihini hangi yönde kullandığı konusunda tereddüde düşen tahkim heyetlerinin milletlerarası tahkimin tercih edildiği faraziyesine daha fazla ağırlık vermeleri gerektiği görüşünü savunmaktadır[519]. Öte yandan, çatallaşma hükümlerinin uygulandığı durumlarda ise tahkim heyetleri yatırımcının devlet mahkemeleri ile milletlerarası tahkim arasında yapmış oldukları tercihin nihai ve geri dönülemez olduğuna hükmetmişlerdir[520].

---

[518] **Christoph Schreuer**, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", 5 JWIT 231 (2004), s. 248; *Olguín v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Decision on Jurisdiction, 08.08.2000, 18 ICSID Rev. – FILJ 133 (2003), 6 ICSID Rep. 156, para. 30; *Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25.06.2001, 17 ICSID Rev. – FILJ 395 (2002), 6 ICSID Rep. 241, para. 331-333; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12.04.2002, 18 ICSID Rev. – FILJ 602 (2003), 7 ICSID Rep. 178, para. 71; *CMS v. Argentina*, Jurisdiction, para. 80; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 08.12.2003, 43 ILM 262 (2004), 10 ICSID Rep. 416, 131 JDI 275, para. 90; *Enron v. Argentina*, Jurisdiction, para. 98.

Bu konuda bahsedilmesi gereken ayrık bir örnek ise *Vivendi v. Argentina* davasıdır. Tahkim heyeti, diğer kararlarda da kabul edilen baskın görüşe paralel olarak, yatırımcı tarafından sözleşmenin ihlali iddiası ile sözleşmenin karşı tarafı olan yerel idareye karşı yerel mahkemelerde açılmış olan davanın Arjantin Devletine karşı yatırım antlaşmasına dayanılarak açılmış ICSID davası ile aynı olmadığına hükmetmiştir (*Vivendi v. Argentina*, Award, para. 55). Fakat daha sonra Arjantin'in iptal talebini inceleyen *ad hoc* komite, Arjantin-Fransa YKTK Anlaşması'nın uyuşmazlık çözüm maddesinde "yatırımlarla ilgili tüm uyuşmazlıkların" Anlaşma kapsamına gireceği gibi geniş bir ifade kullanılmış olmasına dayanarak yatırımcının yerel mahkemede açtığı davanın da bu kapsam içine gireceğine ve çatallaşma hükmünün uygulanması gerektiğine hükmetmiş, bunu da kararın iptal nedenlerinden biri olarak kabul etmiştir (*Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 55).

[519] **Schreuer**, "Travelling the BIT Route", s. 241.

[520] *Maffezini v. Spain*, Jurisdiction, para. 63.

Her ne kadar YKTK anlaşmaları ve ICSID'in oluşturduğu yatırım tahkimi sisteminin ortaya çıkışından sonra yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin olarak devletler tarafından kendi vatandaşları lehine diplomatik koruma mekanizmalarının işletilmesi artık fazlaca rastlanan bir durum değilse de, doğrudan devletler arasında yürüyen diplomatik korumaya ilişkin süreçler ve devletler ile yatırımcılar arasında vuku bulan yatırım tahkimi süreçlerinin paralel olarak devreye sokulmasının da bazı istisnai durumlarda söz konusu olduğu görülmektedir[521]. ICSID tahkimi bakımından bu tür paralel süreçlerin önlenmesini sağlayacak düzenlemeler bulunmakla birlikte[522], bu tür düzenlemelere sahip olmayan diğer tahkim kurumları nezdinde veya *ad hoc* olarak görülen tahkimler ile diplomatik koruma mekanizmalarının eş zamanlı olarak işletilmesi halinde ne gibi sonuçların ortaya çıkacağını kestirmek güçtür.

Bu örnekler ve tartışmalar yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün zaman zaman ne kadar karmaşık süreçlere yol açabildiğini göstermektedir. Bundan sonraki başlıklarda, yabancı yatırımların korunması ekseninde milletlerarası hukukun izlediği gelişme süreci de takip edilerek, öncelikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin devletlerarası süreçler, daha sonra da yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında işleyen süreçler ayrı ayrı ele alınacaktır.

II. DEVLETLERARASI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Tarihsel bir perspektiften bakıldığında, bir devletin egemenliği altında bulunan yabancıların haklarının bu devlet tarafından ihlal edildiği yönündeki iddiaların ve bu iddialardan kaynaklanan hukuki taleplerin milletlerarası hukuk kapsamında dermeyan edilmesine ilişkin hukuki süreçlerin ilk olarak devletlerarası süreçler olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda, milletlerarası hukukun en köklü kurumlarından biri olan ve yatırımcıların yabancı yatırım sözleşmelerinden doğan

[521] *Banro American v. DR Congo*, Award.

[522] ICSID Sözleşmesi m. 27 ile tüm Âkit Devletlere ICSID tahkimine konu olan uyuşmazlıklar ile ilgili diplomatik koruma uygulamama yükümlülüğü getirilmiştir.

haklarının korunmasında da çokça başvurulmuş olan diplomatik koruma kurumu incelenecektir.

A. Diplomatik Koruma Kavramı

1. Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

"Her kim bir devletin vatandaşına kötü muamele ederse, dolaylı olarak o vatandaşın haklarını korumakla yükümlü olan devlete de halel getirmiş olur; ve zarar gören vatandaşın bağlı olduğu egemen de bu eylemin intikamını almalı ve zarar vereni cezalandırmalı, ve eğer mümkünse, yol açtığı zararı tümüyle tazmin etmesini sağlamalıdır; zira aksi takdirde vatandaş, sivil toplumun ana amacı olan güvenlikten mahrum kalmış olacaktır."[523]

1758'de İsviçreli hukukçu *Emmerich van Vattel* tarafından kaleme alınmış olan bu ifadenin, diplomatik koruma kavramının temel hukuki gerekçesini ve mantığını en yalın haliyle yansıttığını söylemek mümkündür. Diplomatik koruma kavramının temelinde, bir devletin kendisine vatandaşlık bağıyla bağlı tüm gerçek ve tüzel kişilerin haklarını koruma ve başka bir devletin egemenliği altındayken zarara uğramaları halinde onların adına adalet talep etme hakkı ve yükümlülüğü vardır[524].

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2006 yılında yayınladığı Diplomatik Koruma hakkında Taslak Maddelerde yapılan diplomatik koruma tanımının da *Vattel*'in ifade ettiği temel mantığa paralel olduğu görülmektedir:

"Mevcut taslak maddeler kapsamında diplomatik koruma; diplomatik eylem veya başka barışçıl çözüm yollarının kullanımı vasıtasıyla, bir Devlet tarafından, kendi vatandaşı olan bir gerçek veya tüzel kişinin uğradığı zarardan ötürü, milletlerarası hukuka aykırı bir eylemi ile bu zarara sebebiyet vermiş olan başka bir

---

[523] **Emer de Vattel**, *The Law of Nations or the Principles of Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, T. & J. W. Johnson, Philadelphia 1844 (original 1758), Book II, Ch. VI, s. 161. (Yaz. Çev.)

[524] *Mavrommatis*, Judgment No. 2, s. 12.

Devletin milletlerarası sorumluluğunun, söz konusu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmesi amacıyla, öne sürülmesini kapsamaktadır."[525]

Bir devletin hukuka aykırı bir eylemi nedeniyle bu devletin egemenliği altında bulunan bir yabancının zarar görmesi, bu devletin milletlerarası hukukta sorumluluğuna yol açar. Diplomatik koruma, zarar gören kişinin milli devleti tarafından, milletlerarası hukuk kapsamında bu kişinin korunması ve milletlerarası hukuka aykırı eylemden kaynaklanan zararların bu eylemi gerçekleştirilen devlet tarafından tazmin edilmesinin sağlanması için başvurulan usuldür. Dolayısıyla diplomatik koruma kavramı sadece zarar gören kişinin milli devletinin sahip olduğu talep hakkını ifade etmekte olup söz konusu eylemin hukuka aykırılığı veya eylemin isnat edildiği devletin bu eylemden ötürü sorumluluğu gibi maddi hukuka ilişkin konular diplomatik koruma kavramının konusunun dışındadır[526].

Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere, diplomatik koruma zarar gören bireyin değil, o bireyin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin hakkıdır. *Vattel*'in yaptığı tanımda, devletin kendi vatandaşının "haklarını korumakla yükümlü" olduğu ifadesi yer almakla birlikte, milletlerarası hukukta devletin üzerinde böyle bir yükümlülükten söz edilemeyeceği, herhangi bir vatandaşının lehine diplomatik koruma uygulayıp uygulamamak konusunda devletin mutlak takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir[527]. Öte yandan, Türkiye de dahil olmak üzere bazı ülkelerin anayasalarında yurtdışında bulunan vatandaşlarının haklarının korunmasına ilişkin hükümlere de yer verildiği görülmektedir[528]. Yabancı ülkedeki vatandaşların korunacak haklarının kapsamı ve devletin üstlendiği koruma yükümlülüğünün derecesi bakımından bu tür düzenlemeler ülkeler arasında farklılık göstermektedir.

---

[525] **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 1.

[526] **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 25-26.

[527] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment, para. 78-79; **Borchard**, s. 29; **L.F.L. Oppenheim / Robert Jennings / Arthur Watts**, *Oppenheim's International Law*, London 1992, s. 934; **Michael Barton Akehurst / Peter Malanczuk**, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London 1997, s. 257; **John Dugard**, *International law: A South African Perspective*, Juta, Kenwyn 2000, s. 213; **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 78 vd.; **Aust**, s. 167; **Crawford**, *State Responsibility*, s. 571; **Sur**, s. 270.

[528] T.C. Anayasası, m. 62: *"Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır."*

Bazı ülkelerde (örneğin İspanya) sadece devletin vatandaşının haklarını korumak için çalışacağı yönünde daha yumuşak düzenlemeler yapılırken, bazı ülkelerde ise (örneğin Güney Kore) yabancı ülkelerdeki vatandaşlarının haklarını koruma "görevi" olduğu yönünde hükümler getirilmiştir. Fakat, bir devletin iç hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunsa dahi bu durum devletin milletlerarası hukuka göre diplomatik koruma uygulama konusundaki mutlak takdir yetkisinde değişiklik yaratmayacaktır. Dolayısıyla iç hukukundaki düzenlemelere aykırı davranarak bir vatandaşı lehine diplomatik koruma uygulamayı reddeden bir devletin milletlerarası sorumluluğundan söz etmek mümkün olmayacak, böyle bir durumda ilgili vatandaşın ancak iç hukuka göre devlete karşı bir talepte bulunması söz konusu olabilecektir[529].

Diplomatik koruma uygulamasının tarihinin Orta Çağa kadar dayandığı ifade edilmekte ise de[530], modern milletlerarası hukukta anlaşıldığı şekliyle diplomatik koruma kurumunun temellerinin 1648'de Westphalia Barışı ve bunun akabinde ulusal devlet kavramının Avrupa'da ortaya çıkması ile atıldığı belirtilmektedir[531]. Bununla birlikte, *Grotius* başta olmak üzere 17. yüzyılın önde gelen milletlerarası hukukçuları devletlerin arasındaki hukuki incelemekle yetinirken bireylerin bu ilişkiler kapsamındaki konumlarına değinmemiş, bu konuda ilk ciddi akademik tartışmalar 18. yüzyılda *Vattel* tarafından yapılmıştır. Devletlerce diplomatik korumanın uygulanması da 18. yüzyılın sonlarında başlamış ve özellikle 19. yüzyılda Latin Amerika'daki eski Avrupa sömürgelerinin bağımsızlıklarını kazanmaya başlaması ile buralarda yaşamlarını ve faaliyetlerini sürdürmeye devam eden Avrupalı gerçek ve tüzel kişilerin haklarının korunması gerekçesiyle diplomatik koruma kavramına Avrupa devletleri (ve daha sonra ABD) tarafından sıklıkla başvurulmuştur[532].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletler tarafından ihlal edildiği durumlarda da yatırımcının milli devleti tarafından pek çok kez diplomatik koruma

---

[529] **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 82-87.

[530] **Newcombe / Paradell**, s. 5.

[531] **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 8.

[532] *Ibid.*, s. 13-14.

uygulamasına başvurulmuştur[533]. Devletler tarafından gerçekleştirilen sözleşme ihlallerinin milletlerarası sorumluluğa yol açıp açmayacağı konusundaki tartışmalara paralel olarak, yabancı yatırım sözleşmelerinin ihlali nedeniyle zarara uğrayan vatandaşları lehine diplomatik koruma uygulamalarının hangi koşullarda mümkün olabileceği de tartışma konusu olmuştur. Başta Latin Amerika devletleri olmak üzere gelişmekte olan ülkeler ve bu ülkelerin önde gelen hukukçuları yabancı yatırım sözleşmelerinin sadece taraflar arasında yükümlülük doğurduğunu ve yatırımcının milli devletine diplomatik koruma uygulama hakkı vermediğini savunurken[534], gelişmiş ülkeler ve bu ülkelerin hukukçuları arasında ise görüş ayrılıkları söz konusu olmuştur. Bazı devletler ve hukukçular yabancı yatırım sözleşmeleri ile ev sahibi devletin sadece sözleşmeye yatırımcıya karşı değil aynı zamanda o yatırımcının vatandaşı olduğu devlete karşı da doğrudan bazı yükümlülükler üstlendiğini öne sürerek sözleşme ihlalleri durumunda diplomatik korumanın mümkün olduğunu savunmuş[535]; buna karşılık başka devletler ve hukukçular ise alelade sözleşme ihlallerinin diplomatik koruma sunmak için yeterli olmadığını ve bunun için söz konusu ihlallerin ayrımcılık, tazminatsız el koyma veya adaletten kaçınma (*denial of justice*) gibi milletlerarası hukuka aykırı eylemleri de içermesi gerektiğini ifade etmişlerdir[536].

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yabancı yatırımcıların korunmasında milletlerarası yatırım antlaşmalarına dayanan ve yatırım uyuşmazlıklarının doğrudan devlet ile yatırımcı arasında çözülmesini öngören sistemin devreye girmesiyle diplomatik koruma kurumu da yatırımcıların korunması konusunda eski önemini ve işlevini kaybetmiştir. Ayrıca ICSID Sözleşmesi m. 27(1) hükmü gereği tüm Âkit Devletler, bir vatandaşları ile başka bir Âkit Devlet arasında ICSID nezdinde devam

---

[533] Yabancı yatırım sözleşmelerinin ihlaline dayanan diplomatik koruma talepleri sonucunda milletlerarası mahkemelerce görülmüş bazı uyuşmazlıklar şunlardır: *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (PCIJ); *Mavrommatis* (PCIJ); *Lighthouses in Crete and Samos* (PCIJ); *Phosphates in Morocco* (PCIJ); *Anglo-Iranian Oil Co.* (ICJ); *Beyrouth Electricite Co.* (ICJ); *Diallo* (ICJ).

[534] Arjantinli hukukçu *Carlos Calvo*'nun önderliğinde gelişen bu muhalif görüşler için bkz. aşağıda s. 151 vd.

[535] *Anglo Iranian Oil Company (UK v. Iran)*, ICJ, Memorial (UK), 10.10.1951, s. 78; **Oscar Schachter**, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991, s. 310.

[536] **Weil**, *Ménage Á Trois*, s. 403-404. Ayrıca ABD'nin sözleşmeye dayanan diplomatic koruma taleplerini reddetmek yönündeki politikası için bkz. **Borchard**, s. 284-287; **Ivar Alvik**, *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*, Hart, Oxford 2011, s. 17-18.

eden bir tahkim sürecinin konusunu oluşturan uyuşmazlıklarla ilgili diplomatik koruma uygulamayacaklarını taahhüt etmektedir. Tüm bu gelişmeler diplomatik korumanın yatırım uyuşmazlıklarındaki uygulama alanını artık oldukça kısıtlamakla birlikte, yatırımcının devleti ile ev sahibi devlet arasında geçerli bir milletlerarası yatırım antlaşmasının veya yatırımcının faydalanabileceği başkaca bir yatırım koruma aracının bulunmadığı durumlarda istisnai olarak diplomatik koruma uygulamasının devreye girdiği örnekler hâlâ söz konusu olabilmektedir[537].

2. Koşulları

Bir devletin bir gerçek veya tüzel kişi lehine diplomatik koruma uygulayabilmesinin iki temel koşulun gerçekleşmesi halinde mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bunlar, lehine diplomatik koruma uygulanacak kişinin diplomatik koruma uygulayacak olan devletin vatandaşı olması ve lehine diplomatik koruma uygulanacak kişinin zarara uğradığını iddia ettiği devletin iç hukukuna göre yetkili mercilerde hakkını aramış ve iç hukuk yollarını tüketmiş olmasıdır[538].

a. Vatandaşlık (Milliyet) Koşulu

Gerçek ve tüzel kişilerin milliyetinin belirlenmesi, çifte vatandaşlığa sahip gerçek kişiler ve şirket hissedarlarının diplomatik korumadan faydalanabilmesi gibi konular daha önce Yatırımcının Milliyeti başlığı altında[539] incelenmiş olduğundan aynı konulara burada tekrar girilmeyecektir.

b. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Koşulu

Milletlerarası teamül hukukunun yerleşmiş ilkeleri gereği, iç hukuk yollarının tüketilmesi (*exhaustion of local remedies*)[540], bir devletin kendi vatandaşı lehine

---

[537] Yakın tarihli örnekler için bkz. *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Award (*ad hoc*), 15.01.2008; *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. DR Congo)*, ICJ, Judgment, 30.11.2010, [2010] ICJ Rep. 639.

[538] **Pazarcı**, s. 126-129; **Sur**, s. 268-270.

[539] Bkz. yukarıda s. 58 vd.

[540] Bu konuda genel olarak bkz. **C. Felix Amerasinghe** *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Oxford 2004; **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 142 vd.

uyguladığı diplomatik korumadan kaynaklanan taleplerini muhatap devlete karşı ileri sürebilmesi veya bu amaçla milletlerarası adli muamelelere başvurabilmesinin ikinci ön koşulu olarak kabul edilmektedir[541]. Bu koşulun kabul edilmesinin temel nedeni, milletlerarası hukuka aykırı davranmış olan bir devletin söz konusu eyleminden ötürü milletlerarası sorumluluk ile karşı karşıya kalmadan önce kendi hukuk sistemi içinde bu aykırılığı gidermesine imkan tanınmasıdır[542].

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının bazı istisnaları da vardır. Muhatap devletin iç hukuk sisteminde somut olaydaki uyuşmazlık ile ilgili başvurulabilecek hukuk yollarının bulunmaması[543], başvurulabilecek hukuk yolları bulunsa dahi bunların somut olaydaki uyuşmazlık bakımından etkili olmayacağının açıkça anlaşılıyor olması[544], iç hukuk yollarının işlemesinde talep sahibinden kaynaklanmayan (ve devlete atfedilebilir olan) aşırı gecikmelerin olması[545], talep sahibi ile muhatap devlet arasında muhatap devletin iç hukuk sistemine başvurmayı haklı gösterecek (yerleşik olma, mülkiyet sahibi olma veya sözleşme ilişkisi gibi) herhangi bir bağın bulunmaması[546], talep sahibinin iç hukuk yollarına başvuramamasını açıkça haklı gösteren bir durumun söz konusu olması[547] ve muhatap devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin uygulanmasından

---

[541] **Shaw**, s. 819; *Interhandel (Switzerland v. USA)*, ICJ, Judgment, 21.03.1959, [1959] ICJ Rep. 6, s. 27; *Diallo*, Judgment (2007), para. 42-44; **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 14.

[542] **Shaw**, s. 819; **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 143-144.

[543] *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, ICJ, Separate Opinion (Judge Lauterpacht), 06.07.1957, [1957] ICJ Rep. 34, s. 39; *Altesor v. Uruguay*, UN Human Rights Committee, Communication No. R.2/10, Decision, 29.03.1982, 70 ILR 248, s. 253; *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies*, IACtHR, Advisory Opinion OC-11/90, 10.08.1990, Series A, No. 11, 12 HRLJ 20.

[544] *Salvador Commercial Company (USA v. El Salvador)*, Award, 08.05.1902, 15 RIAA 467, s. 476-477; *Re. Arbitration* between *Valentine Petroleum & Chemical Corp. and Agency for International Development*, Opinion, 15.09.1967, 44 ILR 79, s. 91; *Velasquez Rodriguez case*, IACtHR, Judgment, 29.07.1988, [1988] IACHR 1, 28 ILM 291 (1989), s. 304-309.

[545] *El Oro Mining and Railway Company Ltd. (UK v. Mexico)*, Decision No. 55, 18.06.1931, 5 RIAA 191, s. 198; *Prince von Pless Administration (Germany v. Poland)*, PCIJ, Order (Preliminary Objections), 04.02.1933, Series A/B, No. 52, s. 4; *Teti v. Uruguay*, UN Human Rights Committee, Communication No. R. 18/73, 01.04.1982, 70 ILR 287, s. 294.

[546] **Theodor Meron**, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", 35 BYIL 83 (1959), s. 94 vd.; Amerasinghe, *Local Remedies*, s. 169.

[547] **David R. Mummery**, "The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies", 58 AJIL 389 (1964), s. 401; *Loewen v. USA*, Award, para. 166.

feragat etmiş olması[548] gibi durumlarda iç hukuk yolları tüketilmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir[549].

Eğer iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına ilişkin taraflar arasında ihtilaf söz konusu olursa, başvurulabilecek hukuk yollarının olduğunu gösterme yükümlülüğünün milletlerarası hukuka aykırı hareket ettiği iddia edilen devlete ait olduğu[550], hukuk yollarının varlığı gösterildiği takdirde ise bunların tüketildiğini veya tüketilmelerine gerek olmamasına yol açacak durumlardan birinin varlığını ispat etme külfetinin talepte bulunan devletin üzerinde olacağı ifade edilmiştir[551].

3. Kapsamı

Diplomatik koruma hakkı kapsamında bir devletin hangi yollara başvurabileceği konusu da tartışılmıştır. Diplomatik koruma hakkının kapsamına ilişkin olarak bazı kararlarda "diplomatik eylem" (*diplomatic action*) ve "adli muameleler" (*judicial proceedings*) arasında ayrım yapıldığı[552] ve hatta milletlerarası adli muamelelerin diplomatik koruma kavramının dışında bir koruma türü olarak ifade edildiği görülmekle birlikte[553], doktrinde bu ayrımın gereksiz olduğu ifade edilmiş[554] ve bu ayrım Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından da yumuşatılarak diplomatik korumanın kapsamı "diplomatik eylem veya diğer barışçıl çözüm yolları"

---

[548] *De Wilde, Ooms and Versyp cases*, ECtHR, Judgment (Merits), 18.07.1971, 56 ILR 336, para. 55; *Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.)*, IACtHR Case No. G 101/81, Decision, 13.11.1981, 67 ILR 578, para. 26.

[549] **Lassa Francis Lawrence Oppenheim / Robert Jennings / Arthur Watts**, *Oppenheim's International Law*, Longman, London 1992, s. 525-526; **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 15.

[550] *Greece v. UK*, European Commission of Human Rights, Application No. 299/57, 12.10.1958, 25 ILR 27, s. 29; *Foti and Others case*, ECtHR, Judgment (Merits), 10.12.1982, 71 ILR 366, s. 381; *Dermit v. Uruguay*, UN Human Rights Committee, Communication No. 84/1981, Decision, 21.10.1982, 71 ILR 354, s. 358.

[551] *Velasquez Rodriguez case*, 28 ILM 291, s. 305.

[552] *Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment, s. 16; *Case No. A/18*, IUSCT, Decision, 06.04.1984, 75 ILR 175, s. 190.

[553] *Nottebohm*, Judgment, s. 24: *"Diplomatik koruma ve milletlerarası adli muameleler yoluyla koruma, Devletin haklarının korunması için başvurulabilecek tedbirlerdir."* (Yaz. Çev.)

[554] **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 27.

şeklinde belirtilmiştir[555]. "Diplomatik eylem" kavramının kapsamına protesto, soruşturma talebi ve uzlaşma görüşmeleri gibi devletler arasındaki her türlü barışçıl iletişim yollarının dahil olacağı, "diğer barışçıl çözüm yolları" kapsamında ise milletlerarası hukukta tanınan görüşmeler (*negotiations*), arabuluculuk (*mediation*), uzlaştırma (*conciliation*), milletlerarası tahkim ve yargı süreçleri gibi her türlü uyuşmazlık çözüm yollarının yer aldığı ifade edilmektedir[556].

Doktrinde diplomatik korumaya ilişkin daha eski tarihli çalışmalarda, bazı Avrupalı ve Kuzey Amerikalı yazarlar tarafından diplomatik koruma kavramının kapsamının diplomatik ilişkilerin kesilmesi, misilleme ve ekonomik yaptırım uygulama gibi eylemleri de kapsayacak şekilde oldukça geniş çizildiği ve silahlı güç kullanımını dahi diplomatik korumanın kapsamına alacak şekilde ucu açık ifadelerin kullanıldığı görülmüştür[557]. Bu dönemde güçlü devletler de zaman zaman kendi vatandaşlarının haklarını koruma bahanesi ile daha zayıf devletlere karşı silahlı güç kullanma yoluna gitmişlerdir[558]. Güç kullanımını içeren bu tür uygulamalara diplomatik koruma kisvesi altında başvurulmasına 19. yüzyıldan itibaren özellikle Latin Amerika devletleri tarafından şiddetli biçimde karşı çıkılmış ve bu duruşun hukuki altyapısı da *Calvo* ve *Drago* doktrinleri ile ortaya konmuştur. Günümüzde ise, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(4) maddesinde getirilen ve milletlerarası hukukun emredici kurallarından (*jus cogens*) kabul edilen "güç kullanma yasağı" ışığında artık bu tür uygulamaların diplomatik koruma kapsamında yer alamayacağı konusunda şüphe kalmamış olup UHK da "barışçıl çözüm yolları" ifadesini kullanarak bu görüşü benimsemiştir[559].

---

[555] **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 1, para. 8 (Commentary).

[556] *Ibid.*; **Amerasinghe**, *Diplomatic Protection*, s. 27.

[557] **Edwin M. Borchard**, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Bank Law Pub. Co., New York 1915, s. 439; **Frederick Sherwood Dunn**, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Johns Hopkins Press, Baltimore 1932, s. 18.

[558] Bunun bazı örnekleri Fransa'nın 1838 ve 1861'de Meksika'da; Almanya, İngiltere ve İtalya'nın 1902-1903'te Venezuela'da ve ABD'nin 1904'te Dominik Cumhuriyeti ile 1915'te Haiti'de yaptığı askeri müdahalelerdir. Bkz. **Donald R. Shea**, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1955, s. 12-13; **Newcombe / Paradell,** s. 9.

[559] **ILC**, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, m. 1, para. 8 (Commentary); **Mohamed Bennouna**, "Preliminary Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/484, 1998, para. 11.

B. Diplomatik Korumadan Kaynaklanan Devletlerarası Uyuşmazlıkların Hukuki Yollarla Çözümü İçin Uygun Forumlar

Bir devletin hukuka aykırı eyleminden ötürü zarar gördüğünü iddia eden gerçek ve tüzel kişiler milletlerarası hukukun süjesi olarak kabul edilmediklerinden kural olarak herhangi bir milletlerarası forumda muhatap devlete karşı bu taleplerini doğrudan dermeyan etme imkanları yoktur. Dolayısıyla diplomatik korumadan kaynaklanan hukuki talepler, diplomatik koruma uygulayan devlet ile muhatap devlet arasında milletlerarası hukukun izin verdiği uyuşmazlık çözüm yollarına başvurularak çözüme ulaştırılacaktır.

Devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek yollar; görüşmeler (*negotiations*), arabuluculuk (*mediation*), uzlaştırma (*conciliation*), dostça girişim (*good offices*) gibi bağlayıcı olmayan yargı-dışı çözüm yolları[560] ile uyuşmazlığın bir milletlerarası tahkim heyeti veya milletlerarası mahkeme tarafından karara bağlanmasını içeren ve bağlayıcı nitelikli olan yargısal çözüm yolları[561] olarak ikiye ayrılmaktadır.

Fakat milletlerarası hukuktaki yargısal süreçleri milli hukuk sistemlerindeki süreçlerden temel bir noktada ayrılmaktadır. Milli hukuk sisteminde hiyerarşik olarak o sisteme dahil olan tüm kişilerin üstünde yer alan ve "egemen" sıfatı ile bu kişiler üzerindeki yargı yetkisini dayatabilen bir devlet bulunmaktadır. Fakat milletlerarası hukukta tüm devletler egemen ve eşit kabul edildiğinden ve böyle hiyerarşik üstünlüğe sahip bir egemen güç bulunmadığından devletlerin belirli bir milletlerarası mahkeme veya tahkim heyetinin yargılama yetkisine dahil olmaları ancak kendi rızaları ile mümkün olabilmektedir. Bu durum da milletlerarası yargı mercilerinin etkinliğini milli hukuktakilere kıyasla azaltmaktadır[562].

---

[560] **Aust**, s. 397-400; **Pazarcı**, s. 455-462.

[561] **Aust**, s. 400 vd.; **Pazarcı**, s. 462 vd.

[562] **Aust**, s. 396.

1. Milletlerarası Mahkemeler

Devletlerin arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü temin etmek üzere milletlerarası antlaşmalar ile milletlerarası veya bölgesel nitelikli bazı mahkemeler kurulmuştur. Bunların içinde küresel etkiye sahip olan ve milletlerarası hukukun gelişiminde büyük katkısı olan mahkemeler Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulmuş Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) ile Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş Uluslararası Adalet Divanı'dır (UAD)[563].

USAD, 1. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Milletler Cemiyeti'nin yeniden büyük bir savaşın yaşanmasını önleme amacı doğrultusunda, devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümü için uygun bir forum sağlamak üzere Milletler Cemiyeti Misakı'nın 14. maddesi ve buna dayanılarak oluşturulmuş olan USAD Statüsü'ne 1920'de göre kurulmuştur. Merkezi Lahey'deki Barış Sarayı olarak belirlenmiştir. Diplomatik koruma uygulaması kapsamında getirilen bazı davalara da bakmış olan USAD, bu davalarda, diplomatik korumanın devlete ait bir hak olması[564], diplomatik koruma hakkının zarar gören kişi ile devlet arasındaki milliyet bağından kaynaklanması[565]; devletlerin milletlerarası hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan zararların giderilmesinde aynen ifa (*restitutio in integrum*) veya tam tazmin (*full reparation*) ilkelerinin uygulanması[566] ve devletlerin taraf olduğu sözleşmelerin tabi olduğu hukuk sisteminin ilgili devletin milli hukuku olması[567] gibi hâlâ sıklıkla atıf yapılan önemli içtihatlar oluşturmuştur.

---

[563] Milletlerarası mahkemeler ile ilgili genel olarak bkz. **John Graham Merrills**, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, s. 116 vd.; **Serena Forlati**, *The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, Springer, Cham 2014; **UNCTAD**, *Dispute Settlement: General Topics – 1.2. International Court of Justice*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.19, United Nations Publication, New York & Geneva 2003.

[564] *Mavrommatis*, Judgment No. 2, s. 12.

[565] *Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment, s. 16

[566] *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, PCIJ, Judgment (Merits), 13.09.1928, Series A, No. 17, s. 47.

[567] *Serbian Loans*, PCIJ, Judgment, 12.07.1929, Series A, No. 20, s. 42; *Brazilian Loans*, PCIJ, Judgment, 12.07.1929, Series A, No. 21, s. 122.

1. Dünya Savaşı'ndan sonra dünya barışını sağlamak üzere Milletler Cemiyeti ve USAD gibi kurumların etrafında oluşturulan uluslararası sistem başarısızlığa uğramış ve 2. Dünya Savaşı'nın çıkmasını önleyememiştir. Bu nedenle, 2. Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan yeni sistemde savaş öncesi sistemin işlemez hale gelmiş olan kurumlarının da lağvedilmesi ve yerlerine yenilerinin kurulması yönünde bir irade ortaya çıkmıştır. UAD, 1945'te kurulan Birleşmiş Milletler'in yargı organı olarak, BM Şartı'nın 42 ila 46. maddeleri ve Şart'ın ekinde yer alan UAD Statüsü hükümlerine göre kurulmuştur. UAD'nin merkezi de, selefi USAD ile aynı yerde, Lahey'deki Barış Sarayı'ndadır. UAD de diplomatik korumadan kaynaklanan bazı uyuşmazlıkları karara bağlamış ve bu kararlarında, çifte vatandaşlık gerçek kişilerin hangi devletin diplomatik korumasından yararlanabileceği[568], şirket hissedarları lehine diplomatik koruma uygulanması[569], iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının yorumlanması[570] gibi bazı önemli konularda içtihatlar oluşturmuştur[571].

Daha önce de belirtildiği üzere, USAD ve UAD gibi milletlerarası mahkemelerin devletler üzerindeki yargılama yetkileri zorunlu olmayıp devletlerin kabulüne bağlıdır. Devletlerin UAD'nin yetkisini kabul etmeleri, iki devlet arasında belirli bir uyuşmazlığın UAD'ye sunulmasına yönelik imzalanacak özel bir anlaşma (tahkimname, *compromis*), devletler arasında imzalanan bir milletlerarası antlaşmada UAD lehine düzenlenmiş olan yetki hükmü, devletlerin UAD Statüsü m. 36(2) hükmüne[572] göre yapacakları tek taraflı beyanlar veya Divan tarafından *forum prorogatum* doktrini çerçevesinde devletlerin bir takım eylem ve tutumlarının

---

[568] *Nottebohm*, Judgment.

[569] *Barcelona Traction*, Second Phase, Judgment; *ELSI*, Judgment.

[570] *Norwegian Loans*, Separate Opinion (Lauterpacht).

[571] **Newcombe / Paradell**, s. 35-39.

[572] UAD Statüsü, m. 36(2): *"İşbu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini fiilen ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını [bildirebilirler]: a) Bir andlaşmanın yorumlanması; b) Uluslararası hukuka ilişkin her konu; c) Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği; d) Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamı."* (Çeviri için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/bm/bm_02.pdf)

(Y.N.: Parantez içindeki ifade, madde metninin UHDİGM tarafından yayınlanan resmi tercümesinde "bildirirler" şeklinde yer almakla birlikte, İngilizce orijinal metinde yer alan *"may […] declare"* ifadesini tam olarak yansıtması bakımından "bildirebilirler" olarak değiştirilmiştir.)

zımnen Divan'ın yetkisini kabul ettikleri şeklinde yorumlanması[573] ile söz konusu olabilmektedir[574].

USAD Statüsü m. 38 ile aynı olan UAD Statüsü m. 38 hükmüne göre Divan, önüne gelen uyuşmazlıkları milletlerarası hukuka veya taraflarca özel olarak yetkilendirilmiş olmak kaydıyla hakkaniyete ve nesafete göre (*ex aequo et bono*) karara bağlamakla görevlendirilmiştir. Milletlerarası hukukun kaynakları da aynı maddede şu şekilde sayılmıştır:

- Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmalar
- Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş (teamül) kuralları
- Uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri
- Hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararlar ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretileri

UAD Statüsü m. 38'de, sadece UAD tarafından değil, milletlerarası hukuku uygulayan tüm milli ve milletlerarası mahkemeler, tahkim heyetleri ve diğer yargı mercileri tarafından da milletlerarası hukukun içeriğini belirlemek üzere başvurulan en temel kaynaktır.

2. Devletlerarası Tahkim

Devletlerarası tahkim[575], devlet arasındaki uyuşmazlıkların taraflarca seçilecek hakemler tarafından bağlayıcı şekilde karara bağlanmasını ifade etmektedir[576].

---

[573] Divan'ın böyle bir yorum yoluyla yetkisinin bulunduğuna hükmettiği bir karar için bkz. *Corfu Channel (UK v. Albania)*, ICJ, Judgment (Preliminary Objections), 25.03.1948, [1948] ICJ Rep. 15, s. 27.

[574] **UNCTAD**, *ICJ*, s. 12-14; **Yahya Berkol:** "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", 117 TBBD 379 (2015), s. 383 vd.

[575] Devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan tahkim yolunu ifade etmek üzere klasik milletlerarası hukuk teorisinde genellikle "milletlerarası tahkim" (*international arbitration*) terimi kullanılmış olmakla birlikte, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarında başvurulan tahkim yolunun da yaygın biçimde "milletlerarası tahkim" olarak ifade edilmesi nedeniyle bu iki kavram arasında karışıklık yaşanabilmektedir. Bu nedenle bu eserde iki devlet arasındaki tahkimleri ifade etmek üzere "devletlerarası tahkim" (*inter-state arbitration*) terimi kullanılmıştır. Bu

Devletler (veya devlet benzeri siyasi yapılar) arasında bilinen en eski barışçıl çözüm yolu olduğu ve köklerinin Antik Yunan ile Mısır uygarlıklarına kadar dayandığı ifade edilen devletlerarası tahkim[577], modern milletlerarası hukukta da USAD ve UAD gibi daimi mahkemelerin kurulmasından önce devletler arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan asli yöntemi teşkil etmekteydi. Milletlerarası mahkemelerin oluşturulmasından sonra dahi, devletlerarası tahkim, bu mahkemelere karşı sunduğu usuli esneklikler (örneğin hakemlerin ve duruşma dilinin taraflarca belirlenebilmesi), gizlilik ve göreceli olarak daha çabuk karar alınabilmesi gibi avantajlardan ötürü hâlâ bazı devletler tarafından tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yoludur[578].

Devletlerarası tahkim heyetlerinin yetkisi tarafların anlaşması ile söz konusu olmaktadır. Devletler arasındaki tahkim anlaşması, somut bir uyuşmazlığa ilişkin tahkimname (*compromis*) imzalanması veya taraflar arasındaki bir antlaşmada uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin düzenleme yapılmış olması şeklinde gerçekleşebilir[579].

Devletlerarası tahkim heyetleri genellikle her bir tarafın atayacağı birer hakem ve taraflarca ortak olarak belirlenecek bir tarafsız hakem (heyet başkanı) olmak üzere üç kişiden oluşmaktadır. Fakat devletlerarası uyuşmazlıkların hassaslığı ve karmaşıklığı hesaba katılarak üç tane tarafsız hakemin atanması ve toplam hakem sayısının beş olması önerilmektedir[580]. Tarafların bağımsız hakem veya hakemleri belirlemek konusunda anlaşamaması durumunda, atamalar taraflar arasındaki antlaşma veya tahkimnamede göre belirlenen bağımsız ve güvenilir bir kişi

---

terimin kullanıldığı kaynaklara örnek olarak bkz. **Kaj Hobér**, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Iustus Förlag, Uppsala 2001.

Devletlerarası tahkim konusunda genel olarak bkz. **Aust**, 2010, s. 407 vd.; **Merrills**, s. 83 vd.

[576] **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, s. 463-464; **Aust**, 407.

[577] **Born**, "International Commercial Arbitration", s. 7-8.

[578] **Aust**, s. 408.

[579] **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, s. 464.

[580] **Aust**, s. 407-408.

tarafından yapılacaktır. Böyle durumlarda BM Genel Sekreteri[581], UAD Başkanı veya üçüncü bir devletin başkanının[582] atama yapmak üzere belirlendiği örnekler görülmüştür[583].

Devletlerarası tahkimlerin yürütülmesinde en çok tercih edilen tahkim kurumu, 1899 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümüne Dair Lahey Sözleşmesi ile kurulmuş olan ve merkezi Lahey'deki Barış Sarayı'nda bulunan Daimi Hakemlik Mahkemesi (DHM)'dir (*Permanent Court of Arbitration*). Adında "mahkeme" ibaresi bulunmakla birlikte teknik olarak bir mahkeme olmayan DHM, daimi sekretaryası, kütüphanesi, duruşma salonları, tahkim kuralları ve olası hakemler listesi ile uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek isteyen devletler ve uluslararası örgütlere hizmet sunan bir tahkim kurumudur[584]. Başta sadece devletler ve uluslararası örgütlere hizmet vermek üzere kurulmuş olan DHM, zaman içinde devletler veya uluslararası örgütler ile özel kişi veya kurumlar arasındaki uyuşmazlıklarda da hizmet vermeye başlamıştır[585].

3. Toplu Tazminat Divanları

Savaşlar, devrimler ve toplu devletleştirme uygulamaları gibi olaylar sonucunda bir devletin çok sayıda vatandaşının başka bir devlete karşı (veya iki devletin vatandaşlarının da diğer devlete karşı) tazminat taleplerinin bulunması halinde, devletlerin her bir münferit talep için ayrı ayrı diplomatik koruma mekanizmalarını işleterek uyuşmazlık çözümü yoluna gitmeleri pratik olmayacaktır. Böyle durumlarda iki devletin aralarında bir antlaşma imzalamak suretiyle bu antlaşmanın kapsamına giren gerçek ve tüzel kişilerin diğer devlete karşı taleplerini

---

[581] *Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) Case (India v. Pakistan)*, Award (*ad hoc*), 19.02.1968, 50 ILR 2.

[582] *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)*, Award (*ad hoc*), 16.11.1957, 24 ILR 101.

[583] **Merrills**, s. 87-88.

[584] **Aust**, s. 409.

[585] Örneğin, 2014'te "yüksek tazminata hükmedilen tahkim kararı" olarak tarihe geçen ve yaklaşık 50 milyar USD'lik tazminat kararı ile sonuçlanan Yukos ve Rusya Federasyonu arasındaki EŞA'ya dayanan tahkim yargılaması da DHM bünyesinde UNCITRAL kurallarına göre gerçekleştirilmiştir. Bkz. *Yukos v. Russia*, Award.

doğrudan dermeyan edebilecekleri tahkim divanları kurmaları mümkündür. Bu tür divanlara uygulamada "talep divanı" (*claims tribunal*) veya "talep komisyonu" (*claims commission*) gibi isimler verilmekte, doktrinde ise bunlar genel olarak "karma tahkim divanı" (*mixed arbitral tribunal*) adı altında incelenmektedir.

Bu tür divanların geçmişi ABD ile İngiltere arasındaki 1794 tarihli Jay Antlaşması'na kadar dayanır. Bu antlaşma ile 1775-1783 Bağımsızlık Savaşı sonrasında her iki tarafın vatandaşlarının diğer devlete karşı bireysel taleplerini karara bağlamaya yetkili komisyonlar oluşturulmuştur[586]. 1840 ile 1940 yılları arasında milletlerarası antlaşmalarla 60'ın üzerinde karma tahkim divanının oluşturulmuştur. Bu divanların daha eski tarihli olanlarında, her ne kadar özel kişi ve kurumların taleplerini sunmalarına izin verilse de, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yargısal süreçlerde sadece devletlerin dava ehliyetine sahip olabileceği yönündeki klasik doktrinin katı biçimde uygulanması nedeniyle bu uyuşmazlıkların tarafları yine de ilgili devletler olarak kabul edilmiştir. Fakat 1. Dünya Savaşı'ndan sonra özel kişi ve kurumların da doğrudan taraf olarak yer aldığı tahkim divanları yaygınlaşmaya başlamıştır[587].

En uzun süreyle faaliyet gösteren ve milletlerarası hukukun gelişiminde en fazla iz bırakan karma tahkim divanı kuşkusuz İran-ABD Talep Divanı'dır (*Iran-US Claims Tribunal*). İran İslam Devrimi'nin ardından ABD vatandaşlarının İran'daki mallarına el konulması ve buna karşılık ABD'de İran Devletine ve bazı İran vatandaşlarına ait malvarlıklarının dondurulması üzerine, 1981'de Cezayir'in arabuluculuğunda imzalanan Taleplerin Çözümü Bildirisi ile iki ülkenin vatandaşlarının diğer devlete karşı taleplerinin karara bağlanmaya yetkili olarak bu Talep Divanı oluşturulmuştur. Merkezi Lahey'de Barış Sarayı'nda bulunan Talep Divanı, vatandaşlar taleplerin devletlere karşı taleplerinin yanı sıra doğrudan iki devlet arasındaki taleplerin ve kurucu anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin görüş ayrılıklarının da karara bağlanmasında yetkili kılınmıştır. 1981'den bu yana aralıksız olarak faaliyet göstermiş ve 3900'ün üzerinde davayı karara bağlamış olan İran-ABD

---

[586] **Alvik**, s. 20.

[587] **Newcombe / Paradell**, s. 7-8.

Talep Divanı, bazı devletlerarası talepleri karara bağlamak üzere faaliyetine hâlen devam etmektedir[588].

Bunun dışında diğer önemli karma tahkim divanlarına örnek olarak, 1890'larda Venezuela'da devam eden iç savaşlarda zarara uğrayan Avrupalıların taleplerine bakmak üzere 1903 yılında Venezuela ile İngiltere, Almanya, Fransa ve İtalya arasında ayrı ayrı imzalanan antlaşmalarla kurulan talep komisyonları; 1910-1920 arasındaki Meksika Devrimi ve iç savaşı, toprak reformu ve devletleştirmeler gibi olaylarla ilgili ABD ile Meksika arasında 1923 yılında imzalanan antlaşma ile kurulan ABD-Meksika Talep Komisyonu ve Irak'ın Kuveyt'i işgalinden kaynaklanan zararların tazmini için 1991'de 692 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararına dayanılarak Cenevre'de kurulan BM Tazminat Komisyonu gösterilebilir.

Karma tahkim divanları, özel kişi ve kurumların doğrudan devletlere karşı davacı sıfatıyla yer alabildikleri yargı mercileri olmaları bakımından, milletlerarası hukukta sadece devletler ile uluslararası örgütlerin dava ehliyetine sahip olması kuralının önemli bir istisnasını teşkil eder[589]. Bununla birlikte, özel kişi ve kurumların bazı antlaşma hükümlerine göre kurulan tahkim divanları nezdinde devletlere karşı taleplerini dermeyan edebilmelerinin onları milletlerarası hukukun süjesi haline getirip getirmediği (yani milletlerarası hukuktan kaynaklanan hakları doğrudan iktisap etmelerinin mümkün olup olmadığı) tartışılmıştır. Bir yanda klasik milletlerarası hukuk doktrinine göre özel kişi ve kurumların milletlerarası antlaşmalar ile doğrudan hak iktisap edemeyeceği ve bu antlaşmalar ile ancak taraf devletlere birbirlerinin vatandaşlarına bazı hakları tanıma yönünde yükümlülükler getirilebileceği ifade edilirken[590], buna karşılık bazı hukukçular da milletlerarası

---

[588] Kaynak: < http://www.iusct.net/ > [Son Erişim: 09.10.2015]

[589] **Paul de Auer**, "The Competency of Mixed Arbitral Tribunals", 13 TGS 17 (1927), s. 17; **Aust**, s. 409.

[590] *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, PCIJ, Advisory Opinion, 03.03.1928, Series B, No. 15, s. 17; **Daniel Patrick O'Connell**, *International Law*, Stevens, London 1970, s. 106-107.

Ayrıca teknik olarak karma tahkim statüsünde olan yatırım tahkiminde de durumun benzer olduğu, milletlerarası yatırım antlaşmalarına taraf olan devletlerin bu antlaşmalarda yer alan yükümlülükleri doğrudan yatırımcılara karşı değil diğer taraf devletlere karşı üstlendikleri ifade edilmiştir. Yatırım antlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözümü hükümleri ise antlaşmanın doğrudan yatırımcı lehine hak doğurması anlamına gelmemekte, bu hükümler sadece devletin belli koşulları sağlayan kişiler ile arasındaki belirli uyuşmazlıkları tahkime sunmak konusunda umuma yapılmış bir teklifini

hukukun felsefi temellerinde zaten yine bireyin yer aldığını ve modern çağda geliştirilmiş olan hukuki uygulamalar ile de bireylerin milletlerarası hukukun katılımcıları ve süjeleri haline geldiklerini savunmuşlardır[591]. Kanımızca, içinde bulunduğumuz dönemde özellikle milletlerarası insan hakları mahkemeleri ve yatırım tahkimi heyetleri önündeki yargısal süreçlerde özel kişi ve kurumların devletlere karşı doğrudan taraf olmaları uygulamanın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş olup bu tür tartışmalar pratik değerini yitirmiştir.

C. Diplomatik Koruma Kavramına Getirilen Eleştiriler

Diplomatik koruma uygulaması, Klasik Dönemde gerek insan haklarının gerekse yabancı yatırımcıların korunmasında önemli bir işleve sahip olduğu halde, bu uygulamanın güçlü devletler tarafından bazı durumlarda amacı dışında kullanılarak daha zayıf devletlerin üzerinde baskı aracına dönüştürülmesi dünya çapında gelişmekte olan ülkelerde diplomatik korumaya karşı güçlü bir muhalefetin ortaya çıkmasına sebep olmuş, öte yandan uluslararası ekonomik ilişkilerin hızlı gelişimi ve dönüşümüne ayak uyduramayan diplomatik koruma kurumu artık yatırımcıların da korunma ihtiyaçlarını etkin biçimde karşılayamaz hale gelmiştir. Diplomatik koruma uygulamasının alanının fazlasıyla daralarak bugünkü modern milletlerarası yatırım hukuku sisteminin ortaya çıkışına önayak olan bu kavramsal ve pratik eleştiriler bu bölümde incelenecektir.

1. Devletlerin Bakış Açısı

Latin Amerika devletlerinin bağımsızlıklarını kazandığı 19. yüzyılda dünyanın geri kalan bölgelerinde bağımsızlık hareketleri henüz hız kazanmamış ve sömürge düzeni devam ediyor olduğundan, bu dönemde gelişmiş ülkelerin diplomatik koruma uygulamalarının hemen hemen hepsi Latin Amerika'da gerçekleşmiştir. Bazı durumlarda gerçekten milletlerarası hukuka aykırı biçimde kendi vatandaşlarının

---

içermektedir. Dolayısıyla antlaşma hükümlerine göre tahkime başvuran yatırımcılar aslında milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir hakkı kullanmamakta, fakat devletin tek taraflı yapmış olduğu tahkim teklifini kabul ederek doğrudan devletle tahkim anlaşmasına girmektedirler. (**Brownlie / Crawford**, s. 716)

[591] **Shaw**, s. 257-259.

kişilik ve mülkiyet haklarının ihlalini engellemek için diplomatik koruma uygulamasına başvuran gelişmiş ülkeler, pek çok durumda ise somut delillere dayanmayan ihlal iddialarından ötürü diplomatik koruma yoluna başvurmuş ve Latin Amerika ülkeleri üzerinde baskı kurmuşlardır. Bu durum diplomatik korumanın hukuki olmaktan çok siyasi bir kurum haline gelmesine, diplomatik koruma adı altında öne sürülen taleplerin yerine getirilmesinin ise hukuki gerekçelerden çok öne süren devletin gücü ile orantılı hale gelmesine yol açmıştır[592].

Ayrıca, gelişmiş ülkelerin diplomatik koruma adı altında başvurdukları uygulamalar ekonomik ve diplomatik baskılar ile sınırlı kalmamış; gelişmiş ülkeler, vatandaşlarının Latin Amerika devletlerine karşı ileri sürdükleri sözleşmelere veya kamulaştırma iddialarına dayanan alacak taleplerinin yerine getirilmesi için silahlı müdahale yoluna da başvurmuşlardır. Örneğin İngiltere, 1820 ile 1914 yılları arasında Latin Amerika ülkelerine diplomatik koruma gerekçesiyle silahlı veya silahsız 40'ın üzerinde müdahalede bulunmuştur[593].

19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başında (1. Dünya Savaşı öncesi) Avrupa'nın büyük imparatorlukları arasında hız kazanan güç mücadelesinin Asya ve Afrika'da yeni bir sömürgeleştirme dalgasına yol açması, Latin Amerika devletlerinde sıranın kendilerine geleceği yönünde büyük bir tedirginlik yaratmış ve diplomatik koruma uygulamasının önünü kesmek için yeni arayışlara girmeleri sonucunu doğurmuştur[594]. Diplomatik korumaya karşı hukuki ve felsefi bir muhalefet geliştirmek için yapılan girişimlerin içinde en etkili ve kalıcı olanı kuşkusuz *Calvo* doktrinidir.

Arjantinli hukukçu ve diplomat *Carlos Calvo*, diplomatik görevlerle Avrupa'da bulunduğu dönemde öncelikle İspanyolca olarak yayınladığı[595], daha sonra da

---

[592] **Shea**, s. 11-12.

[593] *Ibid.*, s. 12; **Newcombe / Paradell**, s. 9.

[594] **Shea**, s. 13.

[595] **Carlos Calvo**, *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, Amyot, Paris 1868.

Fransızcasını yayınlayıp geliştirdiği "Teorik ve Pratik Milletlerarası Hukuk"[596] başlıklı eserinde, devletlerin egemen eşitliği ilkesine vurgu yaparak Latin Amerika devletlerinin de Avrupa devletleri ile eşit seviyede olduğunu ve bağımsızlıklarına saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir[597]. "Uluslararası asgari standart" (*international minimum standard*)[598] kavramını reddeden *Calvo*, bunun yerine "milli muamele" ilkesini savunmuş ve bir devletin egemenliği altında yaşayan yabancıların o devletin kendi vatandaşlarından daha yüksek bir hukuki koruma talep etmeye haklarının olmadığını ifade etmiştir[599]. *Calvo* ayrıca diplomatik koruma yoluyla yabancılar için milletlerarası tahkim gibi bazı ilave hukuki imkanlara erişim sağlanması yönünde yapılan dayatmaların devletlerin ülkesel yargı yetkisi ilkesini de ihlal ettiğini savunmuş[600], yabancı devletlerin kendi vatandaşlarının haklarının temin edilmesi amacıyla silahlı müdahalede bulunmasını reddettiği gibi bunun hazırlık aşamasından ibaret gördüğü diplomatik kanallardan yapılan müdahaleleri de tümüyle reddetmiştir[601].

Dolayısıyla, *Calvo* doktrinini şu üç başlık altında özetlemek mümkündür[602]:

- Milletlerarası hukuka göre devletlerin tek yükümlülüğü egemenlikleri altında bulunan yabancılara kendi vatandaşları ile eşit seviyede muamele sunmak olup yabancıların daha yüksek bir koruma talep etme hakları yoktur.
- Yabancıların devletle veya onun vatandaşları ile yaşadıkları her türlü hukuki uyuşmazlıkların karara bağlanmasında münhasır olarak o devletin mahkemeleri yetkilidir ve bu mahkemelerin kararlarına karşı yabancıların diplomatik koruma talep etme hakkı yoktur.

---

[596] **Carlos Calvo**, *Le Droit International Théorique et Pratique*, Vol. I-VI, A. Rousseau, Paris 1896.

[597] *Ibid.*, Vol. I, s. 350.

[598] Her devletin, kendi vatandaşlarına uyguladığı hukuki standartlar ne olursa olsun, yabancılar için gözetmesi gereken bir uluslararası asgari muamele standardı olduğu yönündeki bu doktrin hakkında detaylı bir inceleme için bkz. **Martins Paparinskis**, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford 2013.

[599] **Calvo**, *Droit International*, Vol. III, s. 140; **Calvo**, *ibid.*, Vol. VI, s. 231.

[600] *Ibid.*, Vol. III, s. 142.

[601] *Ibid.*, Vol. I, s. 267, 350-351; **Amos S. Hershey**, "Calvo and Drago Doctrines", 1 AJIL 26 (1927), s. 26.

[602] **Bernardo M. Cremades**, "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", 7 B.L.I. 53 (2006), s. 54.

- Yabancıların sahip oldukları maddi hakların içeriği de milletlerarası hukuka göre değil, yerleşik bulundukları devletin milli hukukuna göre belirlenir.

Calvo doktrini Latin Amerika ülkeleri arasında hızlı biçimde kabul görmüş, bu doktrini yansıtan (diplomatik korumanın reddi, yabancıların taraf olduğu uyuşmazlıklarda milli mahkemelerin yetkisinin ve milli hukukun uygulanmasının zorunlu kılınması gibi) ve uygulamada "*Calvo* şartı" (*Calvo clause*) olarak bilinen hükümler Latin Amerika ülkelerinin anayasa ve yasaları ile kendi aralarında imzaladıkları milletlerarası antlaşmalara eklenmiştir[603]. 1902'de Mexico City'de toplanan İkinci Amerikan Devletleri Uluslararası Kongresi'nde imzalanan Yabancıların Haklarına Dair Sözleşme'de, "Devletlerin, yabancılara karşı, kendi Anayasaları ve kanunlarında tanınanların dışında herhangi bir yükümlülükleri veya sorumlulukları bulunmamaktadır" ifadesi kabul edilmiştir[604]. İlerleyen yıllarda dünyanın geri kalan bölgelerinden gelişmekte olan ülkeler de Latin Amerika ülkelerini takip ederek (özellikle yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yerel mahkemelerin yetkili kılınması ve milli hukukun uygulanmasına yönelik) kendi *Calvo* şartlarına milli mevzuatlarına yer vermişlerdir[605].

Calvo doktrininin daha dar kapsamlı bir türevi olarak, dönemin Arjantin dışişleri bakanı *Luis Drago* tarafından sadece devletlerin borçlarından ötürü silahlı güç kullanımının yasaklanmasını öngören "*Drago* doktrini" öne sürülmüş ve bu doktrin Latin Amerika ülkelerinin yanı sıra ABD tarafından da desteklenerek 1907'de toplanan İkinci Lahey Barış Konferansı sırasında Sözleşme Borçlarının Tahsilinde Güç Kullanımının Sınırlandırılmasına Dair Sözleşme'nin (Lahey II Sözleşmesi) imzalanmasına ortam hazırlamıştır[606].

---

[603] *Calvo* doktrininin milli yasalar, anayasalar ve milletlerarası antlaşmalardaki yansımaları için bkz. **Borchard**, s. 836-860; **Shea**, s. 269-281.

[604] Second International Conference of American States (Mexico City, 1902), Convention Relative to the Rights of Aliens, [ABD Senato Arşivi] Senate Document 330, 57th Congress, 1st Session, s. 228.

[605] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 107, 237-239.

[606] **Philip C. Jessup**, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, Macmillan, New York 1948, s. 113; **Shea**, s. 14-15.

Calvo doktrini, yabancı ülkelerdeki vatandaşlarının haklarını korumak için yegane araç olarak gördükleri diplomatik koruma hakkından vazgeçmek istemeyen Avrupa ve Kuzey Amerika devletleri ile bunların hukukçuları tarafından kabul görmemiştir[607]. Yabancı yatırım sözleşmelerinde yer alan ve yabancı yatırımcının kendi devletine diplomatik koruma için başvurma hakkından feragat ettiğine yönelik beyanını içeren *Calvo* şartlarının[608] geçerliliği ise tartışmalara neden olmuştur. Yatırımcının kendi rızası ile yapmış olduğu bu feragatin geçerli olduğu Latin Amerikalı hukukçular tarafından genellikle kabul edilirken[609], Avrupalı ve Kuzey Amerikalı hukukçular ise diplomatik koruma hakkının münhasıran devlete ait bir hak olduğunu ve sözleşmeye taraf olan yatırımcının yapmış olduğu feragatin devleti bağlamayacağını öne sürerek bu tür sözleşme hükümlerinin devletin diplomatik koruma sunma hakkını ortadan kaldırmayacağını savunmuşlardır[610]. Devletlerin uygulaması da benzer şekilde gelişmiş, Latin Amerika ülkeleri kendi aralarındaki ilişkilerde *Calvo* şartlarının geçerliliğini kabul ederken, Avrupa devletleri ve ABD ise devletin taraf olmadığı bir sözleşmede devlete ait olan diplomatik koruma hakkından feragat edilemeyeceği gerekçesiyle bu tür sözleşme hükümlerinin devletin hakları üzerinde bir etki doğurmadığını kabul etmişlerdir[611]. Bununla birlikte söz konusu devletlerin vatandaşlarından gelen diplomatik koruma taleplerini değerlendirirken bu tür sözleşmesel feragatlerin varlığını da göz önünde bulundurdukları anlaşılmaktadır[612].

---

[607] **Lionel Morgan:** "The Calvo Clause", 19 Va. L. Rev. 459 (1933), s. 463; **Shea**, s. 19-20.

[608] Bu tür sözleşme hükümlerine örnek olarak bkz. *The Orinoco Steamship Company case (USA v. Venezuela)*, Opinion of Umpire, 1903-1905, 9 RIAA 180, s. 194: *"İşbu sözleşmenin yorumlanmasından veya icra edilmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ve çekişmeler, [Venezuela] mahkemeleri tarafından milli hukuka göre karara bağlanacak ve hiçbir durumda milletlerarası taleplere dayanak teşkil etmeyecektir."* (Yaz. Çev.)

[609] **Eduardo Jiménez de Aréchaga**, "International responsibility", M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Macmillan, London 1968, s. 531 vd., s. 592.

[610] **Zachary Douglas**, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 366.

[611] **Summers**, s. 463.

[612] Gelişmiş ülkelerin bu konudaki duruşunu özetlemek adına, *Orinoco* şirketinin diplomatik koruma talebine karşı İngiliz hükümeti tarafından verilen cevap için bkz. *Orinoco case*, Opinion of Umpire, s. 198: *"Majestelerinin Hükümeti genel anlamda milletlerarası hakları taraf olmadıkları bir belgenin hükümleri ile hiçbir şekilde değişikliğe uğramayacak olmakla birlikte, söz konusu şirketin, kendi yetkileri ile sınırlı olmak üzere, olası uyuşmazlıklar durumunda sözleşmenin 14. maddesi dışında kalan her türlü hukuki imkanlardan kendi iradesi ile feragat etmiş olması, Majestelerinin*

Milletlerarası tahkim heyetlerinin *Calvo* şartlarına ilişkin kararları da aynı doktrinde ve devletlerin uygulamalarında olduğu gibi ikiye bölünmüş, bazı tahkim heyetleri bu şartları geçerli kabul edip devletin diplomatik koruma hakkının bertaraf edilmiş olduğuna hükmederken başka tahkim heyetleri ise devletin diplomatik koruma sunma hakkının bu tür sözleşme hükümlerinden etkilenmeyeceği yönünde karar vermiştir[613]. Bu konuda iki zıt görüş arasındaki dengeyi tesis eden ve daha sonraki kararlarda sürekli olarak atıf yapılan en önemli içtihat, ABD-Meksika Talep Komisyonu tarafından *North American Dredging Company* kararında oluşturulmuştur[614]. Bu kararda, Komisyon, öncelikle bir yanda devletlerin egemenlik haklarına dayanan ülkesel yargı yetkisi ile diğer yanda yine devletlerin egemenlik haklarına dayanan kendi vatandaşlarını koruma haklarının arasında makul bir denge oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir[615]. *Calvo* şartları özelinde yaptığı incelemede ise Komisyon, bir vatandaşın başka bir devlet ile imzaladığı sözleşmede kendi devletinin diplomatik korumasına başvurmayacağı yönünde bir taahhütte bulunmuş olması halinde bunun taahhüt sahibi bakımından bağlayıcı ve geçerli olacağını kabul etmiş; fakat söz konusu vatandaşın verdiği bireysel taahhüdün kendi devletini bağlayamayacağını, zira devletlerin bu tür taleplerde bulunurken çoğu zaman tek bir vatandaşın haklarını korumanın ötesinde milletlerarası hukukun genel ilkelerinin muhafazasını temin etmek gibi daha geniş kapsamlı çıkarlarının olduğunu belirtmiştir[616].

Diplomatik koruma uygulamasına ve *Calvo* doktrinine ilişkin tartışmalar ilk başta Latin Amerika ülkeleri ile Avrupa ve Kuzey Amerika ülkeleri arasındaki

---

Hükümetinin müdahil olması yönünde yapılacak bir başvuru durumunda şüphesiz ciddi biçimde göz önünde bulundurulacak bir unsurdur." (Yaz. Çev.)

Bu yaklaşımı kabul eden bir tahkim kararı için bkz. *Woodruff case*, US-Ven. Cl. Comm., Opinion of Umpire, 1903-1905, 9 RIAA 213, s. 222.

[613] *Calvo* şartına ilişkin 1955 yılına kadar verilmiş olan tahkim kararlarının detaylı bir incelemesi için bkz. **Shea**, s. 129-257.

[614] *North American Dredging Company of Texas (USA v. Mexico)*, US-Mex. Gen. Cl. Comm., Decision, 31.03.1926, 4 RIAA 26.

[615] *Ibid.*, para. 4.

[616] *Ibid.*, para. 11.

ilişkilerle sınırlı kalmış olsa da, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra dünya çapında pek çok eski sömürgenin bağımsızlığını kazanması ve bu devletlerin de sömürge geçmişlerinin getirdiği siyasi hassasiyetlerden ötürü diplomatik koruma kurumunun karşısında yer almaları ile diplomatik korumanın artık 20. yüzyılın yeni uluslararası düzeninde etkin bir uyuşmazlık çözüm aracı olamayacağı anlaşılmıştır. Devletlerle yabancı yatırımcılar arasındaki ekonomik nitelikli uyuşmazlıkların eskisi gibi diplomatik krizlere yol açmadan hukuki çerçevede çözümüne imkan sağlayacak bir sisteme olan ihtiyacın hem gelişmiş ülkeler hem de gelişmekte olan ülkeler tarafından kabul edilmesi sonucunda ICSID Sözleşmesi'nin hayata geçirilmesine giden yol açılmıştır.

ICSID Sözleşmesi'nin içeriği ve hazırlık müzakereleri de bu arayışı yansıtmaktadır. Sözleşme'nin 27. maddesinde, kimileri tarafından "ICSID Sözleşmesi'nin *Calvo* şartı" olarak da nitelendirilen[617] bir düzenleme yapılarak tüm Âkit Devletlerin ICSID nezdinde devam etmekte olan tahkim süreçlerinde taraf olan vatandaşları lehine (davalı devletin tahkim kararına uymaması durumu saklı kalmak kaydıyla) diplomatik koruma uygulamaktan feragat ettikleri belirtilmiştir. Bu konu hazırlık müzakereleri sırasında da sıkça gündeme gelmiş ve Sözleşme'nin hazırlayıcıları tarafından bu hükmün amacının "uyuşmazlıkları diplomasi alanından çıkararak yeniden hukukun alanına dahil etmek" olduğu ifade edilmiştir[618].

2. Yatırımcıların Bakış Açısı

Diplomatik koruma kurumu, birtakım kavramsal ve usuli zayıflıklarından ötürü yabancı yatırımcıların ihtiyaçlarını da etkin biçimde karşılamaktan uzak kalmıştır. Diplomatik korumanın kavramsal zayıflıkları bu hakkın yatırımcıya değil münhasıran devlete ait bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Devletin çıkarları ile bireysel olarak koruma talep eden yatırımcının çıkarlarının her zaman uyuşmaması, yatırımcının tek beklentisi gördüğü zarardan ötürü tazmin edilmek olduğu halde, devletin çoğu zaman o yatırımcının bireysel zararının giderilmesini sağlamaktan

---

[617] **James C. Baker / Lois J. Yoder**, "ICSID and the Calvo Clause: a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", 5 Ohio St. J. on Disp. Resol. 75 (1989), s. 93.

[618] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 273.

daha geniş bir siyasi ajandasının olması nedeniyle diplomatik koruma süreçleri yatırımcının kontrolünün dışında gelişebilmekte ve yatırımcıyı tatmin etmeyen şekillerde sonuçlanabilmektedir. Diplomatik koruma sunup sunmama kararını çoğunlukla hukuki değil siyasi kriterlere göre veren devletlerin, bazı durumlarda karşı taraftaki devlet ile ikili ilişkilerin bozulmaması için gerçekten korumayı hak eden yatırımcıların koruma taleplerinin dikkate almamaları söz konusu olmuştur. Diplomatik korumanın kabul edildiği durumlarda ise hukuki bir sorunun kontrolden çıkarak iki devlet arasında siyasi bir çekişmeye dönüşmesi ve iyi niyetli çözüm yollarının kapanması gibi sorunlarla karşılaşılmıştır. Ayrıca diplomatik koruma sürecinde uzlaşmaya ilişkin tekliflerin değerlendirilmesi de tamamen diplomatik koruma uygulayan devletin inisiyatifinde olduğundan, özellikle birden fazla talebin bir arada ele alındığı durumlarda uyuşmazlığın uzayarak diplomatik krize dönüşmemesi için talep sahibi devletlerin bireysel olarak yatırımcıların zararlarının sadece bir kısmını karşılayan toplu tazminat ödemelerini kabul ettikleri görülmüştür[619].

Diplomatik korumanın en önemli usuli zayıflığı olarak bu yola başvurulabilmesi için öncelikle ev sahibi devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun bulunması gösterilmiş, bunun yatırımcıların hakkını araması sürecini fazlasıyla külfetli hale getirdiği ifade edilmiştir[620]. Diplomatik korumanın bir diğer usuli zayıflığının ise, UAD'nin *Barcelona Traction* kararı ile şirket hissedarlarının diplomatik korumadan yararlanması imkanını büyük ölçüde kısıtlamasının ardından, modern uluslararası yatırımların en büyük unsurlarından biri olan uluslararası şirket gruplarının diplomatik korumadan etkin biçimde faydalanması imkanının ortadan kalkması olduğu belirtilmiştir. Zira uluslararası yatırımlarının finansmanını çoğu zaman birden fazla ülkede kurulu olan şirketler üzerinden gerçekleştiren ve farklı ülkelerden hissedarları bulunan bu uluslararası şirket gruplarının tüzel kişilik

---

[619] **Stephan W. Schill**, "Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement", Michael Waibel et al. (ed.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 29 vd., s. 39-41; **Bourquin**, "Arbitration", s. 865-867; **Weil**, "Problémes", s. 151-152.

[620] **Schill**, *ibid.*, s. 41-42; **Bourquin**, *ibid.*, s. 866.

yapılanmaları UAD'nin koyduğu "tescil yeri" kriterinden hareket eden diplomatik koruma mekanizmasının gerekleri ile çoğu zaman uygun düşmeyecektir[621].

Dolayısıyla, yabancı yatırımların korunmasında diplomatik korumaya dayanan klasik sistemde köklü reformların yapılmasına yönelik talepler sadece gelişmekte olan ülkelerden değil, aynı zamanda bu ülkelere yatırım yapan ve çoğunlukla gelişmiş ülkelerden gelen yatırımcılar tarafından da güçlü biçimde öne sürülmüştür.

III. DEVLETLE YATIRIMCI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Devletlerin yabancı yatırımcılar ile aralarındaki uyuşmazlıkların çözümüne klasik yaklaşımı, yabancı yatırımcıların da aynı yerel yatırımcılar gibi yerel mahkemelerin yetkisine tabi oldukları yönündedir. Uyuşmazlığın bir tarafı devlet olduğunda o devletin mahkemelerinin tarafsızlığına güvenemeyen yabancı yatırımcıların ise klasik yaklaşımı, uyuşmazlığın görüldüğü yargı makamlarının hem coğrafi hem de hukuki açıdan ev sahibi devletin kontrol alanının dışında, mümkünse "milletlerarası" nitelikli olmaları gerektiği yönünde gelişmiştir[622]. Aşağıda incelenecek olan olası uyuşmazlık çözüm forumlarının da tarihsel bir perspektif içerisinde ve taraflar arasındaki bu temel çıkar çatışması da göz önünde bulundurularak ele alınması gerekir.

A. Ev Sahibi Devletin Mahkemeleri

1. Genel Olarak

Her türlü sözleşmelerde olduğu gibi, yabancı yatırım sözleşmelerinde de taraflar alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu üzerinde anlaşmadıkları sürece çıkacak her türlü uyuşmazlıkların çözümünde milli mahkemeler yetkilidir. Yabancı yatırım

---

[621] **Schill**, Private Enforcement, s. 42-45.

[622] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 47.

sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili olacak milli mahkemelerin, normal olarak ev sahibi devletin mahkemeleri olduğu belirtilmiştir[623].

Milletlerarası hukukta yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisinin esas olduğu görüşünü desteklemek için birkaç farklı ilkeye işaret edilebilir. Öncelikle, devletlerin egemenliğinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen ülkesel yargı yetkisi (*territorial jurisdiction*) gereği, bir devletin ülkesinde bulunan (yabancılar da dahil) herkes ve her şey üzerinde yargı yetkisinin o devlete ait olması esastır[624]. İkinci olarak, milletlerarası hukukta devletlerin egemenlik haklarından kaynaklanan her türlü eylemleri (*acta jure imperii*) için başka devletlerin mahkemeleri önündeki yargı bağışıklığı kabul edilmekte olup[625], yeraltı kaynaklarının işlenmesi ve kamu hizmetlerinin görülmesi gibi konularda imzalanan yabancı yatırım sözleşmelerinin de bu kapsamda kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşler vardır. Bu durumda bir devletin taraf olduğu yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların başka bir devletin mahkemelerinin önüne getirilmesi halinde devletin yargı bağışıklığı nedeniyle yargılamanın yapılamaması olasıdır. Ayrıca, bir önceki başlıkta açıklandığı üzere milletlerarası hukukta yabancıların haklarının korunmasına ilişkin diplomatik koruma süreçlerinin işletilebilmesi için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin kabul edilmesi de, yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisinin öncelikli kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir.

2. Calvo Doktrini Ekseninde Ev Sahibi Devlet Mahkemelerinin Genişleyen Rolü

Yukarıda açıklandığı üzere, *Calvo* doktrinine göre bir devletin egemenliği altında yerleşmeyi kabul eden yabancılar da o devletin kendi vatandaşları ile aynı haklara sahip olacak, fakat daha ayrıcalıklı bir statü talep edemeyecek ve bu nedenle

---

[623] **Kenneth S. Carlston**, "Concession Agreements and Nationalization", 52 AJIL 260 (1958), s. 267; **Fatouros**, *Government Guarantees*, s. 245.

[624] **Aust**, s. 43; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, s. 153.

[625] **Aust**, s. 151-152; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, s. 158.

de yaşadıkları uyuşmazlıklarda çözüm için ancak egemenliği altında bulundukları devletin mahkemelerine başvurabileceklerdir[626]. Ayrıca *Calvo*, bir devletin kendi vatandaşlarının sahip olmadığı hukuki imkanların yabancılara sağlanmasının bir yandan devletlerin egemen eşitliği ilkesi ile ters düşeceğini, diğer yandan da o devletin bağımsızlığının temel direklerinden olan ülkesel yargı yetkisini hiçe saymış olacağını ifade etmiştir[627].

Latin Amerika devletleri, *Calvo*'nun bu görüşlerinden hareketle, yabancıların devlet ile olan uyuşmazlıklarında yerel mahkemeleri nihai uyuşmazlık çözüm mercii olarak kabul etmeleri gerektiği ilkesini savunmuşlardır[628]. Latin Amerika devletlerinin bu görüşlerini uygulamaya yansıtan *Calvo* şartları, bir yandan diplomatik korumayı bertaraf etme amacını güderken diğer yandan da ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisinin mutlak olduğunu ifade etmiştir.

Yabancı yatırım sözleşmelerine eklenen *Calvo* şartlarının bir örneği, *Orinoco* tahkimine konu olan sözleşmede yer alan şu hükümdür: *"İşbu sözleşmenin yorumlanmasından veya icra edilmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ve çekişmeler, [Venezuela] mahkemeleri tarafından milli hukuka göre karara bağlanacak ve hiçbir durumda milletlerarası taleplere dayanak teşkil etmeyecektir."*[629]

Calvo şartları, Latin Amerika devletlerinin anayasa ve yasalarına da eklenerek devletin yabancı yatırımcılara yerli yatırımcıların sahip olmadığı ayrıcalıklar tanıması yasaklanmış, böylece yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların münhasıran yerel mahkemelerin yetkisinde olmasının yolu açılmıştır[630]. Bu tür hükümlerin Bolivya[631], Peru[632] ve Venezuela[633] gibi devletlerin anayasalarında hâlâ geçerliliklerini korumaktadır.

---

[626] **Calvo**, Vol. VI, s. 231.

[627] *Ibid.*, Vol. III, s. 140-142.

[628] **Borchard**, s. 793.

[629] *Orinoco case*, Opinion of Umpire, s. 194. (Yaz. Çev.)

[630] **Cremades**, s. 56.

Örneğin, Venezuela Anayasası'nın 151. Maddesi şu şekildedir: *"Kamu yararına ilişkin sözleşmelere, bu sözleşmeler ile ilgili ortaya çıkabilecek ve dostane yollarla çözülememiş olan her türlü şüphe ve uyuşmazlıkların, yetkili [Venezuela] mahkemeleri tarafından milli kanunlara göre karara bağlanacağı ve bunların hiçbir şekilde veya hiçbir gerekçe ile yabancı taleplere yol açmayacağına ilişkin bir hüküm, bu sözleşmelerin doğası gereği uygulanamaz kabul edilmediği sürece, açıkça ifade edilmemiş olsa dahi, eklenmiş kabul edilecektir."*

Calvo şartı niteliğindeki hükümler, Latin Amerika ülkeleri arasında oluşturulan uluslararası örgütler tarafından da kabul edilmiştir[634]. Ayrıca, Latin Amerika'da ortaya çıkan bu akım, Orta Doğu başta olmak üzere dünyanın çeşitli yerlerinde milletlerarası tahkim ve diplomatik koruma gibi kurumlardan rahatsız olan devletleri de etkilemiş ve benzer düzenlemeler bu devletler tarafından da yapılmıştır[635].

Gelişmekte olan ülkelerin ekonomik bağımsızlıklarını temin etmek ve yabancı yatırımlarla ilgili iç işlerine karışılmasını önlemek gibi amaçlarla bir arada hareket etmeleri sonucunda Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde de aynı eksende bazı kararlar kabul edilmiştir. 1962'de kabul edilen "Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik" başlıklı 1803 sayılı BM Genel Kurulu kararında, doğal kaynakların millileştirilmesinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarda öncelikle ilgili devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği kabul edilmiş, fakat uyuşmazlığın tarafları arasında bu yönde anlaşma olması halinde milletlerarası tahkim veya yargı organlarına gidilmesi de desteklenmiştir[636]. 1974 yılında "Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine Dair Şart" başlığı ile kabul edilen 3281 sayılı Genel Kurul

---

[631] Bolivya, 2009 Anayasası, m. 320/II (Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html)

[632] Peru, 1993 Anayasası, m. 71 (Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html)

[633] Venezuela, 1999 Anayasası, m. 151 (Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html)

[634] Andean Community Decision 24, m. 51.

[635] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 107.

[636] **UNGA Resolution 1803**, m. 4.

kararında ise, yabancılara ait her türlü malların kamulaştırılması bakımından yetkinin kural olarak kamulaştırmayı yapan devletin yerel mahkemelerinde olduğu ilkesi kabul edilmiş, öte yandan da bunun tek istisnasının "konu ile ilgili tüm devletler arasında" başka bir uyuşmazlık çözümü yolunun ortak olarak kabul edilmesi olduğu belirtilerek yabancı yatırımcıların doğrudan devletler ile olan ilişkilerinde alternatif çözüm yolları üzerinde anlaşılması ihtimali karar metninin dışında bırakılmıştır[637]. Gelişmekte olan ülkelerin yanı sıra gelişmiş ülkeler tarafından da desteklenen ve bu nedenle milletlerarası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen 1803 sayılı kararın aksine, daha devletçi bir anlayışla hazırlanmış olan 3281 sayılı kararın gelişmiş ülkelerce kabul edilmemiş olması nedeniyle bu alanda mevcut milletlerarası hukuk ilkelerini değiştiremeyeceği ifade edilmiştir[638].

3. Milletlerarası Yatırım Antlaşmalarının Yükselişi ve Bu Kapsamda Ev Sahibi Devlet Mahkemelerinin Rolü

Özellikle 1970'lerden itibaren dünya çapında büyük ivme kazanan milletlerarası yatırım antlaşmaları, ev sahibi devlet mahkemelerinin yabancı yatırımları ilgilendiren uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisi üzerinde de etki doğurmuştur. Yatırım antlaşmalarında yatırımcılara sunulan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygın biçimde kullanılmaya başlanması ile ev sahibi devlet mahkemelerinin etkinliğinin ikinci planda kalmıştır.

Latin Amerika ülkelerinin de 1990'lardan itibaren sermaye ihtiyaçlarını karşılamak üzere ekonomilerini yabancı yatırımcılara açmaları, çok sayıda ikili yatırım antlaşmalarının yanı sıra New York Sözleşmesi[639] ve (Brezilya ile Meksika gibi istisnalar dışında) ICSID Sözleşmesi gibi milletlerarası tahkime ve yabancı yatırımlara ilişkin önemli metinlere taraf olmalarının sonucunda, bu devletler tarafından uzun yıllar boyunca katı biçimde uygulanmış olan *Calvo* doktrini rafa

---

[637] **UNGA Resolution 3281**, m. 2(2)(c).

[638] *Topco v. Libya*, Award, para. 80; *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Award, 24.03.1982, 66 ILR 518, para. 90; **Antonio Cassese**, *International Law*, Oxford University Press, New York 2005, s. 507.

[639] Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi, 10.06.1958, Yürürlük: 07.06.1959, TBMM Onay: 08.05.1991 (Resmi Gazete, 21.05.1991, Sayı: 20877).

kaldırılmıştır[640]. Fakat 2000'lerin başından itibaren bazı ülkelerde ekonomik krizlerle yükselişe geçen milliyetçi veya sosyalist akımların da etkisiyle Latin Amerika'da *Calvo* doktrinin "dirilişi" söz konusu olmuş, bu durum devletlerin yabancı yatırım uyuşmazlıklarında yerel mahkemelerin yetkilerini genişletecek şekilde mevzuat değişiklikleri yapmaları ve yerel mahkemelerin de milletlerarası tahkim ile ilgili konularda daha müdahaleci içtihatlar geliştirmeleri gibi uygulamalarla kendisini göstermiştir[641]. Ayrıca, Latin Amerika'da yatırım tahkimi sistemine duyulan güvenin azalmasının etkisiyle son yıllarda Bolivya (2007), Ekvador (2010) ve Venezuela (2012) ICSID Sözleşmesi'nden de çekilmişlerdir.

Yerel mahkemelerin yatırım uyuşmazlıklarında yetkilerini korumaları veya geri kazanmaları süreci sadece Latin Amerika'yla da sınırlı kalmamış, dünyanın çeşitli yerlerinde pek çok devlet yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin süreçlerin içinde yerel mahkemelere de çeşitli roller tanımaya devam etmiştir. *Schreuer* tarafından "*Carlos Calvo*'nun çocukları ve torunları" olarak adlandırılan bu uygulamalar şu şekilde sayılmıştır[642]:

- Yatırım antlaşmalarının uyuşmazlık çözüm hükümlerine başvurabilmenin ön koşulu olarak belirli bir süre için yerel mahkemelere başvurulması zorunluluğu
- Yatırım antlaşmalarının bazı maddi hükümlerine başvurabilmenin ön koşulu olarak yerel mahkemelere başvuru zorunluluğu
- Yabancı yatırım sözleşmelerinde yerel mahkemeler lehine düzenlenen yetki hükümleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, modern yatırım antlaşmaları sisteminde yatırımcının antlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmesi için ev sahibi devlette iç hukuk yollarını tüketmiş olması koşulu aranmamakla birlikte, istisnai olarak bunu bir ön koşul olarak düzenleyen az sayıda yatırım

---

[640] **Cremades**, s. 58-59.

[641] *Ibid.*, s. 59-67.

[642] **Christoph Schreuer**, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", 4 LPICT 1 (2005), s. 3.

antlaşmasına rastlamak mümkündür[643]. Ayrıca bazı antlaşmalarda, yerel mahkemelere başvuru zorunluluğunu aranmamakla birlikte, böyle bir başvurunun yapılmış olması halinde antlaşmanın uyuşmazlık çözüm hükümlerine başvurulabilmesi için öncelikle mahkemenin kesin kararının açıklanmış olması koşulu getirilmiştir[644]. *Maffezini* tahkim heyeti de, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun milletlerarası hukukun temel bir kuralı olması nedeniyle, antlaşma taraflarınca böyle bir koşulun kabul edilmiş olması halinde bunun yatırımcılar üzerinde mutlak surette bağlayıcı olacağını ve antlaşmada yer alan "en çok gözetilen ulus" (*most favoured nation*) kayıtlarının uygulanması ile dahi bu koşulun bertaraf edilemeyeceğini ifade etmiştir[645].

Bazı yatırım antlaşmalarında uyuşmazlık çözümü hükümlerine başvurabilmenin ön koşulu olarak belirlenen ve genellikle üç ay ila iki yıl arasında değişen sürelerle sınırlanan yerel mahkemelerde hak arama zorunluluğunun[646], yerel mahkemelerin yavaş işlemesi ve mahkeme kararı ne olursa olsun yatırımcının tahkime başvurma hakkının saklı kalması gibi nedenlerden ötürü oldukça verimsiz bir süreç olduğu ve uygulamada adeta bir bekleme süreci (*cooling off period*) hükmü ile eşdeğer hale geldiği belirtilmektedir[647]. Yerel mahkemelere başvuru gerekliliğinin en çok gözetilen ulus kayıtları ile bertaraf edilip edilemeyeceği konusu ise tartışmalıdır. *Maffezini* kararında bunun mümkün olduğu sonucuna ulaşılmasının[648] ardından aynı tartışma başka tahkim heyetleri tarafından da ele alınmış, bazı kararlarda *Maffezini* çizgisi takip edilirken[649] bazı kararlarda ise bunun tam tersi bir

---

[643] Gana-Romanya YKTK Anlaşması, m.. 4(3).

[644] Türkiye-Japonya YKTK Anlaşması, m. 11(2); Türkiye-Hollanda YKTK Anlaşması, m. 8(3).

[645] *Maffezini v. Spain*, Jurisdiction, para. 63.

[646] **Paul Peters**, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", 22 NYIL 91 (1991), s. 133. Bu yönde düzenlemelere örnek olarak bkz. Almanya-Arjantin YKTK Anlaşması, m. 10(2); Mısır-İngiltere YKTK Anlaşması, m. 8(I).

[647] **Schreuer**, "Calvo's Grandchildren", s. 4.

[648] *Maffezini v. Spain*, Jurisdiction, para. 38 vd.

[649] *Siemens v. Argentina*, Jurisdiction, para. 82 vd.

duruş benimsenerek en çok gözetilen ulus kayıtlarının bu şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir[650].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarının maddi hükümlerine başvurabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gibi bir ön koşul antlaşmalarda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte bazı durumlarda tahkim heyetleri başvurulmak istenen maddi koruma hükmünün niteliğinden hareketle böyle bir gerekliliğin olduğuna hükmetmişlerdir. Bu kapsamda tartışılan maddi hükümlerin başında şüphesiz adaletten kaçınma (*denial of justice*) hükümleri yer almaktadır. *Waste Management* kararında adaletten kaçınma hükmünün uygulanması kapsamında iç hukuk yollarının tüketilmesinin salt bir usuli ön koşul olmaktan çıkarak maddi normun ayrılmaz bir parçası haline geldiği belirtilmiş[651]; *Loewen Group* kararında ise, ev sahibi devlete, kendi mahkemelerince verilen milletlerarası hukuka aykırı kararları öncelikle kendi hukuk sistemi içinde düzeltme olanağının tanınması gerektiği ve bu nedenle de bir üst mahkemede temyizi mümkün olan kararların adaletten kaçınma teşkil edemeyeceğine hükmedilmiştir[652]. Bunun dışında, yine *Waste Management* kararında adil ve hakkaniyetli muamele (*fair and equitable treatment*) ile tam koruma ve güvenlik (*full protection and security*) yükümlülüklerinin ihlalinin belirlenmesinde sözleşme ihlalleri ile karşılaşan bir yatırımcının erişebileceği iç hukuk yollarının bulunup bulunmadığının da dikkate alınacağı[653]; *Generation Ukraine* kararında ise, bir dolaylı kamulaştırmadan (*indirect expropriation*) söz edilebilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi katı biçimde aranmasa dahi en azından yatırımcının makul bu yönde makul bir çabasının olduğunu gösterebilmesinin gerektiği ifade edilmiştir[654].

---

[650] *Salini v. Jordan*, Jurisdiction, para. 115-118; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 08.02.2005, 20 ICSID Rev. – FILJ 262 (2005), 44 ILM 721 (2005), 13 ICSID Rep. 272, para. 221-223. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Emmanuel Gaillard**, "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", 233 NYLJ (02.07.2005).

[651] *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 97.

[652] *Loewen Group v. USA*, Award, para. 153-156.

[653] *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 116.

[654] *Generation Ukraine v. Ukraine*, Award, para. 20.30.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde tarafların yerel mahkemeler lehine yetki anlaşması yapmaları halinde bunun taraflar arasında bağlayıcı olacağı konusunda şüphe olmamakla birlikte, aynı zamanda ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasında geçerli bir yatırım antlaşmasının da bulunması ve bu antlaşmada yatırımcılara milletlerarası tahkime başvurma hakkının tanınmış olması halinde yabancı yatırım sözleşmesinde yerel mahkemeler lehine yapılmış yetki anlaşmasının bu hakkı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bu konu, ilk ICSID tahkimi olan *Holiday Inns v. Morocco*'da gündeme gelmiş, taraflar arasındaki temel sözleşmede ICSID tahkimine atıf yapılırken bu sözleşme ile bağlantılı imzalanan bazı kredi sözleşmelerinde yerel mahkemelerin yetkisi kabul edildiğinden davalı devlet ICSID tahkim heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Fakat tahkim heyeti, yatırımın bir bütün olarak kabul edilmesi gereği ve milletlerarası hukuki süreçlerin milli süreçler üzerinde önceliği olması ilkesine dayanarak bu yetki itirazını reddetmiş; hatta aynı konuda Fas mahkemelerinde de devam eden davaların bulunması halinde ICSID davasında karar verilene kadar bunların durdurulması ve tahkim heyeti kararını verdikten sonra da yerel mahkemelerin bu kararı takip etmeleri gerektiği, aksi takdirde verilecek çelişkili kararların Fas Devletinin milletlerarası sorumluluğuna yol açabileceğini belirtmiştir[655]. Bundan sonra davalı devletler tarafından yabancı yatırım sözleşmelerindeki münhasır yetki anlaşmalarına dayanılarak pek çok kez benzer yetki itirazları yapılmış olmasına rağmen, sözleşmeye dayanan uyuşmazlıklar ile antlaşmaya dayanan uyuşmazlıkların hukuki sebep (*cause of action*) yönünden farklı olması ve devletin antlaşmada ICSID tahkimi lehine beyan etmiş olduğu tahkim izninin yabancı yatırım sözleşmelerindeki hükümlere göre öncelik taşıması gibi gerekçelerle ICSID tahkim heyetleri bu itirazları reddetmişlerdir[656].

---

[655] **Pierre Lalive**, "The First World Bank Arbitration: Some Legal Problems", 51 BYIL 123 (1980), s. 159-160.

[656] *Lanco v. Argentina*, Jurisdiction, para. 36-40; *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 27; *Vivendi v. Argentina*, Award, para. 77-81; *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 72-80, 113; *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 05.02.2002. 6 ICSID Rep. 129, 41 ILM 933 (2002), 130 JDI 167 (2003), para. 35; *CMS v. Argentina*, Jurisdiction, para. 76.

Bu noktada *Azurix* kararının ise ayrı incelenmesinde fayda vardır[657]. Zira daha önce *Lanco* ve *Vivendi* tahkim heyetlerinin yabancı yatırım sözleşmelerindeki yetki anlaşmalarının ICSID'in yetkisini bertaraf etmeyeceği yönünde verdikleri kararlar üzerine Arjantin Devleti, bu kez Buenos Aires'in su ve kanalizasyon sisteminin özelleştirilmesine ilişkin imzalanan sözleşmede yer alan yetki hükmüne açıkça "sözleşmeden kaynaklanan taleplerin YKTK anlaşmasında belirtilen uyuşmazlık çözüm forumlarının önünde dermeyan edilemeyeceği" ifadesinin de eklendiğini ve ayrıca ihale sürecinde Özelleştirme Komisyonu tarafından katılımcılara gönderilen sirküler ile de YKTK anlaşmasına göre tahkime başvurma hakkından feragat ettiklerinin tekrar açıklandığını belirtmiştir[658]. Buna karşılık tahkim heyeti, *Lanco* ve *Vivendi* kararlarında ele alınan yetki anlaşması hükümlerinin de zaten münhasır yetki düzenlemesi getirmeleri bakımından, açıkça belirtilmemiş olsa dahi, taraflarca diğer forumlara başvurmaktan feragat edilmesi yükümlülüğünü ihtiva ettiğini ve bu nedenle YKTK anlaşmasında sunulan forumlardan feragat edildiğinin ayrıca belirtilmesinin bir fark yaratmadığını ifade etmiştir[659]. Davalı devlet ayrıca *Calvo* şartları ile antlaşmalardan kaynaklanan haklardan feragat edilmesinin mümkün olduğunun kabul edildiği *Woodruff*[660] ve *North American Dredging*[661] kararlarına da atıf yaparak, *Calvo* şartlarına ilişkin diplomatik koruma ekseninde yapılan tartışmalarda bunların geçerliliğine karşı sunulan temel argümanın diplomatik koruma hakkının doğrudan yatırımcının devletine ait olması ve yatırımcı tarafından bundan feragat edilemeyecek olması olduğunu, buna karşılık mevcut davada doğrudan devlete ait herhangi bir hak bulunmadığından yatırımcı tarafından yapılan feragatın tümüyle geçerli kabul edilmesi gerektiğini öne sürmüştür[662]. Tahkim heyeti öncelikle YKTK anlaşması hükümlerinin ihlaline dayanılarak açılmış olan mevcut ICSID davasının sözleşme kapsamında getirilebilecek taleplere göre farklı hukuki

---

[657] *Azurix v. Argentina*, Jurisdiction, para. 75-85.

[658] *Ibid.*, para. 78-82.

[659] *Ibid.*, para. 80.

[660] 9 RIAA 213.

[661] 4 RIAA 26.

[662] *Azurix v. Argentina*, Jurisdiction, para. 83-84.

sebeplere dayandığını tespit ettikten sonra[663], *Woodruff* ve *North American Dredging* kararlarının ışığında yatırımcıların devlet ile olan "sözleşme kaynaklı uyuşmazlıklarının" çözümü için milletlerarası antlaşmalarda sağlanan hukuki imkanlardan feragat edebileceklerini kural olarak kabul etmiş, fakat mevcut davanın konusunu oluşturan imtiyaz sözleşmesine devletin değil ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan yerel idarenin taraf olduğunu ve yatırımcının sözleşme kapsamındaki feragatinin de devlete karşı geçerli olmadığını belirterek yetki itirazını reddetmiştir[664]. Tahkim heyeti, zaten yatırımcının feragatinin devlete karşı geçerli olmadığına hükmetmiş olduğundan, asıl tartışmalı konu olan yatırımcının milletlerarası antlaşmalarda "antlaşma kaynaklı uyuşmazlıkların" çözümü için sunulan imkanlardan feragat edip edemeyeceği sorusuna cevap vermeye ise gerek görmemiştir[665].

Bu örneklerden anlaşılacağı üzere, yerel mahkemeler artık milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde nadiren tek ve mutlak yetkili forum olarak kabul edilseler de başka hukuki süreçlerin bir parçası olarak önemli görevler üstlenmeye devam etmektedirler.

B. Ticari Tahkim

1. Genel Olarak

Yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ile uyuşmazlık yaşamaları halinde bu devletin mahkemelerinden kaçınmak istemelerinin doğal bir sonucu olarak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin düzenlemeler hemen hemen tüm yabancı yatırım sözleşmelerinde yer almaktadır. Tahkim şartları 19. yüzyılda imzalanan ilk imtiyaz sözleşmelerinden beri uygulanmış ve yabancı yatırım sözleşmelerinin vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiştir.

Klasik Dönemde henüz kurumsal tahkimin gelişmemiş olması nedeniyle bu dönemde imzalanan yabancı yatırım sözleşmelerinde genellikle *ad hoc* tahkim

[663] *Ibid.*, para. 76.

[664] *Ibid.*, para. 85.

[665] *Ibid.*

hükümlerinin yer aldığı görülmektedir. Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası dünyanın değişen siyasi konjonktüründe gelişmekte olan ülkeler tarafından gerçekleştirilen kamulaştırma ve millileştirme hareketleri sonucunda Klasik Dönem imtiyazlarının büyük çoğunluğu da devletlerin hedefi haline geldiğinden yatırımcılar tarafından bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarına pek çok kez başvurulmuştur. Özellikle "petrol tahkimleri" olarak bilinen ve Orta Doğu devletleri ile batılı petrol şirketleri arasında gerçekleşen bazı *ad hoc* tahkim yargılamalarının sonucunda verilen kararlar ilerleyen yıllarda yayınlanmış ve bu kararlar yabancı yatırım sözleşmelerinin hukuki niteliği ve istikrar kayıtlarının geçerliliği gibi konularda milletlerarası hukuk literatürünün gelişimine büyük katkıda bulunmuştur[666].

İlerleyen yıllarda kurumsal tahkimin gelişimi ile yabancı yatırım sözleşmelerinde de uyuşmazlıkların çeşitli tahkim kurumlarının bünyesinde çözülmesi yönünde hükümlere sıkça rastlanmaktadır. Devletler ve devlet teşekkülleri tarafından en çok tercih edilen tahkim kurumunun Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce – ICC*) olduğu belirtilmiştir[667]. 1919 yılında Paris'te kurulan ICC, 1923 yılında kendi bünyesinde Milletlerarası Tahkim Mahkemesi'ni kurarak uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda hizmet vermeye başlamıştır[668]. Devletler tarafından en çok tercih edilen tahkim kurumlarından biri olan ICC'nin bünyesinde görülen tüm tahkim tahkimlerin yaklaşık yüzde 10'unda tarafların biri devlet veya devlet teşekkülüdür[669]. Ayrıca ICC'nin uluslararası inşaat projelerinde sıkça kullanılan FIDIC tip sözleşmelerinde tercih edilen tahkim kurumu olması nedeniyle konusu inşaat olan yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da çoğunlukla ICC tahkimine tabi olduğu görülmektedir.

---

[666] Bkz. *Petroleum Development v. Abu Dhabi* (1951); *Qatar v. International Marine Oil Co.* (1953); *Saudi Arabia v. Aramco* (1958); *Sapphire v. NIOC* (1963); *BP v. Libya*, Award on Merits (1973); *Liamco v. Libya* (1977); *Topco v. Libya* (1977); *Kuwait v. Aminoil*, Award (1982).

[667] **Böckstiegel**, *State Enterprises*, s. 20.

[668] ICC'nin tarihçesi için bkz. <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/> [Son Erişim: 27.10.2015]

[669] **ICC**, *Commission Report: States, State Entities and International Arbitration*, Paris 2012, s. 2, para. 7.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde ICC'nin dışında Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration – LCIA*), Stockholm Ticaret Odası (*Stockholm Chamber of Commerce – SCC*), Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (*Singapore International Arbitration Centre – SIAC*) ve Amerikan Tahkim Örgütü (*American Arbitration Association – AAA*) gibi tahkim merkezlerinin de tercih edildiği görülmektedir.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin genel tartışmalar bu çalışmanın konusu dışında olmakla birlikte, sözleşmenin bir tarafının devlet veya devlet teşekkülü olduğu durumlarda ortaya çıkan birtakım sorun ve tartışmalara aşağıda değinilecektir.

2. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesine İlişkin Özel Durumlar

a. Devletin veya Devlet Teşekküllerinin Uyuşmazlıkları Tahkime Sunma Ehliyetine Yönelik İç Hukukta Getirilen Kısıtlamalar

Tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine sahip olmaları bu anlaşmanın geçerlilik koşullarından olup kural olarak tarafların ehliyetinin kendi tabi oldukları hukuka göre belirleneceği kabul edilmektedir[670]. Gerçek ve tüzel kişilerin genel olarak genel olarak sözleşme ile borç altına girme ehliyetlerinin (fiil ehliyetlerinin) bulunması halinde tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin de bulunduğu kabul edilmekte, özel hukuka tabi olan gerçek ve tüzel kişiler bakımından (bazı ülkelerde tüketicilerle ilgili kısıtlamalar dışında) tahkim anlaşması yapma ehliyetinde kısıtlamalara çok rastlanmamaktadır[671].

Devletin veya devlet teşekküllerinin taraf olduğu sözleşmelerde de bunların tahkim anlaşması yapmalarına yönelik kendi iç hukuklarında getirilen sınırlamalar

[670] **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 140; **Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides**, 2009, s. 96. Tabi olduğu hukuka göre dış ticarete ilişkin sözleşmelere taraf olmak için gerekli lisansa sahip olmayan bir şirketin tahkim anlaşması yapma ehliyetinin olmadığına ve imzaladığı tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna dair Almanya Federal Mahkemesi kararı için bkz. *Case No. 14*, Bundesgerichtshof, 23.04.1998, 24 YCA 928.

[671] *Ibid.*

tartışma konusu olmaktadır[672]. Özel hukuka tabi kişilerde bu tür kısıtlamalar çoğunlukla ilgili tarafı (örneğin reşit olmayanlar, kısıtlılar, tüketiciler) korumak amacı taşımakla birlikte, devletler ve devlet teşekkülleri bakımından getirilen kısıtlamaların böyle bir amacı bulunmamakta ve bu kısıtlamalar ilgili devletin siyasi tercihlerini yansıtmaktadır. Devletlerin ticari uyuşmazlıklarda tahkime gitmek istememelerinin altında, bir devletin kendi mahkemeleri dışında bir forumun yetkisini kabul etmenin devlet egemenliğine ve onuruna aykırı düşeceği düşüncesi ve (gelişmekte ülkeler bakımından) milletlerarası tahkim sisteminin sanayileşmiş ülkeler lehine sonuçlar doğurmak üzere kurulmuş bir sistem olduğu inancı gibi nedenlerin yattığı ifade edilmiştir[673].

New York Sözleşmesi'nin V(1)(a) maddesine[674] göre tarafların tabi oldukları hukuka göre tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin bulunmaması tahkim kararının tenfiz ve icrasının reddi sonucunu doğuracağından bu konunun üzerinde tahkim heyetleri, milli mahkemeler, doktrin ve hatta kanun koyucular tarafından fazlaca üzerinde durulmuştur.

Öncelikle belirtilmelidir ki devlet teşekkülleri üzerinde bu tür kısıtlamalar sadece gelişmekte olan ülkelere özgü olmayıp[675] gelişmiş ülkelerde de bunun örneklerine rastlanmaktadır[676]. Bununla birlikte, mahkemelerin ve yazarların konuya

---

[672] Devlet teşekküllerinin tahkime rıza gösterebilmesi konusunda dünya çapında çeşitli ülkelerde uygulanan kısıtlamaların karşılaştırmalı incelemesi için bkz. **Böckstiegel**, *State Entities*, s. 14-20.

[673] **Jan Paulsson**, "Third World Participation in International Investment Arbitration", 3 ICSID Rev-FILJ 1 (1987), s. 19; **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 110-111; **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 735.

[674] New York Sözleşmesi, m. V(1): "Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz: (a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı [tahkim anlaşmasını] akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu […]"

[675] Bazı gelişmekte olan ülkelerdeki kısıtlamalar: Venezuela için bkz. Ticari Tahkim Kanunu (1998), m. 4. İran için bkz. **Mansour Jafarian and Mehrdad Rezaeian**, "The New Law on International Commercial Arbitration in Iran", 15(3) JIA 31 (1998); **Hamid Gharavi**, "The 1997 Iranian International Commercial Arbitration Law: The UNCITRAL Model Law à L'Iranienne", 15 Arb Int'l 85 (1999). Suriye için bkz. **Sami Sarkis**, "L'autorisation d'arbitrage, obstacle au recours à l'arbitrage des enterprises du secteur public en Syrie", (1998) Rev. Arb. 97.

[676] Bkz. Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*), m. 2060 (kamu kurum ve kuruluşlarını ilgilendiren veya genel olarak kamu düzenini ilgilendiren her türlü uyuşmazlıklarla ilgili tahkim anlaşması yapılamayacağı hakkında); Belçika, *Code Judiciaire*, 19.05.1998, m. 1676.2 (kamu hukuku tüzel

yaklaşımı bakımından gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler arasında önemli farklar göze çarpmaktadır. Örneğin, Fransız mahkemeleri Medeni Kanunun 2060. maddesinde kamu kuruluşları için getirilen kısıtlamanın sadece milli tahkime ilişkin olduğu ve milletlerarası tahkim bakımından uygulanamayacağı yönünde içtihat geliştirirken[677]; Lübnan Danıştayı (*Conseil d'Etat*), idari sözleşmeler ile ilgili tahkim anlaşması yapılamayacağına yönelik Lübnan Medeni Usul Kanununun 809. maddesini geniş yorumlayarak bu yasağın imtiyaz sözleşmeleri ile yap-işlet-devret sözleşmelerini de kapsadığı yönünde karar vermiştir[678]. İç hukuktaki kısıtlamalar nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia eden devlet teşekküllerinin talepleri İtalya[679] ve İsveç[680] mahkemelerinde kabul görmezken bir Suriye mahkemesinin tam ters yönde karar vererek iç hukuktaki kısıtlamaların dikkate alınmaması gerekçesiyle bir tahkim kararını "yok hükmünde" kabul etmesi de ülkeler arasındaki derin farklılıkları ortaya koymaktadır[681].

Devletler ve devlet teşekküllerinin tahkim anlaşması yapabilme ehliyetlerine ilişkin belirsizlikleri gidermek adına hem milli hem de milletlerarası alanlarda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Milletlerarası düzenlemelerin ilk ve en önemli örneği 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'nin II numaralı maddesinde kamu hukukuna tabi tüzel kişilerin tahkim anlaşması yapma ehliyetine sahip oldukları kural olarak kabul edilmiş, bu konuda kısıtlamaya gitmek isteyen devletlerin ise Sözleşme'ye bu yönde şerh düşmeleri gerektiği

---

kişilerinin sadece sözleşmenin kuruluşu ve ifası ile ilgili konularda tahkim anlaşması yapabileceği hakkında).

[677] *Myrtoon Steamship Co. v Agent judiciaire du Trésor*, Cour d'Appel (Paris), 10.04.1957, 24 ILR 205; *Trésor Public v Galakis*, Cour de Cassation, 02.05.1966, 93 JDI 648 (1966); *Ministère tunisien de l'Equipement v. Société Bec Frères (France)*, Cour d'Appel (Paris), 24.02.1994, (1995) Rev. Arb. 275, 22 YCA 682 (1997), para 5-10.

[678] *Etat Libanais v Société FTML*, *Etat Libanais v Libancell*, Conseil d'Etat Libanais, 17.07.2001, (2001) Rev Arb 855.

[679] *Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes - SAEPA (Tunisia) and Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais - SIAPE (Tunisia) v. Gemanco srl (Italy)*, Corte di Cassazione, Case No. 4342, 09.03.1996, 22 YCA 737 (1997).

[680] *Libyan American Oil Company v. Socialist People's Arab Republic of Libya*, Svea Court of Appeals, Case No. Ö 261/79, 18.06.1980, 20 ILM 893 (1981).

[681] *Fougerolle SA v. Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic*, Administrative Tribunal (Damascus), 31.03.1988, 15 YCA 515 (1990).

belirtilmiştir[682]. Uluslararası Hukuk Enstitüsü de 1989 yılındaki Santiago toplantısında kabul ettiği karar metninde "Bir devlet, devlet teşebbüsü veya devlet teşekkülü, kabul etmiş olduğu bir tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia etmek için ehliyetsizlik savunması yapamaz" ifadesine yer vermiştir[683]. Bu kuralın *lex mercatoria* kapsamına da girdiği ifade edilmiştir[684]. Milli kanunlarda bu konuya ilişkin yapılan ilk düzenleme ise, 1987'de kabul edilen İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 177(2) maddesinde[685] devletin veya devlet teşekkülünün kendi iç hukukuna göre tahkim ehliyetinin bulunmadığı itirazında bulunamayacağı yönünde getirilen hükümdür.

Türk idare hukukunda da Fransız etkisi sonucunda kamu imtiyazlarına ilişkin sözleşmelerin tahkime elverişliliği bakımından Fransız hukukundakine benzer bir kısıtlama Osmanlı döneminden itibaren kabul edilmiştir[686]. Hatta bu nedenle Osmanlı'da 1909'da verilen ilk petrol imtiyazlarında teknik olarak imtiyaz usulü değil iltizam usulü kullanılmış ve söz konusu petrol sözleşmelerinde tahkim hükümleri yer almıştır[687]. 1990'larda enerji ve altyapı sektörlerindeki özelleştirmeler ve yap-işlet-devret modeli ile yapılması planlanan yatırımlar için devlet ile yabancı

---

[682] Avrupa Sözleşmesi'ne bu yönde şerh koymuş olan tek ülke Belçika'dır. Böyle bir şerhin bulunmaması halinde Avrupa Sözleşmesi m. II'nin konusuna giren tüm durumlarda bu maddenin milli hukuklarda bulunabilecek her türlü kısıtlamaları ilga edeceği hakkında bkz. **Dominique Hascher**, "European Convention", 20 YCA 1006 (1995), s. 1016.

[683] **Institut de Droit International**, *Arbitration between States and Foreign Enterprises*, Santiago de Compostela 1989, m. 5. (Yaz. Çev.)

[684] **Michael J. Mustill**, "The New *'Lex Mercatoria'*: The First Twenty-Five Years", 4(2) Arb. Int'l 86 (1988), s. 112.

[685] "Bir devlet veya devlete ait bir teşekkül veya devlet tarafından kontrol edilen bir kurum, bir tahkim anlaşmasına taraf olduktan sonra kendisinin tahkim ehliyetinin bulunmadığını veya uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını iddia etmek üzere kendi hukukuna dayanamaz." (Yaz. Çev.)

[686] **Cem Çağatay Orak**, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlarlı, Ankara 2006, s. 121-122; **Bayram Keskin**, *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, Arıkan, İstanbul 2007, s. 132;

[687] **Volkan Ş. Ediger**, *Osmanlı'da Neft ve Petrol*, ODTÜ, Ankara 2006, s. 241-242; **Sedat Çal**, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 173-174.

Öte yandan Osmanlı döneminde istisnai olarak bazı imtiyaz sözleşmelerinde tahkim kayıtlarının yer aldığı ve Şura-yı Devlet'in de (Danıştay) bu kayıtları geçerli kabul ettiği görülmektedir. Bu imtiyazlara örnek olarak İstanbul'da tramvay hattı inşası ve işletmesini içeren 1869 tarihli imtiyaz, deniz fenerlerine ilişkin 1879 tarihli bir imtiyaz ve Osmanlı'nın Anadolu'daki ilk demiryolu olan İzmir-Aydın demiryolunun imtiyazı verilebilir. (**Çal**, s. 174; **Seda Örsten Esirgen**, *Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları*, Ankara 2012, s. 129)

yatırımcılar arasında imzalanacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde değil, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olacağı şeklinde kanuni düzenlemeler yapılarak[688] bu tür sözleşmelere yabancı yatırımcıların talepleri doğrultusunda milletlerarası tahkim hükümlerinin koyulabilmesi amaçlanmış; ancak Anayasa Mahkemesi, imtiyaz sözleşmelerinin yasaya göre değil, sözleşmenin niteliğine bakılarak tespit edilebileceği gerekçesiyle bu kanunların ilgili maddelerini iptal etmiştir[689]. Bunun üzerine ise 1999'da yapılan Anayasa değişikliği ile yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilebileceği hükmü Anayasa'nın 125. maddesine eklenmiştir[690].

Yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda dahi tahkim ve mahkeme kararlarında çeşitli gerekçeler ile devlet veya devlet teşekküllerinin ehliyetsizlik itirazlarının reddedildiği görülmektedir. Bu kararlarda kabul edilen yaklaşımlar, bu konuda önde gelen kararlardan biri olarak gösterilen *Benteler v. Etat Belge* kararında[691] dört ana başlık altında toplanmıştır. Buna göre, Fransız mahkemelerince kabul edilen bir yaklaşım, bu tür kısıtlamaları sadece milli tahkim için geçerli kabul etme fakat milletlerarası tahkimde uygulamama yaklaşımıdır[692]. İkinci bir yaklaşım, devlet veya devlet teşekkülünün ehliyetini kendi hukukuna göre değil, sözleşmenin hukukuna göre belirlemektir[693]. Üçüncü yaklaşım, devlet ve devlet teşekküllerinin kendi iç hukuklarına dayanarak tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia etmesini

---

[688] Bkz. 3974 sayılı Kanunun Ek 5. maddesi; 3996 sayılı Kanunun 5. maddesi.

[689] T.C. Anayasa Mahkemesi, 1994/43 E., 1994/42-2 K., 09.12.1994 tarihli karar; T.C. Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.06.1995 tarihli karar.

[690] T.C. Anayasası, m. 125: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. **(Ek hükümler: 13.8.1999-4446/2 md.)** Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Bu konuda Anayasa değişikliğine giden süreçle ilgili olarak bkz. **Çal**, s. 183 vd.; **Ergin Nomer / Nuray Ekşi / Günseli Öztekin Gelgel**, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul 2013, s. 154 vd.

[691] *Benteler v. Etat Belge*, Award, 18.11.1983, 1989(2) Rev. Arb. 339.

[692] *Myrtoon Steamship Co v Agent judiciaire du Trésor*; *Trésor Public v Galakis*; *Ministère tunisien de l'Equipement v. Société Bec Frères (France)*, para 5-10.

[693] *ONIC v. Capitaine du SS San Carlo*, Cour de Cassation, 14.04.1964, (1964) Rev. Arb. 82, 92 JDI 646 (1965).

milletlerarası kamu düzenine (*ordre public international*) aykırı kabul etmektir[694]. *Benteler* kararının da benimsediği dördüncü yaklaşım ise iyi niyet kuralı ve çelişkili işlem yasağı gibi genel ilkelere dayanarak devlet veya devlet teşekkülünün önceki davranış ve tutumları ile çelişecek şekilde ehliyetsizlik iddiasında bulunmasını reddetmek yönündedir[695].

Bu dört yaklaşıma ek olarak doktrinde savunulan beşinci bir yaklaşım ise devlet ve devlet teşekküllerinin tahkim anlaşması yapmasının iç hukukta yasaklanmış olması meselesini bir ehliyet sorunu olarak değil sübjektif tahkime elverişlilik sorunu olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla bu konuda tarafların tabi olduğu hukuka göre değil sözleşmenin hukukuna göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir[696]. Bu görüşün temelinde, devletin veya devlet teşekküllerinin tahkim anlaşmasına taraf olma hakkının iç hukukta kısıtlanmış olmasının klasik anlamda kişinin kendi menfaatlerini gözetemeyecek durumda olması nedeniyle uygulanan ehliyetsizliğe ilişkin kurallar çerçevesinde açıklanamayacağı[697] ve bu durumun tamamen devletin kamu düzenine yönelik yaptığı bir kısıtlamadan ibaret olduğu düşüncesi yer almaktadır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin diğer konular gibi bu konunun da tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukuka göre karara bağlanması gerektiği, söz konusu hukukun ise kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde belirleneceği veya (yazarlarca milletlerarası tahkimde artık baskın

---

[694] *ICC Case No. 1939*, Award, 1973 (kararın ilgili kısmı için bkz. **Yves Derains**, "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales", 1973 Rev. Arb. 122, s. 145; ilgili kısmın İngilizce çevirisi için bkz. **Jan Paulsson**, "May a State Invoke its Internal Law?: Reflections on the *Benteler v. Belgium* Preliminary Award", 2(2) Arb. Int'l 90 (1986); kararın eleştirisi için bkz. **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 107); *Gatoil c. National Iranian Oil Co*, Cour d'Appel (Paris), 17.12.1991, (1993) Rev. Arb. 281, 7(7) Mealey's IAR (B1) (1991).

[695] *Benteler v Etat Belge*, s. 345 vd.; *ICC Case No. 6474*, Partial Award, 25 YCA 279, para. 12. Gelişmekte olan ülkelerin hukukçularından aynı yönde bir yaklaşım için bkz. **Kéba Mbaye**, "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", 60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future (1984), 293 vd., s. 296

[696] **Paulsson**, "May a State Invoke", s. 90 vd.; **Bernard Hanotiau**, "The Law Applicable to Arbitrability", Albert Jan van den Berg (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ICCA Congress Series, Vol. 9), Kluwer Law International 1999, s. 146 vd.; **Fouchard / Gaillard / Goldman / Savage**, s. 317; **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 735, 737-738.

[697] Fransız mahkemelerinin Medeni Kanunda devlet ve devlet teşekkülleri hakkında getirilen sınırlamaları ehliyet sorunu olarak kabul etmediği kararlar için bkz. *ONIC v. Capitaine du SS San Carlo*; *Trésor Public v. Galakis*.

görüş haline geldiği ifade edilen) doğrudan milletlerarası hukukun maddi hükümlerinin (milletlerarası kamu düzeni ilkelerinin) uygulanacağı belirtilmiştir[698].

Bu yaklaşımların tamamına karşı çıkan (gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları tarafından savunulan) görüşe göre ise, bir yabancı yatırımcı veya uluslararası ticaret ile uğraşan bir tacirin bir devlet veya devlet teşekkülü ile sözleşme imzalarken karşı tarafta yer alan tüzel kişinin o devletin yasalarına göre ehliyetli olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır ve kanunu bilmemek mazeret sayılamayacağından taraflardan birinin ehliyetsiz olması halinde tahkim anlaşması geçersiz olacaktır[699]. Bu görüşü desteklemek üzere Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 46. maddesine[700] atıf yapılarak antlaşmalar hukukunda dahi bir devletin iç hukukunda yer alan bir yetki kuralının "aşikar" biçimde ihlali ile imzalanmış antlaşmaların geçersiz olacağının kabul edildiği, aynı ilkenin tahkim anlaşmalarına uygulanması halinde ise devletin iç mevzuatında tahkim anlaşmalarına taraf olmaya yönelik kısıtlamaların açıkça belirtilmiş olduğu durumlarda bunlara aykırı yapılan anlaşmaların "aşikar ihlal" olarak kabul edileceği ve geçersiz olacağı ifade edilmiştir[701]. Ayrıca, bir mahkemenin veya tahkim heyetinin başka bir devletin hukukunun ihlaline yardım etmesinin kamu düzenine aykırı olacağı ilkesi doğrultusunda[702], bu tür tahkim anlaşmaların geçerliliğini kabul eden mahkeme ve tahkim heyetlerinin kamu düzenini ihlal ettiği savunmasının da yapılabileceği belirtilmiştir[703].

---

[698] **Hanotiau**, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 146-147; **Fouchard / Gaillard / Goldman / Savage**, s. 317.

[699] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 104-110.

[700] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 46: "(1) Bir Devlet, bir antlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikar ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun. (2) Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikardır."

[701] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 109.

[702] *Regazzoni v KC Sethia (1944) Ltd.*, House of Lords, 21.10.1957, [1958] A.C. 301.

[703] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 109.

Dolayısıyla, devletler ve devlet teşekküllerinin tahkim anlaşması yaptıktan sonra kendi iç hukuklarına dayanarak bu konuda ehliyetsiz olduklarını öne süremeyecekleri (çoğunlukla gelişmiş ülkelerin mahkemeleri ve hukukçuları tarafından) genel anlamda kabul edilmektedir. Fakat gelişmekte olan ülkelerin mahkemeleri ve hukukçularının genellikle karşı görüşte olduğu düşünüldüğünde, bu tür tahkim anlaşmalarının ayakta tutulması ile verilmiş olan tahkim kararlarının icrasının New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'da yer alan "tarafların tabi oldukları hukuka göre ehliyetsiz olmaları" gerekçesi ile reddedilebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla uygulamada bir devlet veya devlet teşekkülü ile sözleşme ilişkisine giren yatırımcıların sözleşmede yer alan tahkim şartına her zaman devletin veya devlet teşekkülünün tüm yasal gerekliliklere uygun hareket ettiği ve kendi hukukuna göre ehliyetinin bulunduğu yönünde bir ifadeyi dahil etmeleri önerilmektedir[704].

b. Devlet Teşekküllerinin Taraf Olduğu Tahkim Anlaşmalarının Kapsamına Devletin Dahil Edilmesi

Devlet teşekküllerinin taraf olduğu tahkim anlaşmalarının kapsamına devletin dahil edilmesi, genel olarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili adı altında yapılan tartışmaların özel bir alt başlığını teşkil etmektedir[705]. Daha önce de belirtildiği üzere, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili konusu, genellikle üçüncü kişilerin bu anlaşmaların (tahkim şartlarının) parçası olduğu sözleşmelerin tarafı kabul edilmeleri ve bu sözleşmelerden (maddi hükümler de dahil olmak üzere) bütünüyle sorumlu tutulmaları konusu ile paralel bir seyir izlemektedir. Devlet teşekküllerinin taraf olduğu tahkim anlaşmalarının bağlı oldukları devlet için de bağlayıcı kabul edilmesine yönelik doktrinde ve kararlarda başvurulan tüzel kişilik perdesinin aralanması (*alter ego*, vasıtalık ve özdeşlik), vekalet, grup şirketleri,

---

[704] **W. Laurence Craig / William W. Park / Jan Paulsson**, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, New York 1984, s. 12; **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 735.

[705] Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili konusu ile ilgili bkz. **Emre Esen** *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta, İstanbul 2008 **Stavros Brekoulakis**, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2010; **Pedro J. Martinez-Fraga**, "The Dilemma of Extending International Commercial Arbitration Clauses to Third Parties: Is Protecting Federal Policy While Accommodating Economic Globalization a Bridge to Nowhere", 46 Cornell Int'l L.J. 291 (2013); **Feyza Eker Ayhan**, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehdara Teşmili", 2011(1) GSÜHFD 95.

hakkın kötüye kullanılması, çelişkili işlem yasağı, devlet ile işlevsel özdeşlik ve onaylama-icazet gibi teorilerin hepsi de yukarıda daha geniş bir anlamda devletin devlet teşekküllerince imzalanan sözleşmelere taraf olarak kabul edilmesi başlığı altında incelenmiş olduğundan[706] aynı açıklamalar bu başlık altında yinelenmeyecektir.

Burada altı çizilmesi gereken nokta, geçerli bir tahkim anlaşmasının olmazsa olmaz unsurunun tarafların tahkim yoluna başvurmak konusundaki karşılıklı rızası olduğudur. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere (bu durumda devlete) teşmiline ilişkin öne sürülecek her türlü hukuki argümanlarda da bu temel ilkeyi göz önünde bulundurmak gerekir. Yukarıda belirtilen teoriler tahkim rızası konusunda üç temel yaklaşımı yansıtmaktadır:

- Bir yaklaşıma göre (özdeşlik, *alter ego*, vasıtalık, hakkın kötüye kullanılması, çelişkili işlem yasağı ve devlet ile işlevsel özdeşlik gibi teorilerde), sözleşmeye şeklen taraf olan devlet teşekkülünün ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olma faraziyesi yok sayılmakta ve tahkim anlaşmasına rıza gösteren tarafın aslında devlet teşekkülü değil doğrudan devletin kendisi olduğu kabul edilmektedir.

- Vekalet teorisinin benimsediği ikinci yaklaşıma göre, devlet teşekkülünün ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu faraziyesi yok sayılmamakta, sadece somut olayın şartlarından hareketle devlet teşekkülünün tahkim rızasını kendi adına asaleten değil devletin adına vekaleten beyan ettiği kabul edilmektedir.

- Üçüncü görüşe göre (onaylama-icazet yoluyla taraf olma veya grup şirketleri doktrini) ise, yine doğrudan sözleşme ilişkisine giren devlet teşekkülünün tüzel kişilik faraziyesine saygı gösterilmekte, fakat devletin de bu devlet teşekkülü ile birlikte tahkim anlaşmasına taraf olma rızasını açık veya zımni olarak ifade ettiği kabul edilmektedir.

[706] Bu teorilerle ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda s. 94 vd.

Dolayısıyla, devletin tahkim anlaşmasına taraf olduğundan söz edebilmek için, asaleten veya vekaleten, açık veya zımni olarak, doğrudan veya (bir vasıta aracılığıyla) dolaylı olarak bir şekilde tahkim rızasını beyan etmiş olduğunun kanıtlanması her durumda zorunludur. Bazı davalarda davacılar tarafından doğrudan rıza temeline dayanmaksızın devletin tahkime taraf olarak dahil edilmemesi halinde adaletin tam anlamıyla yerine getirilemeyeceği yönünde öne sürülen argümanların ise bu nedenle kabul edilemeyeceği ve tahkimin temel taşı olan rıza kavramının bir noktaya kadar "esnetilmesi" mümkün olsa da bu kavramın üzerine oturmayan bir gerekçe ile tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilemeyeceği ifade edilmiştir[707].

Devlet teşekküllerinin imzaladığı tahkim anlaşmalarının (veya genel olarak sözleşmelerin) bağlı oldukları devlete teşmil edilmesi konusunda tahkim heyetlerinin genellikle daha olumlu bir yaklaşımları söz konusu olduğu, fakat bu tahkim kararlarının iptali ve icrası süreçlerinde devlet mahkemelerinin (ABD, İngiltere, Fransa ve İsviçre gibi "tahkim dostu" kabul edilen ülkelerde dahi) daha temkinli bir yaklaşım benimsedikleri ve devletin tahkim rızasının bulunduğuna dair çok güçlü emareler bulunmadıkça tahkim anlaşmalarının devlete teşmilini kabul etmedikleri görülmektedir[708]. Daha önce incelenmiş olan kararlara bu bölümde tekrarlara değinilmeyecek, fakat aynı tartışmaların yaşandığı başka önemli kararlar aşağıda incelenecektir.

Westland v. AOI davası[709] kapsamındaki olaylar şöyle gelişmiştir: 1975'te Mısır, Suudi Arabistan, BAE ve Katar devletleri tarafından bu ülkelerin savunma sanayilerinin geliştirilmesi amacıyla milletlerarası antlaşma ile Arap Sanayileşme Örgütü (*Arab Organization for Industrialization – AOI*) kurulmuş; daha sonra AOI ile İngiliz *Westland Helicopters Ltd.* şirketi arasında imzalanan 1978 tarihli

---

[707] **Hanotiau**, *Complex Arbitrations*, s. 52.

[708] *SPP v. Egypt*, *SGTM v. Bangladesh* ve *Bridas v. Turkmenistan* gibi uyuşmazlıkların tahkim aşamaları ile iptal ve icra süreçlerinin incelemesi için bkz. yukarıda s. 96 vd.

[709] Tahkim kararı için bkz. *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*, ICC Case No. 3879, Interim Award, 05.03.1984, 11 YCA 127; iptal davası için bkz. *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Republic of Egypt, AOI and others*, Tribunal Fédéral, 19.07.1988, 1989 Rev. Arb. 525, 7 ASA Bull. 63 (1989), 16 YCA 1974 (1991).

Hissedarlar Sözleşmesi çerçevesinde anonim şirket statüsündeki Arap İngiliz Helikopter Şirketi (*Arab British Helicopters Company – ABH*) kurulmuştur. 1979'da Mısır ile İsrail arasında barış antlaşması imzalanmasının ardından diğer kurucu devletlerin girişimleri ile AOI tasfiye sürecine girmiş; bunun üzerine de ABH'den alacakları olan Westland, Hissedarlar Sözleşmesi'ndeki ICC (Cenevre) tahkim şartına dayanarak ABH ve AOI ile birlikte dört tane kurucu devlete karşı tahkim sürecini başlatmıştır. AOI, Suudi Arabistan, Katar ve BAE tahkim sürecine katılmayı reddederken, ABH ve Mısır Devleti tahkim heyetinin yetkisine çeşitli nedenlerle itiraz etmiştir. Tahkim heyeti, yetkiye ilişkin ara kararında, AOI'nin kuruluş antlaşması ve ana statüsünü inceleyip burada tüzel kişinin türüne ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığını tespit ettikten sonra, çeşitli hukuk düzenlerine başvurarak yaptığı karşılaştırmalı inceleme sonucunda AOI'nin "kollektif ortaklık" (*Société en nom collectif*) statüsüne yakın bir hukuki durumunun bulunduğuna ve bu nedenle ortaklığın taraf olduğu tahkim anlaşmasının ortakları da bağladığına hükmederek kendisini yetkili bulmuştur[710]. Mısır tarafından açılan iptal davasında Cenevre Temyiz Mahkemesi, milletlerarası umumi hukuka göre kurulmuş bir tüzel kişi olan AOI'nin hukuki statüsünün milletlerarası özel hukuk kurallarına göre belirlenemeyeceği, AOI'nin ana statüsünde kurucularından ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunun belirtilmiş olması ve kurucuların sorumluluğuna dair herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle AOI'nin kollektif ortaklık statüsünde kabul edilemeyeceğine hükmederek iptal kararı vermiştir[711]. Westland tarafından iptal kararına yapılan temyiz başvurusu da İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benzer gerekçelerle reddedilmiştir[712].

Swiss Oil v. Gabon uyuşmazlığında ise yukarıda incelenen durumun tam tersi, yani devletin imzaladığı bir tahkim anlaşmasının devlet teşekkülüne teşmili tartışma konusu olmuştur[713]. 1979'da Swiss Oil ile Gabon Devleti arasında bir petrol satım sözleşmesi imzalanmış, bu sözleşmede devletin "ticari kimlik" altında hareket ettiği

---

[710] *Westland v. AOI*, Interim Award), para. 12 vd.

[711] *Arab Republic of Egypt, AOI and others* v. *Westland Helicopters Ltd.*, Cour d'Appel (Géneve), 03.11.1987, 16 YCA 174 (1991), s. 174 vd.

[712] *Egypt v. Westland*, Tribunal Fédéral, s. 180 vd.

[713] Kararın Fransızca metni için bkz. 1989 Rev. Arb. 309; İngilizce özeti için bkz. 29 ILM 562.

belirtilmiş ve ICC (Paris) tahkim şartı da yer almıştır. 1982'de ise önceki sözleşmenin yeniden müzakeresi sonucunda Swiss Oil ile Gabon devlet şirketi Petrogab arasında bir Tadil Anlaşması (*Amendment*) imzalanmış, fakat bu anlaşmada 1979 sözleşmesinde yer alan tahkim şartına atıf yapılmamıştır. 1983 yılında Swiss Oil tarafından hem Gabon Devleti hem de Petrogab'a karşı tahkim yoluna başvurulmuş, ancak Petrogab'ın tahkim anlaşmasına taraf olmadığı yönündeki yetki itirazı tahkim heyeti tarafından kabul edilmiştir. Swiss Oil'in kararın iptali için yaptığı başvuruda Paris Temyiz Mahkemesi, Petrogab'ın tahkim anlaşmasını imzalamamış olması, devletin tahkim anlaşmasını Petrogab adına değil kendi adına imzalamış olması, tarafların ortak niyetinin Petrogab'ın bu anlaşmaya dahil edilmesi yönünde olduğunun ispatlanmamış olması ve Petrogab ile devlet arasında "tek ekonomik teşekkül" olma durumunun da söz konusu olmaması gerekçeleriyle iptal talebini reddetmiştir[714].

Milletlerarası tahkime ilişkin konularda genel olarak devletçi yaklaşımın karşısında yer alan Uluslararası Hukuk Enstitüsü dahi 1989 yılındaki *Santiago de Compostela* toplantısında kabul ettiği karar metninde "Bir devlet teşekkülünün tahkim anlaşmasını kabul etmesi tek başına devletin tahkime taraf olma rızasının bulunduğu anlamına gelmez"[715] ifadesine yer vererek devlet teşekküllerinin taraf olduğu tahkim anlaşmalarının devlete teşmilinin istisnai bir durum olduğunun altını çizmiştir.

c. Devletin Yargı ve İcra Bağışıklığının Ticari Tahkimde Uygulanması ve Devlet Teşekküllerinin Bağışıklıktan Yararlanması

i. Genel Olarak

Devletin yargı bağışıklığı[716], bir devletin kendi rızası olmaksızın herhangi bir milli veya milletlerarası yargı organı nezdinde yapılacak bir yargılamayı kabul

---

[714] *Ibid.*

[715] **Institut de Droit International**, Santiago de Compostela (1989), m. 7. (Yaz. Çev.)

[716] Bu konu ile ilgili genel olarak bkz. **Hersch Lauterpacht**, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", 28 BYIL 220 (1951); **Sompong Sucharitkul**, *State Immunities and Trading Activities in International Law*, Stevens, London 1959; **Rosalyn Higgins**, "Certain

etmeye zorlanamamasını ifade etmektedir[717]. Yargı bağışıklığı ilkesi, bir devletin başka bir devlet mahkemelerinde yargılanarak o devletin egemenliğine boyun eğmesinin devlet haysiyeti ve devletlerin egemen eşitliği ilkelerine ters düşeceği anlayışına dayanmaktadır[718].

Devletin yargı ve icra bağışıklığına ilişkin kuralların kaynağı milletlerarası teamül hukukuna dayanmaktadır[719]. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu konuda bazı milletlerarası antlaşmalar da kaleme alınmış olmakla birlikte bu antlaşmaların kapsamlarının ya konu olarak ya da uluslararası katılım olarak sınırlı kaldığını söylemek mümkündür. İlk olarak, 1963 tarihli Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin[720] 43. maddesinde konsolosluk memurları ve hizmetlilerinin "resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiiller" bakımından yargı bağışıklığından yararlanacaklarına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Kasım 2015 itibariyle 177 devletin taraf olduğu bu Sözleşme dünya çapında oldukça geniş katılıma sahip olmakla birlikte yargı bağışıklığı konusunu çok sınırlı bir çerçevede (sadece konsolosluk memurları ve hizmetlileri bakımından) düzenlemektedir. Yargı bağışıklığı konusunu bütünüyle düzenlemek üzere ilk adım Avrupa Konseyi (*Council of Europe*) bünyesinde 1972'de imzalanan Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile atılmış[721]; fakat Kasım 2015 itibariyle henüz sadece sekiz devletin onaylamış olduğu bu Sözleşme de uluslararası kapsayıcılıktan uzaktır. Yargı

Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", 29 NILR 265 (1982); **James Crawford**, "International Law of Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", 54 BYIL 75 (1983); **Christoph Schreuer**, *State Immunity: Some Recent Developments*, Grotius, Cambridge, 1988; **Isabelle Pingel-Lenuzza**, *Les Immunités des Etats en Droit International*, Bruylant, Bruxelles 1997; **Andrew Dickinson / Rae Lindsay / James P. Loonam**, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2004; **Ernest K. Bankas**, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Heidelberg 2005 **Xiaodong Yang**, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; **Hazel Fox / Philippa Webb**, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford 2013.

[717] **Yang**, s. 1-2.

[718] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 155-156; **Bankas**, s. 43.

[719] **Yang**, s. 1.

[720] Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), 24.04.1963, Yürürlük: 19.03.1967, 596 UNTS 261, TBMM Onay: 20.05.1975 (Resmi Gazete, 29.05.1975, Sayı: 15249) ("Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi").

[721] European Convention on State Immunity, 16.05.1972, Yürürlük: 11.06.1976, 1495 UNTS 181 ("Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi").

bağışıklığı konusunda Birleşmiş Milletler çatısı altında küresel nitelikli bir düzenleme yapılması çalışmaları sonucunda 2004 yılında Birleşmiş Milletler Devletlerin ve Devlet Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Sözleşme[722] Genel Kurul tarafından kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi için en az 30 devlet tarafından onaylanması gerekli olup[723], Kasım 2015 itibariyle Sözleşme'yi onaylayan devletlerin sayısı 19 olduğundan bu Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir.

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra pek çok devletin ulusal mevzuatlarında da yabancı devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler genellikle usul, icra ve milletlerarası özel hukuka ilişkin genel kanunlar dahilinde yapılırken[724], özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemini kabul eden ülkelerde yabancı devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin tüm konuları bir arada düzenlemek üzere özel kanunların kabul edildiği görülmektedir[725].

Bir devletin ve bu devlete ait malların başka bir devletin yargı organları nezdinde yargı bağışıklığına sahip olduğu ilkesi kural olarak milletlerarası antlaşmalarda[726], milli mevzuatlarda[727] ve mahkeme kararlarında[728] kabul edilmiştir. Bu bağışıklığın kural olarak dava öncesi tedbirlerini ve icra işlemlerini de kapsadığı kabul edilmektedir[729].

---

[722] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 02.12.2004 ("BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi").

[723] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 30.

[724] Örnek olarak Türkiye'deki bazı düzenlemeler için bkz. İİK m. 42(2), MÖHUK m. 49(1). Fransa'da yabancı devletlerin yargı bağışıklığının ayrı bir kanunda düzenlenmemesi ve mahkeme içtihatları çerçevesinde gelişmesinin sakıncaları ile ilgili bkz. **Nathalie Meyer-Fabre**, "Waivers Of Immunity From Execution", 30(8) Mealey's IAR 1 (2015).

[725] Örnek olarak bkz. US Foreign Sovereign Immunities Act (1976); UK State Immunity Act (1978); Canadian State Immunity Act (1985); Australian Foreign States Immunities Act (1985).

[726] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 5.

[727] US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1604; UK State Immunity Act (1978), Art. 1; (Türkiye) İİK, m. 42(2).

[728] *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No.3)*, House of Lords, 29.10.1981, [1982] A.C. 888, s. 895

[729] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 18-19; Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 23; US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1609.

ii. Devletin Yargı ve İcra Bağışıklığına Getirilen Sınırlamalar

18 ve 19. yüzyıllarda hakim olan mutlak bağışıklık (*absolute immunity*) anlayışına göre devletin ve devlete bağlı diğer tüzel kişilerin her türlü eylemlerinin ayrım yapılmaksızın yargı bağışıklığından yararlanacağı kabul edilmiş[730]; fakat 20. yüzyıldan itibaren mutlak bağışıklık anlayışından uzaklaşılarak belli durumlarda devletlerin yargı ve icra bağışıklıklarının uygulanamayacağını kabul eden sınırlayıcı yaklaşım (*restrictive approach*) artık dünya çapında baskın uygulama haline gelmiştir[731].

Sınırlayıcı yaklaşım kapsamında devletin yargı bağışıklığının kapsamı dışında kaldığı kabul edilen durumlar ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmekte ve zaman içinde değişime uğramaktadır. Örnek olarak, BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi'nde devletin yargı bağışıklığının sınırlandırılmasına ilişkin belirtilen istisnai durumlar şunlardır:

- Devletin yargı bağışıklığından feragat etmiş olması (m. 7),
- Devletin ticari nitelikli eylemlerine (*acta jure gestionis*) ilişkin uyuşmazlıklar (m. 10),
- İş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar (m. 11),
- Bir devletin başka devlet (forum devleti) topraklarında işlediği iddia edilen haksız fiillere ilişkin uyuşmazlıklar (m. 12),
- Devletin başka bir devlet topraklarında sahip olduğu malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar (m. 13),
- Fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklar (m. 14),
- Devletin başka bir devlette kurulu şirket veya diğer topluluklardaki katılımına ilişkin uyuşmazlıklar (m. 15),
- Devletin sahip olduğu veya işlettiği gemilere ilişkin uyuşmazlıklar (m. 16).

---

[730] **Shaw**, s. 701.

[731] **Shaw**, s. 704 vd.; **Yang**, s. 11 vd. Ayrıca bkz. Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi (1972), Giriş: "Milletlerarası hukukta bir Devletin yabancı mahkemeler önünde yargı bağışıklığından yararlanmasını sağlayan durumların kısıtlanmasına ilişkin bir eğilim olduğunu göz önünde bulundurarak […]"

Yabancı yatırım sözleşmeleri ile ilgili olarak bu çalışma kapsamında yukarıda sayılan istisna hallerinden ilk ikisinin kısaca incelenmesinde fayda vardır.

❖ Devletin Yargı Bağışıklığından Feragat Etmesi

Devletin yargı bağışıklığından feragat ederek başka bir devletin mahkemelerinin yargı yetkisini kabul etmesi mümkündür[732]. Milletlerarası antlaşmalarda devletin yargı bağışıklığından feragatinin sarih olması gerektiği belirtilirken[733], bazı milli mevzuatlarda zımni feragatin de kabul edildiği görülmektedir[734]. Devletin icra bağışıklığından da feragat etmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[735].

Devletin taraf olduğu bir sözleşmenin başka bir devletin hukukuna tabi kılınmış olmasının aynı zamanda bu devletin mahkemelerine karşı yargı bağışıklığından da feragat edildiği anlamına gelip gelmeyeceği ise tartışmalıdır. Gerekse BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi'nde gerekse İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu'nda bu durumun yargı bağışıklığından feragat anlamına gelmediği açık hükümle düzenlenmiş[736]; ABD'de ise bu konuda açık yasal düzenleme bulunmamakla birlikte Yabancı Devletlerin Yargı Bağışıklığı Kanunu'na ilişkin yasama raporunda uygulanacak hukukun başka bir devlet hukuku olarak belirlenmiş olması zımni feragat halleri arasında sayılmış olup ABD mahkemeleri de bu yönde kararlar vermiştir[737].

---

[732] Bu konu ile ilgili olarak bkz. **Yang**, s. 316 vd.

[733] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 7(1); Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 2.

[734] US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1605(a)(1).

[735] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 19(a); Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 23; US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1610(a)(1).

[736] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 7(2); UK State Immunity Act (1978), m. 2(2). ABD'de karşı yöndeki bir mahkeme kararı için bkz. *Ipitrade International, S.A. v. Federal Republic of Nigeria*, US District Court (Washington DC), 25.09.1978, 465 F.Supp. 824, s. 826

[737] **Yang**, s. 324; **US House of Representatives**, *Legislative History of the Foreign Sovereign Immuities Act*, Report No. 94-1487, s. 18, 1976 USCCAN 6604, s. 6617; *Ipitrade v. Nigeria*, s. 826.

❖ Devletin Ticari Nitelikli Eylemleri (*Acta Jure Gestionis*)

Devletin yargı bağışıklığının ikinci önemli istisnasını ise ticari nitelikli eylemleri (*acta jure gestionis*) ile ilgili uyuşmazlıklar teşkil etmektedir[738]. Ticari nitelikli eylemlerin yargı bağışıklığı kapsamına girmeyeceğine ilişkin düzenlemeler hem milletlerarası antlaşmalarda[739], hem de milli mevzuatlarda[740] kabul edilmiştir.

Bununla birlikte, "ticari nitelikli eylemler" kavramının tanımlanmasına ve sınırlarının çizilmesine dair tartışmalar vardır. Örneğin, İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu'nda "ticari işlem" (*commercial transaction*) kavramı, "(a) mal ve servis sağlanmasına ilişkin her türlü sözleşme; (b) her türlü krediler ve finansman sağlanmasına ilişkin diğer işlemler ve bunlar veya başka mali yükümlülükler ile ilgili verilen her türlü garanti ve teminatlar; ve (c) Devletin egemenlik yetkilerini kullanmaksızın girdiği veya iştigal ettiği (ticari, sınai, mali, profesyonel ve benzeri nitelikte) her türlü işlem ve eylemler" olarak çok geniş biçimde tanımlanmıştır[741]. Fakat daha dar tanımları kabul eden ülkeler ve mahkemeler de vardır[742]. Bu sorunun "ticari işlem" ve "ticari nitelikli eylem" gibi kavramların çok geniş ve belirsiz kavramlar olmasından kaynaklandığı, dolayısıyla bu kavramı bütünüyle tanımlamaya ve genel geçer kurallar üretmeye çalışmak yerine uygulamada tartışma konusu olan farklı örnekler üzerinden alt kategoriler oluşturarak daha özel nitelikli kuralların belirlenmesinin yerinde olacağı da belirtilmiştir[743].

---

[738] Bu konu ile ilgili olarak bkz. **Yang**, s. 75 vd.

[739] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 10; Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 4.

[740] US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1605(a)(1); UK State Immunity Act (1978), m. 3; (Türkiye) MÖHUK (2007), m. 49(1)

[741] UK State Immunity Act (1978), m. 3(3). (Yaz. Çev.)

[742] Ticari eylemler (*acta jure gestionis*) ve egemenlik haklarına ilişkin eylemlerin (*acta jure imperii*) sınırlarının çizilmesine ilişkin farklı yaklaşımlar ve çeşitli ülkelerden mahkeme kararları için bkz. **Yang**, s. 76-85.

[743] **Crawford**, "Immune Transactions", s. 114.

Devletin icra bağışıklığı bakımından da ticari amaçlar için kullanılan malların istisna teşkil edeceği yönünde düzenlemeler vardır[744]. Fakat ilgili devletin diplomatik temsilcilikleri tarafından kullanılan mallar ve banka hesapları, askeri amaçlara ilişkin olan mallar, merkez bankasına ait olan mallar, kültürel veya tarihi önemi olan mallar gibi bazı mal gruplarının ticari amaç için kullanılan mallardan sayılamayacağına yönelik düzenlemeler de yapılmıştır[745].

iii. Devletin Tahkime Rıza Göstermiş Olmasının Yargı ve İcra Bağışıklığı Üzerindeki Etkisi

Devletin belirli bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim anlaşmasını kabul etmiş olması halinde bu anlaşmanın hükümleri ile bağlı olduğu ve söz konusu uyuşmazlık bakımından yargı bağışıklığından feragat etmiş sayılacağı muhakkaktır. Uluslararası Hukuk Enstitüsü bu ilkeyi şu şekilde ifade etmiştir: "Bir yanda bir devlet, devlet teşebbüsü veya devlet teşekkülü ile diğer yanda bir yabancı teşebbüs arasında görülen tahkimlerde devletin egemen statüsüne dayanılarak tahkim heyetinin yetkisinin reddedilmesi kabul edilemez."[746] Ayrıca, devletin tahkim anlaşmasına taraf olması halinde, aksi anlaşmada belirtilmedikçe, söz konusu tahkim anlaşmasının geçerliliği ve yorumlanması, tahkimin usulü ve tahkim kararının onay veya iptali konularında karar vermeye yetkili olan mahkemelerin yetkisini de kabul etmiş varsayılacağı ve bu mahkemelere karşı da yargı bağışıklığından yararlanamayacağı kabul edilmektedir[747].

---

[744] [744] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 19(c) ("ticari olmayan amaçlar dışında kullanılan" ifadesi tercih edilmiştir); US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1605(a)(2) ("ticari faaliyetlerde kullanılan" ifadesi tercih edilmiştir).

[745] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 21; US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1611; UK State Immunity Act (1978), m. 14(4).

[746] **Institut de Droit International**, Santiago de Compostela (1989), m. 9. (Yaz. Çev.)

[747] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 17; Avrupa Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 12; UK State Immunity Act (1978), m. 9. ABD'de ise açık yasal düzenleme bulunmamakla birlikte Yabancı Devletlerin Yargı Bağışıklığı Kanunu'nun yasama raporunda "bir yabancı devletin başka bir ülkede tahkimi kabul etmesi" durumunun o ülkenin mahkemelerinin lehine yargı bağışıklığından zımni feragat olarak yorumlanacağı belirtilmiştir. Bkz. *FSIA Legislative History*, s. 18, 1976 USCCAN 6604, s. 6617

Bu kapsamda asıl tartışmalı olan konu ise, devletin tahkim anlaşması yapmasının aynı zamanda olası bir tahkim kararına ilişkin olarak icra bağışıklığından da feragat ettiği şeklinde yorumlanmasının mümkün olup olmadığıdır. BM Yargı Bağışıklığı Antlaşması'nda genel bir kural olarak devletin belirli bir uyuşmazlık için yargı bağışıklığından feragat etmiş olmasının aynı zamanda bu uyuşmazlıkla ilgili dava öncesi tedbirler ve icra işlemleri bakımından da bağışıklığından feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağı düzenlenmiştir[748]. Fakat milli mevzuatlar ve mahkeme kararlarında ters yönde bir eğilimin olduğunu söylemek mümkündür.

Avustralya'da devletin tahkim anlaşmasına taraf olması halinde olası bir tahkim kararının icrasına ilişkin olarak da bağışıklıktan feragat etmiş sayılacağı yönünde açık yasal düzenleme bulunmaktadır[749]. ABD ve İngiltere'de bu yönde açık hüküm bulunmamakla birlikte devletin tahkim anlaşmasına taraf olması halinde tahkimle ilgili konularda yargı bağışıklığından yararlanamayacağına ilişkin genel hükümler mahkemeler tarafından icra bağışıklığını da kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanmıştır[750]. İsviçre Federal Mahkemesi yargı bağışıklığından yararlanamayan bir devletin kural olarak aynı konuda yargı bağışıklığının doğal bir uzantısı olan icra bağışıklığından da yararlanamayacağını kabul etmiştir[751]. Fransız mahkemelerinin bazı eski tarihli kararlarında devletin tahkim anlaşması yapmış olmasının icra bağışıklığından da zımnen feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağı

---

[748] BM Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi, m. 20.

[749] Australian Foreign States Immunities Act (1985), m. 17(2).

[750] *Ipitrade v. Nigeria*, s. 826; *Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania*, US District Court (Washington DC), 18.11.1980, 507 F. Supp. 311, s. 312; *Svenska Petroleum v. Lithuania*, para. 117; Walker International Holdings v. Republic of Congo (US CA-5, 2004), 22.12.2004, 395 F.3d 229, s. 234.

Ayrıca "milletlerarası tahkim lehine kamu düzeni [argümanının] güçlü olması" gerekçesiyle yabancı tahkim kararının ABD'de icrasına karşı çıkan bir yabancı devletin iddiasını ispat külfetini taşıdığına dair bkz. *Compagnie Noga v. The Russian Federation*, US Court of Appeals (Second Circuit), 16.03.2004, 361 F.3d 676, s. 683.

[751] *Arab Republic of Egypt v. Cinetelevision International Registered Trust*, Tribunal Fédéral, 20.07.1979, 65 ILR 425, s. 430. Fakat bkz. *Socialist People's Arab Republic of Libya v. Libyan American Oil Company (Liamco)*, Tribunal Fédéral, 19.06.1980, 62 ILR 228 (Federal Mahkeme, yabancı devletlerin taraf olduğu bir tahkim kararının İsviçre'de icrasının ancak bu kararın konusu bakımından İsviçre ile yakın ilişki içinde olduğu durumlarda mümkün olması ve bu yakın ilişkinin de somut olayda bulunmaması nedeniyle icrayı reddetmiş; Libya'nın tahkim anlaşmasını kabul etmek suretiyle icra bağışıklığından da feragat etmiş olup olmadığı konusunda karar vermeye gerek görmemiştir).

kabul edilmiş olmakla birlikte[752], daha yeni tarihli kararlarda bu içtihadın yumuşatıldığı ve devletin tahkim anlaşmasını iyi niyetle uygulama yükümlülüğü çerçevesinde icradan da feragat etmiş sayılacağı yönünde kararlar verilmiştir[753].

Bu konu ile ilgili son olarak 2012 ICC Tahkim Kuralları m. 34(6) hükmünün[754] devletin icra bağışıklığına etkisini de ele almakta fayda vardır. Bu maddede açıkça devletin icra bağışıklığından feragat ettiği yönünde bir ifade bulunmamakla birlikte, tarafların "her türlü tahkim kararını gecikmeksizin yerine getirmeyi taahhüt" ve "her türlü başvuru hakkından […] feragat" etmeleri şeklindeki ifadelerin bu yönde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Zira, ICC tahkimini kabul eden taraflar aksini açıkça düzenlemedikleri sürece uyuşmazlığı tahkime sundukları tarihte geçerli olan ICC Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını kabul etmiş addolunurlar[755]. Fransa'da ilk olarak Paris Temyiz Mahkemesi (o tarihte geçerli olan) 1988 ICC Kuralları m. 24(2) hükmünü tahkim yargılaması sonucunda verilecek olan kararın icrası bakımından devletin icra bağışıklığından zımni feragati olarak yorumlamış[756], bu yorum daha sonra *Cour de Cassation* tarafından da *Creighton v. Qatar* kararında kabul edilmiştir[757]. Aynı yorum ABD mahkemeleri tarafından da 1998 ICC Kuralları m. 28(6) ile ilgili olarak benimsenmiştir[758].

---

[752] *République Islamique d'Iran v. Société Eurodif*, Cour d'Appel, 21.04.1982, 110 JDI 145.

[753] *Bec Frères v. Office des céréales de Tunisie*, Cour d'Appel (Rouen), 20.06.1996, 1997(2) Rev. Arb. 263, s. 267. Aynı yönde bkz. **Charles Leben**, "La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements", 302 RCADI 197 (2003), s. 250.

[754] 2012 ICC Tahkim Kuralları, m. 34(6) [1998 ICC Tahkim Kuralları, m. 28(6)]: "Her tahkim kararı taraflar üzerinde bağlayıcı olacaktır. Taraflar, uyuşmazlığı bu Kurallar altında tahkime sunmakla, her türlü tahkim kararını gecikmeksizin yerine getirmeyi taahhüt ederler ve sahip oldukları her türlü başvuru hakkından, geçerli bir feragatte bulunmaları mümkün olduğu ölçüde, feragat ederler." (Yaz. Çev.)

Bu maddenin önceki hali için bkz. 1988 ICC Tahkim Kuralları, m. 24(2): "Taraflar, uyuşmazlığı Milletlerarası Ticaret Odası nezdinde tahkime sunmakla, sonuçta verilecek tahkim kararını gecikmeksizin yerine getirmeyi taahhüt etmiş ve sahip oldukları her türlü temyiz haklarından, geçerli bir feragatte bulunmaları mümkün olduğu ölçüde, feragat etmişlerdir." (Yaz. Çev.)

[755] 2012 ICC Tahkim Kuralları, m. 6(1).

[756] *Société Norbert Beyrard France v. République de Côte-d'Ivoire*, Cour d'Appel (Paris), 09.07.1992, 1994(1) Rev. Arb. 133, s. 135.

[757] *Creighton Limited v. Ministre des Finances de l'Etat du Qatar*, Cour de Cassation, 06.07.2000, 18(3) ASA Bull. 605, s. 609. Kararı destekleyen bir yorum için bkz. **Emmanuel Gaillard**, "Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities Three Incompatible Principles", Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.), *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008, s. 179 vd. Bu kararda ICC Kuralları'nda yer

iv. Devlet Teşekküllerinin Yargı ve İcra Bağışıklığından Yararlanması

Devletlere mahsus olan yargı ve icra bağışıklığından devlet teşekküllerinin de yararlanıp yararlanamayacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. *Böckstiegel*, bu konuda karar vermek için ilgili devlet teşekkülünün ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı, eğer sahipse kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuka göre kurulmuş bir tüzel kişi mi olduğu ve sözleşme konusunun ticari işlemlerle (*acta jure gestionis*) mi yoksa kamu gücüne dayanan işlemlerle (*acta jure imperii*) ilgili olduğu gibi unsurların değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir[759]. Devlet teşekkülünün çoğunlukla ayrı tüzel kişiliği bulunduğundan bu konudaki tartışmalar devlet teşekküllerinin tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin tartışmalar ile paralel yürümektedir[760].

Devlet teşekküllerinin yargı bağışıklığından yararlanmasına ilişkin açık düzenlemelerin ne milletlerarası antlaşmalarda ne de milli mevzuatlarda getirilmediği görülmektedir[761]. Mahkemelerin genel yaklaşımı ise, devlet teşekküllerinin somut olayda uyuşmazlık konusu olan eylemlerinin niteliğini incelemek ve kamu gücüne dayanan eylemler bakımından devlete uygulanan yargı bağışıklığını devlet teşekküllerine de uygulamak yönündedir. ABD ve İngiltere'de devlete ait olan ve ekonomik hayata katılan şirketlerin kural olarak özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve (yargı bağışıklığı dahil) hiçbir konuda diğer özel

---

alan hükmün icra bağışıklığından zımni feragat olarak kabul edilmesinin "zorlama bir yorum" olduğu eleştirisi için bkz. **Nathalie Meyer-Fabre,** "Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereign States", 15(9) Mealeys' IAR 1 (2000), s. 3 vd.

[758] *Walker International Holdings v. Republic of Congo*, US Court of Appeals (Fifth Circuit), 22.12.2004, 395 F.3d 229, s. 234.

[759] **Böckstiegel**, *State Entities*, s. 39-40.

[760] Fakat dikkat edilmelidir ki, devletin devlet teşekkülü tarafından imzalanmış olan bir sözleşmeye taraf kabul edilmesine ilişkin teorilerden sadece tüzel kişilik perdesinin faraziyesinin yok sayılması sonucunu doğuranların (*alter ego*, vasıtalık, özdeşlik, çelişkili işlem yasağı, hakkın kötüye kullanılması ve devlet ile işlevsel özdeşlik gibi) yargı bağışıklığı konusunda uygulanması mümkün olup, vekalet, grup şirketleri ve onaylama-icazet gibi teorilerde devlet teşekkülünün devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğu faraziyesi bertaraf edilmediğinden bunların yargı bağışıklığı konusunda uygulama alanı bulmaları genellikle mümkün olmayacaktır.

[761] Devlet teşekküllerinin mallarına icra yapılmasına ilişkin bkz. US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1610(b).

şirketlerden farklı muameleye tabi tutulmamaları gerektiği ilkesi köklü içtihatlarla yerleşmiş olmakla birlikte[762]; yabancı devlet teşekküllerinin kamusal nitelikli (*jure imperii*) eylemlerinin yargı bağışıklığından yararlanacağı ve bunların sadece ticari nitelikli (*jure gestionis*) eylemlerinden ötürü yargılanabileceği kabul edilmektedir[763]. İsviçre Federal Mahkemesi, Türkiye ve Peru Merkez Bankaları ile İsviçre Havayolları (*Swissair*) hakkında vermiş olduğu kararlarda kural olarak devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olan devlet teşekküllerinin yargı bağışıklığından yararlanamayacağını, bu teşekküllerin sadece egemenlik haklarından kaynaklanan (*jure imperii*) eylemleri bakımından istisnai olarak bağışıklıktan faydalanabileceğini belirtmiştir[764]. Hollanda mahkemeleri de İran Milli Petrol Şirketi (*NIOC*) ve Alman Demiryolları (*Deutsche Bundesbahn*) ile ilgili kararlarında bu teşekküllerin "devlet organı" statüsünde oldukları ve eylemlerinin de kamu gücüne dayanan eylemler olarak kabul edilmesi gerektiği gerekçeleriyle yargı bağışıklığına sahip olduğuna hükmetmiştir[765]. Bu konuda ayrık bir görüş ise Almanya'da Frankfurt Eyalet Mahkemesi tarafından Nijerya Merkez Bankası'na ilişkin bir kararda benimsenmiş ve devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olan devlet teşekküllerinin egemenlik haklarından kaynaklanan işlevleri yerine getirmeleri halinde dahi yargı bağışıklığından yararlanamayacağına hükmedilmiştir[766].

Devlet teşekküllerinin mallarının icra bağışıklığı kapsamında olup olmadığı ve devletin borçlarından ötürü devlet teşekküllerinin mallarına icra işlemi uygulanmasının mümkün olup olmadığı gibi tartışmalar da uygulamada önem

---

[762] *Bank of the United States v. Planters' Bank of Georgia*, s. 907; *Lynch v. United States*, US Supreme Court, 04.06.1934, 292 U.S. 571, s. 579; *Tamlin v. Hannaford*, s. 24.

[763] *Carey v. National Oil Company*, United States Court of Appeals (Second Circuit), 24.01.1979, 592 F.2d 673; *In the Matter of the Complaint of Sedco, Inc.*, US District Court (Texas), 30.03.1982, 21 ILM 318, s. 321; *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company (No. 1)*, House of Lords, 24.07.1995, 103 ILR 340, s. 343, 397-402, 405-406.

[764] *Banque Centrale de République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA*, Tribunal Fédéral, 15.11.1978, 65 ILR 417; *Banco de la Nación Lima v. Banco Cattolica del Veneto*, Tribunal Fédéral, 21.03.1984, 82 ILR 10; *Swissair v. X*, Tribunal Fédéral, 27.11.1985, 82 ILR 36.

[765] *N.V. Cabolent v. National Iranian Oil Company*, District Court (Hague), 15.04.1965, 5 ILM 477; *Brinkhof NV v. NV Nederlandse Spoorwegen and Deutsche Bundesbahn*, District Court (Utrecht), 14.01.1969, 1 NYIL 229, 65 ILR 354.

[766] *Central Bank of Nigeria case*, Landsgericht (Frankfurt), 02.12.1975, 65 ILR 131.

taşımaktadır, zira bir devlete karşı kendi topraklarında icra yoluna başvurulması çoğunlukla sonuç vermeyeceğinden ve devletlerin yurtdışındaki malları da (konsolosluk malları, merkez bankasına ait hesaplar vs.) çoğunlukla egemenlik haklarına ilişkin mallar kabul edildiğinden, devlete karşı bir tahkim kararını icra etmek isteyen bir davacının en büyük umudu genellikle bu kararı devlet teşekküllerinin malları (devlet havayolu şirketinin uçakları, petrol şirketinin banka hesapları veya taşıma şirketinin gemileri gibi) üzerinde icra etmektir.

ABD'de bu konu özel kanun hükmü ile düzenlenerek yabancı devlet teşekküllerinin mallarının üzerinde icra işlemi yapılmasının ancak devletin yargı ve icra bağışıklığına ilişkin istisnai durumlardan (feragat, ticari işlem, vs.) birinin devlet teşekkülü için de söz konusu olması halinde mümkün olacağı belirtilmiştir[767]. Fransa'da ise mahkemelerin genel yaklaşımının devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olan devlet teşekküllerinin malları üzerinde devletin borçlarına yönelik icra işlemi yapılmasına izin vermemek yönünde olduğu[768], istisnai olarak devletin teşekkül üzerinde sıkı kontrolünün bulunması ve teşekkülün kamusal nitelikli işlevleri üstlenmesi gibi durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanarak icraya izin verildiği görülmektedir[769].

Artık devletler yabancı yatırım sözleşmelerine doğrudan taraf olmaktansa çoğunlukla bu iş için özel olarak bazı devlet teşekküllerini görevlendirdiklerinden, devlet teşekküllerinin yargı ve icra bağışıklığı konusu yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından da büyük önem arz eden bir konudur. Yabancı yatırım sözleşmeleri çoğunlukla ticari nitelikli (ortak şirketlerin kuruluşu ve yönetimi, gelirlerin paylaşımı

---

[767] US Foreign Sovereign Immunities Act (1976), § 1610(b).

[768] *Benvenutti et Bonfant v. Banque commerciale congolaise*, Cour de Cassation (1e civ.), 21.07.1987, 115 JDI 108 (1988); *Navrom Romanian Maritime Navigation v. Buenamar Compania Naviera*, Cour de Cassation (1e civ.), 06.07.1988, 116 JDI 376 (1989); *Office des céréales de Tunisie v. Bec frères*, Cour de Cassation (1e civ.), 04.01.1995, 122 JDI 649 (1995); *Secil Maritima v. Recofi*, Cour de Cassation (Com.), 01.10.1997, 1997 Rev. Crit. DIP 751; *Dumez GTM v. Etat Irakien*, Cour de Cassation (1e civ.), 15.07.1999, 127 JDI 45 (2000); *Compagnie Noga d'importation et d'exportation v. EADS France*, Cour de Cassation (1e civ.), 12.05.2004, 2004 Bull. Civ. I, No. 135.

[769] *Société nationale des pétroles du Congo v. Walker International Holdings Ltd.*, Cour d'Appel (Paris), Case No. 2002/03185, 03.07.2003, (kararın tam metni için bkz. **Gaillard / Younan**, Annex 5); *Winslow Bank & Trust Company Limited v. Société nationale des hydrocarbures*, Cour d'Appel (Paris), Case No. 2002/20287, 22.01.2004 (**Gaillard / Younan**, Annex 6). Bu konuda Fransız mahkemelerinin incelemesi için bkz. **Gaillard**, "Effectiveness of Arbitral Awards", s. 188 vd.

vs.) hükümler ile devletin egemenlik haklarına dayanan (imtiyaz verilmesi, vergi muafiyetleri, döviz transferi ve yabancı personel çalıştırma sınırlamalarından muafiyet vs.) hükümlerin bir arada yer aldığı karma nitelikli sözleşmeler olduğundan, bu sözleşmelere taraf olan devlet teşekkülünün eylemlerinin ticari nitelikli eylemler (*jure gestionis*) olarak mı yoksa egemenlik haklarına ilişkin (*jure imperii*) eylemler olarak mı değerlendirileceği sorunu olası uyuşmazlıklarda hem yargı hem icra aşamasında sıklıkla tartışma konusu olmaktadır[770]. Daha sonra bu tür tartışmaların yaşanmasının önüne geçmek adına yabancı yatırım sözleşmelerinde devlet teşekkülünün sözleşme kapsamındaki eylemlerinin ticari nitelikli olduğu ve yargı bağışıklığı kapsamında yer almadığına yönelik açıklayıcı hükümlerin eklenmesi yerinde olacaktır.

C. Yatırım Tahkimi

1. Genel Olarak

2. Dünya Savaşı sonrasında dünyanın hızla değişen siyasi çehresi uluslararası yatırımlara da yansımış, bir yandan sayıları hızla artan bağımsız devletlerin yabancı yatırımcıların elindeki ekonomik kaynaklarının kontrolünü ele almak için uyguladıkları geniş çaplı kamulaştırma politikaları çok sayıda yatırım uyuşmazlıklarına yol açarken, diğer yandan da bu devletlerin ekonomik kalkınmalarını sağlamak için yabancı sermayeye ihtiyaç duymaları sonucunda ortaya karmaşık bir ilişkiler yumağı çıkmıştır. Klasik Dönemin bir kurumu olan diplomatik koruma kavramı artık ne ev sahibi devletlerin ne de yabancı yatırımcıların ihtiyaçlarına cevap verebilir hale geldiğinden, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde hem devletlerin egemenlik kaygılarını hem de yatırımcıların hukuki güvenlik ihtiyaçlarını tatmin edebilecek daha etkili hukuki mekanizmaların geliştirilmesi zorunluluğu hasıl olmuştur. Bu mekanizmalar ise, ilki 1959 yılında Almanya ile Pakistan arasında imzalandıktan sonra dünya çapında hızla yayılan milletlerarası yatırım antlaşmaları ve bu antlaşmalar kapsamındaki yatırım

---

[770] Örneğin Hollanda'da Lahey mahkemesi İran Milli Petrol Şirketi (NIOC)'nin Kanadalı bir petrol şirketi ile imzaladığı imtiyaz sözleşmesi kapsamında devlet egemenliğine dayanarak hareket ettiğine kanaat getirmiş ve NIOC'nin yargı bağışıklığından yararlanacağına hükmetmiştir. Bkz. *N.V. Cabolent v. NIOC*, 5 ILM 477.

uyuşmazlıklarının çözümü için merkezi bir yapı oluşturmak amacıyla 1965'te Dünya Bankası çatısı altında imzalanan ICSID Sözleşmesi ile sağlanmıştır.

Milletlerarası yatırım antlaşmaları ve ICSID üzerine kurulan bu yeni yatırım tahkimi sistemi, bir yandan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sürecinin siyasi çıkar çatışmalarından arındırılıp objektif hukuki kriterler üzerine oturtulmasını sağlaması ve iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi formaliteleri ortadan kaldırması nedeniyle yatırımcıların hukuki güvenlik ihtiyaçlarına cevap verebilirken, diğer yandan da egemenlik kaygıları taşıyan devletlere tahkim süreçlerine riayet edip verilen kararlara uydukları sürece diplomatik koruma uygulamaları ile karşı karşıya kalmayacakları güvencesini sunmuştur[771].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarının büyük bölümünde ICSID'in yanı sıra ICC, SCC ve benzeri tahkim kurumları veya (genellikle UNCITRAL kurallarına göre) *ad hoc* tahkime başvurulması gibi ilave imkanlar da yatırımcıların seçimine sunulmakla birlikte yatırımcılar tarafından en çok tercih edilen tahkim kurumunun ICSID olduğu görülmektedir. 2014 yılı sonu itibariyle kayıtlara girmiş olan toplam 608 yatırım tahkiminin[772] 497 tanesi ICSID bünyesinde başlatılmıştır[773]. ICSID'in diğer kurumlara göre daha fazla tercih edilmesinin nedenleri olarak, ICSID hakem kararlarına ilişkin iptal istemlerinin devlet mahkemelerinin önüne gitmeksizin yine ICSID'in iç mekanizmalarıyla karara bağlanması, ICSID hakem kararlarının ayrıca tenfiz edilmeksizin ICSID'e taraf olan tüm devletlerde icra edilebilmesi, ICSID hakem kararlarının büyük çoğunluğunun yayınlanması nedeniyle diğer kurumlara göre daha fazla şeffaflığa sahip olması, tahkim sürecine ilişkin net ve makul masraf planlarının olması ve Dünya Bankası'nın tüm dünyada güven duyulan bir kurum olması gösterilmektedir[774]. Ayrıca, ICSID tahkim kararlarına uyma yükümlülüğünün bir milletlerarası antlaşma hükmü niteliğinde olması[775] ve ICSID'in Dünya Bankası'nın bir parçası olması nedeniyle, devletlerin diğer tahkim kararlarına kıyasla

[771] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 416.

[772] **UNCTAD**, *2014 ISDS Review*, s. 1.

[773] **ICSID:** *The ICSID Caseload – Statistics*, Issue 2015-1, Washington DC 2015, s. 7.

[774] **Reed / Paulsson / Blackaby**, 2011, s. 14-17.

[775] ICSID Sözleşmesi, m. 53.

ICSID tahkim heyetleri tarafından verilen kararlara uymaya daha meyilli oldukları da ifade edilmiştir[776].

ICSID Sözleşmesi hükümleri dairesinde gerçekleştirilen tahkim sürecinin yanı sıra, 1978'de kabul edilen ICSID Ek Mekanizma (*Additional Facility*) ile uyuşmazlığın taraflarından birinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet veya taraf olmayan bir devletin vatandaşı olduğu durumlarda da uyuşmazlığın ICSID bünyesinde görülebilmesine imkan sağlanmıştır. ICSID Ek Mekanizma kapsamında açılan davalara ICSID Sözleşmesi hükümleri uygulanmamakta ve bu davalar tamamen ICSID Ek Mekanizma Kuralları kapsamında görülmektedir. Ek Mekanizma kapsamında görülen uyuşmazlıkların bir doğrudan bir yatırımdan kaynaklanıyor olması zorunlu değildir, ancak Ek Mekanizma kapsamında başvurulan tüm başvuruların kaydedilmesi ICSID Genel Sekreteri'nin onayına tabi olduğundan tamamen ticari nitelikli uyuşmazlıkların bu kapsamda görülmesi yine de mümkün olmamaktadır. Ayrıca, Ek Mekanizma kapsamında görülen davalar sonucunda verilen hakem kararlarının tenfizi ve icrası de ICSID Sözleşmesi hükümlerine göre değil, diğer tahkim kararları gibi milli mahkemelerden alınacak kararlar vasıtasıyla olacaktır. Bu nedenle Ek Mekanizma kapsamında başlatılacak davalarda tahkim yerinin New York Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet olması zorunlu kılınmıştır[777].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında ICSID tahkiminden sonra en fazla yer verilen uyuşmazlık çözüm yolunun UNCITRAL kurallarına göre görülecek *ad hoc* tahkim olduğu belirtilmektedir[778]. Önde gelen tahkim kurumlarının içinde de en fazla tercih edilenler Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) ve Stockholm Ticaret Odası (SCC) olarak göze çarpmaktadır. 2012 yılı itibariyle yürürlükte olan YKTK anlaşmalarının yaklaşık %18'inde ICC tahkimi seçeneğinin sunulduğu saptanmıştır[779]. Doğu-Batı arasındaki uyuşmazlıklarda tercih edilen bir tahkim kurumu olmasıyla bilinen (ve bu nedenle EŞA'da da sunulan tercihlerden biri olan) SCC'nin ise, 2012 yılı itibariyle

---

[776] **Bishop / Dimitroff / Miles**, s. 653.

[777] *Ibid.*, s. 17-19; **Newcombe / Paradell**, s. 29.

[778] **David D. Caron / Lee M. Caplan**, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 7.,

[779] **ICC**, *States, State Entities and International Arbitration*, s. 2.

64 farklı devletin tarafın olduğu 121 yatırım antlaşmasında yatırımcılara seçenek olarak sunulduğu belirtilmiştir[780].

2. Devletin Tahkim İzni ve Bunun Beyan Edildiği Hukuki Metinler

Milletlerarası yatırım antlaşmalarına taraf olan devletler, bu antlaşmalara taraf olan diğer devletlerin vatandaşlarına karşı belirli muamele standartlarını gözetme yükümlülüğünü karşılıklı olarak üstlenmektedirler. Öte yandan, bir milletlerarası yatırım antlaşması kapsamında bir taraf devletin üstlendiği yükümlülük, diğer taraf devletin (veya devletlerin) tüm vatandaşlarına karşı tek tek üstlenilmemiş olup sadece antlaşmanın tarafı olan diğer devlete (veya devletlere) karşı üstlenilmiştir. Bununla birlikte, antlaşmanın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerinde her bir taraf devlet, diğer taraf devletin (veya devletlerin) vatandaşlarının kendisine karşı antlaşmada korunan haklarına ilişkin talepleri ile ilgili olarak (belirli koşullarla ve belirli forumlarla sınırlı olmak üzere) milletlerarası tahkime rıza gösterdiklerini beyan ettiklerinden, ilgili yatırım antlaşmasına taraf olmayan yatırımcıların da antlaşmada devlet tarafından beyan edilmiş olan tahkim izni sınırları dahilinde doğrudan devlete karşı tahkime başvurmaları mümkün olmaktadır[781].

ICSID tahkiminde tarafların tahkim izinlerinin belirtilmesine ilişkin düzenlemeler ICSID Sözleşmesi m. 25'te yapılmıştır. Fakat ICSID Sözleşmesi'nin onay kanununun ekinde yer alan Türkçe çevirisinde, ICSID'in yetkisinin temelini oluşturan bu maddenin ilk fıkrasının çevirisinin İngilizce orijinal metni tam olarak yansıtmaması nedeniyle bu konuda bir düzeltme yapmak gerekmektedir.

27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanunun ekinde yer alan "ICSID Ana Sözleşmesi" metninin 25(1) maddesi şu şekildedir:

"Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan

[780] **Annette Magnusson**, "The SCC Experience of Investment Arbitration under UNCITRAL Rules", *Euro-Arab Investor-State Dispute Settlement: Recent Developments and Future Perspectives*, Cairo 2012, s. 2-4.

[781] **Brownlie / Crawford**, s. 716.

kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz."

Bu maddenin İngilizce orijinal metninde[782] uyuşmazlığın her iki tarafının da (yatırımcı ile devlet) söz konusu uyuşmazlığı ICSID'e sunmak yönünde yazılı izinlerinin bulunması gerektiği ifade edilirken, onay kanununun ekindeki Türkçe metinden sanki yazılı izin sunması gereken tarafın sadece yatırımcı olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Fakat bu kesinlikle yanlıştır. ICSID'in yetkisinin söz konusu olması için her iki tarafın da bu yönde yazılı izinlerinin bulunması gerektiği ve devletlerin salt ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmakla (ayrıca yazılı izinleri olmaksızın) uyuşmazlıkları tahkime veya arabuluculuğa sunma yükümlülüğü altına girmedikleri, ICSID Sözleşmesi'nin giriş kısmında[783], hazırlık müzakerelerinde[784], Sözleşme'nin ekinde yayınlanan icra direktörleri raporunda[785] ve doktrinde önde gelen yazarların eserlerinde[786] açıkça ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, maddenin İngilizce orijinal metni göz önünde bulundurulduğunda, şöyle bir çevirinin daha uygun olduğu görüşündeyiz:

---

[782] *"The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State,* ***which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.*** *When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."*

[783] *"Arabulucuların tavsiyelerine uygun görüş ve herhangi bir hakem kararına uymayı gerektiren bağlayıcı bir anlaşmayı tesis eden bu gibi kolaylıklar yoluyla bu tip anlaşmazlıkların uzlaştırma ve hakemliğe sunulması için tarafların karşılıklı mutabakatı gereğini kabul ederek, ve*

Hiç bir âkit devletin, bu sözleşmeyi onaylamış teyid etmiş ya da kabul etmiş olduğu gerçeğine rağmen, kendi rızası olmaksızın herhangi bir anlaşmazlığı uzlaştırma veya hakemliğe sunma yükümlülüğünde olmadığını ilan ederek,"

[784] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 68, 69, 74, 77, 82-83, 135-136, 241, 257, 258, 303, 334, 335, 464, 492, 563, 566.

[785] Report of the Executive Directors, para. 23: "Tarafların izni, Merkezin yargı yetkisinin temel taşıdır." (Yaz. Çev.)

[786] **Broches**, "The Convention", s. 352; **Georges R. Delaume**, "ICSID Arbitration: Practical Considerations", 1(2) JIA 101 (1984), s. 104; **Christoph Schreuer**, "Consent to Arbitration", Peter Muchlinski / Federico Ortino / Christoph Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 830 vd., s. 831; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 190.

"Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile diğer Âkit devlet vatandaşları arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan ***ve uyuşmazlığın taraflarının Merkeze sunmak üzere rızalarını yazılı olarak beyan etmiş oldukları*** *hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz."*

Devletin ICSID veya başka herhangi bir forum lehine tahkim iznini beyan etmesi temelde üç şekilde olabilmektedir[787]:

- Devletle yatırımcı arasında tahkim anlaşmasının bulunması
- Bir milletlerarası yatırım antlaşmasında tahkim iznini içeren hüküm bulunması
- Devletin iç mevzuatında tahkim iznine ilişkin hüküm bulunması

Birinci ihtimalde anlaşmanın diğer tarafı olan yatırımcı da aynı anlaşma kapsamında tahkim iznini beyan etmiş olacağından tarafların karşılıklı yazılı izinleri anlaşma anından itibaren mevcuttur. Milletlerarası antlaşmalar veya devletin iç mevzuatında yer alan tahkim izni hükümleri ise devletin tahkim anlaşması kurmak yönünde gerekli koşulları sağlayan tüm yatırımcılara karşı bir teklif, bir nevi umuma icap, olarak görülebilir. Böyle bir teklifin bulunması halinde yatırımcının tek taraflı olarak tahkimi kabul ettiğine dair beyanını ilgili tahkim kurumuna sunması yeterli olacaktır. Zira devlet ile yatırımcının tahkim izinlerinin aynı anda veya aynı belge üzerinde ifade edilmiş olması gibi bir zorunluluk yoktur[788].

a. Devletle Yatırımcı Arasındaki Tahkim Anlaşması

Devletle yatırımcı arasındaki tahkim anlaşması, bir yabancı yatırım sözleşmesinin içinde tarafların gelecekte çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin tahkim izinlerini beyan ettikleri bir tahkim şartı şeklinde düzenlenebileceği gibi, taraflar

---

[787] **UNCTAD:** *Dispute Settlement: ICSID, 2.3. Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, United Nations Publication, New York & Geneva 2003, s. 6; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 190.

[788] Report of the Executive Directors, para. 24; SPP v. Egypt (ICSID, 1985, Jurisdiction) (YCA, 1991), s. 20.

arasında uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bu somut uyuşmazlığın çözümü için müstakil olarak imzalanan ve milletlerarası hukukta genellikle tahkimname (*compromis*) olarak adlandırılan bir anlaşma şeklinde de olabilir[789]. ICSID bünyesinde başlatılmış olan tahkimlerin %18,3'ünde tarafların tahkim izinleri devletle yabancı yatırımcı arasında imzalanmış sözleşmelerden kaynaklanmıştır[790]. Bunların büyük çoğunluğunu yabancı yatırım sözleşmeleri oluştururken[791], daha çok devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen *compromis* yoluyla tarafların tahkim izinlerini belirtmeleri yatırım uyuşmazlıklarında nadir görünen bir durumdur[792].

Devlet teşekkülleri ve yerel yönetimler gibi devletin resmi organı olmayan tüzel kişilerce imzalanan yabancı yatırım sözleşmelerinde devlet adına tahkim izni verilmiş olması halinde bunun geçerliliği hassas bir konudur. ICSID Sözleşmesi m. 25(3)'te getirilen *"Âkit ülkelerin herhangi bir alt birimi veya temsilcisi tarafından verilen rızalar, bu devletin ayrıca onayının gerekmediğini bildirmediği durumlarda, devletin [onayını gerektirir]."* hükmü ile bu tür sözleşmelerdeki tahkim izninin

---

[789] Report of the Executive Directors, para. 24; Kaiser Bauxite v. Jamaica, Decision on Jurisdiction, 6 July 1975, para. 21; **UNCTAD**, *Consent to Arbitration*, s. 7; **C. Felix Amerasinghe**, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff, Leiden 2009, s. 445; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 193.

[790] **ICSID**, *Caseload Statistics 2015-1*, s. 10.

[791] Bazı örnekler: *Adriano Gardella S.p.A. v. C^ote d'Ivoire*, ICSID Case No. ARB/74/1, Award, 29.08.1977, 1 ICSID Rep. 287; *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction, 06.07.1975, 1 ICSID Rep. 298; *AGIP v. Congo*, Award; *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, Award; Amco v. Indonesia, 1 ICSID Reports 392; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21.10.1983, (1984) Rev. Arb. 19, 111 JDI 409 (1984), 10 YCA 71 (1985), 2 ICSID Rep. 9, 114 ILR 157 (1999); *SOABI v. Senegal*, Jurisdiction; *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21.04.1986, 115 JDI 181 (1988), 3 ICSID Reports 13; *Vacuum Salt v. Ghana*, Award; *Mobil Oil Corporation and others v. New Zealand*, ICSID Case No. ARB/87/2, Findings on Liability, Interpretation and Allied Issues, 04.05.1989, 4 ICSID Rep. 140; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 01.02.2006; *Aguaytia v. Peru*, Award; *Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/06/10, Award, 17.05.2010; *Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. v. Republic of Honduras*, ICSID Case No. ARB/99/8, Award, 19.10.2000.

[792] Bazı örnekler: *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award, 06.01.1988, 4 ICSID Rep. 61, 80; *Swiss Aluminium Ltd. and Icelandic Aluminium Co. Ltd. v. Iceland*, Case No. ARB/83/1, Order Noting Discontinuance, 06.03.1985; *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica*, Case No. ARB/96/1, Award, 17.02.2000, 15 ICSID Rev. – FILJ 169 (2000), 5 ICSID Rep. 157, 39 ILM 1317 (2000).

geçerliliği devletin onayına bağlanmıştır. Bir devlet teşekkülü veya alt birimin ICSID Sözleşmesi m. 25(1) kapsamında ICSID nezdinde yetkilendirilmiş olması sadece bu tüzel kişinin ICSID nezdinde dava ehliyetine (*locus standi*) sahip olması anlamına gelmekte olup ayrıca devletin bu tüzel kişi tarafından verilmiş tahkim izinlerine onay verdiği şeklinde anlaşılmamalıdır[793]. *Cable Television v. St. Kitts and Nevis* kararında, yatırımcı ile Nevis Adası'nın bölgesel yönetimi (NIA) arasında imzalanmış olan sözleşmede yer alan tahkim izni, devlet tarafından madde 25(3) kapsamında onaylanmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılmış ve bundan ötürü tahkim heyetinin yetkisinin bulunmadığına hükmedilmiştir[794]. Ayrıca devletin onayının doğrudan ICSID'e veya yatırımcıya yöneltilecek bir beyanla yapılması da zorunlu değildir. Devletin iç mevzuatında yapılan yetkilendirmeler, iç yazışmalar, tek taraflı irade beyanları veya bu anlama gelebilecek her türlü yazılı beyanlar devletin onayı olarak kabul edilebilir[795]. Örneğin, *Noble Energy v. Ecuador* kararında, yatırımcı ile Ekvador'un devlet enerji şirketi CONELEC arasındaki imtiyaz sözleşmesinde yer alan tahkim izni incelenmiş, Ekvador yasalarında göre CONELEC genel müdürüne tahkime rıza gösterme hakkının tanınmış olması ve sözleşmenin "onur şahidi" ('*Testigo de honor*') sıfatıyla Ekvador Devlet Başkanı tarafından da imzalanmış olması devletin tahkim iznini onayladığı şeklinde yorumlanmıştır[796].

Yatırımcı ve devletin karşılıklı tahkim izinlerini beyan ettikleri sözleşmeleri devletin tahkim iznini tek taraflı olarak beyan ettiği araçlardan ayıran önemli bir nokta tahkim izninin geri alınması konusudur. ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'de belirtilen tahkim izninin tek taraflı geri alınması yasağı, sadece tarafların karşılıklı olarak tahkim izinlerini beyan ettikleri durumlarda geçerli olacaktır. Dolayısıyla, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan herhangi bir taraf devletin Sözleşme'nin 71. maddesine göre Sözleşme'den çekilmesi halinde bu devletin milletlerarası antlaşmalar ve mevzuat hükümleri yoluyla tek taraflı olarak beyan etmiş olduğu

---

[793] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 150, 338.

[794] *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 13.01.1997, 13 ICSID Rev. – FILJ 328 (1998); 5 ICSID Rep. 108, para. 2.33.

[795] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 339.

[796] *Noble Energy v. Ecuador*, Jurisdiction, para. 178-182.

tahkim izinleri (çekilmenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar devlete bildirimde bulunarak veya dava açarak tahkim izinlerini beyan etmemiş olan yatırımcılar bakımından) geçerliliğini yitirecek, fakat devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerde yer alan karşılıklı tahkim izinleri ICSID Sözleşmesi'nin 25(1) ve 72. maddelerinde ifade edilen tek taraflı geri alma yasağından faydalanarak geçerliliğini sürdürecektir. Aynı durum, devletin tahkim iznini m. 25(4)'e göre konu bakımından veya m. 70'e göre coğrafi olarak kısıtlaması (yani iznini kısmen geri alması) durumunda da geçerli olacaktır[797].

b. Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları

Yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin milletlerarası antlaşmaların ilk örnekleri 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın ilk yarısında devletler arasında yaygın biçimde imzalanan dostluk, ticaret ve seyrüsefer (DTS) (*friendship, commerce and navigation – FCN*) antlaşmalarıdır. Bu antlaşmalar kapsamında devletler kendi topraklarında diğer devletlerin vatandaşlarına uygulanacak muamele standartları ve özellikle de malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin karşılıklı güvenceler vermişlerdir. Fakat DTS antlaşmalarında bir taraf devletin vatandaşlarının diğer taraf devlete karşı taleplerini doğrudan dermeyan etmelerine imkan tanıyan uyuşmazlık çözüm hükümlerine yer verilmemiş, bu tür hükümler 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dünya çapında hızla yayılan milletlerarası yatırım antlaşmalarında ortaya çıkmıştır[798].

Milletlerarası yatırım antlaşmaları ile devletler, diğer taraf devletin (veya devletlerin) vatandaşlarına karşı genel nitelikli bir tahkim izni teklifinde bulunmaktadırlar. Bu teklif ana olarak iki şekilde yapılabilir. Birinci ihtimalde taraf devletlerin gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin tahkim izni verdiği bağlayıcı bir şekilde belirtilmekte[799], ikinci ihtimalde ise böyle bir bağlayıcı ifade kullanılmaksızın taraf devletlerin gelecekte karşı tarafın yatırımcılarından gelecek

---

[797] **Amerasinghe**, *Specific International Tribunals*, s. 443-444; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 256-257.

[798] **Alexandra Diehl**, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn 2012, s. 38-39.

[799] Örneğin Türkiye-ABD YKTK Anlaşması, m. VI(3)(b): *"Bu şekilde, Taraflardan her biri, yatırım anlaşmazlığının, hakem marifetiyle çözülmesi için [ICSID'e] başvurulmasına muvafakat etmektedir."*

tahkim taleplerini kabul etme taahhüdü ortaya konmaktadır[800]. Devletin bağlayıcı olarak tahkim iznini belirttiği durumlarda yatırımcının devlete ileteceği bir kabul beyanı veya doğrudan ICSID'e yapacağı başvuru ile tahkim iznini fiilen ortaya koymuş olması tarafların karşılıklı tahkim izinlerinin bulunması bakımından yeterli kabul edilecektir. Fakat devletin tahkim iznini peşinen beyan etmeyip ileride izin vermeyi taahhüt etmiş olduğu durumlarda yatırımcının tek taraflı beyanı veya başvurusu karşılıklı izin gerekliliğini sağlamaya yetmeyecek, devletin de yatırımcı ile birlikte tahkim iznini yazılı olarak ICSID'e iletmesi gerekecektir. Bu durumda devletin taahhüt etmiş olduğu şekilde tahkim iznini vermemesi bu devletin ilgili milletlerarası yatırım antlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi ve milletlerarası sorumluluğunun doğması anlamına gelebilir, ancak yine de bu durumda karşılıklı tahkim izni bulunmadığından uyuşmazlığın ICSID'e sunulması mümkün olmayacaktır[801]. *CSOB v. Slovakia* kararında ise, davalı devlet ilgili YKTK anlaşmasının uyuşmazlık çözümü maddesine[802] göre yatırımcı ve devletin uyuşmazlığı ICSID'e "birlikte" sunmalarının zorunlu olduğunu iddia etmiş, fakat ilgili maddenin muğlak bir ifade içerdiğini tespit eden tahkim heyeti bu muğlaklık durumunda söz konusu ifadeyi yatırımcıları milletlerarası tahkimin korumasından mahrum bırakacak şekilde yorumlamanın yatırım antlaşmalarının ana amacına aykırı düşeceğini belirterek yatırımcının tek başına ICSID'e başvurma hakkının olduğunu kabul etmiştir[803].

Devletin, bir milletlerarası yatırım antlaşmasında sunduğu tahkim izni teklifini tek taraflı olarak geri alması, milletlerarası hukukta *pacta sunt servanda* ilkesi ışığında antlaşmalar bağlayıcı kabul edildiğinden[804] çok olası değildir. Fakat

---

[800] Örneğin Japonya-Mısır YKTK Anlaşması (1988), m. 11: *"Her bir Taraf Devlet, diğer Taraf Devletin bir vatandaşı veya şirketini yapmış olduğu yatırımdan kaynaklanan her türlü hukuki uyuşmazlıkların söz konusu vatandaş veya şirketin talebi üzerine [ICSID Sözleşmesi] hükümlerine göre arabuluculuk veya tahkime sunulmasına rıza gösterecektir."* (Yaz. Çev.)

[801] **UNCTAD**, *Consent to Arbitration*, s. 17-19; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 207-208.

[802] Çek Cumhuriyeti – Slovakya YKTK Anlaşması (1992), m. 8(1): *"Eğer bir Tarafın yatırımcısı ile diğer Taraf arasındaki uyuşmazlık üç aylık sürenin sonunda hâlâ devam ediyorsa, yatırımcı ve Tarafın uyuşmazlığı aşağıdakilerden birine sunma hakları olacaktır."* (Yaz. Çev.)

[803]

[804] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969), m. 26: *"Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir."*

antlaşma taraflarının karşılıklı anlaşması halinde bu mümkün olabileceği gibi, bir taraf devletin ICSID Sözleşmesi m. 71'e göre Sözleşme'den çekilmesi veya Sözleşme'nin uygulanmasını m. 70'e göre coğrafi olarak ya da m. 25(4)'e göre konu bakımından kısıtlaması gibi durumlarda ilgili devletin milletlerarası yatırım antlaşmasında sunmuş olduğu tahkim izni teklifinin tamamen veya kısmen geçerliliğini kaybetmesi de söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'de belirtilen tahkim izninin geri alınması yasağından sadece devletin tahkim izni teklifini geri aldığı tarihe kadar bu teklifi kabul etmiş olan yatırımcılar faydalanabilecektir[805]. Bir yatırımcının devlet tarafından sunulan tahkim izni teklifini kabul etmesi, henüz ortada herhangi bir uyuşmazlık yokken gelecekte ortaya çıkabilecek olası uyuşmazlıklarda ICSID'in (veya antlaşmada belirlenen başka bir tahkim merciinin) yetkisinin yatırımcı tarafından da kabul edildiği yönünde devlete yapılacak bir yazılı bildirim ile gerçekleşebileceği gibi, böyle bir bildirimin ortaya çıkmış somut bir uyuşmazlığa ilişkin yapılması veya devlete herhangi bir bildirim yapılmaksızın doğrudan ICSID nezdinde tahkim sürecinin başlatılması ile de söz konusu olabilir[806].

Ayrıca, devletlerin milletlerarası antlaşmalarda sundukları tahkim izni tekliflerini konu bakımından sınırlamaları veya bazı usuli ön koşullara bağlamaları da mümkündür. Konu bakımından yapılan sınırlamaların en yaygın örneği, teklifin sadece "yatırım ile ilgili uyuşmazlıklar" bakımından geçerli olmasıdır[807]. Teklifin sadece kamulaştırmada durumunda ödenecek tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar ile sınırlanması[808] gibi daha kısıtlayıcı uygulamalar da vardır[809].

---

[805] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 213.

[806] *Generation Ukraine v. Ukraine*, Award), para. 12.2-12.3; *El Paso v. Argentina*, Jurisdiction, para. 35.

[807] Türkiye-Fransa YKTK Anlaşması, m. 8(1): *"Bir Akit Taraf ile diğer Akit Tarafın yatırımcısı arasında yatırımcının Akit Taraf ülkesinde bu Anlaşma kapsamında gerçekleştirdiği yatırıma ilişkin her türlü uyuşmazlık […]"*

Böyle bir sınırlamanın bulunmadığı nadir örneklerden biri için bkz. Türkiye-Slovenya YKTK Anlaşması, m. 8(1): *"Bir Akit Tarafın yatırımcısı ile diğer Akit Taraf arasındaki herhangi bir uyuşmazlık […]"*

[808] Çin-Japonya YKTK Anlaşması, m. 11(2): *"Bir Akit Devletin vatandaşı veya şirketi ile diğer Akit Devlet veya onun yasalarına göre tazminat ödemekle görevli diğer kurumlar arasında […] tazminatın miktarına ilişkin çıkan bir uyuşmazlık, herhangi bir tarafın uzlaşma görüşmeleri talebinden itibaren*

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında yapılan sınırlamaların yanı sıra, ICSID Sözleşmesi m. 25(4) kapsamında taraf devletlerin ICSID'e yapacakları bildirim ile tahkim izinlerini konu bakımından sınırlamaları mümkündür[810].

Teklifin bazı usuli ön koşullara bağlanması ile ilgili olarak da sıklıkla görülen uygulamalar, yatırımcı ile devlet arasında iyi niyetli müzakereler için öngörülen "bekleme süreci" (*cooling-off period*)[811] ve yatırımcının tahkime başvurmadan önce belirli bir süre için ilgili taraf devletin yerel mahkemelerinde hakkını aramış olması[812] gibi koşullardır[813].

i. İkili Yatırım Antlaşmaları

İkili yatırım antlaşmaları (YKTK anlaşmaları), bugün yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin en yaygın kullanılan araçlardır. Nisan 2015 verilerine göre,

---

altı ay içinde çözülemezse, söz konusu vatandaş veya şirketin talebi üzerine bu uyuşmazlık [ICSID Sözleşmesi] hükümlerine göre oluşturulacak bir arabuluculuk veya tahkim heyetine sunulabilir." (Yaz. Çev.)

[809] YKTK anlaşmalarında tahkim izni teklifinin konu bakımından sınırlanmasına ilişkin inceleme ve örnekler için bkz. **Peters**, s. 129 vd.; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 233 vd.

[810] Bu bildirimler ICSID tarafından "ICSID/8-D" kodlu liste ile düzenli olarak açıklanmaktadır. En son Mayıs 2015'te açıklanan listeye göre madde 25(4) kapsamında bildirimde bulunmuş 7 ülke vardır. Bunlardan biri, tahkim iznini yabancı sermaye mevzuatına göre gerekli izinleri alınmış ve fiilen başlamış olan yatırımlar ile sınırlamış olan Türkiye'dir. Başka örnekler, Çin'in tahkim iznini sadece kamulaştırmadan kaynaklanan tazminat ile ilgili uyuşmazlıklarla sınırlaması, Suudi Arabistan'ın petrolden veya egemenlik haklarının kullanımından kaynaklı her türlü uyuşmazlıklarda tahkim iznini uygulamama hakkını saklı tutmasıdır.

Çevrimiçi Erişim: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Measures-by-Member-States.aspx> [Son Erişim: 04.10.2015]

[811] Türkiye-Rusya YKTK Anlaşması, m. X: *"(1) […] Uyuşmazlığın tarafları, bu uyuşmazlığa mümkün olduğunca dostça bir çözüm bulmak için çalışacaklardır. […] (2) Eğer uyuşmazlıklar, birinci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde, bu yolla çözümlenemezse; uyuşmazlık tetkik edilmesi için aşağıdaki mercilere sunulabilecektir […]"*

[812] Arjantin-İspanya YKTK, m. X: *"(2) Eğer uyuşmazlık, herhangi bir tarafça ileri sürülmesinden itibaren altı ay içinde [dostane yollarla] çözülemezse, yatırımın yapıldığı Akit Devletin yetkili yargı organına sunulacaktır. […] (3) Aşağıdaki durumlarda uyuşmazlık bir milletlerarası tahkim heyetine sunulabilir: (a) Bu maddenin 2. fıkrasında söz edilen mahkeme sürecinin başlatılmasından itibaren 18 ay içinde talebin esasına ilişkin karar verilmemiş veya karar verildiği halde taraflar arasındaki uyuşmazlık devam ediyor ise […]"* (Yaz. Çev.)

[813] Usuli ön koşullarla ilgili incelemeler ve örnekler için bkz. **Peters**, 1991, s. 133 vd.; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 237 vd.

dünya çapında imzalanmış milletlerarası yatırım antlaşmalarının toplam sayısı 3276 olup bunların 2929'u YKTK anlaşmalarıdır[814]. ICSID verilerine göre de, 2014 yılı sonu itibariyle başlatılmış tüm ICSID tahkim süreçlerinin %61,8'inde devletin tahkim izni YKTK anlaşmalarına dayandırılmıştır[815].

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında devletlerin yapmış olduğu tahkim izni teklifinin niteliği, bağlayıcılığı, geri alınması, sınırlandırılması ve belirli koşullara bağlanması gibi konularda yukarıda yapılmış olan genel açıklamalar YKTK anlaşmaları bakımından da aynen geçerli olup bu açıklanmalar yinelenmeyecektir. Aynı devletin imzaladığı YKTK anlaşmaları arasında dahi uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin getirilen düzenlemeler bakımından önemli farklar ortaya çıkabileceğinden, her somut uyuşmazlıkta uygulama alanı bulan YKTK anlaşmasının uyuşmazlık çözümü hükümlerinin dikkatlice incelenmesi gerekmektedir[816].

ii. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmaları

Dünya çapında yabancı yatırımcıların korunması sisteminin ikili yatırım antlaşmalarına dayalı olarak yürümesinin yol açtığı bir takım sorunlar vardır. Bu durum, belirli bir ülkede yatırım yapmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, kendi devletleri ile yatırım yapmak istedikleri devlet arasında YKTK anlaşması bulunmaması halinde milletlerarası yatırım hukukunun korumasından yoksun kalmalarına yol açarken, aynı zamanda yukarıda incelendiği üzere bu durumdan kaçınmak isteyen yatırımcıların farklı devletlerin yatırım antlaşmalarından istifade etmek üzere karmaşık uluslararası şirket yapıları oluşturarak "*treaty-shopping*" yapmaları gibi sonuçlar da doğurmaktadır. Bu tür olumsuzlukları ortadan kaldırmak ve uluslararası yatırımların korunması rejimini yeknesaklaştırmak üzere çok taraflı bir yatırım antlaşmasının oluşturulması gerekliliği uzun süre tartışıldıktan sonra, bu

---

[814] **UNCTAD**, *World Investment Report 2015*, s. 106.

[815] **ICSID**, *Caseload Statistics 2015-1*, s. 10.

[816] YKTK anlaşmalarında getirilen uyuşmazlıkların çözümü hükümleri hakkında genel olarak bkz. **Anthony R.:** "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", 12 ICSID Rev. – FILJ 287 (1997), s. 322 vd. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında getirilen uyuşmazlık çözümü hükümleri ile ilgili olarak bkz. **Nomer / Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 122 vd.

konuda ilk ciddi adım 1995 yılında ABD'nin girişimleri ile Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) bünyesinde "Çok Taraflı Yatırım Anlaşması" (*Multilateral Agreement on Investment* – MAI) üzerinde görüşmelerin başlaması ile atılmıştır. Fakat MAI ile ilgili müzakereler, gelişmekte olan ülkelerin bir "gelişmiş ülkeler kulübü" olarak gördükleri OECD bünyesinde yapılan bu çalışmaları benimsememeleri ve OECD üyesi ülkelerin kamuoyunda da (son birkaç yıllık süre içinde Avrupa Ortak Pazarı, Dünya Ticaret Örgütü ve NAFTA gibi önemli ekonomik sonuçları olan uluslararası yapıların hayata geçirilmiş olmasının getirdiği değişim yorgunluğunun da etkisiyle) MAI'ye karşı ciddi bir muhalefetin ortaya çıkması nedeniyle başarısız olmuştur[817].

MAI projesinin başarısızlığa uğraması ile gerçek anlamda küresel bir yatırım koruma sisteminin oluşturulması hayalinin yakın gelecekte gerçekleşmeyeceği anlaşılıyor ise de, bölgesel nitelikli bazı serbest ticaret ve yatırım antlaşmalarının yatırımcıların korunması ile ilgili konularda uygulama alanları ve etkinlikleri genişlemektedir[818]. Devletlerin yatırımcılara karşı tahkim izni tekliflerini içeren bölgesel nitelikli antlaşmalara örnek olarak, Enerji Şartı Anlaşması[819] ile NAFTA'nın[820] yanı sıra Güney Ortak Pazarı (MERCOSUR)[821], Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN)[822] ve İslam Konferansı Örgütü (OIC)[823] gibi bölgesel örgütlerin üyelerince imzalanan yatırım antlaşmaları gösterilebilir.

---

[817] MAI müzakere süreci ile ilgili olarak bkz. **Jeswald W. Salacuse**, "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain", Stefan Kröll & Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, Den Haag 2004, s. 51 vd., s. 80-85; **Newcombe / Paradell,** s. 55.

[818] **UNCTAD:** *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, Geneva 2012, s. 19-20.

[819] EŞA, m. 26. (Tahkim izni teklifinin kapsamı: ICSID, ICSID Ek Mekanizma, SCC, UNCITRAL)

[820] NAFTA, m. 1120(1). (Tahkim izni teklifinin kapsamı: ICSID, ICSID Ek Mekanizma, UNCITRAL)

[821] Colonia Protocol on Reciprocal Promotion and Protection of Investments, m. 9. (Tahkim izni teklifinin kapsamı: ICSID, ICSID Ek Mekanizma, UNCITRAL)

[822] ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments (1987), Art X. (Tahkim izni teklifinin kapsamı: ICSID, UNCITRAL, Kuala Lumpur Bölgesel Tahkim Merkezi, ASEAN bölgesindeki diğer Bölgesel Tahkim Merkezleri)

[823] Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organization of the Islamic Conference (1981), Art. 17(2). (Tahkim izni teklifinin kapsamı: Antlaşma hükümlerine göre oluşturulacak tahkim heyeti)

Yatırımların korunmasına ilişkin uluslararası araçların içinde ikili yatırım antlaşmaları sayısal olarak ezici bir üstünlüğe sahip olsa da, bu tür bölgesel nitelikli antlaşmaların da hem sayısal olarak hem de ekonomik ağırlık ve uyuşmazlık çözüm sürecindeki işlevleri bakımından son yıllarda hızlı bir yükseliş içinde olduğu görülmektedir[824]. Mevcut bölgesel antlaşmaların içinde milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sürecinde en etkin olarak kullanılanlar EŞA ve NAFTA'dır. ICSID verilerine göre, 2014 yılı sonu itibariyle başlatılmış tüm ICSID tahkim süreçlerinin %6,1'inde devletin tahkim izni EŞA'ya, %2,9'unda ise NAFTA'ya dayandırılmıştır[825].

Uluslararası ekonomik ilişkilerdeki genel yönelim de, ticaret ve yatırıma ilişkin konuları ikili antlaşmalarla düzenlemek yerine, birbiri ile iç içe olan bu iki konuyu bölgesel veya küresel nitelikli çok taraflı antlaşmaları hayata geçirmek şeklindedir. 2015 yılı da şu ana kadar bu tür dev ticaret ve yatırım antlaşmaları bakımından oldukça hareketli geçmektedir. Enerji alanında Avrupa ve Eski Sovyet Cumhuriyetlerinin taraf olduğu EŞA'nın küresel nitelikli bir türevini oluşturma amacıyla yapılan görüşmeler sonucunda, bağlayıcı olmayan fakat tarafların bu yönde bağlayıcı bir antlaşma oluşturmak yönünde siyasi iradelerini yansıtan Uluslararası Enerji Şartı (*International Energy Charter*) 21 Mayıs 2015'te Türkiye'nin de dahil olduğu 65 ülke tarafından imzalanmıştır[826]. Pasifik Okyanusu'na kıyısı bulunan 12 ülke arasında ticaret ve yatırım konularında (yatırım uyuşmazlıklarının çözümü de dahil) kapsamlı düzenlemeler içeren Trans Pasifik Ortaklığı (Trans Pacific Partnership – TPP) da 5 Ekim 2015'te imzalanmıştır[827]. Avrupa Birliği'nin de

---

[824] **UNCTAD:** *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, Geneva 2012, s. 19.

[825] **ICSID**, *Caseload Statistics 2015-1*, s. 10.

[826] Uluslararası Enerji Şartı'nı imzalayan ülkelerin içinde EŞA'ya taraf olanların yanı sıra Afrika, Asya ve Güney Amerika'dan da ülkelerin bulunduğu görülmektedir. EŞA'ya taraf olmayan ABD ve Çin'in de Uluslararası Enerji Şartı'nı imzalamış olmaları, küresel bir yapının oluşturulabilmesi bakımından önemlidir.

Uluslararası Enerji Şartı'nın içeriği ve ilişkin bkz.
http://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/

[827] TPP'yi imzalayan devletler ABD, Avustralya, Japonya, Kanada, Malezya, Meksika, Şili, Peru, Yeni Zellanda, Singapur, Vietnam ve Brunei'dir.

uluslararası yatırım ve ticaret politikası bu yönde ilerlemekte olup üye devletlerin Birlik dışından ülkelerle ilişkilerinde tek tek antlaşmalar imzalamaları sistemi terk edilerek bu tür antlaşmaları imzalama yetkisi Avrupa Komisyonu'na verilmiştir. Komisyon bu yetkisi doğrultusunda şu ana kadar Güney Kore ile serbest ticaret ve yatırım antlaşmaları imzalamıştır. ABD ile AB arasında serbest ticaret ve yatırım ortaklığını öngören (yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin de hükümler içerecek olan) Trans Atlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı'nın ise görüşmeleri devam etmektedir.

Milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin süreçlerin yeknesaklaştırılması ve yatırımcıların daha fazla ülkede milletlerarası yatırım hukukunun güvenliğinden faydalanabilir hale gelmeleri bakımından çok taraflılık yönündeki bu gelişmeler olumludur.

c. Ev Sahibi Devletin Yatırım Mevzuatı

Devletlerin yabancı yatırımcılar ile aralarında çıkabilecek yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim izni tekliflerini kendi iç mevzuatları kapsamında belirtmeleri de mümkündür[828]. Bu tür hükümlerin bazı ülkelerin yabancı yatırımların korunmasına ilişkin kanunlarında yer aldığı görülmektedir. ICSID verilerine göre, 2014 yılı sonu itibariyle başlatılmış tüm ICSID tahkim süreçlerinin içinde tahkim izninin kaynağı olarak ev sahibi devlet mevzuatına dayanılanların oranı %9,4'tür[829].

Devletlerin iç mevzuatlarında sundukları tahkim izni teklifinin bağlayıcılığı veya koşullu olup olmadığı gibi konular bazı davalarda uyuşmazlık konusu olmuştur. *SPP v. Egypt* kararlarında[830], Mısır'ın 1974 tarihli Arap ve Yabancı Fonlarının

---

Resmi metni henüz yayınlanmamış olan TPP ile ilgili ABD hükümetinin bilgilendirme platformu için bkz. https://ustr.gov/tpp/

TPP üzerine eleştirel bir bakış için bkz. http://www.citizen.org/TPP

[828] Bu konuda kapsamlı incelemeler ve örnekler için bkz. **Parra**, "Provision", s. 314 vd.; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 196 vd.

[829] **ICSID**, *Caseload Statistics 2015-1*, s. 10.

[830] Taraflar arasında paralel olarak ICC ve ICSID nezdinde tahkim süreçleri devam etmiştir. ICSID tahkim heyeti önce Fransız mahkemelerinin önünde ICC kararının iptaline ilişkin sürecin

Yatırımı ve Serbest Bölge hakkındaki kanununun 8. maddesinde[831] yer alan tahkim izni teklifi tartışma konusu olmuştur. ICSID tahkim heyeti, davacının söz konusu kanun hükmünün milletlerarası antlaşmaların yorumlanmasına dair hükümler çerçevesinde yorumlanması talebini reddetmiş, davalı devlet tarafından kendi iç mevzuat hükümlerine ilişkin getirilen yorumların ise önem taşıdığını kabul etmekle birlikte heyetin yetki konusunda kararını verirken bu yorumlar ile bağlı olmadığına hükmetmiştir[832]. Tahkim heyeti, ilgili kanun hükmü ve bunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik hükmünü inceledikten sonra, bu maddede hiyerarşik bir yapının bulunduğuna ve devletin tahkim iznini teklifinin ancak yatırımcı ile arasında belirlenmiş bir uyuşmazlık çözüm yolu veya somut uyuşmazlıkta uygulama alanı bulan bir milletlerarası yatırım antlaşması bulunmadığı takdirde geçerli olmak üzere koşullu olarak yapılmış olduğuna hükmetmiş[833], somut uyuşmazlıkta ise tarafların sözleşmesi ile yetkilendirilen ICC tahkim heyetinin kararının Fransız mahkemelerince iptal edilmiş olması nedeniyle artık taraflar arasında belirlenmiş bir uyuşmazlık çözüm yolu bulunmadığını ve uygulama alanı bulan bir milletlerarası antlaşma da olmadığını belirterek devletin tahkim iznini geçerli kabul etmiştir[834].

Tradex v. Albania kararında ise tahkim heyeti, tartışma konusu olan Arnavutluk iç mevzuat hükmünü *SPP* kararlarında tartışılan hüküm ile karşılaştırdıktan sonra Arnavutluk hükmünün daha açık bir ifadeyi içerdiğini ve devletin ICSID'in yetkisine yönelik yazılı tahkim iznini açık biçimde belirttiğini kabul etmiştir[835].

---

tamamlanmasını beklemek üzere davaya ara vermiş, iptal kararının kesinleşmesinin ardından da yargılamaya devam ederek yetkiye ve uyuşmazlığın esasına ilişkin kararlarını vermiştir. Bu paralel süreçlerin gelişimi hakkında bkz. *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 9, 1984, s. 111-124; *Ibid.*, Vol. 16, 1991, s. 16-39.

831 *"Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yatırım uyuşmazlıkları, yatırımcı ile üzerinde anlaşılan yöntemlere göre, veya Mısır Arap Cumhuriyeti ile yatırımcının milli devleti arasında yürürlükte olan antlaşmalar çerçevesinde, veya uygulama alanına giren durumlarda [ICSID Sözleşmesi] çerçevesinde çözülecektir."* (Yaz. Çev.)

832 SPP v. Egypt (ICSID, 1988, Jurisdiction II) (YCA, 1991), para. 37-38.

833 *Ibid.*, para. 48.

834 *Ibid.*, para. 69-70.

835 *Tradex v. Albania*, Award, s. 187.

Son yıllarda bazı ICSID tahkim kararlarında tartışma konusu olan başka bir hüküm de Venezuela Yabancı Yatırım Kanunu'nun 22. maddesidir. Bu maddede devletin ICSID tahkimine yönelik yazılı izni teklifinin genel nitelikli olduğu ve ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan tüm devletlerin vatandaşları ve şirketlerinin bu tekliften faydalanabileceği bazı yabancı yatırımcılar tarafından iddia edilmiş, fakat bu konuda ICSID tahkim heyetlerinin ortak içtihadı söz konusu kanun hükmünün içerdiği muğlak ifadeden Venezuela Devletinin genel nitelikli bir tahkim izni teklifi yapmış olduğu sonucuna ulaşılamayacağı ve söz konusu teklifin ancak maddenin başında belirtilen "menşe ülkeleri ile Venezuela arasında yürürlükte olan yatırım antlaşmaları bulunan" yabancı yatırımcılar bakımından geçerli kabul edilebileceği şeklindedir[836].

Devletlerin iç mevzuatları vasıtasıyla yapılan tahkim izni tekliflerinin niteliği, bağlayıcılığı, geri alınması, sınırlandırılması ve belirli koşullara bağlanması gibi diğer konularda yukarıda milletlerarası yatırım antlaşmalarında sunulan tekliflere ilişkin yapılmış açıklamalar geçerlidir.

3. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yatırım Tahkiminin Konu Bakımından (*Ratione Materiae*) Yetkisine Dahil Edilmesi

a. Ana Kural: Sözleşmeye Dayanan Talepler ile Milletlerarası Antlaşmaya Dayanan Taleplerin Birbirinden Ayrı Tutulması

Devletin taraf olduğu bir sözleşmeyi ihlal etmesinin başlı başına devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açmayacağı milletlerarası hukukta yaygın biçimde kabul edilmektedir[837]. Temelini milletlerarası hukuka dayanan yatırım tahkiminin

---

[836] *Mobil v. Venezuela*, Jurisdiction, para. 67-140; *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, 30.12.2010, para. 63-139; *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/3, Award, 02.08.2011, para. 79-118; *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 08.02.2013, para. 75-141.

[837] **Francisco V. Garcia-Amador**, "International Responsibility, Fourth Report: Responsibility of the State for the Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens – Measures Affecting Acquired Rights", UN Document No. A/CN,4/119, (1959) YBILC 1, s. 30-31; **C. Felix Amerasinghe**, "State Breaches of Contracts with Aliens and International Law", 58 AJIL 881 (1964),

yargılama yetkisi ise kural olarak devletin milletlerarası hukuka (bir milletlerarası antlaşmaya, milletlerarası teamüllere, hukukun genel ilkelerine) aykırı eylemleri ile sınırlı olup yabancı yatırım sözleşmeleri kapsamında devlet tarafından gerçekleştirilen alelade sözleşme ihlallerini kapsamamaktadır. Bu nedenle, yatırım tahkimi heyetlerinin, yetkilerinin dayanağını oluşturan milletlerarası yatırım antlaşması hükümlerinin ihlaline yol açmayan alelade sözleşme ihlalleri bakımdan kendilerini yetkili bulmadıkları görülmektedir[838].

Doktrinde sözleşmeden kaynaklanan talepler ile milletlerarası antlaşmadan kaynaklanan talepleri ayırt etmek için beş tane kriter önerilmiştir[839]:

- Hakkın kaynağı: Davacının talebinin kaynağını oluşturan hukuki sebep sözleşme taleplerinde bir sözleşme hükmüne dayanırken antlaşma taleplerinde bir milletlerarası antlaşma hükmüne dayanmaktadır.
- Hakkın içeriği: Milletlerarası antlaşmalarda yer alan haklar (örneğin adil ve hakkaniyetli muamele hakkı) umumi nitelikte olup milletlerarası hukuk ilkelerine göre tanımlanırken, sözleşmelerde yer alan haklar taraflar arasında imzalanan sözleşmeye özel olarak düzenlenmekte ve çoğunlukla ev sahibi devletin iç hukukuna göre tanımlanmaktadır.
- Talebin tarafları: Milletlerarası antlaşmadan kaynaklanan bir talebin tarafları her zaman bir yanda antlaşmaya taraf olan ev sahibi devlet ile diğer yanda aynı antlaşmaya taraf olan başka bir devletin vatandaşı olan bir yatırımcıdır. Fakat sözleşmeden kaynaklanan bir talebin tarafları sözleşmenin tarafları olup bunlar her iki tarafta da bir önceki cümlede ifade edilen taraflarla

---

s. 912-913; **Schachter**, *International Law*, s. 311; **Stephen M. Schwebel**, "On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law", *Justice in International Law: Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, Cambridge 1994, s. 425 vd., s. 431; **Crawford**, *Commentary*, s. 96.

838 *Azinian v. Mexico*, Award, para. 87, 99; *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 95-96; *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 175-176; *Impregilo v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 260.

Karşı görüş için bkz. **Schreuer**, "Calvo's Grandchildren", s. 12: Yazar, bu yaklaşıma teorik bazda karşı çıkmamakla birlikte, aynı hukuki uyuşmazlığın iki ayrı bileşenini paralel olarak farklı forumlarda ele almanın usul ekonomisine aykırı olacağı gerekçesiyle bu uygulamayı pratik açıdan eleştirmektedir.

839 Cremades-Cairns (2004), "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", Kröll-Horn (ed.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, s. 325 vd., s. 327-332.

farklılık gösterebilir (örneğin yatırımcının ev sahibi devletteki yerel iştiraki ve devlete ait bir devlet teşekkülü gibi).

- Taleplere uygulanan hukuk: Antlaşmaya dayanan taleplere ilgili antlaşmanın hükümleri, milletlerarası hukukun genel ilkeleri ve ev sahibi devletin hukuku uygulanırken sözleşmeye dayanan taleplere uygulanan hukuk tarafların seçimine veya başkaca kurallara göre sözleşmenin tabi olduğu hukuk olarak belirlenen hukuk sistemidir (çoğunlukla ev sahibi devletin hukuku).
- Devletin sorumluluğu: Milletlerarası antlaşma hükümlerine aykırılık devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açarken sözleşme hükümlerine aykırılık devletin milli hukuk düzenindeki akdi sorumluluğunu doğurmaktadır.

b. Sözleşmeye Dayanan Taleplerin Yatırım Tahkiminde Dermeyan Edilebileceği Durumlar

Sözleşmeye dayanan bir talebin yatırım tahkimi kapsamında dermeyan edilebilmesi ise temel olarak üç şekilde mümkün olabilecektir. Bunlardan birincisi devletin beyan etmiş olduğu tahkim izninin kapsamına akdi taleplerin de dahil olmasıdır. İkincisi, sözleşmeye dayanan taleplerin milletlerarası yatırım antlaşmasında yer alan bir "şemsiye hükmü" (*umbrella clause*) vasıtasıyla ilgili antlaşmanın maddi koruması altına alınmasıdır. Üçüncü ihtimal ise yatırımcının dermeyan ettiği sözleşme taleplerinin aynı zamanda milletlerarası antlaşmanın maddi hükümlerinin de ihlalini teşkil etmesidir. Aşağıda sırasıyla bu durumlar ele alınacaktır.

i. Devletin Tahkim İzninin Sözleşmesel Uyuşmazlıkları Kapsaması

Yukarıda devletin tahkim iznine ilişkin kısımda incelendiği üzere devletin yabancı yatırımcılara karşı tahkim iznini teklif etmesi temel olarak üç şekilde (sözleşme, milletlerarası antlaşma veya iç mevzuat hükümleri ile) söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla devletin tahkim izni teklifi hangi hukuki metne dayanıyorsa, bu teklifin zaman, kişi veya konu bakımından sınırları da ilgili metnin hükümlerine bakılarak çizilecektir.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde yer alan ICSID tahkimi hükümlerine dayanılarak başlatılacak bir tahkimde sözleşmenin ihlaline ilişkin talepler elbette tahkim heyetinin yetkisi dahilinde olacaktır. Milletlerarası yatırım antlaşmasında veya devletin iç mevzuatında beyan edilen tahkim izni tekliflerinin konu bakımından sınırlarının belirlenmesi için ise yine bu hukuki metinlere başvurulacak ve ilgili hükümlerde devletin tahkim izni teklifinin sınırları akdi talepleri de içine alacak şekilde geniş çizilmişse yatırımcının bunları dermeyan etmesi mümkün olabilecektir.

Ancak her durumda bir ICSID tahkim heyetinin yetkisinin "dış çeperinin" ICSID Sözleşmesi m. 25 tarafından çizildiği de unutulmamalıdır[840]. Madde 25'te ICSID'in yetkisinin "doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan […] hukuki uyuşmazlıkları" kapsayacağı düzenlenmiş olduğundan, ICSID bünyesindeki tahkim heyetlerinin konu bakımından yetkisinin dış çeperini de "doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan"[841] ve "hukuki"[842] uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Dolayısıyla, devletin tahkim izni teklifinin konu bakımından sınırları ne kadar geniş çizilmiş olursa olsun, yatırımcının ICSID nezdinde dermeyan edebileceği talepler bu iki kriter ile sınırlanmaktadır. Örneğin yatırımcıların salt ticari nitelikli akdi talepleri tahkim heyetlerince "doğrudan bir yatırımdan kaynaklanma" kriterini sağlamadığı için reddedilmiş[843], devlet ile yatırımcı arasında sözleşmenin yeniden müzakeresine dair çıkan uyuşmazlıkların ve uyarlama taleplerinin ise "hukuki" uyuşmazlıklar olmamaları nedeniyle ICSID'in yargılama yetkisine girmediği ifade edilmiştir[844].

---

[840] **Sinclair**, "Nationality Requirements", s. 359-360; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 230.

[841] ICSID tahkim heyetlerince "yatırım" kavramına getirilen tanımlarla ilgili bkz. yukarıda s. 19 vd.

[842] ICSID İcra Direktörleri Raporu'nda "hukuki uyuşmazlık" kavramının kullanılma amacının "haklara ilişkin çatışmalar" ile sıradan "çıkar çatışmaları" arasında ayrım yapmak olduğu belirtimiştir. Bkz. Report of the Executive Directors, para. 26.

[843] *Joy Mining v. Egypt*, Award, para. 58-59, 63; *MHS v. Malaysia*, Award, para. 112.

[844] **Delaume**, "ICSID Arbitration", s. 116-117; **Bernadini**, "Renegotiation", s. 423; **Stefan Kröll**, "The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts", 2(1) OGEL 2004, s. 28-29.

Karşı yönde bkz. **J. B. Marcantonio**, "ICSID as a Forum for the Renegotiation and Adaptation of Contracts", Norbert Horn (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Finance*, Deventer 1985, s. 237 vd., s. 248-250.

ICSID'e taraf olan devletlerin "ICSID'in yargılama yetkisine sunmayı kabul edebilecekleri uyuşmazlık türlerini" yazılı olarak bildirmelerine imkan sağlayan ICSID Sözleşmesi m. 25(4) hükmü kapsamında devletler tarafından yapılacak sınırlamaların da ICSID'in yargılama yetkisinin "dış çeperini" teşkil edip etmediği tartışılabilir. Ancak bu madde kapsamında yapılacak bildirimlerin esas olarak bilgilendirme amaçlı olduğu ve devletin belirli hukuki metinlerde beyan etmiş olduğu tahkim izni tekliflerinin kapsamı üzerinde bir etkisinin olmayacağı ifade edilmiştir[845]. Bu durum *PSEG v. Turkey* davasında tartışma konusu olmuştur[846]. Türkiye m. 25(4) kapsamında ICSID'in yetkisine sunmayı düşündüğü uyuşmazlıkları "fiilen başlamış olan yatırımlar" ile sınırlandırmak yönünde bildirimde bulunmuş olmasına rağmen somut uyuşmazlığın dayanağını oluşturan (ve Türkiye'nin bildiriminden önce imzalanmış olan) ABD-Türkiye YKTK Anlaşması'nda tahkim iznine ilişkin böyle bir kısıtlama getirilmemiş; Türkiye'nin yetki itirazı sonucunda ise tahkim heyeti m. 25(4) kapsamındaki bildirimlerin devletlerin daha sonra yapacakları düzenlemeler üzerinde bağlayıcı etkisinin bulunmadığı ve devletlerin belirli bir hukuki metinde yer alan tahkim izinlerini m. 25(4) kapsamındaki bildirimlerine göre daha geniş tutmak istemeleri halinde bunu yapmakta serbest olduklarına hükmederek Türkiye'nin talebini reddetmiştir[847].

Daha önce de ifade edildiği üzere, devletlerin milletlerarası antlaşma veya iç mevzuat hükümleri ile beyan ettikleri tahkim izni tekliflerini bu metinlerde konu bakımından sınırlamaları mümkündür. Uygulamada en çok görülen sınırlama, devletin tahkim izninin "yatırımla ilgili uyuşmazlıklar" ile sınırlanmasıdır[848]. Bunun bir adım ötesine geçerek tahkim izinlerini "antlaşma ile verilen hakların ihlali"[849]

---

[845] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 824; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 345-346.

[846] *PSEG v. Turkey*, Jurisdiction, para. 135-147.

[847] *Ibid.*, para. 143.

[848] Örneğin Türkiye-Çin YKTK Anlaşması, m. 7: "Bir Akit Tarafın vatandaş veya şirketi ile diğer Akit Taraf arasında, diğer Akit Tarafın ülkesindeki bir yatırımla ilgili uyuşmazlık şu şekilde çözümlenir."

[849] Türkiye-İsviçre YKTK Anlaşması, m. 8(1): "Bu maddeye göre yatırım anlaşmazlığı işbu Anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın veya yükümlülüğün çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ortaya çıkan anlaşmazlıkları ifade eder."

veya daha dar olarak sadece "kamulaştırma durumunda ödenecek tazminatın miktarı"[850] hakkındaki uyuşmazlıklarla sınırlandıran devletler de vardır.

Devletin tahkim izninin sadece antlaşmada düzenlenen haklar ile veya kamulaştırmaya ilişkin ödenecek tazminatın miktarının hesaplanması ile sınırlandırılmış olması gibi durumlarda yatırımcının salt sözleşme ihlaline dayanan talepleri tahkim heyetinin yetkisi dahilinde olmayacaktır. Eğer devletin tahkim izni sadece "yatırımla ilgili" veya "yatırımdan kaynaklanan" uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmışsa bu durumda yatırımcının bir yabancı yatırım sözleşmesinin ihlaline dayanan taleplerinin tahkim heyetinin yetkisi dahilinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konu daha önce bazı kararlarda etraflıca ele alınmıştır.

İtalya-Fas YKTK Anlaşması'na dayanılarak başlatılmış olan *Salini v. Morocco* davasında, tahkim heyeti YKTK Anlaşması'nın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 8(1) maddesini[851] incelemiş ve bu maddedeki ifadenin doğrudan devleti sorumlu olduğu her türlü sözleşme ihlallerini de kapsayacak şekilde geniş bir ifadeyi içerdiğine kanaat getirmiş; fakat yatırımcının sözleşmesi doğrudan devletle değil bir devlet teşekkülüyle olduğundan devlet teşekkülü tarafından gerçekleştirilen sözleşme ihlallerinin dermeyan edilemeyeceğine hükmetmiştir[852]. *Vivendi v. Argentina* iptal davasında Fransa-Arjantin YKTK Anlaşması'nın 8(1) maddesini[853] ele alan *ad hoc* komite, bu maddeye göre yatırımcının taleplerinin doğrudan YKTK Anlaşması hükümlerine dayanması zorunluluğunun bulunmadığını ve sözleşmeye dayanan taleplerin de yatırımla ilgili oldukları ölçüde bu madde altında öne sürülmesinin mümkün olduğu yorumunu yapmıştır[854].

---

[850] Çin-Japonya YKTK Anlaşması, m. 11(2): "Eğer bir Âkit Devletin vatandaşı veya şirketi ile diğer Âkit Devlet […] arasında bu Anlaşmanın [kamulaştırmaya ilişkin] 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamında söz edilen tazminatın miktarına ilişkin bir uyuşmazlık […]"

[851] "Kamulaştırma, millileştirme ve diğer benzer işlemler de dahil olmak üzere bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın yatırımcısı arasında o yatırımcının bir yatırımına ilişkin her türlü uyuşmazlıklar ve farklılıklar […]" (Yaz. Çev.)

[852] *Salini v. Morocco*, Jurisdiction, para. 59-61.

[853] "Bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın yatırımcısı arasında bu anlaşmada tanımlanan yatırımlara ilişkin ilişkin her türlü uyuşmazlık […]" (Yaz. Çev.)

[854] *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 55.

SGS v. Pakistan'da ise tahkim heyeti İsviçre-Pakistan YKTK Anlaşması'nın 9(1) maddesi[855] kapsamında hem YKTK Anlaşması'ndan hem de taraflar arasındaki yabancı yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların "yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklar" olarak tanımlanabileceğini kabul etmiş; bununla birlikte "yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklar" ifadesinin sadece uyuşmazlıkların "fiili konusunu" (*factual subject matter*) tanımladığını, fakat öne sürülebilecek taleplerin "hukuki dayanağını" (*legal basis*) veya bu taleplerle öne sürülen "hukuki sebebi" (*cause of action*) ifade etmediğini belirterek bu ifadenin sözleşmeye dayanan taleplerin tahkim heyetinin yetkisi dahilinde kabul edilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir[856]. Kavramsal açıdan oldukça karmaşık ve güçlü bir hukuki gerekçelendirmeden de yoksun olan bu yorum daha sonra pek çok tahkim heyeti tarafından da eleştirilmiş ve yatırım tahkimi içtihatları arasında ayrık bir görüş olarak kalmıştır[857].

Bazı yatırım antlaşmalarının uyuşmazlık çözümü hükümlerinde ise yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Örneğin İtalya-Ürdün YKTK Anlaşması'nın 9(2) maddesinde "Yatırımcı ile Âkit Devletlerin bir teşekkülü arasında yatırım sözleşmesi bulunması durumunda, bu sözleşmede belirtilen [uyuşmazlık çözümü usulleri] geçerli olacaktır"[858] ifadesinin yer alması nedeniyle, *Salini v. Jordan* davasına bakan tahkim heyeti aynı maddenin ilk fıkrasında devletin tahkim iznine ilişkin ifadenin sözleşmeye dayanan talepleri kapsayıp kapsamadığını incelemeye gerek görmemiş ve 9(2) maddesini uygulayarak sözleşmeye dayanan taleplerin yetkisi dışında olduğuna hükmetmiştir[859]. *Burlington Resources v. Ecuador* davasında ise, ABD-Ekvador YKTK Anlaşması'nın VI(1) maddesinde tarafların tahkim izni kapsamında "Bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın vatandaşı veya şirketi arasındaki yatırım sözleşmesinden kaynaklanan"

---

[855] "Bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın yatırımcısı arasında yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklar […]" (Yaz. Çev.)

[856] *SGS v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 161-162.

[857] *SGS v. Pakistan*'ın yorumunu takip etmeyi reddeden kararlar için bkz. *Tokios Tokelės v. Ukraine*, Jurisdiction, para. 52, dn. 42; *Siemens v. Argentina*, Jurisdiction, para. 205; *Impregilo v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 188-190; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.09.2007, para. 261-266.

[858] Yaz. Çev.

[859] *Salini v. Jordan*, Jurisdiction, para. 97-101.

uyuşmazlıklar ayrı bir kategori olarak sayıldığından, tahkim heyeti sözleşmeye dayanan talepleri incelerken doğrudan buradaki tanımı esas almış ve Ekvador Devleti ile imzalanan petrol (üretim paylaşımı) sözleşmesinin karşı tarafının ABD'de kurulu ana şirket değil bu şirketin Bermuda'da kurulu bir iştiraki olmasından ötürü bu iştirakin "diğer Âkit Tarafın şirketi" olma özelliğini yerine getirmediği yorumunu yaparak sözleşmeye dayanan talepler bakımından yetkisizlik kararı vermiştir[860].

Yatırım antlaşmalarının çok büyük çoğunluğunda devletlerin tahkim izninin en azından "yatırımla ilgili uyuşmazlıklar" ile sınırlandığı görülmekle birlikte istisnai olarak bu sınırlamayı dahi içermeyen bazı antlaşmalar da vardır[861]. Böyle bir ifadenin bulunması halinde yatırımcıların yatırım uyuşmazlığı niteliği taşımayan alelade ticari taleplerinin de (örneğin sözleşme kapsamında bir faturanın ödenmemesi gibi) ilgili yatırım antlaşmasının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri kapsamında oluşturulacak bir tahkim heyetinin yetkisi dahilinde olup olmayacağı tartışılabilir. ICSID tahkim heyetleri bakımından ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'de çizilen "dış çeper" yatırıma ilişkin olmayan taleplerin dermeyan edilmesine yine de izin vermeyecektir. Fakat antlaşmada ICSID'in yanı sıra ICC, SCC veya *ad hoc* tahkim gibi başka forumların da yer alması durumunda[862], yetki bakımından böyle bir "dış çeper" ile bağlı olmayan diğer tahkim heyetlerinin doğrudan devletin sorumlu olduğu sözleşme ihlallerine ilişkin talepler bakımından kendilerini yetkili bulmaları (bu talepler tamamen ticari nitelikli olsa da) kanımızca mümkündür.

ii. Şemsiye Hükümleri Yoluyla Sözleşmesel Uyuşmazlıkların Antlaşma Kapsamına Dahil Edilmesi

Şemsiye hükümleri, bazı milletlerarası yatırım antlaşmalarında (genellikle YKYK anlaşmalarında) yer alan ve her bir taraf devletin diğer taraf devletin yatırımcılarına karşı yabancı yatırım sözleşmeleri ile üstlenmiş olduğu

---

[860] *Burlington Resources v. Ecuador*, Jurisdiction, para. 233-235.

[861] Örnek olarak bkz. Türkiye-Slovenya YKTK Antlaşması, m. 8(1): "Bir Akit Tarafın yatırımcısı ile diğer Akit Taraf arasındaki herhangi bir uyuşmazlık […]"

[862] Örneğin Türkiye-Slovenya YKTK Anlaşması'nın 8(2) maddesinde ICSID'in yanı sıra UNCITRAL kurallarına göre *ad hoc* tahkim imkanı da düzenlenmiştir.

yükümlülükleri yerine getireceği taahhüdünü içeren hükümlerdir[863]. Yabancı yatırım sözleşmelerini bir milletlerarası yatırım antlaşmasının "koruyucu şemsiyesi" altına almaları nedeniyle uygulamada sıklıkla "şemsiye hükmü" (*umbrella clause*) olarak anılan bu tür hükümlerin[864], "yükümlülüklerin gözetilmesi" (*observance of obligations*), "taahhütlerin gözetilmesi" (*observance of undertakings*), "asansör hükmü" (*elevator clause*) (sözleşme ihlallerini antlaşma ihlali seviyesine yükseltmeleri nedeniyle), "ahde vefa" (*pacta sunt servanda*), "sözleşmenin kutsallığı" (*sanctity of contract*), "ayna etkisi" (*mirror effect*) ve "kapsama antlaşması" (*traité de couverture*)[865] gibi çeşitli şekillerde isimlendirildikleri görülmektedir[866].

Şemsiye hükümlerinin bir örneği olarak Mısır-İngiltere YKTK Anlaşması'nın 2(2) maddesi verilebilir: *"Âkit Taraflardan her biri, diğer Âkit Tarafın vatandaşları ve şirketlerinin yatırımları ile ilgili üstlenmiş olduğu tüm yükümlülükleri yerine getirecektir."*[867]

Milletlerarası hukukta şemsiye hükümlerinin (veya şemsiye antlaşmalarının) geçmişi yatırım antlaşmalarının ortaya çıkışından çok daha öncesine dayanmaktadır. İlk şemsiye antlaşmasının, İngiliz *Pacific Petroleum* şirketinin Peru'nun *La Brea y Pariñas* bölgesinde sahip olduğu maden imtiyazına ilişkin devlet ile yaşadığı uyuşmazlıkların çözümü için İngiltere ile Peru arasında imzalanan ve yatırımcının Peru'ya karşı talepleri ile ilgili verilecek olan tahkim kararının Peru tarafından

---

[863] **Dolzer / Stevens**, s. 81-82; **Anthony C. Sinclair**, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection," 20 Arb. Int'l 411 (2004), s. 411; **Cristoph Schreuer**, "Travelling the BIT Route", s. 250.

[864] "Şemsiye" ifadesinin bu kapsamda ilk kez 1961'de Seidl-Hohenveldern tarafından kullanıldığı belirtilmiştir. Bkz. **Ignaz Seidl-Hohenveldern**, "The Abs-Shawcross Draft Convention to Protect Private Foreign Investment: Comments on the Round Table", 10 J. Pub. L. 100 (1961), s. 104; **Sinclair**, "Umbrella Clause", s. 412-413.

[865] Bu terimin kullanımı için bkz. **Weil**, "Problèmes", s. 130.

[866] **Thomas W. Wälde**, "The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration - A Comment on Original Intentions and Recent Cases", 6 JWIT 183 (2005), s. 185; **John P. Gaffney / James L. Loftis**, "The 'Effective Ordinary Meaning' of BITS and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", 8 JWIT 5 (2007), s. 6.

[867] (Yaz. Çev.)

uygulanacağı taahhüdünü de içeren 1921 tarihli bir antlaşma olduğu belirtilmiştir[868]. Benzer bir şemsiye antlaşması mekanizması *Sir Elihu Lauterpacht* tarafından İngiliz *Anglo-Iranian Oil Company* (bugünkü BP) şirketinin sahip olduğu petrol imtiyazlarının 1951'de İran Devleti tarafından feshedilmesinin akabinde bunun yerine imzalanması planlanan Konsorsiyum Anlaşması'nın bir parçası olarak da önerilmiş fakat görüşmeler sonucunda hayata geçmemiştir[869]. Dünyanın ilk YKTK anlaşması olan Almanya-Pakistan YKTK Anlaşması'nda da şemsiye hükmü bulunmakta olup 2010 yılı itibariyle yürürlükte olan 2700'ün üzerindeki YKTK anlaşmasının yaklaşık %40'ında bu tür hükümlere yer verildiği görülmektedir[870].

Şemsiye hükümlerinin uygulanması durumunda devlet tarafından yabancı yatırımcılara karşı sözleşme veya başka bir belge (örneğin lisans, ruhsat) ile üstlenilmiş olan yükümlülüklerin milletlerarası antlaşmanın güvencesi altına alındığı ve bu yükümlülüklerini ihlal eden bir devletin ilgili antlaşmayı da ihlal etmiş olacağı milletlerarası hukuk doktrininde genel olarak kabul edilmektedir[871]. Fakat tahkim heyetlerinin gündemine ilk olarak 2003-2004 yıllarında "SGS davaları" (*SGS v. Pakistan* ve *SGS v. Philippines*) ile giren şemsiye hükümleri konusunda bu tarihten itibaren görüş farklılıkları hep devam etmiştir. Bazı tahkim heyetleri *SGS v. Pakistan*'ın dar yorumunu kabul edip şemsiye hükümlerinin tek başına alelade sözleşme ihlallerini antlaşma ihlali seviyesine yükseltmesinin mümkün olmadığı yönünde karar verirken, diğer tahkim heyetleri ise *SGS v. Philippines*'in izinden giderek geniş yorum ilkesini kabul etmiş ve şemsiye hükümlerinin varlığı halinde sözleşme ihlallerinin antlaşma ihlali haline geleceğine hükmetmişlerdir.

---

[868] **Sinclair**, "Umbrella Clause", s. 413-414.

[869] *Ibid.*, s. 414-417.

[870] **Katia Yannaca-Small**, "What about this 'umbrella clause'?", Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, New York 2010, s. 479 vd., s. 483.

[871] **Weil**, "Problèmes", s. 130; **F. A. Mann**, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", 52 BYIL 241 (1981), s. 246; **Frençois Rigaux**, "Les situations juridiques individuelles dans un systeme de relativité générale", 213 RCADI 1 (1989), s. 229-230; **I.F.I. Shihata**, "Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in the Case of the Involvement of State Parties", I.F.I. Shihata (ed.), *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Leiden 1995, s. 595 vd., s. 601; **Emmanuel Gaillard**, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements," (2003) Rev. Arb. 853, at 868; **Schreuer**, "Travelling the BIT Route", s. 251.

Crawford ise bu iki ana gruba dahil olan tahkim heyetlerinin kendi içlerinde de hukuki gerekçelendirmeleri bakımından ayrıldığı belirterek şemsiye hükümlerine yaklaşımları bakımından tahkim heyetlerini dört gruba ayırmıştır[872]:

- Şemsiye hükümlerini en dar şekilde yorumlayan ve devletin gerçekleştirdiği sözleşme ihlallerinin YKTK anlaşmasının ihlali kabul edilebilmesi için şemsiye hükümlerindeki genel ifadeleri yeterli görmeyip ayrıca devletin bunu açıkça kabul etmesi gerektiğini savunan tahkim heyetleri[873]
- Şemsiye hükümlerini kısmen dar yorumlayan ve bu hükümlerin uygulanması ile bütün sözleşme ihlallerinin değil, ancak devletin egemenlik haklarını kullanmasından doğan ihlallerin antlaşma kapsamına gireceğini kabul eden tahkim heyetleri[874]
- Şemsiye hükümlerini daha geniş yorumlayan ve bu hükümlerin sözleşmeye dayanan talepleri doğrudan milletlerarası antlaşma ihlaline dönüştürmediğini fakat antlaşmada böyle bir hüküm bulunması halinde sözleşme ihlallerinin antlaşmanın bir maddi hükmü olan şemsiye hükmünün ihlaline dayanan taleplere temel teşkil edeceğini kabul eden tahkim heyetleri[875]
- Şemsiye hükümlerini en geniş biçimde yorumlayarak bunların yabancı yatırım sözleşmelerini "milletlerarasılaştırdığını" ve bu şekilde sözleşme taleplerini milletlerarası hukuk taleplerine dönüştürdüğünü kabul eden tahkim heyetleri[876]

İlk iki gruptaki tahkim heyetlerinin yaklaşımını genel olarak "dar yorum" yaklaşımı, son iki gruptakilerinkini ise genel olarak "geniş yorum" yaklaşımı olarak bir arada ele almak ve birbirleriyle karşılaştırmak mümkündür. *SGS v. Pakistan*

---

[872] **Brownlie / Crawford**, s. 631.

[873] *SGS v. Pakistan*, Jurisdiction; *Joy Mining v. Egypt*, Award.

[874] *El Paso v. Argentina*, Jurisdiction, *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27.07.2006.

[875] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29.01.2004, 8 ICSID Rep. 518; *Eureko v. Poland*, Partial Award (*Crawford*'un da *SGS v. Philippines* tahkim heyetinde yer aldığını ve akademik olarak da bu dört görüşün içinden bu kararda kabul edilen görüşü desteklediğini belirtmek gerekir.)

[876] *Fedax v. Venezuela*, Jurisdiction; *Noble Ventures v. Romania*, Award (Milletlerarasılaşma teorisi için bkz. aşağıda 293 vd.)

heyetine göre, antlaşmada yer alan şemsiye hükmünün[877] yabancı yatırımcılara karşı devlet tarafından üstlenilen yükümlülüklerin ihlalini antlaşma ihlali seviyesine yükselteceği yorumu kabul edilirse, bu durumda devletlerin pek çok yabancı yatırımcıya karşı sözleşme veya başka yollarla[878] (hatta belki sözlü olarak) üstlenmiş olduğu her türlü yükümlülüklerin antlaşma kapsamına dahil edilmesi sonucuna ulaşılabilecek ve şemsiye hükmünün kapsamının "sınırsız biçimde genişlemesi" sorunu ile karşı karşıya kalınacaktır[879]. Bu sonucun kabul edilemeyeceğine ilişkin tahkim heyeti tarafından sunulan dört temel gerekçe vardır. İlk olarak, böyle geniş bir yorum devletlerin yabancı yatırımcılara karşı yükümlülük altına girdiği "sayısız" sözleşme ve diğer hukuki araçların yatırım antlaşması kapsamına alınması söz konusu olacaktır ve bir devletin (bunu çok açık biçimde ifade etmediği sürece) tek bir antlaşma hükmü ile bu kadar büyük bir külfetin altına girmeyi kabul ettiği varsayılamaz[880]. İkinci gerekçeye göre, şemsiye hükümlerinin geniş yorumlanması halinde yabancı yatırımcıların devletle imzaladıkları sözleşmelerde belirledikleri uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ek olarak başvurabilecekleri (fakat devletin başvurma imkanı bulunmayan) ilave bir imkanları ortaya çıkacaktır ve bu imkanı kullanmaları halinde sözleşmede karşılıklı belirlenmiş olan uyuşmazlık çözüm hükümleri etkisiz kalacaktır[881]. Üçüncü olarak, şemsiye hükmünün geniş yorumlanması halinde zaten yatırımcıların hemen hemen bütün talepleri bu hüküm altında dermeyan edileceğinden antlaşmanın diğer önemli maddi hükümlerinin (adil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik, tazminatsız kamulaştırma yasağı gibi) ihlal edildiğini kanıtlamaya gerek kalmayacak ve bu da şemsiye hükmünün diğer tüm hükümlerin üzerinde bir öneme sahip olması sonucunu doğuracaktır; fakat tarafların tek bir sözleşme şartına (hem de önemli maddi hükümler arasında değil sözleşmenin en sonunda düzenledikleri bir şarta) bu kadar büyük bir önem

---

[877] İsviçre-Pakistan YKTK Anlaşması, m. 11: "Her bir Âkit Taraf, diğer Âkit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına ilişkin üstlenmiş olduğu yükümlülüklerin sürekli olarak gözetileceğini garanti eder." (Yaz. Çev.)

[878] Devletin mevzuat hükümleri ile yatırımcıya karşı üstlendiği yükümlülüklere aykırı davranmasını şemsiye hükmü kapsamında değerlendiren tahkim heyetleri de olmuştur. Bkz. *LG&E v. Argentina*, Jurisdiction, para. 170-175.

[879] *SGS v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 166.

[880] *Ibid.*, para. 167-168.

[881] *Ibid.*, para. 168.

atfettiklerini varsaymak mümkün değildir[882]. Son olarak, milletlerarası hukukta bir yükümlülüğün varlığının tartışmalı olması halinde devletin egemenliğini en az sınırlayan çözümün benimsenmesine ilişkin *in dubio mitius* ilkesine de atıf yapan tahkim heyeti, sözleşme ihlallerinin antlaşma kapsamına dahil olacağı söz konusu şemsiye hükmünde açıkça belirtilmediğinden bu hükmün devletin egemenliğini ciddi biçimde kısıtlayacak şekilde geniş yorumlanamayacağını belirtmiştir[883].

Dar yorumu benimseyen ikinci grup kararlarda ise, tahkim heyetleri devletin "tacir olarak devlet" ile "egemen olarak devlet" kavramları arasında ayrım yaparak yatırım tahkiminin konu bakımından yetkisine dahil olan eylemlerin esas olarak devletin "egemen" niteliğiyle yaptığı eylemler olduğunu ve sözleşme ihlallerinin de ancak devletin egemenlik haklarını kullanmasından kaynaklandıkları ölçüde şemsiye hükümlerinin korumasından yararlanabileceğini ifade etmiş; geniş yorum ilkesine karşı ise bu ilkenin kabulü halinde yatırımcıların çıkarlarını korumak için önemsiz sözleşme ihlallerine karşı bile yatırım tahkimine başvurabileceği ve bu durumun yatırım tahkimini amacından saptıracağı eleştirisini getirmişlerdir[884].

SGS v. Pakistan kararından yaklaşık 6 ay sonra aynı davacı tarafından bu sefer İsviçre-Filipinler YKTK Anlaşması'ndaki şemsiye hükmü[885] kapsamında öne sürülen benzer hukuki argümanları değerlendiren *SGS v. Philippines* heyeti ise farklı bir yorumu benimsemiştir. *SGS v. Pakistan* kararında sunulan gerekçeleri tek tek inceleyen heyet, bu gerekçelere doğrudan çatışmaya girmeye veya çürütmeler getirmeye gerek görmeksizin ya bunların somut uyuşmazlıkta uygulanabilir olmadığını ya da bunları yorumunda esas alacak kadar önemli olarak değerlendirmediğini ifade etmiştir[886]. Bununla birlikte, *SGS v. Pakistan*'ın tüm hukuki gerekçelendirmesinin temelinde yer alan "şemsiye hükümlerinin geniş

---

[882] *Ibid.*, para. 168-170.

[883] *Ibid.*, para. 171.

[884] *El Paso v. Argentina*, Jurisdiction, para. 79-82; *Pan American v. Argentina*, Preliminary Objections, para. 108-110.

[885] İsviçre-Filipinler YKTK Anlaşması, m. X(2): "Her bir Âkit Taraf, diğer Âkit Tarafın yatırımcıları tarafından kendi topraklarında yapılmış belirli yatırımlara ilişkin üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükleri gözetecektir." (Yaz. Çev.)

[886] *SGS v. Philippines*, Jurisdiction, para. 121-124.

yorumlanması halinde alelade sözleşme ihlallerinin antlaşma ihlallerine dönüşeceği" ön kabulü tahkim heyeti tarafından reddedilmiş, şemsiye hükümlerinin uygulanması ile sözleşmeden doğan yükümlülüklerin içeriği ve kapsamında değişiklik olmayacağı ve bunların yine ilgili sözleşmeye göre belirleneceği belirtilmiştir. Tahkim heyetine göre şemsiye hükümlerinin etkisi, devletin verdiği sözleri tutacağını ve "hukuk devleti" ilkesinin yabancı yatırımcılara karşı da uygulanacağını garanti altına almaktan ibarettir. Dolayısıyla, devletin bir yabancı yatırımcıya karşı sözleşme ile üstlendiği bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde bu ihlal doğrudan bir antlaşma ihlali niteliğine bürünmeyecek, fakat devlet bu yükümlülüğünü ihlal etmekle aynı zamanda antlaşmanın şemsiye hükmü ile yatırımcının devletine karşı (yatırımcı lehine) üstlenmiş olduğu "yükümlülüklerini gözetme" yükümlülüğünü de ihlal etmiş olacağından yatırımcının antlaşmanın bir maddi hükmü olan şemsiye hükmünün ihlaline dayanan taleplerini antlaşmada yer alan uyuşmazlık çözüm yolları çerçevesinde devlete karşı dermeyan etmesi mümkün olacaktır[887].

Geniş yorumu benimseyen bazı tahkim heyetleri *SGS v. Philippines* kararında kabul edilen ilkeyi aynen uygularken[888], bazı tahkim heyetlerinin ise *SGS v. Pakistan* tarafından eleştirilmiş olan daha da geniş bir yorumu kabul ettikleri görülmektedir. Bu konuda özellikle öne çıkan *Noble Ventures v. Romania* heyeti, şemsiye hükümlerinin uygulanması ile devlet tarafından gerçekleştirilen sözleşme ihlallerinin "milletlerarasılaşması" ve "antlaşma ihlallerinin içine asimile olması" sonucunun ortaya çıkacağı yorumunu yapmıştır[889].

SGS v. Pakistan heyeti yatırım antlaşmasının hükümlerini fazlasıyla sınırlayıcı biçimde yorumladığı gerekçesiyle bazı tahkim heyetleri tarafından eleştirilmiştir[890]. Kanımızca da bu eleştirilerde fazlasıyla haklılık payı vardır. Öncelikle, iki devletin "karşılıklı olarak yatırımları koruma ve teşvik etme" amacıyla imzalamış olduğu bir

---

[887] *Ibid.*, para. 126-128. Aynı yönde bkz. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25.09.2007, para. 95; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 05.09.2008, para. 301.

[888] *Eureko v. Poland*, Partial Award, para. 257-260.

[889] *Noble Ventures v. Romania*, Award, para. 54. Aynı yönde bkz. *LESI DIPENTA v. Algeria*, Award, para. 25(ii).

[890] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, Jurisdiction, para. 52; *Eureko v. Poland*, Partial Award, para. 258.

antlaşmada, birbirlerinin yatırımcılarına karşı üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirme garantisi verdikleri bir antlaşma hükmünün uygulama alanının çeşitli pratik kaygılar ve devletlerin olası niyetlerine ilişkin varsayımlar ile etkisiz hale getirilecek derecede kısıtlanması "antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde"[891] yorumlanması ilkesine uygun düşmemektedir. Yatırım antlaşmaları yatırımların korunması için etkin bir mekanizma oluşturmak amacıyla imzalandığına göre, bu antlaşmalarda düzenlenen bazı hükümlerin "geniş yorumlanırlarsa yatırımcılar tarafından bu hükme çok fazla başvurulabileceği" gerekçesiyle kısıtlayıcı biçimde yorumlanmaları da kanımızca yatırım antlaşmalarının imzalanmasının altında yatan temel mantık ile çelişmektedir.

Şemsiye hükümlerinin uygulanması ile sözleşmede belirlenen uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının işlemez hale geleceği ve bu durumun yatırımcıya tek taraflı bir haksız avantaj sağladığı argümanı da güçlü değildir. *SGS v. Philippines* heyetinin de belirttiği üzere[892], yatırım tahkimi ile sözleşmesel uyuşmazlık çözüm yollarının birbiriyle çakışması durumu şemsiye hükümlerinin geniş yorumlanmasından kaynaklanan bir sorun olmayıp doğrudan milletlerarası ticari tahkim ve yatırım tahkiminin üzerine kurulu olduğu sistemin ta kendisinin yarattığı bir durumdur. Kaldı ki, böyle olumsuzluklarla karşılaşmak istemeyen devletlerin imzaladıkları antlaşmalara çatallaşma (*fork-in-the-road*) hükümlerine yer vererek yatırımcının birden fazla seçeneğe aynı anda başvurmasını önlemeleri mümkünken (ve pek çok antlaşmada devletler bunu yaparken) tahkim heyetlerinin böyle bir hükmü belirli bir antlaşmaya koymamış olan devletleri koruma yükümlülükleri de yoktur. Ayrıca yatırımcının yatırım tahkimine başvurması halinde devletin de yatırımcıdan talepleri varsa bunları aynı uyuşmazlıkta karşı talep olarak ileri sürmesi[893] veya sözleşmede

---

[891] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 31.

[892] SGS v. Philippines (ICSID, 2004, Jurisdiction), para. 123.

[893] ICSID Sözleşmesi m. 46 kapsamında devletlerin tahkim izninde aksi belirtilmedikçe ICSID tahkiminde karşı talepte bulunma hakları vardır. Devletlerin karşı taleplerinin yetki yönünden kabul edildiği kararlar için bkz. *MINE v. Guinea*, Award; *Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10.02.1999, 15 ICSID Rev. – FILJ 457 (2000), 6 ICSID Rep. 5, 26 YCA 24 (2001), para. 278-279. Aksi yönde bir karar için bkz. *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07.12.2011; Michael Reisman'ın bu konudaki karşı görüşü için bkz. *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration (Reisman), 28.11.2011.

UNCITRAL kuralları altında görülen bir yatırım tahkiminde devletin karşı taleplerinin kural olarak tahkim heyetinin yetkisi dahilinde olduğu hakkında bkz. *Saluka Investments B.V. v. The Czech*

düzenlenen uyuşmazlık çözüm yollarına (örneğin ticari tahkime) başvurarak öne sürmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Fakat devletlerin egemenlik haklarına dayanan doğal üstünlükleri dolayısıyla yatırımcıya karşı bir talepleri olduğunda bunu çekişmeli bir yargı ortamında (eşitler arasında) tartışma konusu yapmak yerine doğrudan egemenlik haklarını kullanarak taleplerini doğrudan cebren icra etme imkanlarının da olduğu ve pek çok durumda bu imkanlarını kullandıkları da bir gerçektir. Bu gerçekler göz önünde bulundurulduğunda şemsiye hükümlerinin geniş yorumlanmasının devleti yatırımcıya karşı hukuki anlamda çaresiz bırakacağını kabul etmek mümkün değildir.

Şemsiye hükümlerini geniş yorumlamanın yatırım antlaşmalarının diğer maddi hükümlerini etkisiz hale getireceği iddiası da kanımızca yerinde değildir. Öncelikle, yatırımcıların devletle hiçbir sözleşme imzalamadan doğrudan özel sektörde yatırım yaptıkları pek çok durumda şemsiye hükümlerinden yararlanmaları mümkün olmayacak ve bütün korumaları antlaşmanın diğer maddi hükümleri kapsamında olacaktır. Tahkim heyetlerinin genel eğiliminin devletin doğrudan taraf olmadığı sözleşmelerde şemsiye hükümlerini uygulamamak yönünde olduğu[894] dikkate alındığında, yatırımcının bir devlet teşekkülü veya yerel yönetim ile karşılıklı imzaladığı pek çok yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından da yatırım antlaşmasının diğer maddi hükümlerine başvurması gerekecektir. Yatırımcının doğrudan devletle sözleşme ilişkisinde olduğu durumlarda ise devletin teknik olarak bir sözleşme hükmünü ihlal etmeden yatırım antlaşmasının diğer maddi hükümlerini ihlal etmiş olabileceği (örneğin yatırımcının çalışanlarının ülkeye giriş-çıkış yapmalarına izin vermemek veya sivil vatandaşların saldırılarına karşı yatırımcının yatırımına koruma sağlayamamak gibi) pek çok durum da vardır.

Pan American ve *El Paso* tahkim heyetlerinin şemsiye hükümlerinin sadece devletin egemenlik haklarını kullanmasına ilişkin sözleşme ihlalleri bakımından uygulanabileceği yönündeki yorumları da eleştiriye açıktır. Zira devletin egemenlik haklarını kullanmak suretiyle sözleşme hükümlerini ihlal etmesi halinde çoğunlukla

---

Republic, PCA (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 07.05.2004, para. 37-39.

[894] *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 96; *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 174; *Impregilo v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 216; *Azurix v. Argentina*, Award, para. 52.

yatırım antlaşmasının diğer maddi hükümlerinden birinin (muhtemelen adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün) ihlal edilmesi de söz konusu olacağından şemsiye hükümlerinin yatırımcıya ilave bir koruma sağlayabileceği durumlar büyük ölçüde sınırlandırılmış olacaktır. Kural olarak devletin bir yatırım antlaşmasında yabancı yatırımcılara karşı ticari nitelikli yükümlülüklerini yerine getireceğine dair bir taahhütte bulunmasının önünde bir engel olmadığına göre şemsiye hükümlerinin uygulama alanının bu bakımdan (büyük ölçüde) sınırlandırılması da kanımızca yerinde bir yaklaşım değildir.

Son olarak, *Noble Ventures* heyeti tarafından benimsenen şemsiye hükümlerinin yabancı yatırım sözleşmelerini "milletlerarasılaştırdığı" ve bu sözleşmelerden kaynaklanan talepleri doğrudan milletlerarası hukuk talepleri haline getirdiği görüşü de kanımızca isabetli değildir. Bir sözleşmenin hangi hukuka tabi olacağının o sözleşmenin taraflarınca belirlenmesi irade serbestisi ilkesinin gereğidir[895]. Taraflar sözleşmeyi imzaladıkları anda pek çok farklı dengeyi gözeterek sözleşmelerini belirli bir hukuka tabi kılmak konusunda anlaşırlar ve şemsiye hükümleri gibi dışsal bir unsurun sözleşmenin en temel değişkenlerinden biri üzerinde kontrol sahibi olmasını kabul etmek tarafların en başta belirli bir mantık çerçevesinde oluşturdukları sözleşme dengesini hiçe saymak anlamına gelecektir. Ayrıca, bir yandan milletlerarası yatırım hukukundaki genel eğilim yabancı yatırım sözleşmelerinde irade serbestisi ilkesini egemen kılarak devletin tek taraflı kontrolünü sınırlamak yönündeyken diğer taraftan bu ilkeyi yatırımcı lehine daraltmak da tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu nedenlerden ötürü bizim kanaatimize göre de *SGS v. Philippines* kararında şemsiye hükümlerine ilişkin benimsenen yaklaşım hem milletlerarası yatırım hukukunun temel dinamiklerine hem de Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31'in yorum ilkelerine göre en yerinde yaklaşımdır.

---

[895] İrade serbestisi ilkesi ile ilgili bkz. aşağıda s. 238 vd.

iii. Sözleşme İhlallerinin Aynı Zamanda Antlaşma İhlali Oluşturduğu Durumlar

Yabancı yatırım sözleşmelerinin devlet tarafından ihlaline dayanan taleplerin yatırımcılar tarafından yatırım tahkiminde dermeyan edilebilmesinin üçüncü bir yolu ise bu ihlallerin aynı zamanda devletin yatırım antlaşmasında (veya bazı durumlarda milletlerarası teamül hukukunda) üstlendiği başka bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmesi durumudur. Sözleşme ihlallerinin yatırım antlaşmasının maddi hükümlerinin ihlaline ilişkin değerlendirilmelerde dikkate alınması gerektiği ICSID tahkim heyetleri tarafından kabul edilmektedir[896]. Fakat devletin veya devlet teşekkülünün sözleşme ihlallerinin yatırım tahkiminde dikkate alınması için bunların herhangi bir sözleşmenin taraflarınca gerçekleştirilebilecek alelade sözleşme ihlalleri olmasının yeterli olmadığı, söz konusu ihlallerin devletin egemenlik gücünün (*puissance publique*) kullanımı ile gerçekleştirilmiş olmasının gerektiği de belirtilmiştir[897].

Bu kapsamda ilk akla gelen ihtimal devletin sözleşmeyi ihlal etmesinin kamulaştırma olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Sözleşmeden kaynaklanan hakların da aynı mülkiyetten kaynaklanan haklar gibi kamulaştırılabileceği ilkesi ilk kez 1926'da USAD tarafından *Chorzów Factory* kararında kabul edilmiştir. Polonya'nın *Chorzów* kentinde yer alan ve işletme hakları sözleşme ile Alman *Bayerische* şirketine verilmiş olan bir fabrikaya Polonya Devleti tarafından el koyulmuş ve Alman şirketinin patentleri, lisansları ve deneylerini kullanılarak fabrikanın işletmesi sürdürülmüştür. *Bayerische* şirketi fabrikanın mülkiyetine sahip olmadığı halde, Divan, Polonya'nın eylemlerini şirketin "akdi haklarının kamulaştırılması" olarak değerlendirmiştir[898]. Sözleşme haklarının kamulaştırmaya

---

[896] *Salini v. Jordan*, Jurisdiction, para. 62; *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 105; *Impregilo v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 219; *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 73; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.08.2008, para. 180.

[897] *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22.12.2003, para. 65; *Impregilo v. Pakistan*, Jurisdiction, para. 260; *Azurix v. Argentina*, Award, para. 53.

[898] *Chorzów Factory*, Judgment, s. 44.

konu olabileceği daha sonra İran-ABD Talep Divanı[899] ile bazı yatırım tahkimi heyetlerinin kararlarında da kabul edilmiştir[900].

Sözleşme ihlalleri kapsamında tartışma konusu olan diğer bir maddi koruma hükmü ise adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü ve özellikle de bunun altında yer aldığı kabul edilen meşru beklentilerin (*legitimate expecatitions*) gözetilmesi zorunluluğudur[901]. Bu değerlendirmeyi yaparken tahkim heyetlerinin olağan sözleşmesel beklentiler ile devletin egemenlik gücüne dayanan beklentiler arasında ayrım yaptığı görülmektedir. Örneğin *PSEG v. Turkey* heyeti, yatırımcının çeşitli devlet kurumları ile imzaladığı sözleşmeler altındaki meşru beklentilerinin ihlal edildiği iddiasını bu sözleşmelerde devletin olağan sözleşme ilişkisinin dışında yatırımcının meşru beklentisine yol açabilecek başkaca bir sözünün bulunmaması nedeniyle reddetmiş[902]; *Bayındır v. Pakistan* heyeti ise önceden devlet tarafından etkisiz hale getirilmiş olan sözleşmenin daha sonra imzalanan bir ek anlaşma ile yeniden canlandırılmasının yatırımcı nezdinde sözleşmesel beklentilerin dışında devlet nezdinde bir meşru beklentiye yol açtığı kanaatine varılamayacağını ifade etmiştir[903]. *Duke Energy v. Ecuador* kararında tahkim heyeti yatırımcının devletle imzaladığı sözleşmelerden bazılarının sadece alelade sözleşme ilişkileri içermesi nedeniyle bunlar bakımından meşru beklenti taleplerini reddederken, bir sözleşmede esasen sözleşme tarafı olmayan Maliye Bakanlığı'nın vermiş olduğu ödeme garantisinin sözleşmesel beklentilerin ötesinde bir meşru beklenti yarattığını ve bu garantinin ihlal edilmesinin antlaşma ihlali teşkil ettiğini kabul etmiştir[904]. *Eureko v.*

---

[899] *Amoco v. Iran*, Award, para. 108; *Phillips Petroleum Company (Iran) v. Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company*, IUSCT Case No. 39, Award, 30.12.1982, 21 Iran-US CTR 79, 70 ILR 483, para. 79

[900] *SPP v. Egypt*, Award (ICSID), para. 164. Ayrıca bkz. *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 03.08.2005, Part IV, Chapter D, para. 17 (gelir üreten bir sürecin unsurları üzerindeki yönetim kontrolünün de kamulaştırmaya konu olabilecek bir hak olduğu hakkında).

[901] Sözleşme ihlallerinin meşru beklenti oluşturup oluşturmadığı tartışmalarıyla ilgili bkz. **Alvik**, s. 198-203.

[902] *PSEG v. Turkey*, Award, para. 226, 241-243

[903] *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27.08.2009, para. 196-199

[904] *Duke Energy v. Ecuador*, Award, para. 356-361

Poland'da ise, yatırımcıya devlet sigorta şirketinin halka arzında ön alım hakkı veren bir sözleşmenin devlet tarafından feshedilmesi her ne kadar taraflar arasında sıradan bir sözleşme feshi durumundan ibaret olup doğrudan devletin egemenlik gücünün kullanımına dayanan bir eylem olmasa da, tahkim heyeti bu feshin keyfi olması ve herhangi bir hukuki sebebe dayanmaksızın tamamen siyasi amaçlar doğrultusunda yapılmış olması nedeniyle yatırımcının meşru beklentilerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir[905]. Kanımızca da tahkim heyetlerinin meşru beklentiler ilkesini sözleşmeden kaynaklanan haklara uygulamak konusunda genel olarak dar bir yorum ilkesini benimsemeleri ve sıradan sözleşmesel beklentilerin bu kapsamda değerlendirilmesine izin vermemeleri yerinde bir yaklaşımdır; zira antlaşmada bir şemsiye hükmünün bulunmaması halinde meşru beklentiler ilkesine "gizli şemsiye hükmü" anlamı yüklenmemeli, böyle bir durumda milletlerarası hukukun temel bir ilkesi olan sözleşme ihlalleri ile milletlerarası hukuk ihlalleri ayrımı gözetilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda anılan durumlarda olduğu gibi yabancı yatırım sözleşmelerinin belli hükümlerinin devlet tarafından ihlalinin yatırım antlaşmalarının çeşitli maddi hükümleri kapsamında değerlendirildiği durumlarda tahkim heyetinin hukuki incelemesi esas olarak antlaşma hükümleri ile ilgili olacaktır. Dolayısıyla tahkim heyeti sözleşmenin tabi olduğu hukuk sistemine göre bir ihlalin bulunup bulunmadığı konusunda karar verme yetkisi bulunmadığından bunu bir hukuki sorun olarak ele alıp karara bağlamayacak; fakat sözleşmenin ihlaline yol açan vakıaları ve varsa bu konuda yetkili yargı organlarınca verilmiş kararlar ile diğer hukuki delilleri birer maddi vakıa olarak ele alarak bunların ışığında hukuki değerlendirmesini antlaşmanın belirli hükümlerinin ihlal edilip edilmediği konusunda yapacaktır[906].

D. Yatırımcının Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Başvurabileceği Hukuki İmkânlar

Bir yabancı yatırım sözleşmesi kapsamında devletle yabancı yatırımcı arasında çıkan uyuşmazlıkların insan haklarına ilişkin bazı sorunları ortaya çıkarması da

[905] *Eureko v. Poland*, Partial Award, para. 232-233

[906] Bu konuda bkz. *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 73.

mümkündür. Örneğin yatırımcının (veya yatırımcının çalışanlarının) ülkeden çıkışlarına izin verilmemesi, tutuklanmaları ve hatta bazen fiziksel zarar görmeleri gibi durumlarda bu kişilerin devlete karşı insan hakları ihlallerine dayanan talepleri de olabilir.

İnsan hakları ihlalleri yatırım antlaşmalarının kapsamına girmediğinden bu tür talepler davacılar tarafından genellikle yatırım tahkiminde dermeyan edilmemektedir. *Biloune v. Ghana* davasında yatırımcı, kendisinin devlet tarafından keyfi biçimde hapsedildiği, sınır dışı edildiği ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçeleriyle temel insan haklarının ihlaline dayalı tazminat talebinde bulunmuştur. Tahkim heyeti devletin topraklarında bulunan tüm yabancıların belirli temel insan haklarını gözetme yükümlülüğü olduğunu kabul etmiş; fakat somut uyuşmazlıkta devletin tahkim izninin yer aldığı Gana Yatırım Kanunu'nda sadece "yatırımla ilgili" uyuşmazlıklar bakımından tahkim heyetine yetki verilmiş olmasından ötürü bu ihlallerle ilgili karar verme yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir[907]. *Biloune* tahkimi UNCITRAL Kuralları altında görülmüş olup ICSID bünyesindeki tahkimlerde devletin tahkim izninin yanı sıra ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'deki "doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan" uyuşmazlıklara ilişkin yetki kuralı da sadece insan hakları ihlallerine dayanan talepler hakkında karar verilmesine engel olacaktır. Nitekim buna benzer tartışmalar başka davalarda da yapılmış, ancak tahkim heyetleri doğrudan insan haklarına yönelik talepler hakkında karar vermemişlerdir[908].

Öte yandan, milletlerarası yatırım antlaşmaları doğrudan insan haklarına ilişkin hükümleri barındırmasa da, bu antlaşmalarda bulunan "adil ve hakkaniyetli muamele", "meşru beklenti" ve devletin "kamu gücüne dayanan yetkileri" gibi kavramların insan hakları hukuku ile yakından ilgili olduğu; yatırım antlaşmalarının aksine geniş katılıma sahip olan çok taraflı milletlerarası antlaşmalar ile düzenlenen insan haklarının pek çok ülkenin hukuk sisteminin temelinde yer aldığı ve bu nedenle

---

[907] *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27.10.1989, 95 ILR 183.

[908] İnsan hakları ihlallerinin tartışıldığı kararlar için bkz. **Moshe Hirsch**, "Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths", Pierre-Marie Dupuy / Ernst-Ulrich Petersmann / Francesco Francioni (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 97 vd., s. 101-105.

tahkim heyetlerinin de yatırım antlaşmalarındaki bazı hakları yorumlarken insan haklarının temel ilkelerini göz önünde bulundurabileceği ifade edilmiştir[909].

Yatırıma ilişkin uyuşmazlıklarla paralel olarak yabancı yatırımcıların insan hakları ihlallerine ilişkin talepleri için ev sahibi devletin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda belirtilen forumlara başvurma imkanları da vardır. İnsan hakları ihlallerine ilişkin talepler için milletlerarası hukuki süreçler düzenleyen üç temel antlaşma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (AmİHS) ve BM Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KSHUS)'dir. Bu üç antlaşmayı yatırımların korunması amacına elverişlilikleri bakımından inceleyen *Tomuschat*, uluslararası düzeyde KHUS tarafından sunulan koruma sisteminin mülkiyet hakkına ilişkin herhangi bir hüküm içermemesi[910], tüzel kişilerin kişi bakımından bu Sözleşme'nin yetkisine dahil olmaması ve KHUS kapsamındaki taleplerin hukuki incelemesini yapan BM İnsan Hakları Konseyi'nin kararlarının bağlayıcı gücü bulunmaması nedenlerinden ötürü yatırımların korunması çerçevesinde elverişsiz olduğunu ifade etmiştir[911]. AmİHS sisteminde[912] mülkiyet hakkı koruma altına alınmakta[913] ve tüzel kişilerin başvuruda bulunmasına da izin verilmektedir[914]; fakat AmİHS kapsamındaki talepleri karara bağlamakla görevli olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM)'nin[915] taraf devletlerde bireylerin karşılaştığı daha temel insan hakları ile yoğun biçimde ilgilenme zorunda kalmasından ötürü tüzel kişilerin haklarının ihlallerine ilişkin bir içtihadın bugüne

---

[909] **Bruno Simma / Theodore Kill**, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology", Christina Binder et al. (ed.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 678 vd., s. 704.

[910] KUHS'de mülkiyet hakkının düzenlenmemesinin nedeni, bu Sözleşme'nin hazırlık süreci olan 1948-1966 arası dönemde Batılı kapitalist ülkeler ile Doğu Bloku'nun sosyalist ülkeleri arasında "mülkiyet" kavramının anlamı üzerinde anlaşma sağlanamamış olmasıdır. Bkz. **Christian Tomuschat**, "Human Rights and International Investment Arbitration", Christina Binder et al. (ed.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 636 vd., s. 638.

[911] **Tomuschat**, s. 638-639.

[912] AmİHS ile getirilen insan hakları koruma sistemi için bkz. **Yurdanur Ural Uslan / Tuğba Güner**, "İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi", 19(2) SDÜ İİBFD 309 (2014).

[913] AmİHS, m. 21.

[914] AmİHS, m. 44.

[915] Inter-American Court of Human Rights (IACHR)

kadar Amerika'da gelişmediği belirtilmektedir[916]. AİHS sisteminde[917] de mülkiyet hakkı koruması[918] ve tüzel kişilerin başvuru hakkı[919] bulunmaktadır ve AİHM'nin konusu yatırıma ilişkin olan başvuru talepleri hakkında verdiği kararlar da vardır[920]. Bu farklılıkların yanı sıra, yatırım uyuşmazlıkları bakımından uygulama alanı bulabilecek olan adil yargılanma hakkı[921] ve etkili başvuru hakkı[922] gibi maddi haklar her üç Sözleşme'de de koruma altına alınmaktadır.

Yabancı yatırımcıların genellikle taleplerini insan hakları mahkemelerine sunmayı tercih etmedikleri, bunun temel nedenlerinin de insan hakları sözleşmelerinde bazı tüzel kişilerin mülkiyet haklarına ilişkin talepler üzerindeki kısıtlamalar, insan hakları sisteminde sunulan koruma standartlarının yatırım antlaşmalarındaki kadar yüksek olmaması ve bu nedenle de alınabilecek tazminat miktarlarının kısıtlı olması olduğu belirtilmiştir[923]. Bunların yanı sıra milletlerarası insan hakları mahkemelerine başvurabilmek için ilgili devlette iç hukuk yollarının tüketilmiş olması zorunluluğu da bu yolun yatırımcılar tarafından tercih edilmemesinde önemli bir etkendir. Daha önce de belirtildiği üzere, özellikle devletler ile yatırımcılar arasında birden fazla tahkim heyeti ve çeşitli ülkelerin mahkemelerinin dahil olduğu çok katmanlı uyuşmazlıkların bulunması halinde yatırımcılar tarafından bazen bu mücadelenin bir parçası olarak insan hakları mahkemeleri nezdindeki başvuru haklarının da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Uzan ailesinin malvarlıklarına ilişkin devam eden çeşitli ICSID uyuşmazlıklarıyla

---

[916] **Tomuschat**, s. 639.

[917] AİHS sistemi ile ilgili genel olarak bkz. **Steven Greer**, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; **Loukis G. Loucaides**, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Martinus Nijhoff, Leiden 2007.

[918] AİHS, 1 No'lu Ek Protokol, m. 1.

[919] AİHS, m. 34.

[920] AİHM bünyesinde yabancıların mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin görülmüş önemli davaların incelemesi için bkz. **Tomuschat**, s. 642-646.

[921] KSHUS, m. 14(1); AmİHS, m. 8; AİHS, m. 6(1).

[922] KSHUS, m. 2(3); AmİHS, m. 10 (tazminat hakkı); AİHS, m. 13.

[923] **Clara Reiner / Christoph Screheuer**, "Human Rights and International Investment Arbitration", Pierre-Marie Dupuy / Ernst-Ulrich Petersmann / Francesco Francioni (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 82 vd., s. 88.

paralel olarak Kemal Uzan tarafından AİHM'ye bireysel başvuru hakkı kullanılmış, ancak Mahkeme imtiyaz sözleşmelerinin feshini mülkiyet hakkının ihlali kabul etmemiş ve adil yargılanma ile etkili başvuru haklarının da ihlalinin söz konusu olmadığına karar vererek talebi reddetmiştir[924]. Yukos ile Rusya arasındaki hukuki uyuşmazlıklar kapsamında Yukos tarafından da AİHM'e başvuru yapılmış ve Mahkeme mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle Rusya'yı yaklaşık 1 milyar 866 milyon USD tazminata mahkum etmiştir[925].

Bunların dışında yabancı yatırım sözleşmeleri ve diğer yatırım konulu uyuşmazlıklara ilişkin görülmüş bazı AİHM davaları şunlardır:

- Tre Traktörer v. Sweden (ECtHR, 1989)[926]: Yabancı yatırımcının içki satma lisansının iptaline ilişkin açılmış olan davada mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle tazminata hükmedilmiştir.
- Iatridis v. Greece (ECtHR, 1999)[927]: Mahkeme, 1 No'lu Ek Protokol m. 1'de düzenlenen mülkiyet hakkının sadece fiziksel varlıklar ile sınırlı olmadığını ve bazı haklar ile menfaatleri de kapsadığını belirterek başvuru sahibinin kira sözleşmesinden doğan kiracılık haklarının mülkiyet hakkı çerçevesinde korunduğuna hükmetmiştir[928].
- Rosenzweig and Bonded Warehouses v. Poland (ECtHR, 2005)[929]: Geçerli işletme ruhsatlarının geri alınması da mülkiyet hakkından faydalanılmasının engellenmesi olarak yorumlanmıştır[930].

---

[924] *Kemal Uzan v. Turkey*, Admissibility (ECtHR), para. 116-125.

[925] *Yukos v. Russia*, Just Satisfaction (ECtHR). Bu tazminat miktarı insan hakları mahkemeleri içtihatlarına göre rekor düzeyde olmakla birlikte yatırım tahkimi ile insan hakları mahkemeleri arasında koruma standartları ve tazminat miktarları bakımından söz edilen farkları da ortaya koymaktadır. Zira Yukos aynı konuda yatırım tahkimi sürecinin sonunda yaklaşık 50 milyar USD gibi çok daha yüksek bir tazminata hak kazanmıştır. (*Yukos v. Russia*, Award, 2014)

[926] *Tre Traktörer Aktiebolag v Sweden*, ECtHR, Application No. 10873/84, Judgment (Merits), 07.07.1989, [1989] ECHR 15.

[927] *Iatridis v. Greece*, ECtHR, Application No. 31107/96, Judgment (Merits), 25.03.1999, [1999] ECHR 14.

[928] *Ibid.*, para. 54.

[929] *Rosenzweig and Bonded Warehouses v. Poland*, ECtHR, Application No. 51728/99, Judgment, 28.07.2005.

[930] *Ibid.*, para. 49.

- Capital Bank AD v. Bulgaria (ECtHR, 2005)[931]: Bankacılık lisansının iptali de 1 No'lu Ek Protokol m. 1 kapsamında mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir[932].
- Zlínsat v. Bulgaria (ECtHR, 2006)[933]: Bir Çek şirketi özelleştirme kapsamında Sofya'daki bir oteli satın almış; fakat savcılık özelleştirme sözleşmesinin fazlasıyla alıcı lehine olduğu iddiasıyla sözleşmenin ifasını durdurmuş ve özelleştirmeyi yapan belediye hakkında da soruşturma başlatmıştır. Hem belediyenin hem de yatırımcının Bulgar mahkemelerinde dava açıp 2 yıl boyunca takip etmelerine ve sözleşmenin hukuka uygun olduğu yönünde karar almalarına rağmen savcılığın sözleşmenin ifasına izin vermemeye devam etmesi nedeniyle AİHM mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[934].
- Bimer v. Moldova (ECtHR, 2007)[935]: Yabancı yatırımcı ile devlet arasında Moldova-Romanya sınırında gümrüksüz (*duty-free*) satış yapan işyerlerinin açılması ve işletilmesi için sözleşme imzalanmış; fakat daha sonra devlet yatırımcının bu işyerlerini çalıştırma lisansını iptal etmiştir. Mahkeme mülkiyet hakkının ihlalini tespit etmiştir.
- Marini v. Albania (ECtHR, 2008)[936]: Devletle yabancı yatırımcı arasında bir fabrika kurmak ve işletmek için ortak girişim kurulmuş, fakat daha sonra devlet sözleşmeyi feshetmiştir. Mahkeme, mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle devleti tazminata mahkum etmiştir.

Sonuç olarak, insan hakları hukukuna dayanan talepler her ne kadar bir yatırımcının sahip olduğu en güçlü hukuki imkanlar olmasa da bunların milletlerarası tahkim veya diğer hukuki yollarla paralel olarak etkin biçimde kullanılması mümkündür. Özellikle uzun yıllar süren ve farklı forumlarda görülen karmaşık

---

[931] *Capital Bank AD v. Bulgaria*, ECtHR, Application No. 49429/99, Judgment, 24.11.2005.

[932] *Ibid.*, para. 130.

[933] *Zlínsat Spol. S R.O. v. Bulgaria*, ECtHR, Application No. 57785/00, Judgment, 15.06.2006.

[934] *Ibid.*, para. 97.

[935] *Bimer S.A. v. Moldova*, ECtHR, Application No. 15084/03, Judgment, 10.07.2007.

[936] *Marini v. Albania*, ECtHR, Application No. 3738/02, Judgment, 18.12.2007.

uyuşmazlıklarda devletin insan haklarını ihlal ettiği yönünde verilecek bir kararın başka forumlarda yatırımcı lehine (ihlal talebinin reddi halinde ise devlet lehine) önemli bir hukuki argüman teşkil etmesi de söz konusu olabilecektir. Ayrıca yatırımcı statüsüne sahip olmayan fakat devletin eylemlerinden etkilenen şirket çalışanları gibi kişilerin veya herhangi bir nedenle yatırım antlaşmalarının korumasından faydalanamayan yatırımcıların da bireysel başvuruda bulunabilecekleri tek uluslararası forum da çoğu zaman insan hakları mahkemeleridir. Bu bakımdan insan hakları hukuku, sözleşmesel uyuşmazlık çözüm yolları ve yatırım tahkimi mekanizmalarının çalıştırılamadığı veya başarısızlığa uğradığı durumlarda yatırımcılara sınırlı bir kapsamda da olsa son bir hukuki çare sunmaktadır.

BÖLÜM 4
YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN TABİ OLDUĞU HUKUK DÜZENİ

Özel hukuka tabi taraflar arasında imzalanan sınır ötesi sözleşmelerde uygulanacak hukukun öncelikle irade serbestisi çerçevesinde taraflarca belirleneceği ve tarafların seçim yapmaması veya seçimlerinin geçersiz ya da eksik olması gibi durumlarda ise uygulanacak hukukun somut uyuşmazlıkta uygulama alanı bulan kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceği konusunda fazlaca tartışma bulunmamaktadır. Fakat yabancı yatırım sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafının devlet olması ve sözleşme konusunun kapsamında devletin egemenlik haklarına ilişkin hükümlerin (örneğin doğal kaynakların çıkarılması, vergi ve döviz mevzuatından bazı muafiyetler gibi) sıklıkla yer alması gibi durumlardan ötürü, uygulanacak hukukun belirlenmesine konusu sıradan özel hukuk sözleşmelerine göre çok daha tartışmalıdır.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk sisteminin belirlenmesine ilişkin tartışmalar öncelikle irade serbestisi ilkesinin bu sözleşmelerde uygulanıp uygulanamayacağı veya uygulandığı durumda bunun belirli sınırlara tabi olup olmadığı konularında ortaya çıkmaktadır. Uygulanacak hukukun objektif hükümlere göre belirlenmesinin gerektiği durumlarda ise bunun milletlerarası özel hukuk ilkeleri çerçevesinde uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarına göre mi yapılacağı, yoksa sözleşmenin bir tarafının devlet olması nedeniyle milletlerarası umumi hukuk ilkelerine mi başvurulacağı konusu da ayrı bir tartışma konusu olmuştur.

Milletlerarası özel hukuk veya milletlerarası umumi hukuk ilkelerine göre yapılacak incelemenin çoğunlukla ev sahibi devletin hukukuna işaret etmesi fakat devletin egemen konumundan ötürü bu hukuku tek taraflı olarak değiştirebilecek olması nedeniyle, yabancı yatırım sözleşmelerinin "milletlerarasılaşması" (yani ev sahibi devlet hukuku dışında milletlerarası veya milletler ötesi bir hukuk düzenine

tabi kılınması) kavramı da bazı Batılı hukukçular tarafından ortaya atılmıştır. Ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasını savunan klasik teori ile milletlerarasılaşma teorisi arasında yaşanan tartışmalar da yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin akademik çalışmalarda önemli bir yer tutmaktadır.

Bu bölümde de benzer bir plan izlenerek öncelikle yabancı yatırım sözleşmelerinde irade serbestisinin uygulanması ve uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi konusu üzerinde durulacak, daha sonra da uygulanacak hukukun objektif kurallara göre belirlenmesine ilişkin tartışmalar ele alınacaktır.

I. UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA BELİRLENMESİ

Tarafların hukuk seçimi yapmaları hem kendileri hem de olası uyuşmazlıklara bakacak olan tahkim heyeti veya mahkeme için hukuki belirlilik sağlamak bakımından faydalıdır[937]. Bu nedenle özel hukuka tabi kişiler arasındaki sınır ötesi sözleşmelerde olduğu gibi yabancı yatırım sözleşmelerinde de çoğunlukla hukuk seçimine yönelik hükümlerin düzenlendiği görülmektedir. Fakat taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsa dahi bu seçimin mahkeme veya tahkim heyetlerinin önünde sıklıkla tartışma konusu olduğu da görülmektedir.

Öncelikle hukuk seçiminin temelini teşkil eden irade serbestisi kavramını ve bu kavramın yabancı yatırım sözleşmelerindeki yansımaları incelendikten sonra hukuk seçimine ilişkin diğer tartışmalara da değinilecektir.

A. İrade Serbestisi Kavramı

1. Genel Olarak

İrade serbestisi, bir sözleşmenin taraflarının o sözleşmeye uygulanacak olan hukuk sistemini seçme hakkına sahip olmalarını ifade eden bir kavramdır. Taraf

---

[937] **Cemal Şanlı**, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, İstanbul 2013, s. 41-42.

iradesi olarak da adlandırılan bu kavramın uygulanabilirliğine ilişkin olarak objektif ve sübjektif teori savunucuları arasında akademik tartışmalar yaşanmıştır.

Sözleşmede taraf menfaatini merkeze alan sübjektif teoriyi savunanlar[938], uygulanacak hukukun belirlenmesinde öncelikle tarafların iradesinin esas alınması ve onların seçtiği hukukun uygulanması, böyle bir seçimin açıkça yapılmış olmaması halinde ise "eğer taraflar hukuk seçimi yapmış olsalardı, hangi hukuku seçerlerdi" sorusunun cevabının aranması suretiyle tarafların farazi (varsayılan) iradesinin tespit edilmesi ve bu hukukun uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar[939]. Farazi iradenin tespitinde ise tarafların uyuşmazlıkların çözümü belirli bir tahkim yeri veya mahkeme seçmiş olmaları, sözleşmenin (ilişki içinde bulunduğu hukuk düzenleri arasında) yalnızca bir hukuk düzeninde geçerli olması, tarafların ortak kişisel statüye sahip olmaları (aynı milliyetten olmaları veya ikametgahlarının aynı ülkede olması), ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların birbiriyle bağlantılı sözleşmeler imzalamış olmaları halinde diğer sözleşmelerde yapılmış olan hukuk seçimi düzenlemeleri ve sözleşmenin belirli bir biçime uygun olarak, belirli bir ülkenin dili ve/veya para birimi kullanılarak yapılmış olması gibi bazı unsurların göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir[940].

Objektif teoriye göre[941], sözleşmenin tabi olduğu hukuk sözleşme ilişkisinin en sıkı ilişkili olduğu hukuktur[942]. Dolayısıyla öncelikle sözleşmenin tabi olduğu hukuk objektif kriterlere göre belirlenmeli, daha sonra ise sözleşmenin geçerliliği ve

---

[938] Sübjektif teorinin savunucuları için bkz. **F.A. Mann**, "The Proper Law of the Contract", 3 ICLQ 60 (1950); *Kahler v. Midland Bank*, House of Lords, 20.10.1949, [1950] AC 24, s. 28-29 (Lord Simonds); *Amin Rasheed v. Kuwait Insurance*, s. 61-62 (Lord Diplock); **Cemal Şanlı**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986, s. 105 vd.

[939] **Ziya Akıncı**, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1992, s. 17.

[940] *Ibid.*, s. 19-22.

[941] Objektif teorinin savunucuları için bkz. **J.H.C. Morris**, "The Proper Law of a Contract: A Reply", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, 1950, s. 197 vd.; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, "Devletler Hususi Hukukunda Tarafların Sükutu Halinde Akitlere Tatbik Edilecek Kanun", 21 İÜHFM 359 (1957).

[942] **John Westlake**, *A Treatise on Private International Law: With Principal Reference to its Practice in England*, Sweet & Maxwell, London 1925, s. 212.

tarafların hukuk seçimi yapma hakkı bu hukuka göre değerlendirilmelidir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınabilecek bazı objektif bağlama noktalarının borçlunun milliyeti veya ikametgahı, sözleşmenin yapıldığı yer, uyuşmazlığın çözümünde yetkili forum ve ifa yeri olduğu ifade edilmiştir[943].

Batiffol'ün öncülüğünü yaptığı üçüncü bir teori ise sınırlı bir çerçevede irade serbestisini kabul ederek objektif ve sübjektif teorilerin ortasında yer almıştır. "Yerleştirme" (*localisation*) teorisi adı verilen bu teoriye göre[944], taraflar uygulanacak hukuku doğrudan seçemezler, fakat sözleşmelerini belirli bir hukuk sistemine "yerleştirerek" o hukuk sistemiyle sözleşme arasında güçlü bir maddi bağlantı kurabilirler. Hakim ise bu bağlantıyı dikkate alarak tarafların belirttiği hukukun uygulanmasına karar verebilir. Dolayısıyla bu teoriye göre irade serbestisi bir sübjektif bağlama noktası olan hukuk seçimi şeklinde değil, sözleşmenin maddi niteliğine doğrudan etki yapmak ve belirli bir hukuk sistemiyle objektif nitelikli bir bağlantı tesis etmek suretiyle uygulanacak hukuku belirlemektedir[945].

İrade serbestisinin etkisine ilişkin 20. yüzyılın ilk yarısında başlamış olan bu tartışmalar 1960'lara kadar devam etmiş olmakla birlikte, Modern Dönemde milletlerarası özel hukukta gözlenen gelişmeler ve irade serbestisi ilkesinin dünya çapında hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olması[946] ile artık bu tartışmaların pratik bir öneminin kalmadığı ve (sözleşmenin geçerliliğinin belirlenmesi de dahil olmak üzere) sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenen hukuk olduğu konusunda artık şüphe bulunmadığı da belirtilmiştir[947].

---

[943] **Akıncı**, *Uygulanacak Hukuk*, s. 24 vd.

[944] Yerleştirme teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. **Henri Batiffol**, *Le Conflits de Lois en Matiére de Contrats: Étude de Droit International Privé Comparé*, Recueil Sirey, Paris 1938, s. 38 vd.; **Henri Batiffol**, *Droit International Privé*, LGDJ, Paris 1967, s. 615 vd.

[945] **Berk Demirkol**, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2014, s. 66-67.

[946] Sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukukta irade serbestisini kabul bazı kanun hükümleri için bkz. MÖHUK, m. 24(1); İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 116(1).

[947] **Nihal Uluocak**, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 186-187; **Gülören Tekinalp**, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları*, Beta, İstanbul 1995, s. 244-245; **Aysel Çelikel**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, İstanbul 1997, s. 235.

2. İrade Serbestisinin Kaynağına İlişkin Tartışmalar

İrade serbestisi kavramının sözleşme ilişkilerinde geçerli olduğu artık tartışma konusu olmamakla birlikte bu kavramın kaynağının milli hukuk sistemlerine mi dayandığı yoksa irade serbestisinin milli hukuk sistemlerinden bağımsız evrensel bir ilke mi olduğu konusunda tartışmalar hâlâ devam etmektedir. Bir önceki başlıkta incelenen teorik tartışmaların aksine irade serbestisinin kaynağına ilişkin tartışmaların (özellikle de yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından) pratik yansımaları da vardır. Bazı hukuk sistemlerinde devletin taraf olduğu sözleşmeler bakımından irade serbestisine kısıtlamalar getirilmiş olduğu dikkate alındığında, bu milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarından kaynaklanan irade serbestisi ilkesinin uygulanması ile evrensel nitelikli kabul edilen bir irade serbestisi ilkesinin uygulanması ihtimallerinde uygulanacak maddi hukuka ilişkin farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür.

Bu iki görüşün incelemesine geçilmeden önce bunlardan hangisinin kabul edileceğinin uyuşmazlık hakkında karar veren yargı organının niteliğine göre belirleneceğinin de altını çizmek gerekir. Uyuşmazlığın milli mahkemeler önünde görülüyor olması halinde hakimin uygulamakla yükümlü olduğu milli kanunlar ihtilafı kuralları bulunduğundan böyle bir tartışmanın yaşanması olası değildir. Dolayısıyla bu tartışma büyük ölçüde milletlerarası tahkim ekseninde gelişmekte ve milletlerarası tahkimin tahkim yeri hukukuna tabi olduğunu savunan kazai teori (*jurisdictional theory*) ve tahkim yeri teorisi (*seat theory*) gibi yaklaşımlar ile milletlerarası tahkimin milli hukuk sistemlerinden bağımsız ayrı bir hukuk düzeni olduğunu savunan sözleşme teorisi (*contractual theory*) ve *delocalisation* teorisi arasındaki tartışmalarla paralel bir seyir izlemektedir[948]. Aşağıda bu tartışmanın iki tarafı kısaca ele alınacaktır.

[948] Bu tartışmalarla ilgili genel olarak bkz. **Julian D. M. Lew**, "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", 22(2) Arb. Int'l 179 (2006), s. 186-187; **Emmanuel Gaillard**, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Leiden 2010; **Voss**, s. 35-36.

a. İrade Serbestisinin Milli Hukuk Sistemlerine Dayanması

İrade serbestisinin kaynağını milli hukuk sistemlerinde arayan görüşleri temelde ikiye ayırmak mümkündür. Doktrinde ve milli mahkemelerin uygulamalarında çoğunlukla benimsenen görüşe göre milletlerarası tahkimde tarafların irade serbestisinin kaynağının ancak tahkim yeri hukukuna dayanabileceği kabul edilirken, başka bir görüşe göre ise bu konuda tahkim yeri hukukuna münhasır yetki tanınmaksızın söz konusu tahkim ile ilgili olan (yani o tahkim kararının icrası için başvurulması olası olan) tüm hukuk sistemleri dikkate alınmalıdır.

i. Tahkim Yerinin Hukuku (*lex loci arbitri*)

Tahkim yeri (*seat*) teorisinin savunucuları, gerek tahkim anlaşmasına gerekse sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimine hayat veren irade serbestisi kavramının ancak bir milli kanunlar ihtilafı sistemine dayanarak geçerlilik kazanabileceğini ve irade serbestisini milli hukuk sistemleri dışında evrensel bir ilke olarak kabul eden görüşün pozitif dayanağı bulunmadığını savunmaktadırlar[949]. Tahkim yeri teorisi, tarafların iradesinin herhangi bir devletin egemenliğine tabi olmadan "boşlukta" (*in vacuo*) herhangi bir hukuki sonuç doğuramayacağını[950] ve hiçbir egemen devletin de kendisinin bahşetmemiş olduğu bir hak veya özgürlüğü tanımak zorunda bırakılamayacağını belirtmektedir[951].

Gaillard bu görüşü savunanları da kendi içinde objektivist ve sübjektivistler olarak ikiye ayırmaktadır. *Mann*'ın öncülük ettiği objektivist görüş, tahkimin bütünüyle tahkim yeri devletinin egemenliğine tabi olduğunu ve gerek irade

---

[949] **Albert Armin Ehrenzweig**, *Private International Law, Vol. 1: General Part*, Sijthoff, Leiden 1972, s. 44; **F.A. Mann**, "Lex Facit Arbitrum", 2 Arb. Int'l 241 (1986), s. 245-246, 251-252; **Sigvard Jarvin**, "The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers", Julian D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 50 vd., s. 61; **David G.:** "Post-Formation Choice of Law in Contract", 50 Mod. L. Rev. 176 (1987), s. 196; **A. F. M. Maniruzzaman**, "State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques: A Critical Appraisal", *Journal of International Arbitration*, Vol. 15(3), 1998, s. 65 vd., s. 68.

[950] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 165.

[951] **Mann**, "Lex Facit Arbitrum", s. 246; **Kjos**, s. 27. Tahkim yeri teorisinin temel hareket noktalarının incelemesi bkz. **Jan Paulsson** "Arbitration Unbound: Award Detached From the Law of Its Country of Origin", 30(2) ICLQ 358 (1981), 360-361.

serbestisinin gerekse hakemlerin yetkilerine ilişkin ilkelerin ancak bu devletin hukukunun (*lex loci arbitri*) izin verdiği ölçüde uygulanabileceğini, uygulanacak hukukun da tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır[952]. Sübjektivist görüşe göre ise taraflar tahkim yerini belirledikleri fakat uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenleme yapmadıkları durumda belirlenen tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yönünde zımni iradelerini ortaya koymuş olmaktadırlar[953].

Türkiye de dahil olmak üzere dünya çapında 100 ülkenin kendi milletlerarası tahkim kanunu olarak kabul ettiği[954] UNCITRAL Model Kanunu'nda[955] ve tahkim uygulamasında etkin olan çeşitli devletlerin kanunlarında[956] başta tahkim kararının iptali olmak üzere çeşitli konularda tahkim yeri devletinin mahkemelerine yetki tanınmış olması, tahkim yeri teorisinin savunucuları tarafından bu teorinin dünya çapında geniş bir tabanda kabul gördüğü şeklinde açıklanmaktadır[957]. Tahkim yeri teorisinin kabulü halinde tarafların yaptığı hukuk seçimine etki tanıyan kanunlar ihtilafı kuralları sisteminin de *lex loci arbitri*'nin kanunlar ihtilafı kuralları olduğunu ve bu hukuk sisteminde irade serbestisine getirilmiş kısıtlamalar varsa bunların da uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır[958]. Milletlerarası ticari tahkimde

---

[952] **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 15-18.

[953] **Roy Goode**, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", 17(1) Arb. Int'l 19 (2001), s. 32. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 20 (*Gaillard*, tarafların iradelerini geriye dönük olarak yeniden inşa etmeye çalışmanın ve buna dayanarak tarafların tahkim yeri seçimine çeşitli anlamlar yüklemenin "spekülatif" bir girişim olacağı ve tarafların tahkim yolunu seçmekle tahkim yerinin mevzuatından ve mahkemelerinin uygulamalarından kaynaklanan sınırlamaları da kabul etmiş sayılmalarının yerinde olmadığı görüşündedir.)

[954] Bkz. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html> [Son Erişim: 22.11.2015]

[955] UNCITRAL Model Kanunu, m. 1(2), 34.

[956] İngiltere Tahkim Kanunu (Arbitration Act), m. 2(1); Hollanda Medeni Usul Kanunu (WBR), m. 1604(2), 1073(1); İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 176, 191; İsveç Tahkim Kanunu, m. 22, 46, 47; Almanya Tahkim Kanunu (ZPO), m. 1025(1), 1062(1); İtalya Medeni Usul Kanunu, m. 816(1), 828(1).

[957] Bu ülkelerdeki ilgili kanun hükümleri ve mahkeme kararları için bkz. **Jean-François Poudret / Sébastien Besson**, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007, s. 86 vd.

[958] **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 112.

uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceği ve tarafların yapmış olduğu hukuk seçiminin de bu hukukun sınırlamalarına tabi olduğu ilkesi 1957'de Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından da kabul edilmiştir[959].

Sapphire tahkiminde tahkim yeri teorisini benimseyen hakem *Cavin*, sözleşmede tahkim yerinin taraflarca belirlenememesi halinde atanacak hakem tarafından belirleneceği yönünde yapılan düzenlemeyi tarafların hakem tarafından belirlenecek tahkim yerinin usul kurallarını kabul ettikleri şeklinde yorumlamış ve tahkim yeri olan Lozan'ın bağlı olduğu Vaud kantonunun usul kanunlarının uygulanacağına hükmetmiştir[960]. Fakat hakem daha sonra uygulanacak hukuku belirlerken Vaud kantonunun kanunlar ihtilafı kurallarını (veya milletlerarası özel hukukun genel ilkelerini) uygulamayı "huzurdaki sözleşmenin geleneksel milletlerarası özel hukuk kurallarında öngörülen sıradan ticari sözleşmelerden olmaması" dolayısıyla reddetmiş[961] ve sözleşmenin hukukun genel ilkelerine tabi olacağına hükmetmiştir.

Başka tahkim kararlarında ise hakemler geleneksel uygulamadan ayrılmaya gerek görmemişlerdir. *Alsing* tahkiminde hakem tarafların hukuk seçimine ilişkin değerlendirmenin *lex fori* olarak Yunanistan'ın milletlerarası özel hukuk kurallarına göre belirleneceğine hükmetmiştir[962]. Benzer yaklaşımı benimseyen ICC kararları da vardır. Tahkim yeri Londra olan bir kararda hakem hukuk seçimine ilişkin konularda İngiliz milletlerarası özel hukuk kurallarının yetkili olduğunu belirtmiş[963]; tahkim yeri Paris olan başka bir kararda ise hakem öncelikle milletlerarası tahkimde hakemlerin uygulanacak hukuku belirlerken *lex loci arbitri*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulamasının gerekip gerekmediği konusunun tartışmalı olduğuna

---

[959] **Institut de Droit International**, *Arbitration in Private International Law*, Amsterdam 1957, Art. 11

[960] *Sapphire v. NIOC*, s. 169.

[961] *Ibid.*, s. 171.

[962] *Alsing Trading Company Ltd. and Svenska Tändsticks Aktiebolaget v. Greece*, Award, 22.12.1954, 23 ILR 633, s. 637.

[963] *ICC Case No. 5460*, Final Award, 1987, 13 YCA 104, s. 106.

dikkat çektikten sonra, tarafların sözleşmede açıkça "Fransız Milletlerarası Tahkim Kanunu"nun uygulanacağı yönünde düzenleme yapmış olmaları nedeniyle böyle bir tartışmaya girmeye gerek görmemiş ve bu kanunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamıştır[964].

Tarafların kurumsal tahkimi tercih etmiş olmaları durumunda ilgili tahkim kurumunun kurallarının da taraflarca kabul edilmiş sayılacağı ve hemen hemen bütün tahkim kurumlarının kurallarında uygulanacak hukukun belirlenmesinde irade serbestisi ilkesinin kabul edildiği[965] göz önünde bulundurulduğunda bu tartışmanın gereksiz olduğu düşünülebilir. Fakat bu kurumsal kuralların normatif güce sahip olmaması ve sadece tarafların iradesi çerçevesinde uygulama alanı bulması nedeniyle, aslında bu kurallarda ifade edilen irade serbestisi ilkesinin de tarafların kendi iradelerini tekrarlamalarından başka bir şey olmadığı ve irade serbestisine gerçek anlamda kaynaklık edebilecek tek hukuk düzeninin milli bir hukuk düzeni olduğu ifade edilmiştir[966].

Tahkim yeri teorisi ve bununla bağlantılı olarak irade serbestisinin kaynağını tahkim yeri hukukuna bağlayan görüşe getirilen temel eleştiri bu görüşün savunucularının tahkim yeri seçimin haddinden fazla önem atfettikleri yönündedir. Tahkim yeri seçiminin bu kadar önemli sonuçları olduğunun farkında olmayan tarafların bu seçimi çoğunlukla hukuki gerekçelerle değil pratik gerekçelerle (ulaşım kolaylığı gibi) yapmakta olduğu, bazı durumlarda bu seçimi önemsemeyerek hakemlere bıraktıkları ve çoğu zaman da salt tarafsız bir yer belirlemek için sözleşme ilişkisi ile ilgisi olmayan bir yeri tercih ettikleri belirtilerek, tarafların bu kadar ciddi sonuçlar doğurmayı amaçlamaksızın yapmış oldukları bir seçim ile tahkimlerini başından sonuna kadar belirli bir devletin hukuk sistemine ve mahkemelerinin

---

[964] *ICC Case No. 4237*, Award, 17.02.1984, 10 YCA 52, s. 54.

[965] Örnek olarak bkz. UNCITRAL Kuralları, m. 35(1); ICC Kuralları, m. 21(1); AAA ICDR Kuralları, m. 28(1); LCIA Kuralları, m. 22(3); SCC Kuralları, m. 22(1); WIPO Tahkim Kuralları, m. 59(a).

[966] **Fouchard / Gaillard / Goldman / Savage**, s. 786.

kontrolüne bırakmayı amaçladıklarını varsaymanın yanlış olduğu eleştirisi yapılmıştır[967].

ii. Tahkim Süreci ile Bağlantısı Olan Tüm Hukuk Sistemleri

Bazı yazarlara göre ise tahkim sürecine ilişkin hukuki kontrolün sadece tahkim yerine bırakılması doğru olmayıp bunun yerine söz konusu süreç sonunda ortaya çıkacak tahkim kararının icrası için başvurulması muhtemel olan tüm hukuk sistemlerinin dikkate alınması gereklidir. Sadece tahkim yerine yetki tanıyan klasik görüş "mono-lokal" yaklaşım olarak adlandırılırken, bu görüş için ise "multi-lokal" yaklaşım terimi kullanılmıştır[968].

Gaillard'a göre, bir yanda tahkim sürecini tamamıyla belirli bir devletin kontrolüne bağlayan mono-lokal yaklaşım diğer yanda ise milli hukuk sistemlerini tamamıyla reddedip ayrı ve özerk bir milletler ötesi tahkim hukuku sisteminin bulunduğunu savunan *delocalisation* teorisinden herhangi birinin kabulü yerine, tahkim süreci ile ilgili olan tüm devletlerin egemenlik haklarına saygı gösteren ve bunlardan herhangi birine (tahkim yerine) üstünlük tanımaksızın hepsinin tahkim süreci üzerindeki yetkisini ortak olarak tanıyan üçüncü bir (multi-lokal) yaklaşım modern milletlerarası ilişkiler sistemine daha uygundur. *Gaillard* bu üçüncü yaklaşımı, 1648 Westphalia Barışı sonrasında oluşturulan devletlerin karşılıklı olarak birbirlerinin egemenliğine saygı göstermesi sistemine dayalı sisteme atıfta bularak "Westphalia Modeli" olarak da adlandırmıştır[969].

Bu yaklaşım, *von Mehren* tarafından şu şekilde özetlenmiştir:
"Coğrafi olarak belirli bir yere bağlanmalarının gerekmemesi nedeniyle çağdaş tahkim süreçleri gezici niteliklidir. Uygulamada, topraklarında bir tahkim süreci gerçekleştirilecek olan siyasi yapının önceden onayının alınmasına gerek yoktur. Öte

---

[967] **Berthold Goldman**, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", 109 RCADI 347 (1963), s. 372-373; **Jan Paulsson**, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and why it Matters", 32(1) ICLQ 53 (1983), s. 55.

[968] Bu ayrım için bkz. **Gaillard**, *Legal Theory*.

[969] *Ibid.*, s. 28-29.

yandan, milli mahkemelerin yardımı çeşitli şekillerde faydalı olabilecek olmakla birlikte, genellikle tahkimler böyle bir mahkeme desteği olmadan da etkin biçimde yürütülmektedir. Tahkim kararının tanınması ve icrası istendiğinde ise, başvurulan egemen güç gerekli yardımı sağlamadan önce kendi koşullarını dayatabilmektedir. Bununla birlikte, hiçbir egemen güç tahkim kararı ile ilgili konularda münhasır bir hakka sahip değildir ve bir veya daha fazla egemen gücün kararı tanımayı veya icra etmeyi reddetmesi tahkim kararının meşruiyetini ortadan kaldırmaz veya onu değersiz kılmaz. […] Yargı süreçlerinde egemenlik yoğunlaşmış durumdadır; milletlerarası ticari tahkimlerde ise bu egemenlik yayılmış ve dağıtılmıştır. Sonuç olarak, hakimin aksine hakemin lex fori'si yoktur."[970]

Gaillard ise, *"sadece tahkim duruşmalarına otellerinde ve konferans salonlarında ev sahipliği yapan bir devlet ile [bu tahkim ile ilgili olarak] kendi topraklarındaki malvarlıklarına el konması ve bunların cebren satışına karar veren bir devlet arasında, geçerli bir tahkim kararının ne olduğuna (ve geriye dönük olarak geçerli bir tahkim anlaşması ile usulüne uygun yürütülmüş tahkim süreçlerinin neler olduğuna) dair karar verme yetkinliği ikinci devlet bakımından daha güçlüdür"*[971] diyerek tahkim yerine münhasır yetki tanınmaması gerektiği görüşünü ifade etmiştir.

Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası için öncelikle tahkim yeri hukukuna göre "kesinleşmiş" olması zorunluluğuna[972] New York Sözleşmesi'nde yer verilmemiş olması ve tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen kararların başka devletlerce tanınması ve icrasına da imkan tanınması[973] gibi gerekçelerden ötürü New York Sözleşmesi ile kabul edilen

---

[970] **Arthur von Mehren**, "Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?", The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies, Tel Aviv University, 1986, pp. 19-20 (Yaz. Çev.)

[971] **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 32. Aynı yönde bkz. **Emmanuel Gaillard**, "L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine", 1998 JDI 645, s. 673.

[972] Bkz. Cenevre Sözleşmesi, m. 1(d).

[973] Tahkim kararının verildiği yer mahkemelerince iptal edilmiş olması New York Sözleşmesi m. V(1)(e)'ye göre kararın icrasının reddi sebeplerinden biridir; fakat Cenevre Sözleşmesi m. 1'deki emredici ifadenin aksine New York Sözleşmesi m. V'de olası ret sebeplerinin sadece mahkemelerce dikkate alınabilecek sebepler olarak belirtilmiş olması ve bunlardan birinin varlığı halinde dahi mahkemelerin kararın icrasını kabul edebilmeleri için açık kapı bırakılmış olması nedeniyle kural

milletlerarası düzenin de aslında multi-lokal yaklaşımı desteklediği ifade edilmiştir[974]. Ayrıca tahkim sürecinde hakemler tarafından sadece tahkim yerinin değil fakat süreç ile ilgisi bulunan tüm hukuk sistemlerinin emredici kurallarının uygulanması gerektiği yönündeki görüşler[975] de bu yaklaşımı desteklemektedir[976].

Multi-lokal yaklaşımın sözleşmeye uygulanacak hukuk konusundaki yansıması da yine tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının münhasıran uygulanmasının reddedilmesi ve hakemler tarafından kararın icrasının istenebileceği farklı ülkelerin hukuk sistemleri göz önünde bulundurularak en doğru görülen kanunlar ihtilafı kuralları sisteminin (gerekirse birden fazla sistemin bir arada) uygulanması şeklinde olacaktır[977]. Dolayısıyla irade serbestisi ilkesinin uygulanması da hakemlerce belirlenecek kanunlar ihtilafı kuralları sistemi veya sistemleri çerçevesinde söz konusu olacaktır.

Tahkim yeri teorisini (veya mono-lokal yaklaşımı) savunan yazarlarca multi-lokal yaklaşıma getirilen temel eleştiri, bu yaklaşımın benimsenmesi halinde tahkim sürecinin tamamına hukuki etki tanınmasının ancak kararın belirli bir ülkede icrasından itibaren geriye etkili olarak söz konusu olabileceği ve bunun da tahkim kararının icrasına kadar tüm tahkim sürecinin hiçbir hukuk sistemine tabi olmaksızın boşlukta (*in vacuo*) var olması gibi kabul edilemez bir sonucu ortaya çıkaracağı yönündedir[978]. Buna karşılık, multi-lokal yaklaşımı benimseyen hukukçulara göre,

---

olarak tahkim yerinde iptal edilmiş kararların başka ülkelerde icrasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. **Hamid Gharavi**, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International, Den Haag 2002, s. 55 vd.; **Christopher:** "The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin The French and U.S. Experience", 26(2) JIA 267 (2009); **Claudia Alfons**, *Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.

974 **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 29-31.

975 Bkz. **Christophe Seraglini**, *Lois de Police et Justice Arbitrale Internationale*, Dalloz, Paris 2001; **Alexandre Court de Fontmichel**, *L'arbitre, le Juge et les Pratiques Illicites du Commerce International*, Editions Panthéon-Assas, Paris 2004, s. 205; **L.G. Radicati di Bronzolo**, "Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", 315 RCADI 265 (2005).

976 **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 119-121.

977 *Ibid.*, s. 112.

978 **Goode**, s. 29-30.

tahkim sürecine hukuki etki tanınmasının tek koşulunun devlet erki tarafından bu sürecin tanınması ve buna dayanarak cebri icra uygulamanın kabul edilmesi olduğu şeklindeki pozitivist yaklaşım benimsense dahi, söz konusu cebri icranın tahkim sürecinin sonunda gelecek olması bu sürecin hukuki niteliği ve etkisi bakımından bir fark yaratmayacaktır[979].

b. İrade Serbestisinin Evrensel Bir İlke Olarak Kabul Edilmesi

İrade serbestisi ilkesinin dünya çapında hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda ve milletlerarası antlaşmalarda[980] kabul edilmiş olması ve en geniş uygulama alanına sahip olan milletlerarası kanunlar ihtilafı kuralı olması nedeniyle artık milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak kendi içinde evrensel ve milletler ötesi nitelikli bir hak olarak var olduğunu savunan yazarlar da vardır[981]. Kıta Avrupası (*civil law*), Anglo-Sakson (*common law*) ve sosyalist hukuk sistemlerinin arasında pek çok konuda büyük farklılıklar bulunmasına rağmen irade serbestisi ilkesinin bu üç sistemde de birbirlerinden bağımsız olarak ve kendi özgün tarihi süreçleri sonucunda kabul edilmiş olması bu çıkarımın gerekçelerinden biri olarak gösterilmiştir[982]. Gerek yetkili forumun seçimi gerekse uygulanacak hukukun seçimi bakımından tarafların irade serbestisine sahip olması ilkesinin farklı hukuk sistemlerinde bu kadar geniş kabul görmesi nedeniyle artık "uyuşmazlık çözümüne ilişkin milletlerarası teamül hukukunun" bir parçası haline geldiği de ifade edilmiştir[983].

---

[979] **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 27. (Yazar karşı görüşün kabulü durumunda örneğin belirli bir para borcunu ödeme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin de sadece cebri icra sürecine göre tanımlanabileceğini, bu durumda ise alacaklı o borca ilişkin icra işlemlerini başlatıp borçlunun mallarına haciz koymadıkça borçlunun borcunu ifa etme yükümlülüğünün hukuki nitelikten yoksun olması gibi bir sonuca ulaşılacağını ifade etmektedir.)

[980] İrade serbestisi ilkesini kabul eden milletlerarası antlaşma hükümleri için bkz. ICSID Sözleşmesi, m. 42(1); New York Sözleşmesi, m. V(1)(a); CISG, m. 6; Roma Sözleşmesi, m. 3; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Lahey Sözleşmesi, m. 2; Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi, m. VII.

[981] **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 414. Aynı yönde bkz. *ICC Case No. 1512*, Award, 1971, 1 YCA 128, s. 130.

[982] **Julian D. M. Lew**, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, Dobbs Ferry (NY) 1978, s. 75.

[983] **Andreas F. Lowenfeld**, "International Litigation and the Quest for Reasonableness: General Course on Private International Law", 245 RCADI 9 (1994), s. 267.

Milletlerarası tahkimde *lex loci arbitri*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın irade serbestisinin evrensel bir ilke olarak kabul edilmesi, tahkim yeri teorisinin reddedilmesi ve buna karşılık tahkim sürecinin gücünü tamamıyla tarafların tahkim anlaşmasından aldığı görüşüne dayanan sözleşme teorisi (*contractual theory*) ve *delocalisation* teorisi gibi yaklaşımların benimsenmesi gereklidir. *Delocalisation* teorisinin savunucuları, hakemlerin yargılama yetkilerini herhangi bir devletten değil tarafların iradesinden almaları ve bu yetkiyi herhangi bir devlet adına değil fakat "milletlerarası toplum" adına kullanıyor olmaları nedeniyle tahkim süreci üzerinde tahkim yeri hukukunun veya mahkemelerinin kontrolünü reddetmektedirler[984]. Milletlerarası tahkimin birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olduğu ve bunların içinden sadece tahkim yerinin seçilerek bu hukukun tahkim süreci üzerinde etkin kılınmasının da milletlerarası tahkimin gerçeklerinin göz ardı edilmesi anlamına geleceği belirtilmiş[985]; farklı milli hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuka ilişkin konularda tutarlı bir yaklaşım geliştirememiş olmaları nedeniyle de hakemlerin belirli bir hukuk sisteminin (özellikle de tahkim yerinin) kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmaksızın uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebileceği (ve tarafların hukuk seçimine etki tanıyabileceği) de savunulmuştur[986].

Bazı tahkim kararlarında hakemler uygulanacak hukuku belirlerken "milletlerarası özel hukukun genel ilkelerine" göre karar inceleme yaptıklarını açıkça ifade etmişlerdir[987]. Buna karşılık bazı kararlarda ise hakemler tartışmalı bir konumda kalmamak için uygulanacak hukukun genel ilkelere veya tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi gerektiği yönünde farklı görüşler

---

[984] **Goldman**, "Les conflits", s. 379-380; **Pierre Lalive**, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (ICCA Congress Series, Vol. 3)*, Deventer 1987, s. 258 vd., s. 271-272; **Lew**, "Achieving the Dream", s. 202-203; **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 35.

[985] **Şanlı**, *Uygulanacak Hukuk*, s. 50.

[986] **Marc Blessing**, *Introduction to Arbitration: Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1999, s. 222; **Eric A. Schwartz / Yves Derains**, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, Den Haag 2005, s. 234.

[987] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 156-157; *BP v. Libya*, Award on Merits, s. 329; *Liamco v. Libya*, s. 142; *ICC Case No. 2930*, Award, 1982, 9 YCA 105, s. 105-106;

bulunduğunun altını çizdikten sonra her iki durumda da aynı sonuca ulaşılacağını belirtmişlerdir[988]. *Aminoil* tahkiminde ise hakemler biraz daha farklı bir yaklaşım benimsemiş, öncelikle tarafların sözleşmede açıkça tahkim yeri (Fransa) hukukuna yaptıkları atıf nedeniyle tahkimin genel olarak bu hukuka tabi olduğunu kabul ettikten sonra, Fransız hukukunda tahkimin milletler ötesi (*transnational*) kurallara tabi kılınmasına izin veren liberal bir anlayışın hakim olmasına dayanarak bu tür kuralların uygulanmasına karar vermişlerdir[989].

c. İrade Serbestisinin Milletlerarası Hukuka Dayanması

i. İrade Serbestisine Milletlerarası Antlaşma ile Etki Tanınması

Bazı yazarlar, yetkisi taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan ticari tahkim heyetleri ile (devletler ile özel hukuka tabi kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakmakla birlikte) yetkisi milletlerarası hukuka dayanan tahkim heyetleri arasında ayrım yapmakta ve ikinci gruptakileri "milletlerarasılaşmış tahkim heyetleri" (*internationalized tribunals*)[990] veya "milletler ötesi tahkim heyetleri" (*transnational tribunals*)[991] olarak adlandırmaktadırlar.

---

[988] *Sapphire v. NIOC*, s. 170-171: "Tahkim yeri İsviçre'de olduğundan, […] esasa uygulanacak hukuku belirlemek için *lex fori* olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu uygulanabilir. […] Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk alanındaki bazı önde gelen uzmanların görüşlerine göre, gücünün kaynağını tarafların anlaşmasından alan hakem tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı değildir. Adına adalet dağıttığı devletin kanunlar ihtilafı kurallarına uymakla yükümlü olan devlet mahkemesindeki hakimin aksine, hakem bu kurallarla bağlı değildir. Bunun yerine hakem tarafların ortak niyetini araştırmalı ve milli hukuk sistemlerindeki ayrık durumları görmezden gelerek doktrinde ve içtihatlarda genel olarak kullanılan bağlama noktalarını esas almalıdır. […] Fakat bu durumda tahkim yerinin hukukunun uygulanması ile de aynı sonuca ulaşılacağından bu tartışma ile ilgili karar vermeye gerek yoktur." (Yaz. Çev.)

Aynı yönde bkz. *ICC Case No. 1598*, Award, 1971, 3 YCA 216, s. 216.

[989] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 1-10. (Fakat esasa uygulanacak hukuku belirlerken tahkim heyetinin hangi kanunlar ihtilafı kurallarını veya hangi ilkeleri uyguladığı konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Tahkimin "milletler ötesi" karakterine yapılan vurgu nedeniyle genel ilkelere göre inceleme yapıldığı anlaşılmaktadır.)

[990] **Kjos**, s. 44 vd.

[991] **C. Felix Amerasinghe**, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, Den Haag 2003, s. 11.

Bir tahkim heyetinin "milletlerarasılaşmış" veya "milletler ötesi" niteliğe sahip olduğundan söz edebilmek için bazı kriterlerin sağlanması gerektiği ifade edilmektedir[992]:

- Tahkim heyetinin bağlayıcı karar verme yetkisi bir milletlerarası antlaşmaya dayanmalıdır.
- Tahkim yeri devletinin bu tahkim heyeti üzerindeki kontrol yetkilerinden feragat etmiş olması sonucunda tahkim yeri hukukunun uygulanması bertaraf edilmiş olmalıdır.
- Uyuşmazlığa taraf olan devlet, başkaca bir tanıma veya icra usulüne (örneğin New York Sözleşmesi) başvurmaya gerek olmaksızın tahkim heyetinin vereceği kararları tanıma ve uygulama taahhüdünde bulunmuş olmalıdır.

Bu kriterleri sağlayan tahkim heyetleri ile tahkim yeri arasında artık bir hukuki bağın varlığından söz edilemeyeceği ve milletlerarası hukuk düzeni (*international legal order*) altında görev yaptığı kabul edilen bu tahkim heyetlerinin *lex loci arbitri*'sinin de milletlerarası hukuk olacağı ifade edilmektedir[993]. 19. yüzyıldan beri devletler arasındaki toplu tazminat taleplerini karara bağlamak üzere imzalanan antlaşmalar ile kurulmuş olan karma tahkim heyeti statüsündeki toplu tazminat ve talep komisyonları bu tür tahkim heyetlerinin örnekleri olarak gösterilebilir. Günümüzde yetkisi hâlâ devam etmekte olan milletlerarasılaşmış tahkim sistemlerine örnek olarak ICSID tahkim heyetleri[994], İran-ABD Talep Divanı heyetleri[995] ve henüz fazla uygulaması bulunmamakla birlikte 1980 tarihli Arap Devletleri Yatırım

---

[992] **Amerasinghe**, *ibid.*, s. 10-11; **Kjos**, s. 45; **Georgios Petrochilos** *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 247-248, 298.

[993] **Mohsen Mohebi**, *The International Law Character of the Iran–United States Claims Tribunal*, Kluwer Law International, Den Haag 1999, s. 31; **Kjos**, s. 45.

[994] **Mann**, "International Arbitration", s. 13-14; **Amerasinghe**, *Jurisdiction of International Tribunals*, s. 11; **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 638; **Kjos**, s. 53 vd.

[995] Merkezi Hollanda'nın Lahey kentinde bulunan İran-ABD Talep Divanı'nın kuruluşuna ilişkin Taleplerin Çözümü Bildirisi'nde Hollanda hukukunun Divan tarafından gerçekleştirilen tahkimler üzerindeki etkisine ilişkin açık bir düzenleme yapılmadığından Divan'ın gerçek anlamda tahkim yerinden soyutlanmış bir "milletlerarasılaşmış" tahkim heyeti olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **David D. Caron**, "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", 84 AJIL 104 (1990); **Kjos**, s. 46 vd.

Anlaşması çerçevesinde kurulmuş olan Arap Yatırım Mahkemesi (*Arab Investment Court*)[996] gösterilebilir.

Bu tür milletlerarasılaşmış tahkim heyetlerinin *lex loci arbitri*'leri milletlerarası hukuk düzeninde yer aldığından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlerken de bu düzene ait hukuk seçimi kurallarını uygulamaları gerektiği belirtilmiştir[997]. ICSID tahkim heyetleri tarafından uygulanacak hukukun belirlenmesinde öncelikle irade serbestisinin esas alınması gerekliliği ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'de[998] düzenlenmiştir. İran-ABD Talep Divanı heyetleri bakımından ise Taleplerin Çözümü Bildirisi m. V'de[999] irade serbestisi birincil kural olarak kabul edilmemiş olmakla birlikte, heyetin "uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kurallarına" göre karar vereceği belirtilmek suretiyle hakemlerin uygulanacak hukukun belirlenmesindeki geniş takdir yetkileri çerçevesinde tarafların hukuk seçimine de etki tanımaları gerekliliği düzenlenmiştir[1000]. Dolayısıyla ICSID ve İran-ABD Talep Divanı heyetleri tarafından irade serbestisine etki tanınmasının milletlerarası antlaşmalara dayanan temelleri bulunmaktadır

---

[996] Bkz. "Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States", 3(1) ICSID Rev. – FILJ 191 (1988); **Walid Ben Hamida**, "The First Arab Investment Court Decision", 7 JWIT 699 (2006).

[997] **Kjos**, s. 62.

[998] ICSID Sözleşmesi, m. 42(1): "Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. […]"

[999] Taleplerin Çözümü Bildirisi, m. V: "Heyet, bütün davalarda hukuka saygı çerçevesinde, uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kuralları ve ticaret hukuku ile milletlerarası hukukun genel ilkelerini uygulamak suretiyle, ilgili ticari teamülleri, sözleşme hükümlerini ve değişen koşulları da dikkate alarak karar verecektir."

[1000] Hollanda hukukunun etkisi konusundaki belirsizliğe rağmen Divan'ın hiçbir kararında Hollanda'nın kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamadığı ve kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaya gerek duyduğu kararlarında da genel ilkelere başvurduğu görülmektedir. Bkz. **Gunnar Lagergren**, "The Formative Years of the Iran–United States Claims Tribunal" 66(1) Nordic J. Int'l Law 23 (1997), 31, fn. 12; **John R. Crook**, "Applicable Law in International Arbitration: The Iran–U.S. Claims Tribunal Experience" 83 AJIL 278 (1989), s. 297; **Kjos**, s. 62.

ii. İrade Serbestisine Milletlerarasılaşma Teorisi Çerçevesinde Etki Tanınması

Yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletin hukuk düzeninin dışına çıkarılmasını amaçlayan milletlerarasılaşma teorisini savunan yazarlar[1001], devletler ile yabancılar arasında imzalanan sözleşmelerin milletlerarası ekonomik ilişkilerin bir parçası olduğunu ve bu nedenle de bu tür sözleşmelerin belirli bir milli hukuk düzeninin değil milletlerarası hukuk düzeninin altında kurulmuş olduğunu öne sürmektedirler[1002]. Bu teorinin kabulü halinde, "milletlerarasılaşmış" kabul edilen yabancı yatırım sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarına göre kurulacak tahkim heyetlerinin de (herhangi bir milletlerarası antlaşma temeli olmasa dahi) "milletlerarasılaşmış" kabul edilmeleri ve *lex loci arbitri*'lerinin milletlerarası hukuk olması mümkün olabilecektir.

Bazı hakemlerin maddi milletlerarasılaşma ile usuli milletlerarasılaşma arasında ayrım yaptıkları ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından milletlerarasılaşmayı kabul etmekle birlikte tahkim sürecinin tahkim yerinden soyutlanmasını (yani usuli olarak milletlerarasılaştırılmasını) kabul etmedikleri görülmektedir. Yukarıda incelenen *Sapphire* tahkimi bu yaklaşımın tipik bir örneğidir.

Öte yandan, *Topco* tahkiminin hakemi *Dupuy*, doktrinde *Weil* tarafından savunulmuş olan maddi ve usuli açıdan tam anlamıyla milletlerarasılaşma yaklaşımını en saf haliyle benimseyerek yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası umumi hukuka tabi sözleşmeler olduğunu belirtmiş ve tarafların hukuk seçimine de bu hukuka göre etki tanınmıştır[1003].

Kanımızca, herhangi bir milletlerarası antlaşmadan güç almaksızın bir tahkim heyetinin milletlerarası hukuk düzenine tabi olarak hareket ettiğini (ve *lex loci*

[1001] Milletlerarasılaşma teorisi ile ilgili genel olarak bkz. aşağıda s. 293 vd.

[1002] **Weil**, "Problémes", s. 186; **Leben**, "La théorie", s. 254.

[1003] *Topco v. Libya*, Award, para. 35.

arbitri'sinin milletlerarası hukuk olduğunu) savunmak için yeterli pozitif dayanak bulunmamaktadır.

3. Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelerde İrade Serbestisi

a. Devlet Sözleşmelerinde İrade Serbestisine Etki Tanınmasına İlişkin Tartışmalar

Devletin taraf olduğu sözleşmelerde irade serbestisinin özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi geniş biçimde uygulama alanı bulamayacağını savunan yazarlar vardır. Bu görüşe göre irade serbestisi kavramı tarihsel olarak özel hukuka tabi kişiler (tacirler) arasındaki sözleşmelerde ortaya çıkmış bir kavram olup devletlerin taraf olduğu birtakım sözleşmelerin kamusal niteliklerinden ötürü özel hukuk ilkelerinin doğrudan bu tür sözleşmelere uygulanması doğru değildir[1004]. Ayrıca irade serbestisinin ortaya çıktığı 19. yüzyılda hakim olan *laissez-faire* ekonomi anlayışında devletin minimal rolü ile bugün ortaya çıkan sosyal devlet kavramı çerçevesinde devletin üstlendiği pek çok ilave görevler karşılaştırıldığında, devletin kamu yararına hareket etme yükümlülüğünün artık çok daha ön planda olduğu ve bu yükümlülüğün yabancı yatırım sözleşmelerine de sirayet etmesinin kaçınılmaz olduğu ifade edilmiştir[1005]. Bu nedenle devletin egemen olarak (*jure imperii*) ve tacir olarak (*jure gestionis*) hareket ettiği durumların birbirinden ayrılması ve irade serbestisinin sadece ticari nitelikli işlemler ile sınırlandırılması gerektiği savunulmuş[1006]; her iki türden işlemleri genellikle bir arada barındıran yabancı yatırım sözleşmelerinde ise irade serbestisinin uygulanmasının önünde bazı engellerin bulunduğu ve her ne kadar gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırımları düzenlemek için yeterli iç mevzuatlarının bulunmadığı dönemlerde bu boşluğu doldurmak adına irade serbestisine etki tanınması kabul edilebilirse de artık pek çok ülkede bu konularda çok kapsamlı (ve emredici hükümler içeren) yasal

---

[1004] **Voss**, s. 39; **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 238.

[1005] **Voss**, s. 39-40.

[1006] *Ibid.*, s. 40.

düzenlemelerin bulunması nedeniyle irade serbestisinin yabancı yatırım sözleşmelerinde etkisini kaybettiği belirtilmiştir[1007].

Bu görüşlerin doktrinde çoğunluk tarafından kabul görmediğini belirtmek gerekir. Gerek gelişmekte olan ülkelerin gerekse gelişmiş ülkelerin önde gelen hukukçuları devlet sözleşmelerinde irade serbestisinin uygulanabileceği konusunda fikir birliği içerisindedir[1008]. *El Chiati*, yabancı yatırım sözleşmelerinde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının hem yabancılık unsurunun bulunması (hukuki kriter) hem de bu sözleşmelerin milletlerarası ticaret ile ilgili olması (ekonomik kriter) nedeniyle söz konusu olacağını belirtmiştir[1009]. *Lalive* ise devletin taraf olduğu sözleşmelerde istediği hukuku seçme özgürlüğünün kısıtlanmasının egemenlik ilkesi ile çelişeceğini ifade etmiştir[1010]. Uluslararası Hukuk Enstitüsü de devletler ile yabancı teşebbüsler arasındaki tahkimlere ilişkin 1989 tarihli *Santiago de Compostela* toplantısında kabul ettiği karar metninde "tarafların tahkimin usulüne ve esasına uygulanacak hukuku belirlemek konusunda tam muhtariyetleri vardır" ifadesine yer vererek bu konudaki görüşünü ortaya koymuştur[1011].

Öte yandan, devlet sözleşmelerinde irade serbestisine etki tanınıp tanınmayacağına ilişkin doktrinde yaşanan tartışmaların milletlerarası mahkemeler ve tahkim heyetlerinin içtihatlarına yansımadığı ve uygulamada irade serbestisinin her durumda kabul gördüğünü gözlemlemek mümkündür[1012]. USAD'ın bu konudaki açık içtihadı, devletlerin taraf oldukları sözleşmeleri kendi hukukları dışında bir hukuka tabi kılmak istemeleri halinde bunun önünde bir engel bulunmadığı yönündedir[1013]. Milletlerarası tahkim heyetlerinin yaklaşımı da aynı yöndedir. Bir

---

[1007] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 239-240.

[1008] **F.A. Mann**, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", 35 BYIL 34 (1959), s. 41; **Lalive**, "Contrats", s. 41; **A.Z. El Chiati**, "Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements", 204 RCADI 9 (1987), s. 43; **Riad**, *Applicable Law*, s. 305; **Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides**, s. 199.

[1009] **El Chiati**, *ibid.*

[1010] **Lalive**, "Contrats", s. 41.

[1011] **Institut de Droit International**, Santiago de Compostela (1989), m. 6.

[1012] **Hessel E. Yntema**, "'Autonomy' in Choice of Law", 1 Am. J. Comp. L. 341 (1952), s. 341.

[1013] *Serbian Loans*, Judgment, s. 42; *Brazilian Loans*, Judgment, s. 121

önceki başlıkta incelenmiş olan çeşitli kararlarda tahkim heyetleri, irade serbestisi ilkesini tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına, milletlerarası özel hukukun genel ilkelerine veya milletlerarası umumi hukuka atıf yapmak suretiyle kabul etmişlerdir. Her ne kadar *Sornarajah* bu kararların bazılarının "gelişmekte olan ülkelerde yeterli iç mevzuat düzenlemelerinin bulunmadığı dönemlere ilişkin olmaları" nedeniyle günümüzde uygulanabilir olmadıkları görüşündeyse de[1014], daha yakın tarihli kararlarda da tahkim heyetlerinin irade serbestisi lehine tutumlarının değişmediği görülmektedir[1015].

b. ICSID Sisteminde İrade Serbestisi

ICSID Sözleşmesi'nin 42(1) maddesinde irade serbestisi ilkesi açıkça kabul edilmiştir: *"Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. […]"*

İrade serbestisi ilkesinin uygulanması bakımından yatırım tahkimi ile ticari tahkim arasında fark bulunmadığı ve ICSID Sözleşmesi'nde de milletlerarası tahkime hakim olan temel ilkelerden olan taraf iradesinin kabul edildiği ifade edilmiştir[1016]. ICSID Sözleşmesi'nin hazırlık müzakerelerinde de irade serbestisi kavramına defalarca vurgu yapılmıştır[1017].

ICSID Sözleşmesi'nde tarafların irade serbestisine ilişkin herhangi bir kısıtlama yapılmamış olmasına rağmen doktrinde bazı olası kısıtlamalar tartışılmıştır. Bunlardan bir tanesi, tarafların uygulanmak üzere seçtiği bir kural ile milletlerarası hukukun bir emredici (*jus cogens*) hükmünün çelişmesi durumunda seçilen kuralın

---

[1014] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 240.

[1015] Devletin taraf olduğu sözleşmelerde taraflarca seçilen hukukun uygulanmasını kabul eden 1990 sonrası ICC tahkim kararları için bkz. **Romero**, s. 44.

[1016] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 557; **Yas Banifatemi**, "The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration", Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, New York 2010, s. 191 vd., s. 192.

[1017] **ICSID**, *History*, Vol. II, s. 266-267, 330, 514, 569-570, 984.

uygulanmaması gerekliliğidir[1018]. Milletlerarası antlaşmaya dayanılarak oluşturulmuş bir tahkim heyeti tarafından milletlerarası hukukun emredici hükümlerine aykırı bir kuralın uygulanması düşünülemeyeceğinden bu sınırlamaya itiraz etmek mümkün değildir; fakat bu emredici hükümler genellikle ırksal ayrımcılık ve soykırım gibi ticari ilişkilerin dışındaki konuları kapsadığından yabancı yatırım sözleşmelerindeki hukuk seçimi kayıtları üzerinde fazlaca bir etkilerinin olmayacağı ifade edilmiştir[1019].

Daha çok tartışmaya açık olan durum ise, milletlerarası hukukun emredici hükümlerinin ihlali noktasına ulaşmakla birlikte yatırımcının milletlerarası hukuktan kaynaklanan temel haklarından (uluslararası asgari standart gibi) feragat etmiş olması durumunda tahkim heyetinin bu hukuk seçimini görmezden gelerek milletlerarası hukuka göre karar verip veremeyeceğidir. Bu durumda milletlerarası hukukun uygulanmasını desteklemek üzere birkaç gerekçe ileri sürülmüştür. Birincisi, milli hukuk sistemlerinde bireylerin anayasadan ve yasalardan kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerinden feragat edememeleri ilkesinin milletlerarası hukukta da uygulanması gerekliliğidir[1020]. Başka bir gerekçe ise, *Calvo* şartlarının geçerliliğine ilişkin tartışmalardan hareket ederek[1021], geçmişte diplomatik koruma sunma hakkının münhasıran devlete ait olduğunu ve vatandaşların bu haktan (veya milletlerarası hukuka göre bu hakkın işletilmesini tetikleyecek diğer haklarından) feragat edemeyeceğini katı biçimde savunmuş olan devletlerin, şimdi ICSID sistemi gibi yatırımcının daha lehine olması amaçlanan bir sistemi oluştururken bir yandan kendileri diplomatik koruma sunma haklarından feragat edip diğer yandan da bu sistem altında vatandaşlarının milletlerarası hukuktan kaynaklanan haklarından vazgeçmesini kabullenmiş olamayacakları varsayımına dayanmaktadır[1022]. Öte yandan ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin diplomatik koruma haklarından feragat ederken tahkim heyetlerinin her durumda milletlerarası hukuku uygulayacağı

[1018] **Peter Feuerle**, "International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes", 4 YSWPO 89, (1977), s. 107-108.

[1019] **Chukwumerije**, s. 86, dn. 20.

[1020] **Francisco V. Garcia-Amador / Louis B. Sohn / Richard R. Baxter**, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Leiden 1974, s. 292.

[1021] Bu konuda bkz. yukarıda s. 155-156.

[1022] **Feuerle**, s. 111-112. Aynı yönde atıf yapılan bir karar için bkz. *Kronprins Gustaf Adolf (Sweden v. USA)*, Award (*ad hoc*), 18.07.1932, 2 RIAA 1239, s. 1247

varsayımına dayanmış olduklarına dair herhangi bir kanıta Sözleşme'nin hazırlık müzakerelerinin kayıtlarında rastlanmamakta olup bu iddianın sahipleri de başkaca bir delil ileri sürmemişlerdir. Bu nedenle bu varsayımı kabul etmeyen yazarlar da vardır[1023].

Tarafların açık bir hukuk seçiminde bulunmuş olmaları halinde ICSID tahkim heyetlerinin bunu dikkate aldıkları görülmektedir[1024]. ICSID uygulamasında tarafların yaptığı hukuk seçimine sınırlamalar getirilmesi yaklaşımı kabul görmemiştir[1025]. Ayrıca tarafların seçtiği hukukun hakemlerce uygulanmaması "yetki aşımı" olarak kabul edilmekte ve kararın iptaline yol açabilecek gerekçelerden birini teşkil etmektedir[1026].

Münhasıran devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda imzalanmış olan ICSID Sözleşmesi'nde de irade serbestisi ilkesinin net biçimde kabul edilmiş olması karşısında bu tür sözleşmelerde irade serbestisinin kural olarak uygulanamayacağını savunan görüşler kanımızca daha da zayıflamaktadır.

c. Milli Hukuk Sistemlerinde Devletin İrade Serbestisine Getirilen Kısıtlamalar

Devlet sözleşmelerinde irade serbestisinin kısıtlanmasına ilişkin son olarak ele alınması gereken bir durum ilgili devletin iç hukukunda bu yönde bir kısıtlamanın

---

[1023] **Chukwumerije**, s. 88.

[1024] *Duke Energy v. Ecuador*, Award, para. 194-197

[1025] *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22.12.1989, 4 ICSID Rep. 79, 5 ICSID Rev. – FILJ 95 (1990), 16 YCA 40 (1991), 118 JDI 166 (1991), para. 5.03: "[ICSID Sözleşmesi] taraflara uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuk kurallarını belirlemek konusunda sınırsız özgürlük tanımakta ve tahkim heyetini de bu özgürlüğü tanımaya ve seçilen kuralları uygulamaya zorlamaktadır."

[1026] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 554; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 03.05.198, 114 JDI 163 (1987), 1 ICSID Rev. – FILJ 89 (1986), 11 YCA 162 (1986), 2 ICSID Reports 95, 114 ILR 243 (1999), para. 59; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16.05.1986, 1 ICSID Rep. 509, 25 ILM 1439 (1986), 12 YCA 129 (1987), 89 ILR 514 (1992), 114 JDI 175 (1987) (1986), para. 93 vd.; *MINE v. Guinea*, Annulment, para. 5.03.

bulunması halidir. Bu durumun tipik bir örneği, bazı devletlerin anayasalarında veya çeşitli yasalarında yer alan ve devletin taraf olduğu belirli nitelikteki sözleşmelerin (genellikle yabancı yatırım sözleşmelerinin) kendi iç hukukundan başka bir hukuka tabi kılınamayacağı yönündeki "*Calvo* şartı" benzeri hükümlerdir. Venezuela[1027], Bolivya[1028] ve Peru[1029] gibi ülkelerin anayasalarında hâlâ bu tür hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Latin Amerika'nın yanı sıra Batı Avrupa'da da bu yönde uygulamaların bulunduğu ve son yıllarda dünyanın başka bölgelerinden gelişmekte olan ülkelerin de benzer modelleri kabul ettiği belirtilmektedir[1030]. Suudi Arabistan, Çin ve Filipinler gibi ülkelerde de benzer hükümlerin bulunduğu ifade edilmiştir[1031].

Bu tür kısıtlamaları anayasa ve yasalarında açıkça düzenlemiş olan devletlerin daha sonra taraf oldukları yabancı yatırım sözleşmelerinde bu kısıtlamalara aykırı biçimde başka bir hukuku seçmiş olmaları halinde bu seçimin akıbetinin ne olacağı tartışmaya açıktır. Bu tür durumlar, bir önceki başlıkta incelenen "irade serbestisinin kaynağına ilişkin" teorik tartışmaların pratik ile buluştuğu önemli noktalardan birini teşkil etmektedir. Zira devletin iç hukukunda irade serbestisine getirilen böyle bir kısıtlamasına etki tanınıp tanınmayacağı, irade serbestisinin kaynağının milli bir hukuk sisteminden mi yoksa evrensel ilkelerden veya milletlerarası hukuktan mı kaynaklandığının kabul edildiğine göre değişiklik gösterecektir. Örneğin multi-lokal yaklaşımın benimsenmesi halinde, tahkimin yakın olarak ilişki içinde olduğu (ve muhtemelen kararın icrasının isteneceği) hukuk sistemlerinden birinin ev sahibi devletin hukuku olması nedeniyle bu hukuktaki kısıtlamaların dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Tahkim yeri teorisinin benimsenmesi halinde ise *lex loci arbitri*'nin bu konuyu ne şekilde vasıflandırdığı ve nasıl bir yaklaşım izlediğine

---

[1027] Venezuela, 1999 Anayasası, m. 151
(Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html)

[1028] Bolivya, 2009 Anayasası, m. 320/II
(Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html)

[1029] Peru, 1993 Anayasası, m. 71 (Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html)

[1030] **Georges R. Delaume**, "The Proper Law of State Contracts Revisited", 12(1) ICSID Rev. – FILJ 1 (1997), s. 11-12. Maden sözleşmeleri bakımından benzer kısıtlamalar uygulayan ülkelerin incelemesi için bkz. **Martin Bartels**, *Contractual Adaptation and Conflict Resolution, Based on Venture Contracts for Mining Projects in Dveloping Countries*, Kluwer, Deventer 1985, s. 106.

[1031] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 237-239.

göre ortaya farklı sonuçlar çıkabilecektir. İrade serbestisinin kaynağının evrensel ilkeler veya milletlerarası hukukta olduğunun kabulü halinde ise muhtemelen ev sahibi devletin hukukundaki bu tür kısıtlamalara etki tanınmayacaktır.

Kanımızca tahkim heyetleri her durumda somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak karar vermelidir. İlgili kısıtlamanın hangi hukuki metinde ne şekilde düzenlendiği, sözleşmeyi imzalayan devlet kurumunun söz konusu düzenlemenin aksine hareket etme yetkisinin bulunup bulunmadığı ve yatırımcının bu kısıtlamalarla ilgili bilgi edinmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin bir anayasa hükmünün söz konusu olduğu durumlarda ilgili devlet kurumunun bu hükmü bertaraf etme yetkisinden söz edilemeyeceği gibi yatırımcının bu kısıtlamadan haberdar olmaması da haklı gösterilemeyecektir. Fakat aynı düzenlemenin bir devlet kurumunun iç tüzüğünde yer alması durumunda farklı bir yorum yapılabilir.

B. Uygulamada Kullanılan Hukuk Seçimi Kayıtları

Yabancı yatırım sözleşmelerinde hukuk seçimi hükümlerinin nasıl düzenleneceği de aynı diğer sözleşme hükümleri gibi tarafların müzakere güçlerine bağlıdır. Ev sahibi devletin daha güçlü olduğu durumlarda (örneğin Suudi Arabistan gibi kanıtlanmış petrol rezervleri bulunan bir ülkenin imzaladığı petrol sözleşmelerinde) tek başına ev sahibi devlet hukukunun uygulanması yönünde hükümler görülebilecekken, yatırımcının daha güçlü olduğu durumlarda (örneğin kredi sözleşmeleri veya ileri teknoloji içeren yatırımlara ilişkin sözleşmelerde) ise milletlerarası hukukun ve hatta yatırımcının devletinin hukukunun dahi uygulanmasına yönelik düzenlemelerin yapılması mümkündür. Bunların dışındaki durumlarda ise tarafların bir denge oluşturmak adına birden fazla hukuk sistemini bir arada uygulamak yönünde düzenlemeler yaptıkları da görülmektedir.

1. Yatırımcı ve Devletin Farklı Yaklaşımları

Uygulamada kullanılan hukuk seçimi kayıtlarının arkasındaki nedenleri anlamak için yatırımcının ve devletin bu konuya bakış açılarını kısaca ele almakta fayda vardır.

a. Yatırımcının Bakış Açısı

Klasik Dönemde sanayileşmiş ülkelerin yatırımcıları genellikle kendi devletlerinin sömürgesi statüsünde (veya mandası altında) bulunan ülke veya bölgelerde yatırım yaptıklarından ve bu ülkelerde uygulanan hukuk sistemi de genellikle sömürgeci devletin hukuku olduğundan bu dönemde imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde hukuk seçimi hükümlerine fazla önem verilmediği görülmektedir[1032]. Ayrıca bu dönemde sanayileşmiş devletlerin yatırımcılarını korumak adına diplomatik koruma uygulamasına (hatta bazı durumlarda askeri güç kullanımına dahi) sıklıkla başvurmaları nedeniyle de uyuşmazlıkların akdi mekanizmalar dahilinde çözülmesi ikinci planda kalmıştır. Bu durumun 2. Dünya Savaşı'na kadar devam ettiği görülmektedir. Örneğin, İngiliz Koloni Dairesi (*Colonial Office*) tarafından 1938 yılında yayınlanan model petrol anlaşmalarında hukuk seçimi kayıtlarına yer verilmemiş[1033]; 1920 ve 30'larda sanayileşmiş ülkelerin petrol şirketleri ile Orta Doğu devletleri arasında imzalanan petrol sözleşmelerinde de uygulanacak hukuk belirlenmemiştir[1034].

Fakat 2. Dünya Savaşı sonrasındaki siyasi gelişmeler sonucunda Klasik Dönem imtiyazlarının kamulaştırmalara, zorunlu yeniden müzakerelere ve kaçınılmaz olarak hukuki uyuşmazlıklara konu olması sonucunda hukuk seçimi kayıtları yatırımcılar tarafından önem kazanmıştır. Yatırımların yaşam döngüsünde yatırımcı ile devletin müzakere güçlerinin genellikle yatırımcı lehine başlayıp zamanla (özellikle yatırımcı tarafından kalıcı yatırımlar tamamlanıp işletme evresine geçildiğinde) devlet lehine değişmesi nedeniyle, yatırımcıların en güçlü oldukları sözleşme müzakereleri aşamasında elde ettikleri haklarını güvence altına alacak düzenlemeleri de sözleşmeye eklemelerinin gerekmektedir[1035]. Bu çerçevede yatırımcılar tarafından haklarını uzun vadede korumak ve devletin sözleşmede (veya sözleşmeye

---

[1032] **Roland Brown**, "Choice of Law Provisions in Concession and Related Contracts", 39 Mod. L. Rev. 625 (1976), s. 626.

[1033] **Brown**, s. 626.

[1034] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 149; *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 544.

[1035] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 278.

uygulanacak hukuk düzeninde) tek taraflı değişiklik yapmasını önlemek için başvurulabilecek en güçlü araçlardan biri, sözleşmeye uygulanacak hukukun ev sahibi devlet hukuku dışında bir hukuk sistemi (örneğin milletlerarası hukuk) olarak düzenlenmesidir[1036].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletin idare, iş, vergi, yabancı para ve emlak mevzuatları başta olmak üzere iç hukukun pek çok hükümleriyle yakından ilgili olması nedeniyle bu sözleşmelere başka bir devletin (yatırımcının devletinin veya üçüncü bir devletin) hukukunun uygulanmasının sorunlara yol açabileceği belirtilmektedir[1037]. Ev sahibi devlet hukukunun tamamıyla bertaraf edilmesi yabancı yatırım sözleşmelerinde sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte, yatırımcıların nispeten daha güçlü konumda olduğu durumlarda bu mümkün olabilmektedir. Bu tür sözleşmelerin tipik örnekleri olarak kredi sözleşmeleri ve ileri teknoloji içeren lisanslama sözleşmeleri gösterilebilir[1038]. Kredi sözleşmelerinde bu tür ilişkileri en iyi düzenleyebilecek hukuk olarak önemli finans merkezlerinden birinin hukukunun (örneğin İngiliz hukuku veya New York hukukunun) tercih edilmesi uygulamada karşılaşılan bir durumdur[1039]. Lisanslama sözleşmelerinde ise yatırımcının fikri mülkiyet haklarının korunması konusundaki hassasiyetinden ötürü kendi devletinin hukukunu kabul ettirmesi mümkün olabilir[1040].

[1036] **Nigel Rawding**, "Protecting Investments under State Contracts - Some Legal and Ethical Issues", 11 Arb. Int'l 341 (1995), s. 347.

[1037] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 559; **Philippe Kahn**, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", 44 Ind. L.J. 1 (1968), s. 13; **Berthold Goldman**, "Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le réglement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats," *Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées, La Convention B.I.R.D.*, Pedone, Paris 1969, s. 133 vd., s. 155.

[1038] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 601.

[1039] İngiliz hukukunun kararlaştırıldığı kredi sözleşmelerine yapılan atıflar için bkz. *SPP v. Egypt*, Award (ICSID), para. 225; *CDC v. Seychelles*, Award, para. 43.

[1040] Örneğin *Colt Industries Operating Corporation v. Republic of Korea* (ICSID Case No. ARB/84/2) tahkimine konu olan silah üretimine ilişkin bir lisans sözleşmesinde taraflar yatırımcının devletinin (ABD) hukukunun uygulanmasında anlaşmışlardır. Uyuşmazlık tarafların anlaşmasıyla sonlandırıldığından karar yayınlanmamıştır. Bkz. **Todd Weiler**, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, London 2005, s. 239; **Taida Begic**, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven, Utrecht 2005, s. 17.

b. Devletin Bakış Açısı

Devletler, bekleneceği üzere, başta egemenlik kaygıları olmak üzere çeşitli nedenlerden ötürü taraf oldukları sözleşmeleri kendi hukukları dışında bir hukuka tabi kılmaya genellikle karşı çıkmaktadır[1041]. Sözleşmenin ev sahibi devlet hukukuna tabi kılındığı örneklere hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde rastlamak mümkündür[1042]. Libya'da devlet ile Türk müteahhitler arasında imzalanmış olan (ve son dönemde pek çok uyuşmazlıklara konu olan) sözleşmelerin hepsinde Libya hukukunun uygulanacağı yönünde hükümlerin bulunduğu belirtilmektedir[1043].

Öte yandan devletlerin kendi hukuklarının uygulanması konusundaki ısrarcı tutumlarını eleştiren *Lalive*, bu tutumun özellikle uygulanacak hukuk konusunu ulusal egemenlik meselesi olarak gören gelişmekte olan ülkelerde yaygın olduğunu ve bu ülkelerin yetkililerinin bazı durumlarda kendilerine önerilen diğer hukuk sistemlerinin de devlet açısından olumlu hükümler içerdiğini görmeksizin sırf kendi hukuklarını kabul ettirebilmek için diğer bazı önemli konularda taviz vermeyi göze aldıklarını ifade etmiştir[1044].

2. Uygulamada Bulunan Bazı Karma Çözümler

Yukarıda sayılan nedenlerden ötürü yatırımcı ve devletin tek bir hukuk sistemi üzerinde anlaşmaları genellikle mümkün olmadığından birden fazla hukuk sistemini bir araya getiren karma çözümler uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu tür karma hukuk seçimi kayıtlarının bazı örneklerine aşağıda yer verilecektir.

[1041] **Rawding**, s. 347.

[1042] *Attorney General v. Mobil Oil NZ Ltd.*, New Zealand High Court, Judgment, 01.07.1987, 4 ICSID Rep. 117, s. 123; *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8, Award, 12.07.2001, 8 ICSID Rep. 226, para. 51.

[1043] **Ali Soysüren**, "Türk Yatırımcıların Libya'daki Hukuki Sorunları: Sözleşmeler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", Ali Yeşilırmak / Macit Kenanoğlu (ed.) *Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi*, İstanbul 2011, s. 89 vd., s. 93.

[1044] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 45.

a. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Milletlerarası Hukuk

Ev sahibi devlet hukuku ile milletlerarası hukukun bir arada uygulanması veya ev sahibi devlet hukukunun milletlerarası hukuka uygun olduğu ölçüde uygulanması gibi düzenlemelere bazı yabancı yatırım sözleşmelerinde yer verilmiştir.

Bu tür düzenlemelerin tipik bir örneği, Libya tahkimlerine konu olan imtiyaz sözleşmelerinin 28(7) maddesidir:

"Bu İmtiyaz, milletlerarası hukuk ilkeleri ile örtüşen Libya hukuku ilkelerine, böyle ortak ilkelerin bulunmaması halinde ise milletlerarası tahkim heyetlerinin uyguladığı ilkeler de dahil olmak üzere hukukun genel ilkelerine tabi olacak ve bunlara göre yorumlanacaktır."[1045]

Milletlerarası hukukta sözleşmelere ilişkin kurallar bulunmamakla birlikte milletlerarası antlaşmalara ilişkin gelişmiş kurallar ve ilkelerin (örneğin *pacta sunt servanda*) bulunduğu ve bu tür hükümler uygulanırken bu analojinin dikkate alınması suretiyle antlaşmalar hukukuna ilişkin genel ilkelerin de dikkate alınabileceği ifade edilmiştir[1046].

b. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Hukukun Genel İlkeleri

Bazı sözleşmelerde ev sahibi devlet hukukunun yanında milletlerarası hukuk yerine hukukun genel ilkelerine atıf yapılmaktadır. Bunların bir örneği, Liberya'da 1983 yılında imzalanmış bir petrol sözleşmesinde yer alan şu hükümdür:

"Taraflar bu sözleşme çerçevesinde aralarındaki ilişkileri iyi niyet ve dürüstlük kurallarının üzerine kurmuşlardır. Sözleşme, Liberya Kanunları ve uluslararası petrol endüstrisinin genel olarak kabul görmüş âdet ve teamülleri ile milletlerarası tahkim heyetlerinin uyguladığı ilkeler de dahil olmak üzere uluslar

---

[1045] *BP v. Libya*, Award on Merits, s. 303; *Topco v. Libya*, Award, s. 442; *Liamco v. Libya*, s. 171. (Yaz. Çev.)

[1046] **Derek W. Bowett**, "Claims between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law", 35 Cath. U. L. Rev. 929 (1985), s. 933.

tarafından genel olarak kabul edilen hukuk ilkelerine göre yorumlanacak, uygulanacak ve etki kazanacaktır."[1047]

c. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Yatırımcının Devletinin Hukuku

Yatırımcının devletinin hukuku ile ev sahibi devlet hukukunun ortak hükümlerinin uygulanmasına yönelik yaklaşım, 1954 tarihli İran petrollerine ilişkin Konsorsiyum Anlaşması'nda benimsenmiştir:

"İşbu Anlaşmanın taraflarının farklı milliyetlerden olduğunun göz önünde bulundurulması ile, Anlaşma, İran ile bu Anlaşmanın diğer taraflarının kurulu olduğu diğer birkaç devlet arasındaki ortak hukuk ilkelerine, böyle ilkelerin bulunmaması halinde ise milletlerarası tahkim heyetlerinin uyguladığı ilkeler de dahil olmak üzere hukukun genel ilkelerine göre yorumlanacak, uygulanacak ve etki kazanacaktır."[1048]

BP (İngiltere), Shell (Hollanda) ve Socal (ABD) gibi farklı ülkelerde kurulu dev petrol şirketlerinin yer aldığı bu Konsorsiyum Anlaşması çerçevesinde hakemlerce toplam dokuz hukuk sisteminin dikkate alınmasının gerektiği ve bu yöntemin ikiden fazla ülke hukukunun bir araya geldiği durumlarda verimli işlemeyeceği ifade edilmiştir[1049].

d. Ev Sahibi Devlet Hukuku + Üçüncü Devletin Hukuku

Katar Devleti ile bir ABD şirketi arasında imzalanan petrol sözleşmesinde ise, yukarıdaki İran Konsorsiyum Anlaşması'ndakine çok benzer bir düzenleme yapılmış, ancak yatırımcının devletinin (ABD) hukuku yerine üçüncü bir devletin (Fransa) hukukuna atıf yapılmıştır:

[1047] **El Chiati**, s. 123.

[1048] **El Chiati**, s. 122-123.

[1049] **El Kosheri**, s. 302-303.

"Taraflar bu Anlaşma çerçevesinde aralarındaki ilişkileri iyi niyet ve dürüstlük kurallarının üzerine kurmuşlardır. Tarafların farklı milliyetlerden olduğunun göz önünde bulundurulması ile, Anlaşma, Katar Devleti ve Fransa arasındaki ortak hukuk ilkelerine, böyle ilkelerin bulunmaması halinde ise milletlerarası tahkim heyetlerinin uyguladığı ilkeler de dahil olmak üzere medeni Devletlerce kabul edilmiş olan hukukun genel ilkelerine göre yorumlanacak, uygulanacak ve etki kazanacaktır."[1050]

II. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF OLARAK BELİRLENMESİ

Yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif olarak belirlenmesine yönelik 20. yüzyılın ortalarından günümüze kadar gelen tartışmalar henüz bir karara bağlanmış değildir. Genellikle tartışmanın iki tarafındaki hukukçuların da ortak olarak kabul ettikleri çıkış noktası bu sözleşmelere uygulanacak hukukun gerek milletlerarası özel hukuk gerekse milletlerarası umumi hukuk ilkelerine dayanılarak klasik yöntemlere göre belirlenmesi durumunda ev sahibi devletin hukukuna ulaşılacağıdır. Bazı hukukçular (özellikle de gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları) bu noktadan sonra başka bir arayış içine girmeye gerek görmezken; sermaye ihraç eden gelişmiş ülkelerin hukukçularının ise taraflardan birinin (devletin) sözleşmenin tabi olduğu hukuku tek taraflı olarak değiştirebilmesinin kabul edilemeyeceğini öne sürerek yabancı yatırım sözleşmelerini ev sahibi devlet hukukunun dışında milletlerarası nitelikli bir hukuk sistemine tabi kılmak için çeşitli arayışlar içine girmişlerdir. Genel olarak "milletlerarasılaşma" teorisi adı altında toplanan bu girişimler ile klasik görüş arasındaki çatışma akademik alanın yanı sıra tahkim kararlarına da yansımış olup, yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin gerek akademik gerekse pratik tartışmaların büyük bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu bölümde de öncelikle ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasını savunan klasik görüş incelendikten sonra milletlerarasılaşma teorisine ve bu teori ile klasik görüş arasındaki çatışmalara ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

[1050] **El Chiati**, s. 123.

A. Klasik Görüş: Ev Sahibi Devletin Hukuku

1. Devletle Yabancı Yatırımcı Arasındaki Sözleşmelerin Kural Olarak Ev Sahibi Devlet Hukukuna Tabi Olduğunu Savunan Görüşler

Yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet hukukuna tabi olduğunu öne süren görüşleri temel olarak milletlerarası özel hukuktaki objektif bağlama noktalarına dayanan görüşler ile milletlerarası umumi hukuk ilkelerine (özellikle de devletin egemenliği ilkesine) dayanan görüşler olarak ikiye ayırmak mümkündür.

a. Milletlerarası Özel Hukuk İlkelerinden Hareket Eden Geleneksel Görüş

Milletlerarası özel hukukta sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde genel olarak kabul edilen objektif bağlama noktası "sözleşme ile en sıkı olan hukuk"tur[1051]. Ev sahibi devletin topraklarında uzun süreli bir yatırım yapılmasına ve bazı kalıcı ekonomik ilişkiler oluşturulmasına ilişkin düzenlemeleri içeren yabancı yatırım sözleşmesinin de en sıkı ilişki içinde olduğu hukuk sistemi çok büyük olasılıkla ev sahibi devletin hukuku olacaktır[1052].

Yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukukun milletlerarası özel hukuk ilkelerine göre belirlenmesi gerektiği görüşü USAD tarafından Sırbistan ve Brezilya'nın imzaladıkları (ve uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme içermeyen) bazı kredi sözleşmelerine ilişkin kararlarda ifade edilmiştir[1053]. Devletlerin milletlerarası hukukun süjeleri sıfatıyla (başka devletlere veya milletlerarası tüzel kişiliğe sahip örgütlere karşı) taraf oldukları sözleşmeler hariç olmak üzere diğer her türlü sözleşmelerin belirli bir devletin milli hukukuna tabi olmasının zorunlu

---

[1051] MÖHUK m. 24(4); Roma I Tüzüğü, m. 4(3); **Adrian Briggs**, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 239; **John G. Collier / Pippa Rogerson**, *Collier's Conflict of Laws*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 311.

[1052] **Georges R. Delaume**, "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts - The Myth of the Lex Mercatoria", *Tulane Law Review*, Vol. 63, 1989, s. 575 vd., s. 578-579; **Chukwumerije**, s. 144; **Sornarajah**, *International Law*, s. 237.

[1053] *Serbian Loans*, Judgment, s. 41; *Brazilian Loans*, Judgment, s. 121.

olduğunu ifade eden USAD, bu hukukun belirlenmesinde milletlerarası özel hukuk ilkeleri ile devletin egemenliği ilkesini bir arada ele almış ve (aksine açık bir düzenleme veya devlet iradesinin bu yönde olduğunu gösteren açık bir emare bulunmadıkça) egemen bir devletin taraf olduğu sözleşmeleri kendi hukukundan başka bir hukuka tabi kılmayı kabul ettiğinin varsayılamayacağına hükmetmiştir[1054].

USAD'ın bu içtihadı bazı yazarlar tarafından milletlerarası hukukun sözleşmeye dayanan uyuşmazlıkları karara bağlamak için gerekli maddi hükümleri içermediği ve bu nedenle sadece ilgili milli hukuk sistemine atıfta bulunmakla yetindiği şeklinde yorumlanmıştır[1055]. Doktrinde[1056], milletlerarası örgütlerin raporlarında[1057] ve tahkim kararlarında[1058] yoğun biçimde destek görmüş olan bu kararlar, klasik görüşün en yalın ve güçlü biçimde ifadesini içeren otoriter kaynaklar olarak günümüzde dahi yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin devam etmekte olan tartışmaların başlangıç noktasını teşkil etmektedir.

USAD'ın objektif bağlama noktalarından ziyade devletin farazi iradesine dayanarak bu sonuca ulaştığı anlaşılsa da, doktrinde ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasına işaret edebilecek bazı objektif bağlama noktalarının bulunduğu da ifade edilmiştir. Bu bağlama noktalarından bazıları, sözleşmenin ifasının büyük kısmının gerçekleşeceği yer olması, (çoğunlukla) proje yönetiminin tescil merkezi ve yönetim merkezinin bulunduğu yer olması, (çoğunlukla) sözleşmenin müzakere edildiği ve imzalandığı yer olması, sözleşmenin ev sahibi devletin kamu

---

[1054] *Serbian Loans*, Judgment, s. 41-42; *Brazilian Loans*, Judgment, s. 121-122.

[1055] **Abraham Howard Feller**, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, Macmillan, New York 1935, s. 178.

[1056] **Georg Schwarzenberger**, *Economic World Order? A Basic Problem of the International Economic Law*, Manchester University Press, Manchester 1970, s. 43; **Samuel K. B. Asante**, "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", 28 ICLQ 401 (1979), s. 406; **El Chiati**, s. 43.

[1057] Report of the Committee of the League of Nations studying Loan Contracts, League of Nations Publication, Economic & Financial, Doc. C145 M 93 1939 II.A, 1939, s. 21.

[1058] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 167.

sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde müzakere edilip imzalanmış olması ve devletin Anayasaya dayanan milli yargı yetkisidir[1059].

İngiliz Lordlar Kamarası, sözleşmenin bir tarafının devlet olması halinde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre (tarafların açık veya zımni iradesine bakarak) tespit edilmesini kabul etmekle birlikte USAD'a göre daha temkinli bir ifade kullanarak devletin taraf olmasının her zaman o devletin hukukunun uygulanacağı anlamına gelmeyebileceğini de belirtmiştir. *Lord Atkin*'in ifadesi ile, *"sözleşmenin bir tarafı devlet olsun veya olmasın, sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit edecek olan genel ilke aynıdır: bu, tarafların sözleşmede açıkça ifade edilmiş veya sözleşme ile diğer koşullardan anlaşılan iradelerine bağlıdır ve koşullardan tarafların yabancı bir hukuku uygulama niyetinde oldukları sonucuna ulaşılabilir. Bir tarafın devlet olması söz konusu yorumların yapılmasında büyük ağırlık taşımakla birlikte tek başına belirleyici olmayıp göz önünde bulundurulan etkenlerden birisidir."*[1060]

Yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakan tahkim heyetlerinin uygulaması da genellikle kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması vasıtasıyla ev sahibi devlet hukukunun yetkili olduğu sonucuna ulaşılması yönünde gelişmiştir. Milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları tarafından sıkça atıf yapılan 1950'ler ve 60'ların petrol tahkimlerinde dahi tahkim heyetlerinin öncelikle "sözleşmenin yapıldığı ve tamamıyla ifa edileceği yer olması"[1061], "petrolün çıkarıldığı yer olması"[1062], (USAD kararlarına atıfla) "sözleşmenin bir tarafının egemen bir devlet olması"[1063] ve "tahkim yerinin (İsviçre) kanunlar ihtilafı kurallarının bu hukuka işaret etmesi"[1064] gibi gerekçelerle uygulanacak hukukun

---

[1059] **Thomas W. Wälde / George Ndi**, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", 31 Tex. Int'l L. J. 215 (1996), s. 238.

[1060] *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft*, House of Lords, 15.03.1937, [1937] AC 500, s. 531. Aynı yönde bkz. *Bonython v. Commonwealth of Australia*, Privy Council, 30.10.1950, [1951] AC 201, s. 221.

[1061] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 149.

[1062] *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 544.

[1063] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 167.

[1064] *Sapphire v. NIOC*, s. 171.

kural olarak ev sahibi devlet hukuku olduğu kabul edilmiş; fakat daha sonra çeşitli gerekçelerle bu hukukun uygulanmasının uygun olmadığı sonucuna ulaşılarak milletlerarası nitelikli başka kurallara başvurulmuştur. Yine bir petrol arama ve üretim paylaşımı sözleşmesinden kaynaklanan *Wintershall v. Qatar* tahkiminde de *ad hoc* tahkim heyeti, taraflarca sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme yapılmaması nedeniyle kendi incelemesini yaptıktan sonra, sözleşme ile Katar Devleti arasındaki "yakın bağlar" dolayısıyla Katar hukukunun ve belirli bir konuda gerekli görülmesi halinde ise milletlerarası hukukun uygulanacağına hükmetmiş; fakat daha sonra milletlerarası hukukun uygulanmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığını belirterek kararını Katar hukukuna göre vermiştir[1065].

İtalyan AGIP şirketi ile Madagaskar Devleti arasındaki bir uyuşmazlıkta[1066] ICC tahkim heyeti, tarafların hukuk seçimi bulunmaması nedeniyle ICC kuralları gereği uygulanacak hukuku belirleme yetkisinin heyete ait olduğunu belirttikten sonra bu konudaki kararını ilginç bir hukuki gerekçelendirme ile vermiştir. Heyet, uyuşmazlık konusu sözleşmenin bir devlet ile başka bir devletin yatırımcısı olmasından hareketle, (uyuşmazlık ICC'de görüldüğü halde) ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'e atıfta bulunarak bu maddenin hükümleri doğrultusunda tarafların seçtiği bir hukukun bulunmaması halinde öncelikle ev sahibi devlet (Madagaskar) hukukunun uygulanacağı, fakat bu hukukun da yine aynı maddedeki sınırlamalar gereği milletlerarası hukuk ilkeleri çerçevesinde uygulanacağına hükmetmiştir[1067]. Yatırım antlaşması hükümleri doğrultusunda SCC'de görülen *Nagel v. Czech Republic* tahkiminde, yabancı yatırımcı ile Çek devlet teşekkülü arasında Çek Cumhuriyeti'nde GSM operatörlüğü hizmetleri vermek amacıyla imzalanmış İşbirliği Sözleşmesi'nin ev sahibi devlet ile yakın ilişkili olmasından ötürü sözleşme ile ilgili konularda Çek hukukunun uygulanması yönünde karar verilmiştir[1068].

[1065] *Wintershall v. Qatar*, Partial Award, 15 YCA 30 (s. 34), 28 ILM 795 (s. 802).

[1066] ICC Case No. 3352 (1980). Kararın ilgili kısmının incelemesi için bkz. **El Chiati**, s. 129. ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'in uygulama alanının ICSID ile sınırlı kalmayıp genel bir ilke olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. **Delaume**, "State Contracts", s. 786.

[1067] *Ibid.*

[1068] *Nagel v. Czech Republic*, Award, para. 303.

ICSID Sözleşmesi m. 42(1) hükmünde yer alan *"[a]nlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunun (Kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) […] uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır"* ifadesi nedeniyle ev sahibi devlet hukukunun kanunlar ihtilafı hükümlerine ne zaman ve ne şekilde başvurulması gerektiği konusu da tartışma konusu olmuştur. Bu hüküm doğrultusunda tahkim heyetinin öncelikle ev sahibi devletin kanunlar ihtilafı kurallarını incelemesi ve bu kuralların başka bir hukuka işaret etmesi halinde o hukuku uygulaması gerektiği, böyle bir atfın bulunmaması halinde ise ev sahibi devlet hukukunun maddi kurallarının uygulanabileceği doktrinde ifade edilmiştir[1069]. Bu konuyu ilk kez ele alan heyet olan (milletlerarasılaşma teorisinin önde gelen savunucularından *Berhold Goldman* başkanlığındaki) *Amco v. Indonesia* heyeti, "uyuşmazlığın Endonezya'da yapılmış bir yatırıma ilişkin olması" ve "tarafların dilekçelerinde Endonezya hukukuna atıfta bulunması" gerekçeleriyle kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaya gerek görmeyerek doğrudan Endonezya hukukunun maddi hükümlerini uygulamıştır[1070]. *LG&E v. Argentina* heyeti de ev sahibi devletin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulandığı bir ICSID tahkim kararına rastlamadıklarını belirttikten sonra *Amco* kararına atıfta doğrudan maddi hükümlerin uygulanmasına karar vermiştir[1071].

İran-ABD Talep Divanı heyetlerinin de (antlaşma gereği[1072] milletlerarası hukuka göre karar verme yetkileri de bulunduğu halde) taraflarca uygulanacak hukukun seçilmediği durumlarda milletlerarası özel hukuk ilkelerini uygulayarak belirli bir milli hukuku uygulamayı tercih ettikleri[1073], fakat sözleşmenin niteliği ve diğer koşullara göre yaptıkları incelemeler sonucunda heyetlerin bazı durumlarda ev

---

[1069] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 601.

[1070] *Amco v. Indonesia*, Award (1984), para. 148.

[1071] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 03.10.2006, 21 ICSID Rev. – FILJ 203 (2006), para. 87.

[1072] Taleplerin Çözümü Bildirisi, m. V.

[1073] *Case No. A/18*, IUSCT, Decision, 06.04.1984, 75 ILR 175, 5 Iran-US CTR 251, s. 292

sahibi devlet (İran) hukuku yerine başka bir ülkenin (ABD veya İngiltere gibi) hukukunu da uygulamak yönünde karar verdikleri görülmektedir[1074].

b. Devlet Egemenliğinden Hareket Eden Görüşler

Genellikle gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları tarafından savunulan bir görüşe göre, yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet hukukuna tabi kılınması sadece milletlerarası özel hukuk ilkelerinden değil, aynı zamanda devletin egemenliğinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre zaten bütünüyle ev sahibi devletin ülkesi ile ilişkili olan ve o devletin yargısal denetiminde olan yabancı yatırım sözleşmelerinde tek yabancı unsur yatırımcı olup o da ev sahibi devlette yatırım yapmayı kabul ederek bu devletin hukukunun kendisi üzerinde uygulanmasını kabul etmiştir. Ayrıca pek çok ülkede yabancı yatırımların milli hukuka göre kurulmuş yerel iştirakler veya ortak girişimler üzerinden yapılması zorunluluğu bulunması da bunu kabul eden yabancı yatırımcıların artık "yabancı" kimliklerini tamamıyla kaybedip o devletin hukukuna tabi olmaları sonucunu doğurmaktadır[1075].

Devlet egemenliğinden hareket ederek yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin ev sahibi devlet lehine kısıtlamalar öngören görüşlerin kaynakları incelendiğinde özellikle 19. yüzyıl sonlarından itibaren Latin Amerika'da ve dünyanın çeşitli yerlerinde destek gören *Calvo* doktrini ile 20. yüzyılın ikinci yarısında gelişmekte olan ülkelerdeki ekonomik milliyetçilik akımları ekseninde önem kazanan "Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik" (*Permanent Sovereignty over Natural Resources*) ilkesinin uygulanmasına dayalı yaklaşımlar ön plana çıkmaktadır.

[1074] **Nagla Nassar**, "Internationalization of State Contracts: ICSID, the Last Citadel", 14 JIA 185 (1997), s. 190-191. Bu yöndeki kararlar için bkz. *Case No. B1*, IUSCT, Partial Award No. 382-B1-FT, 31.08.1988, 19 Iran-US CTR 273, s. 287; Rexnard Inc. v. Iran (1983 1) 2 Iran-U.S.C.T.R. 6, s. 12; *Foremost Teheran Inc. v. Islamic Republic of Iran*, IUSCT, Award No. 220-37/321-1, 11.04.1986, 10 Iran-US CTR 228, s. 239; *Harnischfeger Corporation v. Ministry of Roads and Transportation of Iran*, Partial Award No. 144-180-3, 13.07.1984, 7 Iran-US CTR 91.

[1075] **Sornarajah**, *International Law*, s. 237.

i. Calvo Doktrini

Devletin egemenliğinden ötürü yabancı yatırımcılar ile devlet arasındaki her türlü uyuşmazlıkların ev sahibi devlet hukukuna tabi olması gerektiği düşüncesi, bu uyuşmazlıkların ev sahibi devlet mahkemelerinde görülmesi ve yatırımcının diplomatik koruma hakkından feragat etmesi ile birlikte *Calvo* doktrininin temel direklerinden birini oluşturmaktadır[1076].

Uluslararası asgari standart kavramını reddederek yabancıların sahip olduğu tek hakkın milli muamele ilkesi kapsamında içinde bulundukları devletin vatandaşları ile aynı standartlarda muamele görmek olduğunu savunan *Calvo*[1077], yabancıların haklarını milletlerarası hukuka tabi kılarak onların yerli vatandaşlardan daha geniş hukuki korumalara sahip olmasına imkan veren her türlü girişimi de devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırı bularak eleştirmiştir[1078].

Latin Amerika'da 19. yüzyılın sonlarından itibaren güçlü biçimde destek gören ve 2. Dünya Savaşı sonrasında bağımsızlığını kazanan devletler arasında ekonomik milliyetçilik akımlarının arttığı dönemlerde başta Asya olmak üzere dünyanın çeşitli yerlerindeki ülkelerin de uygulamalarında etkileri hissedilen *Calvo* doktrininin etkisinin son dönemde milletlerarası yatırım antlaşmaları ve yatırım tahkimi uygulamalarının yaygınlaşması azaldığını söylemek mümkündür. Ancak Venezuela[1079], Bolivya[1080] ve Peru[1081] gibi ülkelerin Anayasalarında hâlâ yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların milli mahkemelerde ve milli hukuka göre çözülmesi zorunluluğunu içeren *Calvo* şartı niteliğindeki hükümler yer almaktadır.

[1076] **Douglas**, s. 366. *Calvo* doktrini kapsamında diplomatik korumanın reddi ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisinin kabulüne ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 151 vd.

[1077] **Calvo**, *Droit International*, Vol. VI, s. 231.

[1078] **Calvo**, *Droit International*, Vol. III, s. 140.

[1079] Venezuela, 1999 Anayasası, m. 151
(Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html)

[1080] Bolivya, 2009 Anayasası, m. 320/II
(Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html)

[1081] Peru, 1993 Anayasası, m. 71 (Kaynak: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html)

Uyuşmazlıkların milli hukuka göre çözülmesini öngören *Calvo* şartlarının milli mevzuatlarda düzenlenmesinin yanı sıra ev sahibi devletler ve devlet teşekkülleri tarafından yabancı yatırım sözleşmelerine eklenmesi de yaygın bir uygulamadır. Sözleşmelerde yer alan bu tür hükümler tarafların irade serbestisi çerçevesinde hukuk seçimini teşkil edeceğinden uygulanmaları konusunda herhangi bir sıkıntı bulunmamaktadır. Fakat, eski UAD Başkanı *Jennings*, yabancı yatırım sözleşmelerinde yer verilen *Calvo* şartlarının bir bakıma bu tür sözleşmelerin milletlerarası hukuka tabi olmasının mümkün olduğunu düşüncesinin de zımnen kabulü anlamına geldiğini ve dolayısıyla böyle bir ihtimali kategorik olarak reddeden *Calvo* doktrininin temel tezlerinden biri ile doğrudan çeliştiğini ifade etmiştir[1082].

ii. Devletin Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenliği İlkesi ve Bunun Yansımaları

Devletin Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenliği ilkesi, 1950'lerden itibaren bağımsızlığını kazanmaya başlayan devletlerin kolonyal geçmişleriyle bağlarını koparma ve ekonomik bağımsızlıklarını tam olarak kazanma amaçları doğrultusunda ve bu dönemde yükselişte olan milliyetçi akımın etkisi altında ortaya çıkmıştır. Bu dönemde dünya çapında sayısal üstünlüğü ele geçiren gelişmekte olan ülkelerin bu üstünlüklerini BM Genel Kurulu çatısı altında kullanmalarıyla 1962'de Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenlik başlıklı 1803 sayılı BM Genel Kurulu kararı kabul edilmiştir.

1803 sayılı karar çıkarılırken gelişmiş ülkelerin de desteğinin alınması için daha dengeli bir metin oluşturularak ev sahibi devletin egemenliğinin yanında sermaye ihraç eden devletlerin menfaatleri de göz önünde bulundurulmuştur[1083]. Kararın 4. maddesinde doğal kaynakların millileştirilmesi veya kamulaştırılması durumlarında ödenecek tazminatın ev sahibi devletin hukuku ile birlikte

---

[1082] **Jennings**, s. 160-161.

[1083] 1803 sayılı kararın müzakeresi ve oylamasına ilişkin süreçle ilgili bilgiler için bkz. **Stephen M. Schwebel**, "The Story of the United Nations Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources", *Justice in International Law: Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, Cambridge 1994, s. 401 vd.

milletlerarası hukuka göre kararlaştırılacağının belirtilmesi bu dengeli yaklaşımın bir yansımasıdır. Ayrıca, ABD ve İngiltere'nin teklifiyle (başta SSCB olmak üzere bazı ülkelerin muhalefetine karşın) karar metnine eklenen *"Devletler tarafından veya devletler arasında özgürce kabul edilen yabancı yatırım anlaşmaları iyi niyetle uygulanacaktır […]"* şeklindeki 8. madde hükmü de yabancı yatırım sözleşmelerinin tamamıyla ev sahibi devlet hukukuna tabi olmadığı ve milletlerarası hukuk çerçevesinde korunduğu yorumunu mümkün kılmıştır[1084].

1974 yılına gelindiğinde ise, 1973 Arap-İsrail Savaşı ve bunun akabindeki Arap petrol ambargosu gibi siyasi gelişmeler ekseninde gelişmekte olan ülkelerde yine yükselişe geçmiş olan milliyetçilik akımlarının etkisiyle 1803 sayılı karara göre daha sert hükümler içeren "Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine Dair Şart" başlıklı 3281 sayılı BM Genel Kurul kararı kabul edilmiştir. Kararın 2(2)(a) maddesinde yer alan *"Hiçbir devlet yabancı yatırıma ayrıcalıklı muamelede bulunmaya zorlanamaz"* ifadesi *Calvo*'nun eserlerinde kullandığı ifadelerle benzerlik göstermekte olup gelişmekte olan ülkeler tarafından uluslararası asgari standart kavramının yabancı yatırımlar çerçevesinde uygulanmasının reddine yönelik bir iradeyi yansıtmaktadır. Ayrıca kararın 2(2)(c) maddesinde yabancıların mallarının millileştirilmesi veya kamulaştırılması durumlarında ödenecek tazminatın ev sahibi devlet hukukuna göre belirleneceği ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların da ev sahibi devlet mahkemeleri tarafından bu devletin hukukuna göre karara bağlanacağı düzenlemesi kabul edilerek 1803 sayılı kararda milletlerarası hukuka yapılan atıf terk edilmiştir.

1962 ve 1974 kararları ve diğer başka BM Genel Kurul kararlarıyla kodifiye edilmiş olan Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenlik ilkesinin milletlerarası teamül hukukunun emredici hükümlerinden (*jus cogens*) olduğu görüşü gelişmekte olan ülkeler tarafından öne sürülmüş olsa da bu görüşün sermaye ihraç eden devletler tarafından kabul edilmemesi nedeniyle *jus cogens* niteliğini kazanamayacağı ifade edilmiştir[1085]. Devletler yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin bazı tahkimlerdeki savunmalarında da bu ilkeye dayanmışlardır. *Aminoil* tahkiminde Kuveyt tarafından

[1084] *Ibid.*

[1085] **Schwarzenberger**, s. 41, 49; **Cassese**, s. 507.

yabancı yatırım sözleşmelerinde yer alan istikrar kayıtlarının Doğal Kaynaklar Üzerindeki Daimi Egemenlik ilkesi ile çelişmesi nedeniyle geçersiz olduğu iddia edilmiş[1086]; *Topco* tahkiminde ise Libya tarafından aynı ilkeye kamulaştırmaya ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim heyetinin yetkisinin bulunmadığı ve milletlerarası hukukun uygulanamayacağı konusunda öne sürülen argümanların hukuki gerekçesi olarak başvurulmuştur[1087]. Her iki kararda da hakemler, 1803 sayılı kararın hem gelişmekte olan ülkeler hem de sermaye ihraç eden ülkelerin desteğini almış olması bakımından milletlerarası teamül hukukunu yansıttığının kabul edilebileceğini, fakat daha radikal hükümler içeren ve sermaye ihraç eden ülkelerce reddedilmiş olan 3281 sayılı kararın böyle bir statü kazanmadığını belirtmişlerdir[1088].

2. Ev Sahibi Devlet Hukukunun İstikrar Kayıtları ile Sınırlanması

a. Tanımı ve Türleri

İstikrar kayıtları (*stabilisation clauses, clauses de stabilisation*)[1089], bir yabancı yatırım sözleşmesinin imzalanmasından sonra devletin yasal veya idari işlem ve düzenlemeler yoluyla sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmasını engellemek ve bu şekilde sözleşmenin hukuki rejimini "stabilize" etmek amacını taşıyan sözleşme hükümlerini ifade etmektedir[1090].

[1086] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 90. Aynı yönde bkz. **Eduardo Jiménez de Aréchaga**, "International Law in the Past Third of a Century", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 159, 1978, s. 1 vd.; **Eduardo Jiménez de Aréchaga**, "Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property", Kamal Hossain (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Nichols, New York 1980, s. 220 vd., s. 230.

[1087] *Topco v. Libya*, Award, para. 80.

[1088] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 90; *Topco v. Libya*, Award, para. 87 vd.

[1089] İstikrar kayıtları hakkında bkz. **Prosper Weil**, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris 1974, s. 301 vd.; **David Nicholas**, "Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers", 1986 JDI 79; **El Chiati**, s. 115 vd.; **Paasivirta**, s. 161 vd.; **Francisco V. Garcia-Amador**, "State Responsibility in Case of Stabilization Clauses", 2 JTLP 23 (1993); **Thomas W. Wälde / George Ndi**, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", *Texas International Law Journal*, Vol. 31, 1996, s. 215 vd.; **Wolfgang Peter**, "Stabilization Clauses in State Contracts", 1998 Int'l Bus. L.J. 875; Maniruzzaman (2005) - Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements, 2005(4) IELTR 96; **Piero Bernardini**, "Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments", 1(1) JWELB 98 (2008).

[1090] **El Chiati**, s. 115.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde istikrar kayıtlarına yer verilmesi zorunluluğunu ortaya çıkaran tarihi arka plan, *Aminoil* tahkim heyeti üyelerinden *Sir Gerald Fitzmaurice* tarafından açıklanmıştır. Bu tür kayıtların köklerinin iki dünya savaşı arasındaki dönemde Amerikan şirketleri tarafından Latin Amerika devletleri ile imzalanan bazı imtiyaz sözleşmelerine (maden, petrol, altyapı hizmetleri vs.) dayandığını belirten *Fitzmaurice*, ekonomilerini kalkındırmak amacıyla yabancı sermayeye ve teknolojiye ihtiyaç duyan devletlerin bunları sağlamayı kabul eden yatırımcılar ile onların istediği koşullarda imtiyaz sözleşmeleri imzaladıklarını, fakat yatırımın gelir getirmeye başlamasının (örneğin petrol veya maden aramalarının başarılı sonuçlanmasının) ardından devletlerin devreye girerek çeşitli nedenlerle tazminat ödemeksizin bu yatırımlara el koyduklarını ve işletmeyi kendilerinin sürdürdüklerini ifade etmiştir. Yabancı yatırım sözleşmelerinin süresinin sonuna kadar devam etmesini temin etmek amacıyla ilk olarak Amerikan şirketleri istikrar kayıtlarını sözleşmelerinde kullanmaya başlamış, daha sonra da bu uygulama çeşitli ülkelerde yaygınlaşmıştır[1091].

Temel amaçları aynı olmakla birlikte istikrar kayıtlarının çok farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir. *Weil*, istikrar kayıtlarını düzenlenme amaçlarına ve etkilerine göre dar anlamda (*stricto sensu*) istikrar kayıtları ve "soyutlama" kayıtları (*clauses d'intangibilité*) olarak ikiye ayırmıştır[1092]. Birinci gruptaki kayıtların amacının devletin yasal düzenleme ile sözleşmeye müdahalesini önlemek ve bu çerçevede devletin yasama erkinin sınırlandırmak; ikinci gruptakilerin amacının ise devletin kamu gücüne dayanarak gerçekleştireceği işlem ve eylemlerin sözleşme üzerinde etki doğurmasını önlemek olduğu ifade edilmiştir[1093]. İstikrar kayıtları ile sabitlenmek istenen konular genellikle vergi rejimi, ithalat-ihracat mevzuatı, yabancı

[1091] *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Separate Opinion (Sir Gerald Fitzmaurice), 24.03.1982, 66 ILR 614, para. 25, dn. 28.

[1092] **Weil**, *Clauses de Stabilisation*, s. 307-308. *Şit Köşgeroğlu* bu kavramlardan ilkini "katı istikrar kayıtları", ikincisini ise "dolaylı istikrar kayıtları" olarak Türkçe'ye çevirmiştir. Bkz. **Şit Köşgeroğlu**, s. 184-185.

[1093] **Weil**, *ibid.*

para düzenlemeleri ve yatırım mevzuatı gibi yatırımcıyı doğrudan ilgilendiren iç hukuk hükümleridir[1094].

Devletin yatırımcının sözleşmeden kaynaklarına aykırı eylemlerde bulunmayacağı taahhüdünü içeren soyutlama kayıtlarının tipik bir örneği, Bakü-Tiflis-Ceyhan (BTC) Boru Hattı projesi için Türkiye ve proje şirketi arasında imzalanan Ev Sahibi Hükümet Anlaşması'nın (*Host Government Agreement*) 7.2(iii) maddesinde görülmektedir: *"Proje Anlaşmaları içerisinde açıkça belirtilmiş olanlar dışında, Devlet Makamları MEP İştirakçilerinin yazılı rızası olmaksızın, Proje İştirakçilerinden birine Proje Anlaşmaları ile verilmiş olan bir hakkı, menfaati veya yararı (ilgili Proje Anlaşmalarının feshi veya değiştirilmesi ile başka bir yolla dahi olsa) daraltmayacaklardır, şarta bağlamayacaklardır ve sınırlamayacaklardır."*[1095]

Hem dar anlamda istikrar kaydı hem de soyutlama kaydı hükümlerini bir arada barındıracak geniş bir düzenleme ile devletin sözleşmeye müdahale etmeme taahhüdünü ifade eden hükümlere daha sık rastlanmaktadır. Bunun bir örneği olarak Togo'dan 1977 tarihli bir petrol sözleşmesinin 30.4 numaralı maddesi gösterilmiştir: *"[Devlet], [yatırımcının] bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerine herhangi bir şekilde halel getirecek, bunları kısıtlayacak veya zorlaştıracak herhangi bir eylem, karar veya diğer her türlü işlemin [Devlet] veya herhangi bir Devlet servisi, idaresi, Belediye, Topluluk veya başkaca teşekküller tarafından gerçekleştirilmeyeceğini veya uygulamaya geçirilmeyeceğini garanti eder."*[1096]

Yukarıdaki amaçlara ulaşmak üzere istikrar kayıtlarının yabancı yatırım sözleşmelerinde farklı yöntemlerle düzenlendiği görülmektedir. İstikrar kayıtlarının en katı türü, hukuku dondurma (*freezing the law*) şeklinde ifade edilen yöntem ile düzenlenen kayıtlardır. Bu tür kayıtlar ile ev sahibi devletin mevzuatı belirli bir tarihte (genellikle sözleşmenin imzalandığı tarihte) "dondurulmakta" ve devlet de bu

---

[1094] **Sigvard Jarvin**, "ICC: 'Disputes Prevention Methods'", 1(4) JIA 355 (1984), s. 364.

[1095] Resmi Gazete, 10.09.2000, Sayı: 24166 (Mükerrer), s. 118 (Ev Sahibi Hükümet Anlaşması, 18.11.1999 tarihinde imzalanan Devletlerarası Anlaşmanın 2 numaralı Eki olarak Resmi Gazete'de yayınlanmış, daha sonra 19.10.2000'de taraflar arasında imzalanmıştır).

[1096] **Maniruzzaman**, "Some Reflections", s. 97. (Yaz. Çev.)

tarihten sonra belirli konularda (özellikle de kamulaştırma konusunda yasal veya idari işlem yapmama taahhüdünde bulunmaktadır. Devlet egemenliğinin doğrudan kısıtlanması sonucunu doğuran bu tür hükümlerin bazı devletlerarası anlaşmalarda görülebildiği, fakat yabancı yatırım sözleşmelerinde bunlarla pek karşılaşılmadığı belirtilmiştir[1097].

Hukuku dondurma yönteminin yumuşatılmış bir türü olarak devletin egemenlik haklarını kullanması konusunda genel nitelikli bir kısıtlama getirmeyen, fakat sözleşme tarihinden sonra yapılan ve sözleşme hükümleri ile çelişen yasal veya idari düzenleme, işlem ve eylemlerin sözleşme üzerinde etki doğurmayacağını düzenleyen "dermeyan edilemezlik" (*inopposabilité*) hükümleri uygulamada daha sık görülmektedir[1098]. Bu tür hükümlerin tipik bir örneği olarak İran-ABD Talep Divanı'nın *Amoco* kararında tartışma konusu olan Khemco Anlaşması'nın 30.2 maddesi gösterilebilir: *"Bu Anlaşma'nın hükümleri ile tamamen veya kısmen çelişen her türlü güncel kanun ve düzenleme hükümleri, Anlaşma ile çeliştikleri ölçüde, Anlaşma'nın ilgili hükümleri bakımından herhangi bir etki doğurmayacaklardır."*[1099]

Dermeyan edilemezlik yönteminin taraflar arasındaki hukuku sözleşme tarihinde sabitlemek şeklinde uygulandığı bir örnek ise Zambiya Devleti ile Roan Selection Trust Ltd. şirketi arasında imzalanan 1969 tarihli bir maden imtiyazı sözleşmesinde görülmektedir: *"Tahkim heyeti [...] uyuşmazlığı ilgilendiren sözleşmeler, belgeler, mevzuat, talimatlar ve diğer araçlarını yorumlar ve uygularken Zambiya Cumhuriyeti hukukunu 24 Aralık 1969 tarihinde yürürlükte olan haliyle uygulayacak ve bu tarihten sonra kabul edilmiş, yapılmış, alınmış veya verilmiş olan her türlü mevzuat, araçlar, talimatlar, emirler ve kanun hükmünü taşıyan mahkeme kararlarını dikkate almayacak olup, tarafların müşterek iradesi uyuşmazlıklara ilişkin kararların yukarıda belirtilen tarihte yargılama yapılmış gibi verilmesidir."*[1100]

[1097] **El Chiati**, s. 116.

[1098] *Ibid.*, s. 117. ("*Inopposabilité*" kavramının Türkçe karşılığı olarak "dermeyan edilemezlik" teriminin kullanımı için bkz. **Kemal Gözler**, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin, Bursa 2009, s. 1560)

[1099] *Amoco v. Iran*, Award, para. 155. (Yaz. Çev.)

[1100] **R. Brown**, "Choice of Law Provisions"; **Peter**, "Stabilization Clauses", s. 878. (Yaz. Çev.)

Başka bir yöntem, ev sahibi devlet hukukunun sözleşme tarihinde yürürlükte olan ilgili hükümlerinin sözleşmenin kapsamına dahil edilmesi (*incorporation*) ve sözleşmenin bu tarihten itibaren yapılacak kanuni veya idari düzenlemelerden etkilenmeyeceğinin düzenlenmesidir. Bu yöntemin bir petrol sözleşmesindeki yansıması şu şekildedir: *"İmtiyaz sahipleri, özellikle, bu sözleşmenin imzası tarihinde yürürlükte olan, bu sözleşmenin kapsamına dahil edildiği kabul edilen ve sözleşmede açık hüküm bulunmadığı durumlarda taraflar arasındaki operasyonları her yönüyle düzenleyecek olan petrol ve maden kanunları ile bağlıdırlar."*[1101]

İstikrar kayıtlarının devlet egemenliğini sınırlaması nedeniyle ortaya çıkan tartışmaları ve (bir sonraki başlıkta ele alınacak olan) geçerlilik tartışmalarını bertaraf etmek üzere artık yabancı yatırım sözleşmelerinde "modern istikrar kayıtları" veya "ekonomik istikrar kayıtları" adı verilen hükümlerin daha sık tercih edildiği görülmektedir. Bu tür hükümlerde devletin egemenlik haklarını sözleşmeden doğan hakları sınırlamak üzere kullanmayacağı veya kullanması halinde bunun sözleşme üzerinde etki doğurmayacağı gibi düzenlemeler yer almamakta ve devletin egemenlik haklarını kullanması üzerinde herhangi bir kısıtlama getirilmemekte, fakat devletin herhangi bir eylemi veya işlemi sonucunda sözleşmede var olan "ekonomik dengenin" yatırımcı aleyhine bozulması halinde bu dengenin eski haline getirileceği (veya devletin yatırımcıyı bu amaçla tazmin edeceği) belirtilmektedir[1102].

Ekonomik istikrar kayıtlarının bir örneği olarak BTC Boru Hattı projesi (Türkiye) Ev Sahibi Hükümet Anlaşması'nın 7.2(xi) maddesi gösterilebilir: *"Proje Anlaşmaları ile tesis edilen Ekonomik Denge; […] Türk hukukunun değişikliği, ilgası, geri çekilmesi, feshi veya mühletinin dolması, Türk hukukunun yasalaşması, kabul edilmesi veya yayınlanması, Türk hukukunun (mahkemeler, yürütme ve yasama makamları, veya idari veya düzenleyici makamlar tarafından) yorumlanması veya*

[1101] **El Chiati**, s. 118. (Yaz. Çev.)

[1102] Ekonomik istikrar kayıtlarına ilişkin açıklamalar ve örnekler için bkz. **A. F. M. Maniruzzaman**, "The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends", 1(2) JWELB 121 (2008), s. 126 vd.

Ayrıca ekonomik istikrar kayıtlarının tartışıldığı bir karar için bkz. *Occidental v. Ecuador*, LCIA, Award, para. 102 vd.

uygulanması, adli makamlar, mahkeme ve kurullar, Devlet makamlarının kararları, politikaları veya benzer işlemleri […] dahil Türk Hukukunda (Vergiler, sağlık, emniyet ve çevre ile ilgili Türk hukuku dahil) meydana gelen herhangi bir değişiklik (bu değişikliğin yalnızca Projeye veya genel uygulamaya yönelik olup olmamasına bakılmasızın) ("Hukukta Değişiklik") doğrudan veya dolaylı olarak Ekonomik Dengeyi bozarsa […] Devlet Makamları, Ekonomik Dengenin yeniden sağlanması için mümkün olan tüm işlemleri yapacaklardır."[1103]

Ekonomik istikrar kayıtları sözleşmeye uygulanacak hukuk rejiminde herhangi bir değişikliğe yol açmayıp sadece tarafların hak ve yükümlülükleri üzerinde etki doğuran hükümler olduklarından bu bölümün kapsamında yer almamaktadır. Fakat diğer istikrar kaydı türleri bakımından bunların geçerliliği ve sözleşmenin tabi olduğu hukuk düzeni üzerindeki etkileri konusu gerek doktrinde gerekse tahkim ve mahkeme kararlarında fazlasıyla tartışma konusu olmuştur. Şimdi bu konuya kısaca değinilecektir.

b. İstikrar Kayıtlarının Geçerliliğine İlişkin Tartışmalar

İstikrar kayıtlarının geçerliliğine ilişkin tartışmalar, özel hukuk, kamu hukuku ve milletlerarası hukuk gibi farklı disiplinleri ve bunların yanında farklı hukuk sistemleri ile bunların benimsediği farklı yaklaşımları karşı karşıya getirmektedir. Bir yanda devletin egemenliğini merkeze koyan görüş doğrultusunda devlet egemenliğinin sözleşme ile sınırlanması mümkün olmadığından bu hükümlerin geçersiz olduğu savunulurken, diğer yandan da iyi niyet kuralı ve devletin kendi egemenliğini sözleşme ile sınırlayabileceği görüşüne dayanılarak istikrar kayıtlarının geçerliliği savunulmaktadır. Doktrinde bu konuyla ilgili görüş ayrılıkları görüldüğü

[1103] Resmi Gazete, 10.09.2000, Sayı: 24166 (Mükerrer), s. 120-121.

Öte yandan, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Şirketi, 2003 yılında yayınladığı "BTC İnsan Hakları Taahhüdü"nün (*BTC Human Rights Undertaking*) 2(d) maddesinde, Ev Sahibi Hükümet Anlaşmaları kapsamında tanınan "Ekonomik Denge"nin korunmasına ilişkin haklarını "Ev Sahibi Hükümetin insan hakları, işçi hakları ve sağlık-güvenlik-çevre konularında taraf olduğu milletlerarası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere" gerçekleştirdiği veya gerçekleştiremediği eylemler hakkında uygulamayacağını tek taraflı olarak beyan etmiştir. [Çevrimiçi Erişim: <http://subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf> (Son Erişim: 11.11.2015)]

gibi milletlerarası tahkim heyetleri ile milli mahkemeler arasında da farklı yaklaşımlar göze çarpmaktadır.

i. İstikrar Kayıtlarının Milli Hukuktaki Geçerliliği

Milli hukuk sistemlerinde devletin egemenlik haklarını sözleşme ile kısıtlamasının mümkün olmadığı genel olarak kabul görmektedir. Bunun temel nedeni olarak devletin her zaman kamu yararı doğrultusunda hareket etme zorunluluğu ifade edilmiştir[1104]. Dolayısıyla devletin yasama ve yürütme yetkilerini sınırlayan istikrar kayıtlarının geçersiz olduğu belirtilmektedir[1105].

Wälde ve *Ndi*, sözleşmenin imzalandığı anda devletin iç hukukunda kendi egemenliğini sınırlayıcı nitelikte taahhütlerde bulunma hakkının var olup olmadığına göre iki farklı durumun ortaya çıkabileceğini ifade etmişlerdir. Yazarlara göre, eğer Anayasa veya diğer yasalar altında yürütmenin sahip olduğu egemenlik haklarını kullanmama yönünde taahhüt altına girme yetkisi bulunmuyor ise, yürütmenin yetkilerinin sözleşme ile genişletilmesi mümkün olmadığından istikrar kaydı geçersiz olacaktır. Sözleşmenin imzalandığı anda yürütmenin bu türden bir taahhütte bulunma yetkisi mevzuatta açıkça düzenlenmişse istikrar kaydının geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş; fakat egemenlik haklarının yasa koyucuya "verdiğini geri alma hakkını" da tanıdığı ve dolayısıyla geçerli bir istikrar kaydının varlığı halinde dahi yasa koyucunun sonradan yapacağı bir yasal düzenlemeyle geriye dönük olarak yatırımcının sözleşmeden kaynaklanan haklarını geri almasının önünde bir engel bulunmadığı da ifade edilmiştir[1106].

İngiltere'de *Amphitrite* doktrini olarak yerleşmiş olan içtihada göre, yürütmenin her zaman kamu yararı amacı doğrultusunda hareket etme zorunluluğu olduğundan gelecekteki hareket özgürlüğünü sözleşme ile kısıtlamasının mümkün

---

[1104] **Piero Bernardini**, "The Renegotiation of the Investment Contract", 13(2) ICSID Rev. – FILJ 411 (1998), s. 415.

[1105] **Alqurashi**, s. 194.

[1106] **Wälde / Ndi**, s. 239.

olmadığı kabul edilmektedir[1107]. Bu doktrinin uygulanması ile ilgili olarak zaman içinde devletin genel kamu yararı için yaptığı eylemler ve salt belirli bir sözleşme altındaki yükümlülüklerden kurtulmak adına yaptığı eylemler arasında ayrıma gidilmiş ve devletin birinci türden eylemlerde bulunmama taahhüdü geçersiz olacakken ikinci türden eylemler bakımından böyle bir taahhütte bulunabileceği kabul edilmiştir[1108]. ABD'de eyaletler tarafından imzalanan sözleşmeler Anayasa'nın I(10) maddesi kapsamında, federal hükümet tarafından imzalanan sözleşmeler ise Anayasa'nın Ek 5. maddesi kapsamında devletin tek taraflı müdahalelerine karşı korunmaktadır[1109]. Fakat ABD mahkemelerinin yerleşik içtihatlarında devletin kamu yararı için özel mülkiyet statüsündeki malları kamulaştırma hakkının sözleşme ile sınırlandırılamayacağı ve bu yönde düzenlenmiş sözleşme hükümlerinin devletin tek taraflı olarak kamulaştırma hakkını kullanmasını engellemeyeceği kabul edilmiştir[1110].

Fransız hukukunda kamu yararını ilgilendiren sözleşmeler genellikle idari sözleşme (*contrat administratif*) niteliğinde kabul edilmekte ve özel hukuk yerine idare hukukunun alanına girmektedir[1111]. Bu tür sözleşmelerde kamu hizmetinin (*service public*) sürekliliği esası imtiyaz sahibinin kâr beklentisine göre öncelikli kabul edildiğinden idarenin sözleşme hükümlerinde tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkının olduğu ve kamu yararı için tanınmış bu haktan vazgeçmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir[1112]. İmtiyaz sahibinin ise idarenin tek taraflı

[1107] *Amphitrite v. Rex*, King's Bench, 27.07.1921, [1921] 3 K.B. 500, s. 503.

[1108] *Board of Trade v. Temperley Steam Shipping Co. Ltd.*, King's Bench, [1926] 26 Ll. L. Rep. 76; *Commissioners of Crown Lands v. Page*, Court of Appeal, 02.06.1960, [1960] 2 Q.B. 274, s. 293-294; *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex*, UK Court of Appeals, 26.05.1977, [1978] Q.B. 176, s. 194-195.

[1109] **Geiger**, s. 89.

[1110] *Contributors to Pennsylvania Hospital v. Philadelphia*, US Supreme Court, 05.11.1917, 245 U.S. 20, s. 20; *Galveston Wharf Co. v. Galveston*, US Supreme Court, 02.01.1923, 260 U.S. 473, s. 476; *Georgia v. Chattanooga*, US Supreme Court, 07.04.1924, 264 U.S. 472, s. 480.

[1111] Fransız hukukunda *contrat administratif* kavramı ile ilgili olarak bkz. **Georges Péquignot**, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Pedone, Paris 1945; **John D. B. Mitchell**, *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study*, G. Bell & Sons Ltd., London 1954, s. 182 vd.; **Hélène Hoepffner**, *La Modification du Contrat Administrative*, LGDJ, Paris 2009.

[1112] *Compagnie générale française de tramways*, Conseil d'Etat (France), No. 16178, 11.03.1910; **Mitchell**, s. 182-186; **Geiger**, s. 95-96.

eylemi nedeniyle zarara uğraması halinde bu eylemi engelleme veya geri çevirme imkanı bulunmamakta, fakat "fedüprens"[1113] (*fait du prince*) doktrini çerçevesinde zararının tazmin edilmesi suretiyle sözleşmenin mali dengesinin yerine getirilmesini talep etme imkanı bulunmaktadır[1114]. Dolayısıyla devletin egemenlik haklarının kullanmasına sınırlama getirme amacı taşıyan klasik istikrar kayıtlarının Fransa'da idari sözleşmeler bakımından uygulanması mümkün olmadığını; modern (ekonomik) istikrar kayıtlarının ise Fransız idare hukukunda fedüprens doktrini ile kabul gördüğünü söylemek mümkündür.

Fransız idare hukuku (özellikle de *contrat administratif* kavramı), Frankofon Afrika ülkelerinin yanı sıra Arap ülkelerinin tamamında (Mısır, Suudi Arabistan, Irak, Suriye, Libya, Kuveyt, Katar, Cezayir, Sudan, Yemen, BAE, vs.) ve Asya ile Afrika'daki diğer bazı Müslüman ülkelerde de aynı veya çok benzer şekillerde kabul edilmiş ve hâlâ uygulanmaktadır[1115]. Devletin taraf olduğu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayrı hükümlere tabi olması İslam hukukundaki "ikta" kavramı ile de benzerlik gösterdiğinden idari sözleşme kavramı Müslüman ülkelerde kolayca kabul görmüştür. Bu ülkelerde petrol ve maden imtiyazları başta olmak üzere genel olarak kamu hizmetlerine ilişkin her türlü imtiyaz sözleşmeleri de idari sözleşme olarak değerlendirilmiş ve istikrar kayıtlarına ilişkin Fransız hukukundaki kısıtlamalar uygulanmıştır[1116].

İmtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek taraflı değişiklik yapma hakkına yönelik ayrı bir doktrin Alman idare hukukunda gelişmemiş olmakla birlikte, özel hukuk sözleşmelerinde oldukça dar bir çerçevede uygulanan "sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması" (*clausula rebus sic stantibus*) ve "işlem temelinin çökmesi" (*Wegfall*

[1113] Bu terimin Türkçe'de *fait du prince* kavramının karşılığı olarak kullanımı için bkz. **Gözler**, Cilt II, s. 1562.

[1114] *Sociéte des Alcools du Vexin*, Conseil d'Etat (France), 15.07.1959, Lebon 451. Fakat devletin genel nitelikli olarak yaptığı düzenlemelerden (örneğin vergi artışı) ötürü imtiyaz sahibinin kural olarak tazminat isteyemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. *Chouard* (France CE, 1950), Counseil d'Etat (France), 17.07.1950, Lebon 444.

[1115] **Ahmed El Kosheri / Tarek Riad**, "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", 1(2) *ICSID Rev. – FILJ*, 257 (1986), s. 260; **Alqurashi**, s. 193-194.

[1116] **El Kosheri / Riad**, s. 260-262.

der Geschäftsgrundlage) teorilerinin imtiyaz sözleşmelerinde idare lehine daha geniş yorumlanması ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda idareye bu kavramlara dayanarak sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma hakkının tanınması gerektiği savunulmuştur[1117].

Sanayileşmiş Batılı devletler tarafından imzalanmış klasik anlamda istikrar kaydı içeren, yani sözleşmeye yasal düzenlemelerle müdahale edilmeyeceği veya sözleşme hükümlerine aykırı nitelikteki yasal düzenlemelerin sözleşmeye uygulanmayacağının devlet tarafından taahhüt edildiği, bir yabancı yatırım (veya imtiyaz) sözleşmesi örneğinin bulunmadığı da ifade edilmiştir[1118].

ii. İstikrar Kayıtlarının Milletlerarası Hukuktaki Geçerliliği

Milletlerarası hukukta istikrar kayıtlarının geçerliliğine ve etkisine ilişkin tartışmalar genellikle bu tür kayıtların uygulanabilir olup olmadığı, uygulanmaları halinde devletin kamulaştırma hakkını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve sözleşmenin hukuki rejiminde değişikliğe yol açıp sözleşmenin "milletlerarasılaşmasını" sağlayıp sağlamayacağı gibi sorular üzerinde dönmektedir. İstikrar kayıtları ile milletlerarasılaşma teorisi arasındaki bağlantılar aşağıda bu teorinin incelendiği başlık altında ele alınacaktır. İstikrar kayıtlarının milletlerarası hukuktaki geçerliliği ve ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasına ilişkin etkileri ise bu başlık altında incelenecektir.

❖ Doktrin

Weil'e göre, bir yabancı yatırım sözleşmesindeki istikrar kaydını kabul eden bir devlet yatırımcı nezdinde bir meşru beklenti yaratmaktadır; devletin bu beklentiye aykırı davranması ise, hem iyi niyet kuralının ihlali anlamına gelmesi hem de çelişkili işlem yasağı gibi diğer genel ilkelere aykırı olması nedeniyle kabul

---

[1117] **Ernst Fornsthoff**, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil*, Beck, München 1966, s. 101-102; **Geiger**, s. 93-94.

[1118] **Wälde / Ndi**, s. 222.

edilemeyecektir[1119]. Daha radikal bir görüşü benimseyen *Verdross* ise, egemenlik hakkının özünde devletin kendisini bağlayıcı anlaşmalar yapabilme hakkının da yer aldığını ve milletlerarası antlaşmalarda kabul edilen bu ilkenin[1120] yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından da geçerli olması gerektiğini öne sürmüş[1121]; hatta bir adım daha öteye giderek devletin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma hakkının bertaraf edilmesi için ayrıca özel bir düzenleme (istikrar kaydı) yapmaya dahi gerek olmadığını, zira devletin bir yabancı yatırım sözleşmesine imza koymakla o sözleşmenin kendi hukuk düzenine (*lex contractus*) tabi olmayı kabul ettiğini ve bu durumda sözleşmede yapılacak herhangi bir değişikliğin kural olarak tarafların mutabakatına tabi olacağını savunmuştur. Dolayısıyla, *Verdross*'a göre devletin iç hukuktan kaynaklanan haklarını kullanarak sözleşmede tek taraflı değişiklik yapmak istemesi istisnai bir durum olup ancak sözleşmede devlete bu yönde açık yetki tanınması ile mümkün olabilecektir[1122].

Karşı görüşü savunan yazarlar arasında da daha sert ve yumuşak yaklaşımlar görülmektedir. Daha katı yaklaşımı benimseyen bazı hukukçular, devletin egemenlik haklarından feragat etmesinin sözleşme ile değil ancak milletlerarası antlaşma ile söz konusu olabileceği, yabancı yatırım sözleşmelerinde bulunan istikrar kayıtlarının da bu temel ilkeyle çelişmeleri nedeniyle kesin olarak hükümsüz olduğu görüşündedir[1123]. Devletin kamu gücünü kullanmasını sınırlayacak herhangi bir

---

[1119] **Weil**, "Clauses de Stabilisation", s. 326. Aynı yönde bkz. **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 59-60.

Öte yandan devletin iç hukukuna göre kendi egemenlik haklarını sınırlamasının mümkün olmaması halinde bundan basit bir araştırma sonucunda haberdar olabilecek olan bir yatırımcının hukuku bilmemesinden ötürü birtakım beklentiler içine girmiş olmasının "meşru beklenti" statüsünde kabul edilmeyeceği ve bu beklentilerin milletlerarası hukukta korunmayacağı da belirtilmiştir. Bkz. **Wälde / Ndi**, s. 239.

[1120] *Wimbledon*, Judgment, s. 25: "Elbette bu türden yükümlülükler yaratan her türlü antlaşma Devletin egemenlik haklarının belli bir yönde kullanılmasını gerektirerek bu hakların kullanımına bir sınırlama getirmektedir. Fakat milletlerarası yükümlülükler altına girmek de Devletin egemenliğinin bir unsurudur." (Yaz. Çev.)

[1121] Aynı yönde bkz. **Weil**, "Problèmes", s. 233. Karşı görüşte, milletlerarası antlaşmaların aksine yabancı yatırım sözleşmelerinin karşı tarafının bir devlet değil özel hukuka tabi bir kişi olmasından ötürü bu ikisinin aynı statüde değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. **Paasivirta**, s. 169.

[1122] **Alfred Verdross**, "Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklausen", 18 ZaöRV 635 (1957), s. 645.

[1123] **Dominique Rosenberg**, *Le Principe de Souveraineté des Etats sur leurs Ressources Naturelles*, LGDJ, Paris 1983, s. 297 vd.

düzenlemenin geçerli olamayacağı da ifade edilmiştir[1124]. Öte yandan, bu soruya tersten yaklaşarak, devletin yabancı yatırım sözleşmelerini tek taraflı olarak feshetme hakkının milletlerarası hukukta (kamulaştırma hükümleri çerçevesinde) kural olarak var olduğunu ve istikrar kayıtlarının bu kuralın istisnasını teşkil edeceği yönünde bir milletlerarası teamül kuralı gelişmemiş olduğundan bu kayıtların iddia edilen etkileri yaratamayacağını savunan yazarlar da vardır[1125].

Devletin ekonomik zenginlikleri ve doğal kaynakları üzerindeki daimi egemenliği ilkesine dayanarak istikrar kayıtlarının hiçbir zaman geçerli olamayacağını savunan yazarlar da vardır. *Aréchaga*'ya göre, milletlerarası hukukun temel ve emredici ilkelerinden olan bu ilkenin karşısında istikrar kayıtları ile devletin egemenlik haklarını kullanmasında herhangi bir sınırlamaya gidilmesi mümkün değildir[1126]. *Giardina* ise devletin doğal kaynakları üzerindeki söz konusu egemenliğinin "daimi" olarak nitelendirilmiş olmasının bu egemenliğin ferağ edilemez bir hak olduğu şeklinde yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla da devletin yabancılara karşı üstlendiği akdi yükümlülüklerle (ve hatta yabancı devletlere karşı üstlendiği milletlerarası yükümlülüklerle dahi) bu "daimi" egemenlik haklarını sınırlandıramayacağını ifade etmiştir[1127].

İstikrar kayıtlarının geçerliliğini sınırlı olarak kabul eden daha ılımlı bir yaklaşıma göre ise, bu tür kayıtlarla devletin kamulaştırma hakkına bir sınırlama getirilemeyeceği kabul edilmekle birlikte, istikrar kayıtlarının kamulaştırmadan dolayı ödenecek tazminatın hesaplanmasında dikkate alınabileceği ve sözleşmede istikrar kaydını kabul etmiş olmasına rağmen daha sonra buna aykırı biçimde kamulaştırma hakkını kullanmış olan bir devletin, normal olarak tazmin etmesi gereken doğrudan zararların (*damnum emergens*) yanında yatırımcının dolaylı zararlarını (*lucrum cessans*) yani mahrum kaldığı kârını da ödemek zorunda

---

[1124] **F.A. Mann**, *Studies in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1973, s. 322.

[1125] **Paasivirta**, s. 169.

[1126] **Aréchaga**, "International Law", s. 297, 308-309.

[1127] **Andrea Giardina**, "State Contracts: National versus International Law", 5 IYIL 147 (1981), s. 164. Aynı yönde bkz. **Bernardini**, "Renegotiation", s. 415.

bırakılabileceği ifade edilmiştir[1128]. Bu yaklaşım, bir yandan milletlerarası hukukun temel ilkeleri ile çelişen sonuçları ortadan kaldırması, diğer yandan da yabancı yatırım sözleşmelerinde yaygınca kullanılan istikrar kayıtlarını tamamen hükümsüz kalmaktan kurtararak irade serbestisini koruması bakımından kanımızca da yerinde bir yaklaşımdır[1129].

❖ Tahkim Kararları

İstikrar kayıtlarının geçerliliğine ilişkin doktrinde görülen görüş ayrılıklarının milletlerarası tahkim kararlarına pek yansımadığı ve tahkim heyetlerinin bu tür kayıtların geçerliliği konusunda görüş birliği içinde olduğu görülmektedir. Fakat istikrar kayıtlarının devlet egemenliği üzerindeki etkisinin ne olacağı konusunda tahkim heyetleri farklı sonuçlara ulaşmışlardır.

Öncelikle, devletin egemenliğinin istediği zaman bu egemenlik hakları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini de kapsadığı ve devletlerin taraf oldukları sözleşmelerde karşı tarafa geri alınamaz bazı haklar tanımalarının da geçerli olacağı bazı tahkim heyetlerince ifade edilmiştir[1130]. Yabancı yatırım sözleşmelerinin yatırımcı lehine "kazanılmış haklar" yarattığı ve devletin bu haklara saygı göstermesi gerektiğini kabul eden kararlar da vardır[1131].

İstikrar kayıtlarının milletlerarası hukuktaki etkisine ilişkin tartışmalar, özellikle Libya petrol tahkimleri ile birlikte milletlerarası tahkim uygulamasında

---

[1128] **Aréchaga**, "International Law", s. 307; **Geiger**, s. 103-104; **Alan Redfern**, "The Arbitration Between the Government of Kuwait and Aminoil", 55 BYIL 65 (1984), s. 100; **Oscar Schachter**, "International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law", 178 RCADI 9 (1982), s. 313-314.

İstikrar kayıtlarının bağlayıcılığını savunan bazı yazarlar da bu tür kayıtların icrai etkileri bakımından devleti aynen ifaya zorlamanın imkansızlığı karşısında benzer bir yaklaşımı kabullenmişlerdir. Bkz. **Pierre Mayer**, "La neutralisation du pouvoir normatif des Etats", 1986 JDI 5, s. 50-51.

[1129] Aynı yönde bkz. **Paasivirta**, s. 171.

[1130] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 168; *Topco v. Libya*, Award, para. 64.

[1131] *Jablonsky v. German Reich*, Upper Silesian Arbitral Tribunal, Award, 24.06.1936, 8 ILR 138, s. 140; *Sapphire v. NIOC*, s. 183-184; *Liamco v. Libya*, s. 169-170, 174-175.

önemli bir yer edinmiştir[1132]. Üç davada da hakemler birbirinin aynı olan istikrar kayıtlarını[1133] incelemiş ve farklı sonuçlara ulaşmışlardır. *BP* tahkiminde davacı iddialarında bu kayda dayanmış olmasına rağmen hakem *Lagergren* kararında bu hükmü esas almaya gerek görmemiş ve Libya'nın tazminat ödemeksizin, siyasi nedenlere dayanarak, keyfi ve ayrımcı nitelikli bir kamulaştırma yapmasından ötürü milletlerarası hukuku ihlal ettiğini ifade etmekle yetinmiştir[1134]. *Topco* tahkiminde tek hakem *Dupuy*, devletlerin istikrar kayıtları ile geleceğe yönelik (kamulaştırmama taahhüdü de dahil olmak üzere) belli yükümlülükler üstlenmelerinin hem Libya hukukuna hem de milletlerarası hukuka göre geçerli bir uygulama olduğunu ve devletin egemenliğinin sınırlanamayacağı iddiasıyla bu yükümlülüklerin geçersiz kılınamayacağını ifade etmiş[1135]; bunun sonucu olarak da devletin kamulaştırma hakkının istikrar kayıtlarına üstün kabul edilemeyeceğini ve Libya'nın istikrar kaydına aykırı biçimde imtiyaz sözleşmesini feshetmesinin milletlerarası hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir[1136]. *Liamco*'da ise hakem *Mahmassani*, istikrar kayıtlarının geçerli olduğunu ve yatırımcı lehine kazanılmış haklar yarattığını kabul etmekle birlikte, devletin kamulaştırma hakkının üstün olduğunu belirterek ayrımcılık yapılmaması ve gerekli tazminatın ödenmesi koşullarıyla devletlerin imtiyaz sözleşmelerini (istikrar kaydı içerenler dahil) feshetmesinin milletlerarası hukuka aykırı olmayacağını belirtmiştir[1137].

[1132] Libya tahkim heyetlerinin bu konuya yaklaşımının karşılaştırmalı incelemesi için bkz. **Robin C.A. White**, "Expropriation of the Libyan Oil Concessions Two Conflicting International Arbitrations", 30 ICLQ 1, s. 10 vd.; **Christopher Greenwood**, "State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitrations", 53 BYIL 27 (1982), s. 53 vd.

[1133] İmtiyaz sözleşmelerinin 16. maddesi şöyledir: "(1) Libya Hükümeti, Şirketin işbu İmtiyaz ile kendisine tanınan tüm hakları kullanabilmesi için gerekli bütün önlemleri alacaktır. Bu İmtiyaz ile açıkça ihdas edilmiş olan akdi haklar, tarafların karşılıklı rızası haricinde değiştirilmeyecektir. (2) İşbu İmtiyaz, geçerlilik süresi boyunca, işbu 2 numaralı fıkranın İmtiyaz metnine eklenmiş olduğu tadil anlaşmasının imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan Petrol Kanunu ve Yönetmeliklerine tabi olacaktır. Yönetmeliklerde yapılacak herhangi bir değişiklik veya ilga, Şirketin rızası olmadıkça akdi hakları üzerinde etki doğurmayacaktır." (Yaz. Çev.)

[1134] *BP v. Libya*, Award on Merits, s. 329.

[1135] *Topco v. Libya*, Award, para. 64-69.

[1136] *Ibid.*, para. 73, 91.

[1137] *Liamco v. Libya*, s. 195-196.

İstikrar kayıtları hakkında detaylı inceleme yapan başka bir tahkim heyeti ise *Aminoil* heyeti olmuştur[1138]. Tahkim heyeti, Kuveyt Devleti tarafından istikrar kayıtlarının geçersizliğine ilişkin öne sürülen savları reddetmiş[1139]; fakat aynı zamanda bu tür kayıtların geçerliliğinin sınırsız biçimde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Tahkim heyetine göre istikrar kayıtlarının geçerli kabul edilmesi için aranacak koşullar, bu kayıtların sözleşmede açık bir dille ifade edilmiş olması ve "göreceli olarak sınırlı bir süre" (*a relatively limited period*) için düzenlenmiş olmasıdır[1140]. Sonuç olarak tahkim heyeti, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin geçen yıllar içinde tarafların kabulü veya sessiz kalmaları sonucunda aşamalı olarak değişikliğe uğramış olmasını da göz önünde bulundurarak Kuveyt'in kamulaştırma eyleminin (yeterli tazminat ödenmek kaydıyla) sözleşmeye aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir[1141]. Öte yandan, aynı yıllarda verilmiş olan *AGIP v. Congo* (ICSID) ve *AGIP v. Madagascar* (ICC) kararlarında ise tahkim heyetleri, *Aminoil* kararının aksine, istikrar kayıtlarına rağmen gerçekleştirilen kamulaştırmaların milletlerarası hukuka uygun olmakla birlikte sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermişlerdir[1142].

Devletlerin egemenlik kaygıları nedeniyle 1980'lerde uygulaması azalan istikrar kayıtları, 1990'larda yabancı yatırımcıları çekmek isteyen devletlerce yine uygulamaya konmuştur. Bu dönemde Kazakistan, Azerbaycan, Mısır ve Suriye gibi ülkelerde yabancı yatırım sözleşmelerinin hukuki istikrarını garanti eden (veya bu yönde sözleşmelere eklenecek hükümlerin devlet tarafından geçerli kabul edileceğini

---

[1138] *Aminoil* tahkiminde istikrar kayıtlarıyla ilgili yapılan değerlendirmeler hakkında bkz. **Fernando R. Teson**, "State Contracts and Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration", 24 Va. J. Int'l L. 323, s. 339 vd.; **Redfern**, "Aminoil", s. 96 vd.

[1139] Kuveyt'in öne sürdüğü savlar şunlardır: (1) İstikrar kayıtlarının sözleşmeler hukukunun genel ilkelerini tekrar etmekten öteye geçmeyen kayıtlar olduğu ve sözleşmenin hukuki rejiminde herhangi bir değişiklik yaratmayacağı; (2) Henüz Kuveyt'in İngiliz mandası altında olduğu dönemde verilmiş olan bu istikrar kayıtlarının "kolonyal" niteliğe sahip olması nedeniyle baştan geçersiz olması; (3) Baştan geçerli kabul edilseler dahi, istikrar kayıtlarının kabulünden sonra milletlerarası hukukun emredici bir kuralı (*jus cogens*) olarak ortaya çıkan devletlerin doğal kaynakları üzerindeki daimi egemenliği ilkesi ile çelişmeleri nedeniyle bu kayıtların geçersiz hale geldiği. Bkz. *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 89-94.

[1140] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 95.

[1141] *Ibid.*, para. 96-102.

[1142] *AGIP v. Congo*, Award, para. 84-88. *AGIP v. Madagascar* kararının ilgili kısımları için bkz. **El Chiati**, s. 159.

ifade eden) hükümler yatırım mevzuatına eklenirken, Latin Amerika'da bazı ülkeler (Şili, Kolombiya, Ekvador, Panama, Peru ve Venezuela) ise "Hukuki İstikrar Anlaşmaları" (*Legal Stability Agreements*) adı altında (istikrar kayıtları ile aynı amaca hizmet eden) anlaşmaların yabancı yatırımcılarla imzalanabilmesi ve geçerli kabul edilmesi için kanunlar kabul etmişlerdir[1143]. Bu hukuki istikrar anlaşmalarını imzalamış olan bazı yatırımcıların ICSID nezdinde başlattığı tahkimlerde, tahkim heyetlerinin söz konusu anlaşmaları geçerli kabul ettiği ve ilgili yatırımcılara uygulanacak hukuki rejimin bu anlaşmalara göre belirlenmesi gerektiğine hükmettiği görülmektedir[1144]. İstikrar kayıtlarının geçerliliği hakkında yorum yapan diğer ICSID tahkim heyetleri de benzer bir yaklaşım izlemişlerdir[1145].

iii. Sonuç

İstikrar kayıtlarının milli ve milletlerarası hukuk sistemlerindeki geçerliliği üzerine yukarıda yapılan incelemeler ışığında öncelikle milli hukuk sistemlerinde bu tür kayıtların büyük ihtimalle geçerli kabul edilmeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Milletlerarası hukukta da istikrar kayıtlarının geçersiz olduğu yönünde görüşler doktrinde öne sürülmüş olsa da tahkim heyetlerinin uygulaması bu kayıtların geçerliliğini kabul etmek yönünde gelişmiştir. Fakat istikrar kayıtlarının geçerli kabul edilmesi, devletin milletlerarası hukuktan gelen (sözleşmenin feshini de kapsayan) kamulaştırma hakkının ortadan kalkacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira *Topco* kararı dışındaki kararlarda hakemler, istikrar kayıtlarının devlet üzerinde bağlayıcı etkisi olduğunu kabul etmekle birlikte, devletin milletlerarası hukukta aranan kriterlere uygun biçimde (uygun tazminat ödeyerek, ayrımcı veya keyfi olmaksızın) yaptıkları kamulaştırmaların milletlerarası hukuk ihlali teşkil etmeyeceğine hükmetmişlerdir.

[1143] **Peter Cameron**, "Stability of Contract in the International Energy Industry", 27 JENRL 305, s. 312.

[1144] *Duke Energy v. Ecuador*, Award, para. 227; *Aguaytia v. Peru*, Award, para. 89; *Noble Energy v. Ecuador*, Jurisdiction, para. 199 vd. Kararların incelemesi için bkz. **Cameron**, "Stability", s. 313 vd.

[1145] *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31.03.1986, 2 ICSID Rep. 346, 26 ILM 647 (1987), 13 YCA 35 (1988), 89 ILR 313 (1992), 115 JDI 167 (1988), s. 666-667; *MINE v. Guinea*, Annulment, para. 6.36; *Parkerings v. Lithuania*, Award, para. 332.

Devletin kamulaştırma hakkını kullanmasını önleyemeyen istikrar kayıtlarının yatırımcı bakımından faydası ise ancak tazminatın hesaplanması aşamasında ortaya çıkacak ve bu tür hükümlere aykırı biçimde kamulaştırma yapan bir devlet, yatırımcının doğrudan zararları (*damnum emergens*) yanında dolaylı zararlarını (*lucrum cessans*), yani mahrum kaldığı kârı, da tazmin etmek durumunda kalabilecektir.

Uygulamada son yıllarda daha sık görülmeye başlayan ekonomik (veya modern) istikrar kayıtlarında ise devletin egemenlik haklarını kullanmasına yönelik bir kısıtlama getirilmemekte; bunun yerine devlete, egemenlik haklarını kullanmasından ötürü yatırımcının göreceği ekonomik zararları tazmin etme yükümlülüğü getirilmektedir. Sözleşme kapsamında taraflara getirilen diğer ekonomik hak ve yükümlülüklerden çok da farklı nitelikte olmayan bu ekonomik istikrar kayıtları, klasik istikrar kayıtlarının gerek milli hukuk sistemlerinde gerekse milletlerarası hukukta maruz kaldığı geçersizlik tartışmalarından büyük ölçüde korunmaktadır. Yatırımcıların aynı ekonomik sonuçlara ulaşmalarını sağlayabilecek, fakat siyasi ve hukuki açıdan daha az tartışma yaratacak olan bu tür kayıtların klasik istikrar kayıtlarının yerine tercih edilmesinde kanımızca da fayda vardır.

B. Milletlerarasılaşma Teorisi

1. Genel Olarak

Milletlerarasılaşma (*internationalisation*) teorisi, yabancı yatırım sözleşmelerinin objektif olarak tabi olduğu hukuk sisteminin ev sahibi devletin hukuku değil, fakat milli hukuk sistemlerinin dışında yer alan "milletlerarası" (*international*) veya "milletler ötesi" (*transnational*) nitelikli bir hukuk sistemi veya kurallar bütünü olduğunu savunan bir teoridir[1146].

Milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları arasında söz konusu milletlerarasılaşmanın hangi şekilde sağlanacağı (doğrudan veya dolaylı milletlerarasılaşma) veya "milletlerarasılaşmış" kabul edilen bir sözleşmenin hangi

[1146] **Voss**, s. 25.

hukuka tabi olduğu (milletlerarası hukuk, milletler ötesi hukuk, hukukun genel ilkeleri veya *lex mercatoria* vs.) gibi konularda fikir birliği bulunmadığı, ortak paydanın ise ev sahibi devlet hukukunun uygulanması ihtimalini bertaraf etmek olduğu görülmektedir. Bu bakımdan milletlerarasılaşma teorisi, yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet hukukunun dışına çıkarılmasını amaçlayan çeşitli görüşleri altında toplayan bir tür "çatı teori" olarak görülebilir.

Bu bölümde, milletlerarasılaşma teorisi altında toplanmış olan farklı yaklaşımları da yansıtacak şekilde, bu teorinin hukuki dayanakları, milletlerarasılaşmayı sağladığı öne sürülen durumlar, bu teorinin uygulanması halinde yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi kılınacağı hukuka ilişkin tartışmalar ve milletlerarasılaşma teorisine getirilen eleştiriler ele alınacaktır.

2. Milletlerarasılaşma Teorisinin Tarihi Arka Planı

Milletlerarasılaşma teorisi, 1950 ve 1960'lardan itibaren dünya çapında bağımsızlığını yeni kazanmış devletler arasında yayılmaya başlayan ekonomik milliyetçilik akımı ve bununla bağlantılı olarak kolonyal geçmişin sembolü olarak görülen (Batılı şirketlerle imzalanmış) yüzlerce imtiyaz sözleşmesinin feshi veya zorunlu olarak yeniden müzakereye tabi tutulması gibi siyasi gelişmeler sonucunda gelişmiş ülkelerin yatırımcılarına hukuki güvenlik sağlanması arayışı çerçevesinde ortaya çıkmıştır[1147]. Öte yandan, gelişmekte olan ülkelerden gelen bazı hukukçular ise, bu arayışın tamamen iyi niyetli bir hukuki güvenlik arayışından ibaret olmadığını ve milletlerarasılaşma teorisinin kolonyal dönemde sömürgelerden sanayileşmiş devletlere sağlanan hammadde akışının üzerine kurulu ekonomik düzenin sömürgeler bağımsızlıklarını kazandıktan sonra da devam ettirilebilmesi amacıyla ortaya çıkarılmış yapay bir teori olduğunu savunmuşlardır[1148].

Yabancı yatırım sözleşmeleri çerçevesinde büyük miktarda sermaye ve teknoloji yatırımı yapan yatırımcıların, sözleşmenin ifasının belirlenen süre boyunca başta anlaşılan koşullar doğrultusunda devam edeceği yönünde bir beklentileri

[1147] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 223.

[1148] *Ibid.*, s. 249.

bulunmaktadır. Yatırımın finansman modeli de çoğunlukla bu beklenti üzerine kurulmuştur. Bununla birlikte, bu tür sözleşmeler, çoğunlukla stratejik sektörlerde (petrol, maden, altyapı gibi) yoğunlaşması ve devlet ile yatırımcı arasında uzun süreli bir ilişkiyi gerektirmesi nedeniyle ifa süresi boyunca siyasi risklere fazlasıyla açıktır. 20-25 yıllık bir sözleşmenin ifa süresi içinde ev sahibi devlette birden fazla siyasi iktidar değişikliği olabilmekte ve yeni gelen iktidarların ekonomik politikaları doğrultusunda önceki iktidarlar döneminde imzalanmış yabancı yatırım sözleşmelerinin koşullarında değişiklik yapma veya sözleşmeleri feshetme gibi yaklaşımları olabilmektedir.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin ifa süresi içinde taraflar arasındaki güç dengesinin değişken olması da yatırımcı bakımından bu siyasi riskleri arttırmaktadır. Sözleşme müzakereleri sırasında devletin ekonomik kalkınma sağlamak için yabancı sermaye ve teknolojiye ihtiyaç duyması nedeniyle yatırımcı nispeten daha güçlü konumdadır; zira yatırımcının her an müzakerelerden ayrılıp başka bir ülkede yatırım yapmaya karar verme şansı vardır. Sözleşme hükümleri tarafların bu konumlarına göre belirlenmektedir. Fakat sözleşmenin ifası ilerledikçe yatırımcının ev sahibi devlet topraklarındaki kalıcı yatırımlarının (örneğin fabrika, enerji santrali, petrol kuyuları vs.) sayısı ve değeri arttığından, ters giden bir şeyler olması halinde yatırımcının sözleşmeyi feshedip ülkeden çıkma ihtimali de gitgide azalmaktadır. Yoğun sermaye yatırımı gerektiren hazırlık aşamaları tamamlanıp yatırım konusu tesisler işletmeye girdikten sonra ise yatırımcının devlete karşı avantajlı konumunu kaybettiğinden söz edilebilir; zira artık yatırımcının koyduğu sermayeyi çıkarıp üstüne başta hesapladığı miktarda kâr sağlayabilmesi için sözleşmenin süresinin sonuna kadar (bu süre sözleşme türüne göre 15-20 yıl hatta daha fazla olabilir) başta anlaşılan koşullarda ifa edilmesi gerekmektedir. Devlet ise, sahip olduğu egemenlik hakları sayesinde bu koşullarda (özellikle vergi rejimi gibi ekonomik koşullarda) tek taraflı değişiklik yapma imkanına sahip olduğundan artık yatırımcıya göre daha avantajlı konumdadır[1149].

[1149] Devletin ve yatırımcının değişken müzakere güçleri hakkında bkz. **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 278.

Yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü yabancı yatırım sözleşmelerinin ifası sırasında yabancı yatırımcı ile devlet arasında pek çok hukuki uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların çözümünde yatırımcılar, çoğunlukla baskı altına alınacak ve tarafsız karar veremeyeceğini düşündükleri ev sahibi devlet mahkemelerinden kaçınmaya çalıştıkları gibi, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasından da kaçınmak istemektedirler. Zira devlet kendi hukukunu değiştirebilme imkanına sahiptir ve bir sözleşme ilişkisi içinde bir tarafın "oyunun kurallarını" tek taraflı olarak değiştirebilme imkanına sahip olması karşı taraf açısından tercih edilen bir durum değildir. Her ne kadar devletin egemen konumunu kötüye kullanması halinde yatırımcının kendi devletinin diplomatik korumasına başvurma imkanı olsa da, diplomatik koruma sistemi çoğu zaman etkin biçimde işlememektedir.

Dolayısıyla, 1950 ve 1960'lardan itibaren dünyanın siyasi düzeninde meydana gelen önemli değişiklikler ve bunların yabancı yatırımcılar üzerinde yarattığı olumsuz etkiler karşısında bazı hukukçular, yabancı yatırım sözleşmelerinin kural olarak ev sahibi devletin kontrolü dışında olan bir hukuk sistemine tabi olması gerektiğini savunmuşlardır.

3. Milletlerarasılaşma Teorisinin Hukuki Dayanakları

Hukukçuları yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarasılaşmasına yönelik görüşler üretmeye iten nedenler, genel olarak bu sözleşmelerin tarihsel gelişim sürecinden ve içsel dinamiklerinden kaynaklanmaktadır. Tarihsel gelişim süreci içinde milletlerarasılaşma için ortaya konan ilk gerekçe ev sahibi devlet hukukunun yetersizliği olmuştur.

Modern Dönemde ev sahibi devlet hukukunun yetersizliği gerekçesinin artık çok büyük ölçüde geçerliliğini yitirmiş olması nedeniyle milletlerarasılaşma teorisinin hukuki dayanaklarının farklı temellere oturduğu görülmektedir. Hukuki gerekçelendirme bakımından milletlerarasılaşmayı savunanları iki ana grupta toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi, yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarasılaşmasını bu sözleşmelerin niteliği ve içsel dinamiklerine dayandıran "doğrudan milletlerarasılaşma" (*direct internationalisation*); ikincisi ise kanunlar

ihtilafı kurallarından hareketle ev sahibi devlet hukukunun uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşan "dolaylı milletlerarasılaşma" (*indirect internationalisation*) yaklaşımıdır[1150].

a. Doğrudan Milletlerarasılaşma

Doğrudan milletlerarasılaşma yaklaşımında, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasına bağlı olmaksızın yabancı yatırım sözleşmeleri birtakım içsel özelliklerinden ötürü doğrudan milletlerarası nitelikli bir hukuk düzenine tabi kılınmakta ve bu sayede ev sahibi devlet hukukunun uygulanması ihtimalinin önü bütünüyle kapatılmaktadır[1151]. Bunun mümkün olabilmesi için öncelikle ev sahibi devlet hukuku ile bağlantısı kesilen yabancı yatırım sözleşmelerinin varlığını kural olarak hangi hukuk sistemine bağlı olarak sürdüreceği sorusunun cevabının verilmesi, sonra da klasik milletlerarası hukuk doktrininin dışına çıkan böyle bir uygulamanın hukuki dayanaklarının ortaya konması gereklidir.
Doğrudan milletlerarasılaşmayı savunan görüşleri

i. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Ev Sahibi Devlet ile Yatırımcının Devleti Arasında Milletlerarasılaşması

Bir yabancı yatırımcı ile sözleşme imzalayan devletin, sözleşme altında yatırımcıya karşı üstlendiği akdi yükümlülüklerinin yanında o yatırımcının devletine karşı da bazı milletlerarası yükümlülükler üstlendiği ve sözleşmeyi ihlal etmesi halinde de yatırımcının devletine karşı milletlerarası sorumluluğunun ortaya çıkacağı görüşü bazı devletler ve hukukçular tarafından savunulmuştur. Bu görüşe göre, devletin yabancılarla imzaladığı sözleşmelerin hükümlerini ihlal etmesi, yabancılara karşı gerçekleştirdiği diğer milletlerarası hukuk ihlalleri (örneğin tazminatsız kamulaştırma ve ayrımcı muamele) ile benzer statüde kabul edilecek; dolayısıyla da sözleşmeye taraf olan yabancının ev sahibi devletteki iç hukuk yollarını tüketmesine rağmen aykırılık giderilmemişse bu durumda ev sahibi devletin söz konusu

---

[1150] Bu ikili ayrım için bkz. **Voss**, s. 25 vd.; **Şit Köşgeroğlu**, s. 200 vd.

[1151] **Voss**, s. 29.

yabancının devletine karşı sorumluluğu doğacak ve yabancının devleti diplomatik koruma yoluna başvurabilecektir[1152].

Bu tezi ilk olarak öne süren devlet, USAD'daki *Losinger* davasındaki yazılı savunmaları kapsamında İsviçre olmuştur[1153]. İsviçre Devleti'ne göre, yabancı yatırım sözleşmelerinin "milletlerarası karakteri" (*caractére international*) nedeniyle bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yabancı yatırımcıların yerini vatandaşı oldukları devletlerin alması ve milletlerarası antlaşmalar için kabul edilen ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin bu sözleşmeler bakımından da uygulanması gereklidir. Bu durumda ev sahibi devletin kendi iç hukukuna dayanarak sözleşme hükümlerini ihlal etmesi geçerli kabul edilmeyecek ve bu devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açacaktır[1154]. Dava tarafların anlaşması ile sonuçlandığından Divan bu konu hakkında esasa ilişkin karar vermemiştir.

UAD nezdinde görülen *Norwegian Loans* davasında ise, Norveç Devleti'nin çıkardığı bazı bonolarda yer alan (ödemeleri altın fiyatına endeksleyen) "altın klozları"nın daha sonra devlet tarafından kanunla yasaklanması üzerine zarar gören bono sahibi vatandaşları lehine diplomatik koruma hakkını kullanan Fransa, dava dilekçesinde devletlerin akdi yükümlülüklerinden kurtulmak için iç hukuk düzenlemelerini kullanamayacağını ve buna izin verilmesi halinde alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olmaktan çıkıp egemenlik ilişkisi haline geleceğini öne sürmüştür[1155]. Bu davada Divan'ın yetkisizlik kararı vermesi nedeniyle esasa ilişkin inceleme yapılmamıştır[1156].

[1152] *Harvard Draft Convention on State Responsibility*, m. 12.

[1153] *Losinger & Co. (Switzerland v. Yugoslavia)*, PCIJ, Memorial (Switzerland), 07.01.1936, Series C, No. 78, s. 10 vd.

[1154] *Ibid.*, s. 32.

[1155] *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, ICJ, Memorial (France), 06.07.1955, s. 34.

[1156] Hakim *Lauterpacht* Ayrık Görüşünde "Milli mevzuatın milletlerarası hukuka uygunluğu milletlerarası hukukun alanına giren bir meseledir. Bir meselenin milli hukuka tabi olması halinde bundan ötürü aynı zamanda milletlerarası hukukun alanının dışında kalacağı düşüncesi ise hem yeni hem de, kabul edilmesi halinde, milletlerarası hukuka zarar verecek bir düşüncedir." ifadesini kullanarak Fransa'nın üzerinde durduğu konuya değinmiştir. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, *Lauterpacht*'ın devam eden analizinde her türlü sözleşme ihlallerinden değil, fakat "hukuka aykırı" sözleşme ihlallerinden (keyfi veya ayrımcı nitelikli olan ihlaller gibi) söz ediyor olmasıdır. Bu bakımdan *Lauterpacht*'ın görüşünün klasik milletlerarası hukuk doktrinini yansıttığını ve

Yine UAD'de görülen *Ambatielos* davası kapsamında kayıtlara girmiş olan diplomatik yazışmalardan anlaşıldığı üzere Yunanistan da İngiltere ile arasındaki ikili yazışmalarda benzer bir savı ileri sürmüş ve bir devletin yabancı ülke vatandaşı bir kişi ile imzalamış olduğu bir sözleşme altındaki yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde söz konusu kişinin vatandaşı olduğu devlete karşı doğrudan sorumluluk altına gireceğini ifade etmiştir[1157]. UAD bu davada kendisini yetkili görmüş ve esasa ilişkin kararını da Yunanistan lehine vermiştir; ancak kararın hukuki zemini iki ülke arasındaki milletlerarası antlaşmalara dayandığından Divan yine milletlerarasılaşma teorisinin geçerliliği üzerine herhangi bir yorumda bulunmamıştır.

USAD'ın *Serbian Loans* ve *Brazilian Loans* kararlarında ev sahibi devlet hukuku lehine oluşturmuş olduğu güçlü içtihadın ardından yukarıda belirtilen ülkelerin öne sürdüğü doğrudan milletlerarasılaşmaya ilişkin savlar milletlerarası hukukta fazlaca kabul görmemiş ve ABD[1158] ile İngiltere[1159] başta olmak üzere gelişmiş ülkeler de bu görüşü reddetmiştir. Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik başlıklı 1803 sayılı BM Genel Kurul kararında yabancı yatırım

---

milletlerarasılaşma lehine bir duruş olmadığını kabul etmek gerekir. Bkz. *Norwegian Loans*, Separate Opinion (Lauterpacht), s. 37.

[1157] *Ambatielos case (Greece v. UK)*, Memorial (Greece), Annex-3, Note de la Légation de Grèce a Londres au Secrétarie des Affaires Étrangères de Grande Bretagne, No. 2077/L/33, 03.08.1933, s. 71.

[1158] **Schwebel**, "Breach by a State", s. 429: "ABD'nin gözden geçirilmiş Dış İlişkiler Kanunu'nda bir Devletin bir yabancı ile arasındaki sözleşmeyi ihlal etmesinin muhakkak milletlerarası hukuk ihlali teşkil edeceği iddiası kabul edilmemektedir ve bu bu yaklaşım yerindedir; zira böyle bir sözleşme milletlerarası hukukun bir aracı olmadığından bunun ihlali de milletlerarası hukuk ihlali teşkil edemez." (Yaz. Çev.)

[1159] UAD nezdindeki *Anglo-Iranian Oil Company* davasında davacı İngiltere, bir İngiliz şirketi (Anglo-Iranian) ve İran Devleti arasındaki imtiyaz sözleşmesinin ihlaline ilişkin talepte bulunmakla birlikte bu talebinin hukuki dayanağını milletlerarasılaşma teorisi üzerine kurmamış; bunun yerine sözleşmenin kurulduğu sırada bununla paralel olarak İran Devleti ile İngiliz Devleti arasında imtiyazın hükümlerinin İran tarafından ihlal edilmeyeceği yönünde yazılı olmayan (zımni) bir anlaşmanın da kurulduğu ve İran Devleti'nin imtiyaz sözleşmesini ihlal etmekle doğrudan İngiliz Devleti'ne karşı bu zımni anlaşma altındaki yükümlülüklerini ihlal etmiş olduğu savını ileri sürmüştür. Bkz. *Anglo Iranian case*, Memorial (UK), s. 74-78.

İngiltere, aynı dava dilekçesinde İran'ın yabancılarla imzaladığı imtiyaz sözleşmelerinin hükümlerine uygun hareket etme konusunda milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünün olduğunu da öne sürmüş; ancak bunun her türlü sözleşme ihlalinde doğacak bir yükümlülük olduğunu iddia etmek yerine, yine klasik milletlerarası hukuk doktrinine dayanarak imtiyaz sözleşmelerinin feshini kamulaştırma olarak nitelendirmiş ve ancak kamulaştırmanın hukuka aykırılığını doğuran bir sebep (örneğin geçerli hukuki sebep olmaması veya uygun tazminat ödenmemesi gibi) bulunmaması halinde devletin sorumluluğunun ortaya çıkacağını belirtmiştir. Bkz. *ibid.* s. 78-82.

sözleşmelerinin hükümlerine devletler tarafından "iyi niyetle riayet edileceği"[1160] yönünde bir hüküm ifade yer almış olsa da, bu ifade ile devletlerin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin klasik doktrinin değiştirilmesinin amaçlanmadığı ve devletlerin büyük çoğunluğunun yabancılarla imzalanan sözleşmelerin ihlalini bir milletlerarası hukuka aykırılık sebebi olarak kabul etmeye gönüllü olmadığı da 3281 sayılı BM Genel Kurul kararına ilişkin müzakerelerden ve kabul edilen nihai metinden anlaşılmıştır[1161].

Sonuç olarak milletlerarası hukuk doktrininde ve devlet teamüllerinde, yabancı yatırım sözleşmelerinin devlet tarafından ihlalinin doğrudan milletlerarası hukuka aykırılık teşkil edeceği görüşü kabul görmemektedir[1162]. Milletlerarası hukukta hakim görüş, devletin milletlerarası sorumluluğundan söz edilebilmesi için sözleşme ihlalinin "keyfi" (*arbitrary*) veya "ayrımcı" (*discriminatory*) nitelikli olması, ev sahibi devletin yabancıya adalet sağlamaktan kaçınması (*denial of justice*), bir milletlerarası antlaşmada sözleşmelerin koruma altına alınmış olması (örneğin şemsiye hükümleri) veya devletin sözleşme ihlalini gerçekleştirirken egemenlik haklarını kullanmış olması gibi ilave şartlardan birinin de bulunması gerektiği yönündedir[1163].

ii. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Devlet ile Yabancı Yatırımcı Arasında Milletlerarasılaşması

Yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet tarafından ihlali konusunun klasik milletlerarası hukuk teorisi ve diplomatik koruma kavramı çerçevesinde değerlendirilmesini doğru bulmayan bazı hukukçular ise, milletlerarası hukukun altında bu tür sözleşmeleri düzenlemek üzere geliştirilmiş bazı özel kuralların bulunduğunu ve bu kurallar çerçevesinde yabancı yatırım sözleşmelerinin

---

[1160] Madde 8: "Egemen Devletler tarafından veya onlar arasında serbestçe yapılan yabancı yatırım anlaşmalarına iyi niyetle riayet edilecektir […]"

[1161] **Schwebel**, "Breach by a State", s. 428.

[1162] *Ibid.*, s. 429; **Garcia-Amador**, ILC Report, s. 30-31; **Amerasinghe**, "State Breaches", s. 912; **Crawford**, *Commentary*, s. 96.

[1163] **Eagleton**, s. 164; **Jennings**, s. 181-182; **Amerasinghe**, "State Breaches", s. 912-913; **Schwebel**, "Breach by a State", s. 429; **Schachter**, *International Law*, s. 311.

milletlerarasılaşmasına ilişkin sonuçların, yatırımcının devletinin müdahalesine gerek olmaksızın, doğrudan yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkacağını savunmaktadır.

Bu yaklaşımın önde gelen savunucularından olan *Weil*, milletlerarası hukukun özel bir dalı olarak devletler ile yabancılar arasındaki sözleşmelere uygulanmak üzere geliştirilmiş olan bir "milletlerarası sözleşmeler hukuku" (*international law of contracts*, *droit international des contrats*) bulunduğunu ve yabancı yatırım sözleşmelerinin de bu hukuka tabi olduğunu ifade etmiştir[1164]. *Böckstiegel* ise, sözleşmenin milletlerarası antlaşmalar imzalamaya yetkili bir devlet organı veya teşekkülü tarafından imzalanmış olması ve sözleşmenin içeriğinde devletin birtakım egemenlik haklarını nasıl kullanacağına ilişkin düzenlemelerin yer alması şartıyla, yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası hukukta doğrudan yatırımcı lehine haklar (ve bunun karşılığında devletin üzerinde milletlerarası yükümlülükler) doğurabileceğini belirtmiştir[1165]. Bazı tahkim heyetleri de yabancı yatırım sözleşmelerinin niteliği gereği milli hukuk sistemlerinin etki alanının dışında olduğu ve milletlerarası hukuk ilkelerine tabi olduğu yönünde karar vermiştir[1166].

Buna karşılık milletlerarası hukukun yabancı yatırım sözleşmeleri için uygun hukuk düzeni olmadığı görüşünde olan bazı milletlerarasılaşma savunucuları ise bu tür sözleşmelerin milli ve milletlerarası hukuk düzenlerinin dışında başka bir hukuk düzeni veya kurallar sistemine tabi olduğunu savunmuşlardır. Yabancı yatırım sözleşmelerinin kural olarak tabi olduğu hukuk düzeninin (veya kurallar sisteminin) ne olacağına ilişkin tartışmalar kapsamında, milletler ötesi hukuk (*transnational law*)[1167], hukukun genel ilkeleri[1168], *lex mercatoria*[1169] ve sözleşmenin yarattığı

[1164] **Weil**, "Problèmes", s. 189 vd.

[1165] **Karl-Heinz Böckstiegel**, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1971, s. 310, 378 vd.

[1166] *Topco v. Libya*, Award, para. 32-35; *Revere Copper v. OPIC*, Award, s. 271.

[1167] **Jessup**, *Transnational Law*, s. 106-107; **Hüseyin Pazarcı**, "Responsabilité internationale des Etats á l'occasion des contrats conclu entre Etats et personnes privies étrangéres," 1975 *RGDIP* 354, s. 374 vd.; **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 47-49.

[1168] **McNair**, "General Principles", s. 10; *ICC Case No. 3327*, 1981, 109 JDI 971 (1982).

otonom hukuk düzeni (*lex contractus*)[1170] gibi görüşler savunulmuştur. Bu görüşler ve bunlara getirilen eleştiriler, aşağıda "Milletlerarasılaşma Teorisi Kapsamında Uygulanması Önerilen Hukuk Sistemleri" başlığı altında ele alınacaktır.

b. Dolaylı Milletlerarasılaşma

i. Tarafların Farazi İradesine Dayanan Milletlerarasılaşma

Milletlerarasılaşma teorisini savunan bazı yazarlar ve bu teoriyi (açıkça adını koymadan da olsa) uygulayan bazı tahkim heyetlerinin bu sonuca ulaşırken taraf iradesini merkeze koydukları görülmektedir. Bu yaklaşıma göre sözleşmede açık hukuk seçimi bulunmaması halinde hakemler bazı ilgili sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve bazı sözleşme dışı faktörlerin de dikkate alınması suretiyle tarafların farazi (varsayılan) iradelerini ortaya çıkarmaya çalışmakta ve ortak iradelerinin sözleşmeyi ev sahibi devletin hukuk sisteminin dışına çıkarmak yönünde olduğuna kanaat getirmeleri halinde bunu gerçekleştirmektedirler.

Tarafların farazi iradesinin ne şekilde tespit edilebileceği tartışmalıdır. Farazi iradenin tespiti konusunda daha eski tarihli kararlarında sübjektif yaklaşımı esas alan İsviçre Federal Mahkemesi, "taraflar sözleşmeyi yaptıkları zaman iradelerini açıklasalardı" veya "bu hususu düşünselerdi" ne şekilde karar verecekleri sorusunun cevabını aramış; ancak daha sonra bu içtihadından vazgeçerek objektif kriterlere göre karar vermeye başlamıştır[1171]. Bazı tahkim heyetlerinin de tarafların farazi iradesini ararken sübjektif yaklaşımı benimsedikleri görülmektedir. *Petroleum Development v. Abu Dhabi* tahkiminde taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması nedeniyle sözleşmenin diğer hükümlerini inceleyen hakem, bir maddede sözleşmenin "iyi niyet" ve "dürüstlük" ilkeleri doğrultusunda ifa edileceğinin düzenlenmiş olmasına büyük önem atfetmiş ve bu maddenin ancak "doğanın modern hukuku" (*modern law of nature*) olarak ifade edilen medeni devletlerce izlenen genel ilkelerin uygulanması

[1169] **Berthold Goldman**, "Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria," in Christian Dominicé (ed.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel 1993, s. 241 vd.

[1170] **Verdross**, "Sicherung", s. 639 vd.; **Bourquin**, "Arbitration", s. 860 vd.

[1171] Bkz. **Tekinalp**, s. 248-249 ve orada zikredilen Federal Mahkeme kararları.

gerektiği şeklinde yorumlanabileceğine hükmetmiştir[1172]. *Qatar v. International Marine Oil Co.* tahkiminde ise hakem önce bütün objektif bağlama noktalarına göre uygulanacak hukukun Katar hukuku olduğunu tespit etmiş; fakat Katar'da uygulanan İslam hukukuna göre sözleşmenin geçersiz olacağı sonucuna ulaştıktan sonra her iki tarafın da (özellikle de sözleşme altında aldığı ödemeleri iade etmek zorunda kalacak olan Katar Emiri'nin) bu sonucu arzulamış olamayacaklarına kanaat getirmiştir. Bunun üzerine sözleşmeyi ayakta tutmak üzere arayışa giren hakem, yine sözleşmede "iyi niyet" ve "güven" kavramlarına atıf yapılmasına dayanarak uyuşmazlığın esasına "adalet, hakkaniyet ve iyi niyet ilkelerini" (*principles of justice, equity and good conscience*) uygulamaya karar vermiştir[1173].

ICC nezdinde görülen daha yakın tarihli bir petrol tahkiminde ise, o dönemde yürürlükte olan ICC tahkim kurallarının 13(3) maddesinde uygulanacak hukuku belirlemek konusunda hakemlere tanınan geniş yetkiye dayanan tahkim heyeti, *Topco* ve *Sapphire* gibi daha eski kararlara atıfta bulunarak petrol sanayiine ilişkin (özellikle de İsviçre'de görülen) tahkimlerde istikrarlı biçimde kabul edilegelmiş ve yerleşmiş olan bazı genel ilkelerin bulunduğunu belirtmiştir. Tarafların da bu ilkelerden haberdar olduğunu varsayan tahkim heyeti, aksi yönde bir düzenleme yapmamış olmaları nedeniyle tarafların "zımni iradelerinin" (*implicit will*) de bu ilkelerin uygulanması yönünde olduğu sonucuna ulaşmıştır[1174].

Dolaylı milletlerarasılaşmanın kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalar temelde irade serbestisinin kaynağına ve sınırlarına ilişkin tartışmalara dayanmaktadır[1175]. Dolaylı milletlerarasılaşma genel olarak irade serbestisini evrensel bir ilke olarak kabul eden yaklaşımlar ile özdeşleştirilmiştir[1176]. Zira bu yaklaşımlardan birinin kabulü halinde ev sahibi devlet hukukunda veya başka bir

---

[1172] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 149.

[1173] *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 544-545.

[1174] *Deutsche Schachtbau v. Rakoil*, para. 18-19.

[1175] Bu tartışmalar için bkz. yukarıda s. 241 vd.

[1176] **Voss**, s. 34 vd. Öte yandan bu yaklaşımlara karşı çıkan ve irade serbestisinin kaynağının milli hukuk sistemlerine dayandığını ifade eden *Mann*, yine de bu hukuk sistemlerinin atfıyla milletlerarasılaşmanın mümkün olabileceği görüşündedir. Bkz. **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 47-48.

milli hukuk sisteminde (örneğin *lex loci arbitri*'de) irade serbestisi ilkesine getirilen sınırlamaların hakemlerce dikkate alınması gerekmeyeceğinden tarafların farazi iradelerinin milletlerarasılaşma lehine yorumlanmasının önünde herhangi bir engel kalmayacaktır.

Dolaylı milletlerarasılaşma yaklaşımına getirilen bir eleştiri, irade serbestisi kavramının iddia edildiği gibi evrensel ve mutlak bir kavram olmadığı, aksine pek çok hukuk sisteminde devletin taraf olduğu sözleşmeler bakımından irade serbestisi kavramına istisnaların getirildiği yönündedir[1177]. İrade serbestisinin devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmenin "milletlerarasılaşması" sonucunu doğurabilmesi için tarafların eşit statüde olmasının gerektiği, ancak yabancı yatırımcıların milletlerarası hukukun süjesi kabul edilmemeleri nedeniyle bu sonucun doğmasının mümkün olmayacağı da ifade edilmiştir[1178]. Ayrıca yukarıda incelenmiş olan eski tarihli birtakım tahkimlerde henüz ev sahibi devletlerin yabancı yatırımlara ilişkin iç mevzuatlarının gelişmemiş olması nedeniyle hakemlerin "sözleşme ilişkisini ayakta tutmak adına" ev sahibi devlet hukukundan ayrılmaları haklı kabul edilse dahi, günümüzde hemen hemen bütün devletlerde yabancı yatırımlara ve bu yatırımların geldiği sektörlere ilişkin özel mevzuatların bulunması nedeniyle hakemlerin böyle bir yoruma başvurmalarının da artık mümkün olmadığı belirtilmiştir[1179].

ii. Atıf Yoluyla Milletlerarasılaşma

Yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarasılaştırılmasında başvurulmuş olan başka bir yöntem ise, bu sözleşmelerin esas olarak tabi olduğu hukuk düzeninin ev sahibi devlet hukuku olduğunu kabul etmekle birlikte (bu hukukun kapsamına milletlerarası hukukun dahil edilmiş olması halinde) iç hukukta milletlerarası hukuka yapılan atıf yoluyla milletlerarası hukukun üstün kabul edilmesidir.

[1177] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 255.

[1178] *Ibid.*

[1179] *Ibid.*, s. 240.

Milletlerarası hukukun anayasada yer alan bir hüküm veya mahkeme içtihatları yoluyla milli hukuk sistemlerinin kapsamına dahil edilmesi pek çok ülkede görülen bir durumdur[1180]. Anayasal usullere uygun biçimde onaylandıktan sonra iç hukukta kanun statüsünde kabul edileceği hemen hemen bütün ülkelerde anayasada düzenlenmektedir[1181]. Anayasası bulunmayan İngiltere'de ise aynı ilke mahkeme içtihatları ile kabul edilmiştir[1182]. Milletlerarası teamül hukukunun iç hukukun parçası haline gelmesine yönelik hükümler de pek çok ülkenin anayasalarında yer alırken[1183]; bu yönde anayasa hükümleri bulunmayan bazı ülkelerde de mahkeme kararlarıyla aynı sonuca ulaşılmıştır[1184].

[1180] Bu konuda genel olarak bkz. **Sevin Toluner**, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1973; **Grigory Ivanovich Tunkin / Rüdiger Wolfrum (ed.):** *International Law and Municipal Law: Proceedings of the German-Soviet Colloquy on International Law*, Duncker & Humblot, Berlin 1988; **Shaw**, s. 129 vd.

[1181] T.C. Anayasası, m. 90(5): "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir."

Ayrıca bkz. ABD Anayasası, m. VI(2); Almanya Anayasası (*Grundgesetz*), m. 59(2); Fransa Anayasası, m. 55; İsviçre Anayasası, m. 166(2); Hollanda Anayasası, m. 93; Portekiz Anayasası, m. 8(2); Rusya Anayasası, m. 15(4).

[1182] İngiltere'de mahkemeler bu konuda iki temel doktrini kabul etmiş ve değişik zamanlarda uygulamıştır. Bunlardan birincisi milletlerarası antlaşmaların iç hukukta etki sahibi olabilmesi için öncelikle yasama organı tarafından anayasal usuller doğrultusunda bir iç hukuk aracına (yani kanuna) "dönüştürülmesi" gerektiğini savunan "dönüşüm" (*transformation*) doktrini; ikincisi ise böyle bir yasama sürecinin işletilmesine gerek kalmaksızın milletlerarası hukuk kurallarının doğrudan İngiliz hukukunun parçası olduğunu kabul eden "inkorporasyon" (*incorporation*) doktrinidir. Bkz. **Shaw**, s. 139-140.

[1183] Örnek olarak bkz. Almanya Anayasası (*Grundgesetz*), m. 25; İsviçre Anayasası, m. 5; İtalya Anayasası, m. 10(1); Portekiz Anayasası, m. 8(1); Rusya Anayasası, m. 15(4); Japonya Anayasası, m. 98(2).

T.C. Anayasası'nda bu yönde genel bir hüküm bulunmamakla birlikte temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasına ilişkin maddelerde (m. 15 ve 16) bu kısıtlamaların "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla" söz konusu olabileceği belirtilerek milletlerarası teamül ilkeleri de dikkate alınmaktadır.

[1184] İngiltere için genel olarak bkz. **Shaw**, s. 141-148. Milletlerarası teamül hukuku kuralları bakımından inkorporasyon doktrinini uygulayan kararlar için bkz. Buvot v. Barbuit (UK Ch., 1736), Chancery, 01.01.1736, 25 E.R. 777; Triquet v. Bath (UK KB, 1764), King's Bench, 02.05.1764, 97 E.R. 936. Dönüşüm doktrininin uygulandığı kararlar için bkz. West Rand Central Gold Mining Co Ltd v. Rex (UK KB, 1905), King's Bench, 01.06.1905, [1905] 2 K.B. 391; Mortensen v. Peters (Scotland CJ, 1906), Scottish Court of Justiciary, 19.07.1906, (1906) 8 F. (J.) 93.

ABD için genel olarak bkz. **Shaw**, s. 157-166. Genel olarak kabul edilen inkorporasyon doktrininin çeşitli türevlerini uygulayan kararlar için bkz. The Paquete Habana (US SC, 1900), U.S. Supreme Court, 08.01.1900, 175 U.S. 677, s. 700; Cook v. United States (US SC, 1933), U.S. Supreme Court, 23.01.1933, 288 U.S. 102; United States v. Belmont (US SC, 1937), U.S. Supreme Court, 03.05.1937, 301 U.S. 324.

Aminoil tahkiminde hakemler öncelikle dava konusu imtiyaz sözleşmesinin pek çok konuda Kuveyt hukukuna tabi olduğunu tespit ettikten sonra milletlerarası hukukun Kuveyt hukukunun kapsamına dahil edilmiş olmasını uyuşmazlığın çözümünde milletlerarası hukuku uygulamak için geçerli bir gerekçe olarak kabul etmişlerdir[1185]. Benzer bir yaklaşım *SPP* tahkiminde ICC heyeti tarafından da benimsenmiş; tahkim heyeti, sözleşmeye uygulanacak hukukun Mısır hukuku olduğunu kabul etmekle birlikte bu hukukun kapsamına milletlerarası hukukun dahil edilmiş olmasından ötürü Mısır hukukunun ancak milletlerarası hukuk ile çelişmediği ölçüde uygulanabileceğine hükmetmiştir[1186].

Bu kararlarda benimsenen yaklaşım birkaç nedenden ötürü eleştirilmiştir[1187]. Öncelikle, milletlerarası hukuk kuralları bir devletin iç hukukunun parçası kabul edilseler dahi bunların iç hukuktaki diğer düzenlemeler ile arasındaki hiyerarşik ilişki yine iç hukukta kabul edilen ilkelere göre belirlenmelidir[1188] ve devletlerin çoğunluğunun uygulaması milletlerarası hukuk kurallarını iç hukuka üstün kılmak yönünde olmadığından böyle bir ön kabul yerinde değildir. Ayrıca dünya çapındaki ülkelerin büyük çoğunluğunun halihazırda şu veya bu şekilde milletlerarası hukuku kendi hukuk sistemine dahil etmiş olmasından ötürü, milletlerarası hukuka koşulsuz üstünlük tanıyan böyle bir yaklaşımın kabulü halinde taraflarca Fransız, İngiliz, Alman vb. bir hukuk düzeninin uygulanmasına karar verilmiş olsa dahi hakemlerin

---

Hollanda için bkz. **Shaw**, s. 172; **H. F. van Panhuys**, "The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience", 58 AJIL 88 (1964).

[1185] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 6.

[1186] *SPP v. Egypt*, Award (ICC), para. 49.

[1187] Eleştiriler için bkz. **Derek W. Bowett**, "State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", 59(1) BYIL 49 (1988), s. 53, dn. 20; **Nassar**, "Internationalization"; **A. F. M. Maniruzzaman**, "International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements", 20(1) Wis. Int'l L.J. 1 (2001), s. 18-19. Karşı yönde bkz. **Voss**, s. 34.

[1188] Örneğin T.C. Anayasası m. 90(5) hükmü uyarınca Türk hukukunda kanunlarla çelişmesi halinde üstün kabul edilen antlaşmalar sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar olup diğer antlaşmaların hükümleri ile kanunlar arasında çelişki olması durumunda genel yorum kurallarına başvurarak karar vermek gerekecektir. Fransa ve Belçika'da milletlerarası antlaşma hükümleri kanunlardan üstün statüde kabul edilirken, Almanya'da antlaşma hükümleri federal kanunla eşit statüde kabul edilmekte, Norveç'te ise kanunlara üstünlük tanınmaktadır. Sonuçta her ülkenin bu konudaki öncelikleri kendi anayasal düzeni çerçevesinde belirlenmektedir. Bkz. **Shaw**, s. 171-178.

her durumda milletlerarası hukuku uygulamaları söz konusu olacak ve bu da tarafların gerçek niyetlerine aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenlerden ötürü milletlerarası hukukun atıf (*renvoi*) yoluyla uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir[1189].

4. Milletlerarasılaşmayı Sağladığı Belirtilen Durumlar

Yabancı yatırım sözleşmelerinden veya bu sözleşmelerin dışındaki etkenlerden kaynaklanan bazı durumlar milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları tarafından bu teorinin uygulanması sonucunu doğuracak tetikleyici etkenler olarak ifade edilmiştir. Bazı hukukçular tarafından bir sözleşmenin yabancı yatırım sözleşmesi statüsünde olması milletlerarasılaşma teorisinin uygulanması için başlı başına yeterli görülürken, bunun yanında başka bazı göstergelerin bulunmasını arayan hukukçular da vardır. Ayrıca benzer durumların hem doğrudan hem de dolaylı yoldan milletlerarasılaşma için dayanak olarak gösterilmesi de söz konusudur. Doğrudan milletlerarasılaşmayı savunanlar bu durumlardan bir veya birkaçının varlığı halinde başkaca bir incelemeye gerek kalmaksızın sözleşmenin milletlerarasılaştığı sonucuna ulaşacak; dolaylı milletlerarasılaşmayı savunanlar ise aynı durumların varlığını tarafların farazi iradesinin milletlerarasılaşma yönünde olduğuna delil kabul ederek aynı sonuca ulaşacaktır.

a. Sözleşmenin Türü ve Niteliği

Yabancı yatırım sözleşmelerinin uzun süreli sözleşmeler olması, yatırımcıların bu sözleşmeler ile büyük ekonomik riskler almaları, bu sözleşmelerin devletlerin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunan sözleşmeler olması, sözleşmenin karşı tarafı olan devletin egemen statüsü ve sözleşmenin ifası sırasında tarafların değişen güç dengeleri gibi bazı unsurlar doktrinde ve tahkim kararlarında milletlerarasılaşma lehine gerekçeler olarak kabul edilmiştir.

[1189] **Bowett**, "State Contracts", s. 53, dn. 20.

i. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Yabancı yatırım sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bu çerçevede önem kazanmaktadır; zira bunların milli hukuk sistemlerinde düzenlenen alelade imtiyaz sözleşmeleri veya idari sözleşmeler olarak kabul edilmeleri halinde milletlerarasılaşma teorisinin hukuki dayanağı fazlasıyla zayıflayacaktır. Bu çerçevede özellikle petrol imtiyazlarının Fransız hukukundaki anlamıyla idari sözleşme (*contrat administratif*) statüsünde olup olmadığı konusu tartışılmıştır[1190]. Petrol imtiyazlarından kaynaklanan tahkimlerde bu imtiyazların idari sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışması yapılmış ve tahkim heyetleri bu konuda farklı yorumlar benimsemiştir. *Aramco* ve *Aminoil* tahkimlerinde devlet tarafından petrol imtiyazlarının idari sözleşme niteliğinde olduğu öne sürülmüş; *Aramco*'da tahkim heyeti Suudi Arabistan hukukunda Fransız idare hukuku sisteminin benimsenmemiş olduğu gerekçesiyle bu savı reddederken[1191], *Aminoil* heyeti bu ihtimali kabul ederek bunun sözleşme ilişkisi üzerindeki olası sonuçlarını incelemiştir[1192]. Aynı tartışma Libya tahkimlerinde de söz konusu olmuş; *Topco*'da tek hakem *Dupuy* bu nitelendirmeyi kabul etmezken[1193], *BP* davasının hakemi *Lagergren* davacı tarafından öne sürülen idari sözleşme nitelendirmesini kabul etmiş[1194], *Liamco*'da ise tek hakem Mahmassani doğrudan bu konuda hükümde bulunmamakla birlikte sözleşme koşullarının değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin karşılaştırmalı hukuk incelemesinde dikkate almıştır[1195].

[1190] Fransız idare hukukuna göre idari sözleşmelerin hükümlerinde idarenin kamu yararı amacıyla tek taraflı değişiklik yapması mümkün olduğundan, petrol imtiyazlarının idari sözleşme olarak kabulü halinde milletlerarasılaşma ile ulaşılmak istenen temel amaç olan sözleşmenin devletin tek taraflı müdahalesine karşı korunması imkansız hale gelecektir. Fransız idare hukuku sisteminin (idari sözleşme uygulaması ile birlikte) .ok sayıda Orta Doğu, Afrika ve Asya ülkesinde kabul edilmiş olması da bu tartışmayı özellikle petrol imtiyazları ekseninde oldukça önemli hale getirmiştir. Petrol sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Cattan**, s. 73 vd.; **El Kosheri / Riad**, s. 260 vd.; **El Chiati**, s. 36 vd.

[1191] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 215-216.

[1192] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 91.

[1193] *Topco v. Libya*, Award, para. 54-57. Aynı yönde bkz. **Charles Leben**, "L'évolution de la notion de contrat d'état - Les états dans le contentieux économique international, I. Le contentieux arbitral", 2003 Rev. Arb. 629, s. 631.

[1194] *BP v. Libya*, Award on Merits, s. 324, 327.

[1195] *Liamco v. Libya*, Award, s. 206.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası niteliği, doktrinde ve tahkim kararlarında sıkça milletlerarasılaşma gerekçesi olarak sıkça belirtilmiştir. *Losinger* davasında İsviçre bu sözleşmelerin "milletlerarası karakterine" (*caractére international*) vurgu yaparken[1196], aynı ifade (*international character*) *Mobil v. Iran* tahkiminde milletlerarası hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının dayanağı olarak gösterilmiştir[1197]. *Sapphire* tahkiminde tek hakem *Cavin* de benzer bir yaklaşım ile bu tür sözleşmelerin "milletlerarası benzeri karaktere" (*quasi-international character*) sahip olduğunu ifade etmiştir[1198]. *Lena Goldfields* tahkiminde sözleşmeye uygulanacak hukukun kural olarak ev sahibi devlet (Sovyetler Birliği) hukuku olduğu davacı tarafından da kabul edilmekle birlikte, bazı sözleşme hükümlerinin çoğunluğunun milletlerarası ilkelerin uygulanmasını zorunlu kıldığı gerekçesiyle hukukun genel ilkelerinin uygulanmasına karar verilmiştir[1199]. *Aminoil* tahkiminde ise sözleşmenin "milletler ötesi" (*transnational*) karakterine vurgu yaparak hukukun genel ilkelerinin uygulanması gerektiğine karar veren tahkim heyetinin bu yorumu yapması nispeten daha kolay olmuştur; zira tarafların uyuşmazlığı tahkime sunmak üzere imzaladıkları anlaşmada "uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim heyeti tarafından, tarafların özellikleri, taraflar arasındaki ilişkilerin milletler ötesi niteliği ve modern dünyada hakim olan hukuk ve teamül ilkelerinin göz önünde bulundurulması suretiyle belirleneceği" açıkça düzenlenmiştir[1200].

[1196] *Losinger & Co.*, Memorial (Switzerland), s. 32. " ifadeyi kullanarak mill bir tahkim kararı için bkz.

[1197] *Mobil Oil Iran Inc. and Others v. Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company*, IUSCT Case No. 74, 76, 81, 150, Award No. 311-74/76/81/150-3, 14.07.1987, 86 ILR 230, para. 81.

[1198] *Sapphire v. NIOC*, s. 173. Burada kullanılan nitelendirme, doktrinde Verdross tarafından önerilen "milletlerarası antlaşma benzeri sözleşme" (*quasi-international agreement*, *quasi-völkerrechtlicher Vertrag*) terimi ile de benzerlik göstermektedir. Bkz. **Verdross**, "Sicherung".

[1199] *Lena Goldfields Ltd. v. USSR*, Award, 03.09.1930, 36 Cornell LQ 42 (1950), s. 50: Sovyetler Birliği bu tahkime katılmamış ve davacının uygulanacak hukuka ilişkin talepleri tahkim heyetince kararın gerekçesinde fazlaca incelenmeksizin kabul edilmiştir. Hangi sözleşme hükümlerinin hangi gerekçelerle Sovyetler Birliği hukukunun uygulanmasına uygun olmadığı konusunda herhangi bir örnek de verilmemiştir. Davalı taraf kendisini savunmamış olsa dahi tahkim heyetinin uygulanacak hukukun tespiti gibi önemli bir konuda re'sen inceleme yapması ve özellikle de kural olarak uygulanacağı tespit edilmiş olan ev sahibi devlet hukukunun dışında bir hukuk sisteminin uygulanmasına karar verecekse bunu detaylı biçimde gerekçelendirmesi gerekir. Kararın bu bakımdan eleştiriye açık olduğu söylenebilir.

[1200] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 8.

"Kontrollü milletlerarası an(t)laşma" (*restrained international agreement*, *beschränkt-völkerrechtlicher Vertrag*) terimini kullanan *Böckstiegel* ise, belli koşulları sağlayan yabancı yatırım sözleşmelerinde devletin sözleşmenin karşı tarafı olan yatırımcıyı bir milletlerarası hukuk süjesi olarak kabul ettiğinin varsayılabileceğini ve bu suretle sözleşmenin devlet tarafından ihlalinin bir milletlerarası antlaşma ihlali gibi devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açabileceğini belirtmiştir[1201].

Bununla birlikte, İran-ABD Talep Divanı nezdindeki *Amoco* tahkiminde yabancı yatırımcı ile devlet teşekkülü arasındaki sözleşmenin "doğası gereği" milletlerarası hukuka tabi olduğu görüşü kabul edilmemiştir[1202].

ii. Ev Sahibi Devletin Ekonomik Kalkınmasına Katkı

Doktrinde ilk kez *McNair* tarafından kullanılan[1203] "ekonomik kalkınma anlaşmaları" (*economic development agreements*) terimi ise bu tür sözleşmelerin milletlerarasılaşması için öne sürülen bir başka gerekçe olan ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunma unsurunu ön plana çıkarmaktadır. Bu gerekçe *Topco* ve *Revere Copper* tahkimlerinde hakemler tarafından geçerli kabul edilmiştir[1204]. Öte yandan, daha yakın tarihli *Klöckner v. Cameroon* tahkiminde ise

---

[1201] Bu sonucun gerçekleşmesi için *Böckstiegel*'in gerekli gördüğü koşullar şunlardır: (i) sözleşmenin milletlerarası antlaşma imzalamaya yetkili bir devlet organı veya teşekkülü tarafından imzalanmış olması, (ii) sözleşmenin tamamıyla ticari nitelikli olmaması ve içeriğinde devletin birtakım egemenlik haklarını nasıl kullanacağına ilişkin düzenlemelerin yer alması, (iii) sözleşmenin ev sahibi devlette milletlerarası antlaşmalar için öngörülen şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmiş olması, (iv) sözleşmede milletlerarası tahkim kaydı bulunması ve (v) sözleşmenin ev sahibi devletin milli hukukuna tabi kılınmamış olması. Bkz. **Böckstiegel**, *Der Staat*, s. 310; **Matthias Mosler**, *Finanzierung durch die Weltbank*, Duncker & Humblot, Berlin 1987, s. 69-74.

Benzer bir yaklaşım, *Lena Goldfields* tahkiminde de benimsenmiş ve uyuşmazlık konusu maden imtiyazının Sovyetler Birliği adına Dış İşleri Komiseri (Bakanı) tarafından imzalanmış olması sözleşmenin milletlerarasılaştığının delili olarak kabul edilmiştir. Bkz. *Lena Goldfields v. USSR*, Award, s. 50.

[1202] *Amoco v. Iran*, Award, para. 156.

[1203] **McNair**, "General Principles", s. 10. Ayrıca bkz. **Bourquin**, "Arbitration", s. 860 vd.; **Hyde**, "Economic Development Agreements", s. 267 vd.; **Verdross**, "Foreign Private Interests", s. 117 vd.

[1204] *Topco v. Libya*, Award, para. 45; *Revere Copper v. OPIC*, Award, s. 271.

ICSID tahkim heyeti, "salt bir ülkenin ekonomik veya sosyal kalkınmasını ilgilendiren projelere ilişkin oldukları için anahtar teslim (inşaat) operasyonlarına yeni veya istisnai hukuki ilkeler uygulamak niyetinde değiliz" diyerek bu görüşe karşı çıkmıştır[1205].

Bu yaklaşım, gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları tarafından, gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu sözleşmeler ile gelişmiş ülkelerin taraf olduğu sözleşmeleri ayırmak ve sadece birinci gruptakileri milletlerarasılaşma teorisinin kapsamına almak için geliştirilmiş tek taraflı ve haksız bir yaklaşım olarak sert biçimde eleştirilmiştir[1206]. Uluslararası yatırımcılar yapan şirketlerin başka ülkelerin ekonomik kalkınması için çalışan hayır kurumları olmadığını ve bu şirketlerin de tek amacının (devletlerle ticari ilişkiye giren diğer her türlü şirketler gibi) kâr üretmek ve hissedarlarına dağıtmak olduğunu belirten *Sornarajah*, sadece gelişmekte olan ülkelere uygulanması mümkün olan böyle bir kriterin devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırı olduğunu ve bu nedenle kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir[1207]. *Fatouros* ise sözleşmenin ekonomik kalkınma amaçlı olması gibi bir durumdan milletlerarası hukukun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmasının milletlerarası hukukta belirsiz durumlardan devlet egemenliğini kısıtlayıcı çıkarımlar yapılmaması (*in dubio mitius*) ilkesine ters düştüğü eleştirisini yapmıştır[1208].

iii. Yatırımcının Korunması Gerekliliği

Yabancı yatırım sözleşmelerinin genel nitelikleri çerçevesinde milletlerarasılaşma lehine öne sürülmüş olan başka bir gerekçe, yatırımcıların bu sözleşmelere dayanarak başta büyük miktarlarda sermaye yatırımı yapmaları ve büyük riskler almaları, daha sonra da bu yatırımı geri almak için sözleşme süresinin sonuna kadar sözleşme ilişkisindeki ekonomik ve hukuki istikrarın korunması

[1205] Bkz. **Jan Paulsson**, "The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: The Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements", 1(2) JIA 145 (1984), s. 155.

[1206] **Chukwumerije**, s. 157; **Sornarajah**, *International Law*, s. 291-292.

[1207] **Sornarajah**, *ibid.*

[1208] **Arghyrios A. Fatouros**, "International Law and the Internationalized Contract", 74 AJIL 134 (1980), s. 136. Aynı yönde bkz. **Greenwood**, s. 53.

gerekliliğidir. Bazı tahkim heyetleri, yatırımcının aldığı risklere karşılık hukuki güvenlik ihtiyacının korunması gereken bir menfaat olarak görmüş ve devletin egemenlik haklarını kullanarak sözleşme dengesinde tek taraflı değişiklik yapmasını önleme amacını da ayrı bir milletlerarasılaşma gerekçesi olarak kabul etmişlerdir[1209].

Yatırımcının hukuki güvenlik ihtiyacı korunmayı hak eden bir menfaat olmakla birlikte, böyle bir menfaat ile sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim arasında nasıl bir bağlantı kurulabileceği de kanımızca tartışmaya açıktır. Zira tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi tarafların menfaatlerine göre değil, birtakım objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Aksi takdirde sadece bir tarafın değil, iki tarafın da menfaatlerini teraziye koymak gerekecek ve aynı tür sözleşmelerde farklı menfaat dengeleri bulunmasından ötürü bunların farklı hukuki rejimlere tabi kılınması gibi hukuki belirliliği ortadan kaldıran ve istenmeyen sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Ayrıca, yatırımcının hukuki güvenlik menfaatinin karşısında devletin de ekonomik kalkınmasını sağlamak gibi (daha üstün olduğu genellikle kabul edilen) kamusal bir menfaatinin de bulunduğu ve bu menfaatin de çoğu zaman devletin kendi iç hukukunun sözleşmeye uygulanmasını gerektireceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanımızca, tüm bu olumsuzluklar göz önünde bulundurulduğunda, yatırımcının hukuki güvenliğini sağlamak amacının sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim üzerinde değişiklik yaratabilecek bir durum olarak kabul edilmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Devletin egemenlik haklarını kullanarak sözleşmenin hukuki ve ekonomik dengesinde kendi lehine değişiklikler yaratması halinde yatırımcının hakları elbette korunmalıdır. Fakat bu korumanın sözleşme hükümleri ve sözleşmenin tabi olduğu hukuk sisteminde kabul edilen iyi niyet ilkeleri çerçevesinde devletin eylemlerinin yetkili tahkim heyetince yorumlanması ile sağlanması da mümkündür. Sözleşmede veya sözleşmenin tabi olduğu hukukta böyle bir yorumu haklı gösterecek hiçbir hüküm veya ilke bulunmasa dahi, yatırımcının korumasından faydalanabileceği bir milletlerarası yatırım antlaşması bulunması halinde yatırım tahkimine başvurması ve tahkim heyetinin devletin eylemlerini antlaşma

[1209] *Sapphire v. NIOC*, s. 175-176; *Topco v. Libya*, Award, para. 45; *Revere Copper v. OPIC*, Award, s. 271-272.

hükümlerine aykırılık olarak yorumlaması da mümkün olabilecektir. Dolayısıyla yatırımcının hukuki güvenliğini sağlamak için tek imkanın sözleşmeyi milletlerarası hukuka veya benzeri bir hukuk sistemine tabi kılmak olduğu düşüncesi yerinde değildir.

iv. Sözleşme Müzakerelerine Yatırımcının Devletinin Dahil Olması

Birtakım büyük çaplı ve stratejik nitelikli (özellikle petrol, maden, enerji ve altyapı hizmetleri gibi alanlardaki) yabancı yatırım sözleşmelerinin müzakerelerine zaman zaman yatırımcının devleti de müdahil olmakta ve önce devletler arasında görüşülerek ana hatları üzerinde anlaşılan projelerin daha sonra yatırımcıların katılımı ile detaylı sözleşmeler haline getirilmesi gibi uygulamalara rastlanmaktadır. Yatırımcının devletinin de taraflar arasındaki hukuki ilişkiye bu şekilde dahil olması ve bunun yanı sıra bazen bir ülke ile diğer ülkenin yatırımcıları arasında bu türden çok sayıda sözleşme yapılması sonucunda bu sözleşmelerin iki ülke arasındaki uluslararası ilişkilerin parçası haline gelmesi gibi durumlarda da, yabancı yatırım sözleşmelerinin artık milli hukuk düzleminden ayrılarak milletlerarası düzleme yerleştiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[1210].

Buna benzer iddialar zaman zaman devletler tarafından da ileri sürülmüş olmakla birlikte, devletlerin bu konuya yaklaşımının hukuki gerekçeler veya sonuçlar bakımından milletlerarasılaşma teorisi ile aynı yönde olup olmadığı tartışmaya açıktır. Örneğin, *Anglo-Iranian Oil Company* davasında petrol imtiyazının feshinden ötürü İran Devletinin kendisine karşı sorumlu olduğunu iddia eden İngiliz Devleti, bu iddiasını esas olarak imtiyaz sözleşmesinin milletlerarasına değil, fakat iki ülke arasında bu sözleşmenin hükümlerinin ihlal edilmeyeceği yönünde zımni bir anlaşmanın varlığına dayandırmıştır[1211]. *Ambatielos* davasında imtiyaz sözleşmelerinin ev sahibi devlet tarafından ihlalinin doğrudan yatırımcının devletinin haklarının da ihlali anlamına geleceğini savunarak milletlerarasılaşma teorisine daha yakın bir yaklaşım benimseyen Yunanistan dahi, bu milletlerarasılaşmanın sonucu

[1210] **Prosper Weil**, "Droit international et contrat d'Etat", *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Pedone, Paris 1981, s. 549 vd., s. 578-579; **Leben**, "La théorie", s. 254-255.

[1211] *Anglo Iranian case*, Memorial (UK), s. 74.

olarak *Weil* ve *Leben*'in öne sürdüğü şekilde doğrudan yatırımcı lehine milletlerarası hukuktan kaynaklanan hakların doğacağını ifade etmemekte ve sadece yatırımcının devletinin diplomatik koruma hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir[1212]. Dolayısıyla devlet teamüllerinin bu konuda milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları ile aynı yönde gelişmediğini belirtmek gerekir.

b. Diğer Hukuki İmkanların Yetersizliği

Milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları, klasik milletlerarası hukuk doktrinine ters düşen yeni bir teorinin kabulünün gerekli olduğunu kanıtlamak için öncelikle klasik doktrini çerçevesinde yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan ilişkin usuli ve maddi kurallarda yapısal eksiklikler ve yetersizlikler olduğunu öne sürmüşlerdir.

i. Usuli Yetersizlikler

Klasik milletlerarası hukuk doktrininde, yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların kural olarak ev sahibi devletin mahkemelerince karara bağlanacağı, devletin yabancı yatırımcıya karşı milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi ve yatırımcının bu ihlale karşı ev sahibi devletin hukuk sistemindeki iç hukuk yollarını tüketmesine rağmen sonuç alamamış olması halinde ise yatırımcının devletinin diplomatik koruma uygulama hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir.

Weil ve *Bourquin* gibi milletlerarasılaşma teorisini savunan bazı hukukçular, öncelikle devlet mahkemelerinin ve diplomatik koruma sisteminin yatırımcı açısından neden etkin korumalar sağlayamadığının analizini yaptıktan sonra[1213], bu sistemlerin yetersizliğinin ancak milletlerarası tahkim ile giderilebileceğini belirtmiş

[1212] *Ambatielos case*, Memorial (Greece), Annex-3, s. 71.

[1213] **Bourquin**, "Arbitration", s. 865 vd.; **Weil**, "Problèmes", s. 149 vd. Diplomatik korumanın yapısal sorunlarına ve yetersizliklerine ilişkin eleştirilerle ilgili bkz. yukarıda s. 151 vd.

ve bu analizlerini de sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ev sahibi devlet hukuku olmaması gerektiği çıkarımına bağlamışlardır[1214].

Ev sahibi devlet mahkemeleri ve diplomatik korumanın çoğu zaman adaleti tesis etmek konusunda yetersiz kaldığına ve bu yetersizliklerin çözümünün ise milletlerarası tahkim ile mümkün olduğuna ilişkin tespitlerin yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Ancak burada altı çizilen yetersizlikler usule ilişkin yetersizlikler olup önerilen çözüm de yine uyuşmazlık çözümünün usulüne ilişkin bir çözümdür. Bu tartışmanın uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin tartışmaya nereden bağlandığı konusu izaha muhtaçtır. Zira, aşağıda (d) başlığı altında inceleneceği üzere, milletlerarası tahkimde ev sahibi devlet hukukunun uygulanamayacağı gibi genelgeçer bir ilkeden söz etmek mümkün değildir.

ii. Maddi Yetersizlikler

Milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları tarafından sıkça atıfta bulunulan ve bu teorinin temellerini attığı kabul edilen 1950'lerin Orta Doğu petrol tahkimlerinde, hakemlerin ev sahibi devlet hukukunu uygulamaktan kaçınmalarının gerekçesi olarak bu ülkelerin hukuk sistemlerinin yeterince gelişmiş olmaması ve uyuşmazlık konusu petrol sözleşmeleri gibi karmaşık hukuki ilişkileri düzenlemeye ve yorumlamaya elverişli modern kural ve ilkelerin bu ülkelerde bulunmaması gösterilmiştir[1215]. Fakat bu tür gerekçelendirmeler özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından kabul görmemiş olup[1216] ilerleyen dönemlerde hemen hemen bütün ülkelerde petrol, maden ve diğer önemli ekonomik aktivitelere ilişkin özel mevzuatların kabul edilmesi ve bu alanlarda bilgi birikiminin artması ile (önceden geçerli olduğu varsayılsa dahi) artık böyle bir gerekçenin geçerli olmadığı ifade edilmektedir[1217].

[1214] **Bourquin**, *ibid.*, s. 867.

[1215] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 149; *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 544-545. Aynı yönde bkz. **McNair**, "General Principles", s. 19.

[1216] Aradan 50 yılı aşkın süre geçmiş olmasına rağmen bu kararların izlerinin hâlâ devam ettiği ve Arap ülkelerinin genelinde milletlerarası tahkimin "Batılı" ve "haksız" bir sistem olarak görülerek reddedilmesine yol açan tarihsel sürecin merkezinde bu kararların yer aldığı ifade edilmiştir. Bkz. **Charles N. Brower / Jeremy K. Sharpe**, " International Arbitration and the Islamic World: The Third Phase", 97 AJIL 643 (2003), s. 644-645.

[1217] **Weil**, "Problémes", 150; **Chukwumerije**, s. 153.

Buna karşılık *Lalive* ise gelişmiş ve gelişmemiş ülkeler arasında ayrım yapmayarak herhangi bir devletin hukukunun bir yabancı yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmekte yeterli görüldüğü durumlarda dahi bu yeterliliğin sadece teorik bir yeterlilikten ibaret olduğunu ve aslında herhangi bir milli hukuk sisteminin bu tür milletler ötesi sözleşmeleri uygun biçimde çözümleyecek araçlara sahip olmadığını ifade etmiştir[1218]. *Mobil v. Iran* kararında da yabancı yatırım sözleşmesinin "yarattığı karmaşık hak ve yükümlülükler bütünü" ev sahibi devlet hukukunun uygulanmamasına gerekçe olarak kabul edilmiştir[1219]. *Lalive*'in savunduğu görüş, belirli bir ülkenin hukukunun "yetersizliği" yerine yabancı yatırım sözleşmelerinin konu bakımından genel olarak milli hukuk sistemlerinin uygulama alanına girmediği tezine dayanmakta ve bu bakımdan kendinden öncekilerin özdeşleştirildiği "neo-kolonyal" düşünce yapısından kurtulmaktadır; fakat artık neredeyse bütün ülkelerin salt yabancı yatırımlara ve bunlara ilişkin sözleşmelere ayrılmış yabancı yatırım mevzuatlarının olduğu düşünüldüğünde, milli hukuk sistemlerinin yetersizliği savının da eskisi kadar güçlü olmadığını kabul etmek gerekir.

c. Hukuk Seçimine İlişkin Sözleşme Hükümleri

Bir yabancı yatırım sözleşmesinde tarafların uygulanacak hukuk olarak "milletlerarası hukuk" veya "hukukun genel ilkeleri" gibi bir seçim yapmaları halinde bu seçimlerinin taraf ilkesi çerçevesinde geçerli olacağı genel olarak kabul görmektedir. Fakat yabancı yatırım sözleşmelerinde kabul edilen hukuk seçimi hükümleri nadiren açıkça ev sahibi devlet hukukunu dışarıda bırakıp tek başına milletlerarası hukuk veya genel ilkelere işaret ettiğinden[1220] bu hukuk seçimi kayıtlarının yorumlanması konusu tartışmaya fazlasıyla açıktır.

[1218] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 234. *Lalive*'in bu eksikliği gidermek için çözüm önerisi tüm yabancı yatırım sözleşmelerinin "milletler ötesi hukuka" (*transnational law*) tabi olmasıdır. Bu konuda bkz. aşağıda s. 334 vd.

[1219] *Mobil v. Iran*, Award, para. 81.

[1220] Bu nadir örneklerden biri olarak Anglo-Iranian Oil Co. ile İran Devleti arasındaki 1933 tarihli imtiyaz sözleşmesinde yer alan, "Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan hukuki ilkeler" şeklindeki hukuk seçimidir. Bkz. **David Suratgar**, "Considerations Affecting Choice of Law Clauses in Contracts between Governments and Foreign Nationals", 2 Ind. J. Int'l L. 273 (1962), s. 285.

Tartışma konularından biri, sözleşmenin milletlerarası hukuka tabi kılınmış olması halinde bu durumun ev sahibi devletin sözleşme ihlallerinin milletlerarası sorumluluğuna yol açıp açmayacağıdır. *Weil*'e göre bu durumda iki sonuç ortaya çıkmaktadır: birinci olarak, devletin sözleşmeyi ihlal etmesi kendiliğinden (*ipso facto*) o devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açacak; ikinci olarak ise, devletin sözleşme ile ilgili eylemleri milletlerarası hukuk standartlarına göre değerlendirilecek ve belirli bir eylemi kendi hukukuna göre sözleşmenin ihlali niteliğini taşımasa dahi milletlerarası hukukta aksi bir sonuca ulaşılması halinde bu sonuç geçerli olacaktır[1221]. Bu sonuçlardan ikincisi tarafların herhangi bir hukuku seçmelerinin doğal bir sonucu olarak sözleşme ihlallerinin o hukuka göre belirlenmesi gerekliliğini ifade etmekte olup bu çıkarımda fazlaca tartışmalı bir durum yoktur. Fakat *Weil*'in ulaştığı ilk sonuç, yani bu durumda sadece sözleşmeye uygulanacak hukukun değil aynı zamanda sözleşmenin içerisinde var olduğu hukuk sisteminin de yer değiştirdiği çıkarımı, doktrinde bazı yazarları tatmin etmemiştir. Karşı görüşte olan yazarların ortak savı, özel hukuka tabi olan yabancı yatırımcının milletlerarası hukukun süjesi olmaması nedeniyle bu hukuk düzlemi altında devletin sorumluluğunu iddia etme ehliyetinin bulunmamasıdır[1222].

Tartışmalı olan ikinci bir konu, ev sahibi devlet ile hukuku ile birlikte milletlerarası hukuk veya hukukun genel ilkelerinin uygulanması gibi karma bir hukuk seçimi yapılmış olması halinde hangi hukukun uygulanacağıdır[1223]. Milletlerarasılaşma teorisini savunanlar, böyle durumlarda hukuk seçimi hükümlerinin yorumlanması yoluyla milletlerarası hukukun üstün kabul ettiği sonucuna ulaşırken bu yorumlarında temel olarak iki unsura dayanmışlardır. Bunlardan birincisi, benzer sözleşmelerin hukuk seçimi hükümleri üzerinde inceleme yaparak bu hükümlerden milletlerarasılaşma yönünde genel bir eğilime ulaşmak; ikincisi ise, hukuk seçimine ilişkin sözleşme hükümleri hakkında tahkim heyetleri

---

[1221] **Weil**, "Problèmes", s. 157.

[1222] **Stephen John Toope**, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Grotius, Cambridge 1990, s. 87; **Chukwumerije**, s. 153; **Amerasinghe**, *Local Remedies*, s. 138.

[1223] Bu tür hukuk seçimi kayıtlarının örnekleri için bkz. yukarıda s. 261 vd.

tarafından yapılan yorumları inceleyerek bunlardan milletlerarasılaşma yönündeki genel bir eğilimi tespit etmektir[1224]. Özellikle "milletlerarası tahkim heyetleri tarafından kabul edilen genel ilkeler" ibaresine pek çok yabancı yatırım sözleşmesinin hukuk seçimi hükümlerinde yer verilmiş olması[1225], yukarıda belirtilen iki unsurun (sözleşme uygulamaları ve tahkim kararları) bazı durumlarda birbirini destekler nitelikte olması sonucunu ortaya çıkarmakta ve bu yorumu güçlendirmektedir. Bu tür hukuk seçimi hükümleri ile ilgili yorum yapan tahkim heyetlerinin de gerek kendilerinden önce bu konuya değinmiş olan tahkim heyetlerinin kararlarına[1226], gerekse uyuşmazlığa taraf olan ev sahibi devletin aynı dönemde başka yatırımcılarla yaptığı sözleşmelerdeki benzer hükümlere[1227] başvurduğu görülmektedir. Öte yandan *Delaume* ise, *Sapphire* ve *Aminoil* kararların hakemlerin uyuşmazlık konusu sözleşmede yer alan hukuk seçimi hükmünün yorumu için aynı dönemde imzalanmış başka sözleşmelerdeki benzer hükümlere başvurmalarını eleştirerek, her sözleşmenin ayrı bir müzakere sürecinin eseri olduğunu ve farklı müzakere süreçlerinde farklı hassasiyetlerle hazırlanmış olan sözleşme metinlerinin birbirlerinin yorumunda yol gösterici olamayacağını ifade etmiştir[1228].

Hukuk seçimi kayıtlarının yorumlanmasındaki görüş farklılıklarını ortaya koymak için aynı hukuk seçim kaydını[1229] ele almış olan Libya petrol tahkimlerindeki hakemlerin benimsediği farklı yorumları incelemek yerinde olacaktır. *Topco*'da tek hakem *Dupuy* bu ifadeden milletlerarası hukuk ilkelerinin üstün olduğu ve Libya hukukunun ancak bu ilkelerle çelişmediği ölçüde milletlerarası hukukun bir parçası olarak uygulanabileceği sonucuna ulaşırken; *BP* ve

---

[1224] **Weil**, "Problèmes", s. 159 vd.; **Leben**, "L'évolution", s. 640-641; **Leben**, "La théorie", s. 221 vd.

[1225] Petrol sözleşmelerinden bu ibarenin kullanıldığı örnekler için bkz. **El Chiati**, s. 122-125.

[1226] *Sapphire v. NIOC*, s. 172; *Topco v. Libya*, Award, para. 42; *Mobil v. Iran*, Award, para. 81.

[1227] *Sapphire v. NIOC*, s. 174-175; *Topco v. Libya*, Award, para. 41; *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 7.

[1228] **Delaume**, "Comparative Analysis", s. 585, 589.

[1229] Üç sözleşmede de aynı olan hukuk seçim kaydı şöyledir: "Bu İmtiyaz, milletlerarası hukuk ilkeleri ile örtüşen Libya hukuku ilkelerine, böyle ortak ilkelerin bulunmaması halinde ise milletlerarası tahkim heyetlerinin uyguladığı ilkeler de dahil olmak üzere hukukun genel ilkelerine tabi olacak ve bunlara göre yorumlanacaktır." (Yaz. Çev.)

Liamco kararlarında ise hakemler tam ters yorumu benimseyerek sözleşmenin tabi olduğu hukukun esasen Libya hukuku olduğunu fakat Libya hukukunun milletlerarası hukuk ilkelerine aykırı olan kısımları olursa bu kısımların uygulanmayacağını belirtmişlerdir[1230]. *AGIP v. Congo* tahkiminde de Libya tahkimlerindekine benzer bir hukuk seçimi kaydını[1231] uygulayan ICSID tahkim heyeti[1232]; devletin millileştirmeye yönelik eylemlerini öncelikle Kongo iç hukukuna (Anayasa, medeni kanun ve ticaret kanunu hükümlerine) göre inceledikten sonra[1233], Kongo hukukundaki boşlukları doldurmak veya gerekli görülmesi halinde eklemeler yapmak üzere milletlerarası hukuka da başvurulabileceğini ifade etmiştir[1234].

Hukuk seçimi kayıtlarına ilişkin yapılmış tartışmalardan bir diğeri ise sözleşmede açık bir hukuk seçimi kaydı bulunmaması halinde tarafların sözleşmenin yorumlanmasında "iyi niyet" ve "genel ilkeler" gibi kavramlara yaptıkları atıfların milletlerarasılaşmaya dayanak teşkil edip etmeyeceğidir. *Weil*, bu tür ifadelerin kullanılmasını aslında tarafların sözleşmeyi milletlerarasılaştırma niyetinin var olduğu fakat devletin açıkça kendi hukuku dışlayacak ifadeleri kullanmak konusunda tereddütte olduğu şeklinde yorumlamaktadır[1235]. Tarafların uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme yapmadıkları *Abu Dhabi*, *Qatar* ve *Sapphire* tahkimlerinde de hakemler sözleşmede veya tarafların yazılı savunmalarında kullandıkları bu tür ifadeleri hukukun genel ilkelerinin uygulanması gerektiğinin delili olarak kabul etmişlerdir[1236]. Doktrinde bazı yazarlar bu kararlarda benimsenen yaklaşımları eleştirerek iyi niyet ilkelerinin milletlerarası hukuka özgü ilkeler olmayıp milli hukuk sistemlerinin de temelinde yer aldığını, ayrıca bunların kendi içlerinde birer hukuk

---

[1230] *BP v. Libya*, Award on Merits, s. 329; *Liamco v. Libya*, s. 172.

[1231] Taraflar arasındaki sözleşmenin 15(2) maddesi: "Kongo hukuku, gerekli olması halinde her türlü milletlerarası hukuku ilkeleri ile desteklenmek üzere, uygulanacaktır." (Yaz. Çev.) Bkz. *AGIP v. Congo*, Award, para. 17.

[1232] *Topco* tahkiminin hakemi ve açık bir milletlerarasılaşma taraftarı olan *René-Jean Dupuy* da bu tahkim heyetinde (bekleneceği üzere yatırımcı tarafından atanmış hakem olarak) görev almıştır.

[1233] *AGIP v. Congo*, Award, para. 72 vd.

[1234] *Ibid.*, para. 83.

[1235] **Weil**, "Problèmes", s. 156-157.

[1236] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 149; *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 545; *Sapphire v. NIOC*, s.

veya kurallar sistemi de olmadığını, dolayısıyla da bunlara yapılan atıfların belirli bir hukuk sistemi lehine seçim şeklinde yorumlanamayacağını ve bu tür ilkelerin ancak belirli bir hukuk sisteminin uygulanmasında yardımcı rol üstlenebileceğini savunmuşlardır[1237].

Amoco tahkiminde ise, İran-ABD Talep Divanı heyeti, sözleşmede İran hukuku lehine açık hukuk seçimi olması nedeniyle, davacının sözleşmede iyi niyet ilkesine yapılan atfın tarafların sözleşmeyi milletlerarası hukuka tabi kılma niyetlerini ortaya koyduğu yönündeki iddiasını reddetmiştir[1238].

Bu çerçevede ele alınması gereken başka bir karar İran-ABD Talep Divanı'nın *Mobil v. Iran* kararıdır. Bu uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmenin 29. maddesinde "İşbu Anlaşma İran kanunlarına göre yorumlanacaktır. Tarafların hak ve yükümlülükleri işbu Anlaşma'nın hükümlerine tabi olacaktır. İşbu Anlaşma'nın vade tarihinden önce feshi veya yapılacak her türlü değişiklikler Tarafların karşılıklı anlaşmasına tabi olacaktır." ifadesine yer verilmiştir[1239]. Bu hükmü yorumlayan tahkim heyeti, ilk cümledeki ifade ile İran hukukuna tanınan yetkinin sadece sözleşmenin yorumlanması ile sınırlı olduğunu ve uyuşmazlıkların çözümünü kapsamadığını, ikinci cümledeki ifadenin ise malumu ilan etmekten (yani sözleşmenin taraflar üzerinde bağlayıcı olacağını ifade etmekten) öteye geçmediğini belirterek[1240], genel uygulamaların aksine İran hukukunun yorumlamadan başka bir konuda yetkilendirilmemiş olmasının ancak "tarafların sözleşmenin yorumlanmasının dışındaki konularda anlaşmaya varamadığı ve Anlaşma'da esasa uygulanacak hukuka ilişkin hiçbir seçimin yapılmadığı" şeklinde yorumlanabileceğine kanaat getirmiştir[1241]. Tarafların seçiminin yokluğunda uygulanacak hukuku belirleme görevinin kendisine düştüğünü belirten tahkim heyeti, sözleşmenin milletlerarası karakteri ve taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin

---

[1237] **El Kosheri**, s. 310-311; **Chukwumerije**, s. 160.

[1238] *Amoco v. Iran*, Award, para. 169.

[1239] *Mobil v. Iran*, Award, para. 59.

[1240] *Ibid.*, para. 76-79.

[1241] *Ibid.*, para. 80.

karmaşıklığı nedeniyle taraflardan birinin hukukunun uygulanmasının doğru olmayacağını belirtmiş ve daha önceki petrol tahkimlerinde yapılan yorumları esas alarak "ticaret hukuk ile milletlerarası hukukun genel ilkelerini" uygulamaya karar vermiştir[1242]. Burada tahkim heyetinin yaptığı yorum kanaatimizce pek çok yönden sıkıntılıdır. Öncelikle, bir sözleşmenin belirli bir hukuka göre yorumlanıp bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların ise başka bir hukuka göre çözülmesi hayatın olağan akışına ve genel sözleşme tatbikatına aykırı olacağından, tarafların sözleşmeyi yorumlamak üzere belirli bir hukuku yetkili kılmış olmalarının aynı hukukun uyuşmazlıklarda da uygulanacağı yönünde güçlü bir karine teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Tahkim heyetinin ilgili sözleşme hükmünü yorumlarken sanki bu hükmün ilk cümlesi hiç yokmuş gibi davranıp burada bir hukuk boşluğu olduğuna hükmetmesi, bu boşluğu doldurmak üzere de (tarafların bir cümle önce belirtmiş oldukları bir hukuk sistemi dururken) uyuşmazlık konusu sözleşmeden çok farklı sözleşmeler üzerine karar vermiş olan tahkim heyetlerinin yorumlarını esas almasını kabul etmek mümkün değildir[1243].

d. Milletlerarası Tahkim Kaydı

Doktrinde milletlerarasılaşmayı savunan yazarlar, yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için nötr bir forum olarak bir milletlerarası tahkim heyetinin yetkilendirilmesinin tarafların sözleşme ilişkisini ev sahibi devlet hukukunun dışına taşıma amaçlarının bir göstergesi olduğunu ve dolayısıyla bunun bir milletlerarasılaşma gerekçesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir[1244]. *Sapphire* kararında hakem *Cavin*, tahkim yerinin önceden belli olmaması nedeniyle tarafların niyetinin sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim

---

[1242] *Ibid.*, para. 81.

[1243] Nitekim, *Mobil* tahkim heyeti tarafından atıf yapılan *Liamco* ve *Topco* kararlarında esas alınan hukuk seçimi kayıtlarında (*Mobil*'deki sözleşme hükmünden farklı olarak) ev sahibi devlet hukukunun yanında milletlerarası hukuka da açıkça atıfta bulunulmuş olması tartışma konusu olmuş; *Aminoil* kararında ise (yine *Mobil*'deki sözleşmede olmayan) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun kararlaştırılmasında aralarındaki ilişkinin "milletler ötesi niteliğinin" göz önünde bulundurulacağı yönündeki bir sözleşme hükmü tahkim heyetince esas alınmıştır. Bu kararlarda esas alınan sözleşme hükümleri ile *Mobil* kararındaki sözleşme hükmü arasındaki farklar düşünüldüğünde, doğrudan önceki kararlarda benimsenen yorumun *Mobil* heyetince de benimsenmesinin dayanağı izaha muhtaç kalmaktadır.

[1244] **Verdross**, "Sicherung", s. 642-643; **Bourquin**, "Arbitration", s. 867; **Weil**, "Problèmes", s.

yerinin hukuku olması yönünde olduğuna dair pozitif bir çıkarımda bulunulamayacağını, ancak tarafların nötr bir forumda tahkimi kabul etmekle ev sahibi devletin münhasıran uygulanmasını reddettikleri yönünde negatif bir çıkarımda bulunmamın mümkün olduğunu belirtmiştir[1245]. *Topco* davasının hakemi *Dupuy* ise daha da ileri giderek tarafların milletlerarası tahkim lehine yapmış oldukları yetki düzenlemesinin sözleşmeyi milletlerarası sözleşmeler hukuku düzenine yerleştirdiğinin (yani milletlerarasılaştırdığının) "sorgulanamaz" olduğunu öne sürmüştür[1246].

Öte yandan bu görüşün birkaç tahkim kararı ve milletlerarasılaşmayı savunan yazarların eserleri dışında fazlaca destek gördüğünü söylemek mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usulü tanımlamak üzere yapılmış anlaşma olduğu ve böyle bir düzenlemeden yola çıkılarak uygulanacak hukuka ilişkin çıkarımlar yapılmasının veya bu düzenlemeye devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin sonuçlar yüklenmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir[1247].

Milletlerarasılaşma savunucularının böyle bir çıkarımda bulunurken dayandıkları savlardan biri de, tarafların tahkim anlaşması yaparken milletlerarası tahkim heyetlerinin aşina olmadıkları bir hukuk sistemi olan ev sahibi devlet hukukunu uygulayacağını varsaymış olamayacaklarıdır. Fakat bugün itibariyle 160 devlet tarafından imzalanmış olan ICSID Sözleşmesi'nin 42(1) maddesinde tahkim heyetinin uygulayacağı hukuka ilişkin olarak ev sahibi devlet hukukuna da (milletlerarası hukuk ile birlikte) yer verilmesi dahi başlı başına böyle bir ön kabulün yerinde olmadığını ortaya koymaktadır. Milletlerarası tahkim heyetlerinin taraflarca önlerine getirilecek hukuki deliller ışığında ev sahibi devletin hukukunu uygulamaları mümkündür.

[1245] *Sapphire v. NIOC*, s. 172.

[1246] *Topco v. Libya*, Award, para. 44.

[1247] **Delaume**, "Comparative Analysis", s. 586-587; **Schachter**, *International Law*, s. 309; **Chukwumerije**, s. 159.

e. İstikrar Kayıtları

Bazı yazarlara göre, istikrar kaydı içeren yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet hukukuna tabi kılınması halinde devletin kendi iç hukukunda yaptığı değişikliklerle bu kayıtları hükümsüz kılması mümkün olacağından, istikrar kayıtlarına amacına uygun biçimde etki tanınabilmesi ancak bunları içeren sözleşmelerin ev sahibi devlet hukukunun dışına çıktığının kabulü halinde mümkün olacaktır[1248]. Bir yabancı yatırım sözleşmesine normal koşullarda uygulanacak hukukun ev sahibi devlet hukuku olduğu tespit edilse dahi, istikrar kaydına etki tanınması ile artık uygulanacak hukuk ev sahibi devletin hukuku olmaktan çıkmakta, bunun yerine sözleşmenin tabi olduğu hukuk, ev sahibi devlet hukukunun belirli bir tarihte sabitlenmiş kurallarının sözleşmeye dahil edilmesi ile ortaya çıkan *sui generis* bir hukuk sistemi haline gelmektedir[1249]. Benzer bir yaklaşım *Topco* kararında da benimsenmiş ve istikrar kayıtlarının sözleşmeyi milletlerarasılaştırma etkisine sahip olduğu kabul edilmiştir[1250].

Öte yandan, karşı görüşte olan bazı yazarlar ise bir sözleşmede istikrar kaydı bulunmasının evleviyetle o sözleşmenin ev sahibi devlet hukukuna tabi olduğu anlamına geldiğini belirtmektedirler[1251]. Bu görüşe göre, istikrar kayıtlarının sözleşmeyi milletlerarasılaştırma etkisine sahip olduğunun kabul edilmesi halinde, zaten terk edilmiş olan bir hukukun (ev sahibi devlet hukukunun) istikrarının sağlanması gibi anlamsız bir durum ile karşı karşıya kalınacaktır[1252].

Ayrıca, Latin Amerika'da 1990'larda imzalanan hukuki istikrar anlaşmalarını inceleyen ICSID tahkim heyetlerinin bunları ev sahibi devletin iç hukukuna tabi sözleşmeler olarak kabul etmeleri ve o devletin borçlar hukuku hükümlerine göre

---

[1248] **Mayer**, "La neutralisation", s. 34-36; **Leben**, "L'évolution", s. 638.

[1249] **Leben**, "La théorie", s. 249-250.

[1250] *Topco v. Libya*, Award, para. 45.

[1251] **El-Kosheri**, s. 311-312; **Riad**, s. 203-204.

[1252] **Riad**, *ibid.*

yorumlamaları da istikrar kayıtlarının ev sahibi devlet hukuku içinde var olamayacağı tezinin artık kabul görmediği şeklinde anlaşılabilir[1253].

f. Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları ve Yatırım Tahkimi Sisteminin Etkisi

Milletlerarası yatırım antlaşmaları ve yatırım tahkimi (özellikle de ICSID) sisteminin milletlerarasılaşma teorisi üzerindeki etkileri de tartışmalıdır. Kimileri yatırımcıların sözleşme dışındaki hukuki yollara başvurarak hakkını aramasına imkan sağlayan bu yeni sistem ile birlikte milletlerarasılaşma teorisine duyulan ihtiyacın (eğer böyle bir ihtiyaç önceden var idiyse) ortadan kalktığını savunurken; kimileri ise milletlerarası yatırım hukuku sisteminin içindeki birtakım unsurların da milletlerarasılaşma teorisini desteklediği görüşündedir. Bu bağlamda özellikle tartışma konusu olan iki konu, ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'de kabul edilen düzenleme ve yatırım antlaşmalarında yer alan şemsiye hükümleridir.

i. ICSID Sözleşmesi m. 42(1)

Milletlerarasılaşma teorisini savunan bazı yazarlar, ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'de[1254] milletlerarası hukuka atıf yapılması ile yabancı yatırım sözleşmelerinin ihlalinin milletlerarası hukuka aykırı olduğu ilkesinin benimsenmiş olduğunu ve bu durumun milletlerarasılaşma teorisini destekleyen önemli bir gelişme olduğunu savunmuşlardır[1255]. Madde 42(1) hükmü ile birlikte yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası hukuka tabi kılınıp kılınamayacağı sorusunun olumlu biçimde cevaplandırılmış olduğunu belirten *Delaume*, bu maddede kabul edilen temel ilkenin sadece yabancı yatırım sözleşmeleri ile sınırlı kalmayarak devletlerin taraf olduğu

---

[1253] *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18.08.2008, para. 41; *Aguaytia v. Peru*, Award, para. 77.

[1254] ICSID Sözleşmesi, m. 42(1): *"Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunun (Kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır"*

[1255] **Weil**, "Problémes", s. 173-174; **Leben**, "L'évolution", s. 642-643.

her türlü sözleşmelerde uygulanacak daha genel nitelikli bir ilkeyi yansıttığını ifade etmiştir[1256].

ICC nezdinde görülen *SPP v. Egypt* tahkiminde uygulanacak hukuk konusunu inceleyen tahkim heyeti, *Delaume*'nin yukarıda belirtilen görüşlerine atıfta bulunarak ICSID m. 42(1) hükmünün genel bir ilkeyi ifade ettiğini ve ICSID tahkimleri dışında da dikkate alınabileceğini kabul etmiş; bu nedenle de sözleşmenin tabi olduğu hukukun Mısır hukuku olduğunu tespit etmesine rağmen Mısır hukukunun ancak milletlerarası hukukun kontrolü altında uygulanabileceğine hükmetmiştir[1257].

Bu yaklaşım iki noktada eleştiriye açıktır. Birincisi, ICSID Sözleşmesi sadece ICSID tahkimlerinde uygulanacak hükümleri düzenlemek amacıyla imzalanmış bir milletlerarası antlaşma olup bu antlaşmaya taraf olan devletler de burada yer alan hükümlerin (m. 42 dahil) kendileri bakımından uygulanmasını sadece ICSID nezdindeki tahkimlerde taraf olmaya rıza gösterdikleri ölçüde kabul etmektedirler. Dolayısıyla devletlerin belirli bir antlaşma çerçevesinde kabul ettikleri hükümlerin bu antlaşmanın uygulama alanı dışında kalan durumlarda uygulanması mümkün değildir[1258].

İkinci olarak, yukarıda atıf yapılan yazarlar madde 42(1) hükmünü ele alırken adeta hükmünün ikinci cümlesini incelerken adeta bu cümlenin ilk kısmını (*"Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunun [...] uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır"*) görmezden gelerek sadece bundan sonra milletlerarası hukuka yapılan atfı dikkate almaktadırlar. Oysa aynı maddede ev sahibi devletin hukukuna da atıfta bulunulmuş ve bu iki hukuk sisteminden herhangi birine üstünlük tanınmaksızın uyuşmazlığın uygun kısımlarına bunlardan birinin veya diğerinin uygulanması konusunda takdir yetkisi hakemlere bırakılmıştır. Örneğin *AGIP v. Madagascar* uyuşmazlığına bakan başka bir ICC tahkim heyeti de ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'e atıfta bulunarak aynı maddenin ev sahibi devlet hukukuna atıf yapan kısmını dikkate almış ve sözleşmenin bu hukuka

[1256] **Delaume**, "State Contracts", s. 786.

[1257] **SPP v. Egypt**, Award (ICC), para. 49.

[1258] **Chukwumerije**, s. 161.

tabi olduğu yönünde karar vermiştir[1259]. Dolayısıyla madde 42(1)'de hem ev sahibi devlet hukuku hem de milletlerarası hukuka atıf yapılmış olması ile ICSID Sözleşmesi aslında yabancı yatırım sözleşmelerinin bunlardan hangisine tabi olması gerektiği konusunda yıllardır devam eden tartışmalarda herhangi bir tarafı tercih etmiş olmamakta, her iki ihtimale de imkan tanıyarak seçimi yine (eskiden olduğu gibi) hakemlere bırakmaktadır.

ii. Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları ve Şemsiye Hükümleri

Milletlerarası yatırım antlaşmalarının da yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarasılaşması sürecini destekleyen başka bir unsur olduğu öne sürülmüştür. *Weil*'e göre, bir yabancı yatırım sözleşmesi ev sahibi devletin hukukuna tabi kılınmış olsa dahi, ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasında bir YKTK anlaşması bulunması halinde bu sözleşmenin devlet tarafından ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda nihai olarak yetkili milletlerarası hukuk yetkili kılınacaktır[1260].

Bu noktada, yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan taleplerin yatırım antlaşması kapsamına alınmasının her zaman mümkün olmadığının altını çizmek gerekir[1261]. Buna imkan veren durumlardan birinin söz konusu olması halinde akdi taleplerini de yatırım tahkimi kapsamında dermeyan edebilmesi mümkün olacak ve hakemler de uyuşmazlığın esasına milletlerarası hukukun uygulanmasına karar verdikleri ölçüde bu talepleri milletlerarası hukuka göre değerlendireceklerdir. Ancak bu durumda dahi sözleşmenin klasik anlamda milletlerarasılaşmasından söz etmek mümkün değildir.

Devletin yatırım antlaşmasında beyan ettiği tahkim rızasının yabancı yatırım sözleşmelerini de kapsayacak şekilde geniş olmaması halinde yatırımcının akdi taleplerini yatırım tahkiminde doğrudan dermeyan etmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, devletin sözleşmeye aykırı eylemlerinin antlaşma hükümlerinden birine (örneğin tazminatsız kamulaştırma yasağı veya adil ve hakkaniyetli muamele)

[1259] Kararın ilgili kısmı için bkz. **El Chiati**, s. 129.

[1260] **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 411-412.

[1261] Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda s. 211 vd.

aykırılık teşkil edip etmediği konusunda hakemler milletlerarası hukuka göre karar vereceklerdir. Fakat bu da yeni bir uygulama değildir. Yatırım antlaşmaları çıkmadan önce de diplomatik koruma uygulaması kapsamında aynı yaklaşım benimsenmiş ve devletlerin yabancılarla aralarındaki sözleşmelere aykırı davranışlarının belirli bir antlaşmadan (örneğin bir dostluk, ticaret ve seyrüsefer antlaşmasından) veya milletlerarası teamül hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği sorusuna milletlerarası hukuka göre cevap verileceği kabul edilmiştir. Bu durumu önceden de bir milletlerarasılaşma sebebi olarak kabul etmeyen çoğunluk görüşü bakımından yatırım antlaşmalarının ortaya çıkışı bir değişiklik yaratmamıştır.

Devletin yatırım antlaşmasında beyan ettiği tahkim rızasının yabancı yatırım sözleşmelerini de kapsaması halinde yatırımcının bu sözleşmelerin ihlaline ilişkin talepleri doğrudan yatırım tahkiminde dermeyan etme imkanı olacaktır. Fakat bu durumda da sözleşmenin doğrudan milletlerarası hukuka tabi hale geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Zira, *Vivendi* iptal kararında *ad hoc* komitenin ifadesiyle, *"YKTK anlaşmasının ihlalinin söz konusu olup olmadığı ile sözleşmenin ihlalinin söz konusu olup olmadığı farklı sorulardır. Bu taleplerin her biri için kendi tabi olduğu veya kendisine uygulanacak hukuka – yani YKTK anlaşmasına ilişkin konularda milletlerarası hukuka, İmtiyaz Sözleşmesine ilişkin konularda ise sözleşmenin tabi olduğu hukuk olan Tucumán eyaleti hukukuna – göre karar verilecektir."*[1262]

Yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan taleplerin yatırım tahkiminde dermeyanına olanak sağlayan diğer bir yöntem olan şemsiye hükümlerinin sözleşmelerin milletlerarasılaşmasına etkisi de ayrıca tartışılmıştır. *Topco* tahkiminde, 1803 sayılı BM Genel Kurul kararında yer alan şemsiye hükmü benzeri bir hükmün[1263] *"devletlerle yabancı özel teşebbüsler arasında imzalanan anlaşmaları devletler arasında imzalanan anlaşmalar ile aynı statüye getirdiği"* yorumu yapılmış olmakla birlikte[1264], BM Genel Kurul kararlarının bağlayıcı etkisinin olmaması nedeniyle bu maddenin yabancı yatırım sözleşmeleri üzerinde

[1262] *Vivendi v. Argentina*, Annulment, para. 96. (Yaz. Çev.)

[1263] Madde 8: *"Egemen Devletler tarafından veya onlar arasında serbestçe yapılan yabancı yatırım anlaşmalarına iyi niyetle riayet edilecektir […]"*

[1264] *Topco v. Libya*, Award, para. 68. (Yaz. Çev.)

genel nitelikli bir uygulaması olmamıştır. *Weil*'e göre ise, yatırım antlaşmalarının ortaya çıkışından önce dahi yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet hukukuna tabi olduğu dogmasının istisnası olarak kabul edilen şemsiye anlaşmaları artık günümüzde yatırım antlaşmaları çerçevesinde kural haline gelmektedir[1265].

Öncelikle, tüm YKTK anlaşmalarının yaklaşık %40'ında şemsiye hükümlerinin yer aldığını[1266] göz önünde bulundurarak bunların "kural" haline geldiğini belirtmek konusunda temkinli olmak gerektiğini belirtmekte fayda vardır. Öte yandan, tahkim heyetleri tarafından şemsiye hükümleri hakkında verilen kararlarda benimsenen yaklaşımlar incelendiğinde bunların "milletlerarasılaşma" sonucuna yol açacağı görüşünün azınlıkta olduğu görülmektedir[1267]. Bu görüşün açıkça benimsendiği tek karar olan *Noble Ventures v. Romania*'da, yatırım antlaşmasında şemsiye hükmüne yer verilmiş olması halinde "sözleşme ihlalinin 'milletlerarasılaşmış' olacağı, yani bir antlaşma ihlaline dönüşeceği" belirtilmiştir[1268]. Bununla birlikte, *SGS v. Pakistan* kararını takip eden bazı kararlarda şemsiye hükümlerinin uygulanması ile alelade akdi taleplerin yatırım tahkiminde dermeyan edilebileceği sonucu tümden reddedilmiş; *SGS v. Philippines* kararını takip eden karşı görüşteki kararlarda ise (*Noble Ventures* heyetinin görüşlerinin aksine) şemsiye hükümlerinin akdi taleplerin niteliğinde bir değişiklik yaratmayacağı ve devletin sözleşmeye aykırı eylemde bulunması halinde yatırımcının doğrudan bu sözleşmeye aykırılığı değil, ancak şemsiye hükmüne (yani bir yatırım antlaşması hükmüne) aykırılığı yatırım tahkiminde öne sürebileceği kabul edilmiştir[1269].

Şemsiye hükümlerine ilişkin bu ayrımın en net biçimde gözlemlenebildiği kararlardan biri *MTD v. Chile*'dir[1270]. Malezyalı yatırımcının (MTD) emlak sektörüne yapılacak yatırımlarla ilgili devletle imzaladığı sözleşmede hukuk seçimi

---

[1265] **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 412.

[1266] **Yannaca-Small**, "Umbrella Clause", s. 483.

[1267] Bu konudaki incelemeler için bkz. yukarıda s. 218 vd.

[1268] *Noble Ventures v. Romania*, Award, para. 54.

[1269] Bu yaklaşımların ayrıştırılması için bkz. **Brownlie / Crawford**, s. 631.

[1270] *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.05.2004, 44 ILM 91 (2005), 12 ICSID Rep. 6.

kaydı bulunmadığından bu durum tartışma konusu olmuştur. Malezya-Şili YKTK Anlaşması'nda şemsiye hükmü bulunmamasına rağmen, yatırımcı en çok gözetilen ulus (MFN) kaydının uygulanması ile Danimarka-Şili YKTK Anlaşması'ndaki şemsiye hükmünün ithal edilmesi gerektiğini ve bu hükme göre devletle aralarındaki yabancı yatırım sözleşmesinin "milletlerarasılaşmış" olacağını iddia etmiş[1271]; devlet ise ICSID Sözleşmesi m. 42(1) çerçevesinde sözleşmeye Şili hukukunun uygulanması gerektiğini savunmuştur[1272]. Tahkim heyeti ise, yatırımcının şemsiye hükmünün ithal edilmesine ilişkin talebini kabul etmekle birlikte bu hükmün sözleşmeyi milletlerarasılaştıracağı iddiasını kabul etmemiş; şemsiye hükmüne aykırılığın sonuçlarının milletlerarası hukuka göre belirleneceğine, ancak şemsiye hükmünün ihlaline yol açan bir sözleşme ihlalinin var olup olmadığının sözleşmenin tabi olduğu hukuk olan Şili hukukuna göre belirleneceğine hükmetmiştir[1273].

5. Milletlerarasılaşma Teorisi Kapsamında Uygulanması Önerilen Hukuk Sistemleri

Milletlerarasılaşma teorisi veya bunun çeşitli türevlerini kabul eden hukukçuların üzerinde ittifak ettikleri nokta, bu teoriye etki tanınması ile yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletin hukuk düzeninin dışına çıkarıldığıdır. Bununla birlikte, milletlerarasılaşmış bir sözleşmenin artık hangi hukuk sistemine tabi olması gerektiği konusunda doktrin ve içtihatlarda görüş birliği yoktur. Bu konuda savunulan beş temel yaklaşım aşağıda incelenecektir.

a. Milletlerarası Hukuk

Milletlerarasılaşma teorisinin en yalın hali ile uygulanmasını savunan yazarlar, bu teorinin yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası hukuka tabi olması ve devlet tarafından gerçekleştirilen sözleşme ihlallerinin de milletlerarası hukuk ihlali

---

[1271] *Ibid.*, para. 86, 179.

[1272] *Ibid.*, para. 86, 183.

[1273] *Ibid.*, para. 187.

teşkil etmesi sonucunu doğuracağını belirtmişlerdir[1274]. *Weil*'e göre, yabancı yatırım sözleşmelerinin ağırlık merkezi devletler arası ekonomik ilişkilerde yer almakta ve bu nedenle bu tür sözleşmelerin hukuki temelini (*Grundlegung*) teşkil eden hukuk düzeni de milletlerarası hukuk olmalıdır[1275]. Sözleşmeye uygulanacak hukukun ancak bir "hukuk sistemi" olabileceği görüşünü savunan *Mann* ise, bir "hukuk sistemi" olmayan hukukun genel ilkeleri veya *lex mercatoria* gibi kuralların uygulanmasını uygun görmediğinden milletlerarasılaşmanın sadece (milli hukuk sistemleri dışındaki tek hukuk sistemi olan) milletlerarası hukukun uygulanması ile söz konusu olabileceğini belirtmiştir[1276].

Yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası hukuka tabi olduğu görüşüne karşı iki temel eleştiri getirilmiştir. Bunlardan birincisi, milletlerarası hukukta pozitivist doktrini benimseyen hukukçular tarafından getirilen yabancı yatırımcıların milletlerarası hukukun süjesi olma statüsüne sahip olmamaları nedeniyle bu hukuk düzeni altında kurulan hukuki ilişkilere taraf olma ehliyetlerinin de bulunmadığı ve dolayısıyla onların taraf olduğu sözleşmelerin milletlerarası hukuka hiçbir zaman tabi olamayacağı eleştirisidir[1277]. Pozitivist doktrin, 20. yüzyılın ortalarına kadar milletlerarası hukukta hakim görüş konumunda kalmış ve USAD'ın *Serbian Loans* ve *Brazilian Loans* kararlarında açık biçimde ifade bulmuştur[1278]. *Aramco* tahkiminde de (USAD kararına atıfla) bir tarafı özel hukuka tabi bir şirket olan sözleşmelerin milletlerarası hukuka tabi olamayacağı belirtilmiştir[1279].

2. Dünya Savaşı sonrasında insan hakları hukuku ve yatırım hukuku gibi alanlardaki gelişmeler ile milletlerarası hukukta sivil kişi ve kurumların da

---

[1274] **Mann**, "The Law Governing State Contracts", s. 19; **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 50; **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 406; **Leben**, "L'évolution", s. 639.

[1275] **Weil**, *ibid.*,

[1276] **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 44-45.

[1277] Pozitivist doktrinin tarihsel gelişimi için bkz. **M. Sornarajah**, "The Myth of International Contract Law", 15 JWTL 187 (1981), s. 195-198. Aynı yönde yakın tarihli kaynaklar için bkz. **Toope**, s. 87; **Chukwumerije**, s. 153.

[1278] *Serbian Loans*, Judgment, s. 41: "Devletlerin milletlerarası hukukun süjesi sıfatıyla imzaladıklarının dışındaki her türlü sözleşme bir milli hukukuna tabidir."

[1279] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 165.

erişebileceği forumların ortaya çıkmasıyla artık pozitivist görüşün eski gücünü yitirdiği belirtilmektedir[1280]. Milletlerarasılaşma teorisinin savunucuları da bu değişime dayanarak devletlerin normal olarak milletlerarası hukukun süjesi olmayan kişilere bu statüyü tanıyarak hukuki ilişkiye girmelerinin milletlerarası hukukta mümkün olduğunu ve milletlerarası hukuka tabi kılınan yabancı yatırım sözleşmelerinde de durumun benzer olduğunu ifade etmişlerdir[1281]. *Mann* ise USAD'ın 1929'da vermiş olduğu bir karara günümüzde hâlâ bu kadar büyük önem atfedilmesini eleştirerek Divan'ın o zaman hakim olan hukuki doktrine göre vermiş olduğu bir karar ile gelecekte milletlerarası hukukta ortaya çıkacak gelişme ve ilerlemeleri geriye çevirmek gibi bir amacının (veya yetkisinin) söz konusu olamayacağını belirtmiştir[1282]. Bununla birlikte, ne USAD'ın ne de daha sonra onun yerini alan UAD'nin bu konu ile ilgili bir daha karar vermemiş olmaları nedeniyle 1929'daki görüşün değişip değişmediğini görmek henüz mümkün olmamıştır. ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'de milletlerarası hukuka yapılan atfa dayanan *Weil* ise, milletlerarası hukukun yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanabilirliğine ilişkin var olan bütün şüphelerin bu hüküm ile ortadan kalkması gerektiğini belirtmiştir.[1283]

[1280] **Shaw**, s. 258-259. Bu görüş milletlerarasılaşma teorisine muhalif olan yazarlardan da kabul görmüştür. Bkz. **Sornarajah**, "The Myth", s. 196.

[1281] **Georg Schwarzenberger**, *The Protection of British Property Abroad*, Stevens, London 1952, s. 315; **Böckstiegel**, *Der Staat*, s. 368, 378 vd.; **Phocion Francescakis**, "Lueures sur le Droit International des Sociétés de Capitaux: L'Arrêt 'Barcelona' de la Cour Internationale de Justice", 59 RCDIP 609 (1970), s. 615; **Ignaz Seidl-Hohenveldern**, "Contrats entre Etats et Personnes Privées Etrangères: The Theory of Quasi-International and Partly International Agreements", 1975 RBDI 567, s. 570; **Francisco V. Garcia-Amador**, "State Responsibility in Case of Stabilization Clauses", 2 JTLP 23 (1993), s. 32; **Leben**, "L'évolution", s. 639.

Öte yandan hukuki ehliyet eksikliğinin tek taraflı tanıma ile giderilemeyeceği görüşü için bkz. **Uwe Kischel**, *State Contracts: völker-, schieds- und internationalprivatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts*, Boorberg, Stuttgart 1992.

Amerasinghe ise devletin özel hukuka tabi kişilere "sınırlı milletlerarası hukuki kişilik" tanıyarak onlarla sözleşme ilişkisine girebileceği savına pozitivist doktrinin klasik görüşlerinden farklı bir eleştiri getirmektedir. Yazara göre, yabancı yatırımcıya belirli bir sözleşme çerçevesinde milletlerarası hukuki kişilik tanınması halinde, devletin sözleşmeyi ihlal etmesi nasıl kendisinin milletlerarası sorumluluğunu doğuruyorsa sözleşmenin karşı tarafındaki yatırımcının ihlalinin de aynı şekilde yatırımcının milletlerarası sorumluluğuna yol açması gerekecektir. Milletlerarası hukukun mevcut pratiğinde ise böyle bir sorumluluğu işletecek mekanizmalar mevcut değildir. Bkz. **Amerasinghe**, "Local Remedies", s. 129.

[1282] **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 47-48.

[1283] **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 409-410.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarası hukuka tabi kılınması görüşüne karşı gerek milletlerarasılaşma teorisi karşıtları gerekse bu teoriyi destekleyen bazı hukukçular tarafından yapılan ikinci temel eleştiri ise, milletlerarası hukukun esas olarak "milletlerin (devletlerin) arasındaki hukuk" (*jus inter gentes*) olması nedeniyle bu hukuk düzeninde milli hukuk düzenlerinde olduğu gibi sözleşme ilişkilerini düzenleyecek detaylı bir kurallar sistemi bulunmamasıdır[1284].

Bu eleştiriye karşı *Mann* tarafından verilen bir cevap, milletlerarası hukukta devletler arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri düzenlemek üzere yüzyıllardır süre gelen yerleşik kurallar bulunduğu ve bu kuralların kıyasen yabancı yatırım sözleşmeleri için de uygulanabileceğidir[1285]. Yine *Mann* tarafından verilen başka bir cevap, milletlerarası hukukun devletler arasında uygulanmak üzere geliştirilmiş bir hukuk olmasının bu hukukun devletlerle yabancı yatırımcılar arasındaki sözleşmelere uygulanmasına engel bir durum olmadığı, zira örneğin Fransız hukukunun da esas olarak Fransızlar arasında uygulanmak üzere geliştirilmiş bir hukuk olduğunu fakat Almanya Devleti ile bir Hollanda şirketi arasındaki sözleşmenin Fransız hukukuna tabi kılınmasının önünde bir engel bulunmadığıdır[1286]. *Seidl-Hohenveldern* ise, UAD Statüsü m. 38'e göre "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" (*general principles of law recognized by civilized nations*) de milletlerarası hukukun kaynakları arasında kabul edildiğinden, yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanacak kurallara ilişkin milletlerarası hukukta boşluklar bulunması halinde bu boşlukların milli hukuk sistemleri üzerinde yapılacak karşılaştırmalı incelemelerden elde edilecek genel ilkeler ile doldurulabileceğini ifade etmiştir[1287].

[1284] *USA (on behalf of Singer Sewing Machine Company) v. Republic of Turkey*, American-Turkish Claims Settlement (kararın ilgili kısmı için bkz. **Schwebel**, "Breach by a State", s. 430); **J.E.S. Fawcett**, "Legal Aspects of State Trading", 25 BYIL 34 (1948), s. 44-45, dn. 3; **Martin Wolff**, "Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in the Conflict of Laws", 35 TGS 143 (1949), s. 152; **Wolfgang Friedmann**, "Some Impacts of Social Organization on International Law", 50 AJIL 475 (1956), s. 484; **McNair**, "General Principles", s. 10; **El Kosheri / Riad**, s. 268; **Bowett**, "Claims", s. 936.

[1285] **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 44. Buna karşılık devletlerarası antlaşmalara uygulanmak üzere geliştirilmiş teamül ve kuralların da yabancı yatırım sözleşmelerinde ihtiyaç duyulan maddi hükümleri barındırmadığı eleştirisi yapılmıştır. Bkz. **Chukwumerije**, s. 162.

[1286] **F.A. Mann**, "Contrats entre Etats et Personnes Privées Etrangères: The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts Between States and Private Persons", 1975 RBDI 562, s. 564-565.

[1287] **Seidl-Hohenveldern**, s. 569. *Sornarajah* ise "hukukun genel ilkeleri" kavramının fazlasıyla muğlak ve içi doldurulması zor bir kavram olmasından ötürü böyle bir karşılaştırmalı incelemenin söz

Milletlerarası hukukun içerik bakımından yetersizliğine ilişkin eleştirilere karşı en sistematik ve kapsamlı savunma ise *Weil* tarafından gerçekleştirilmiştir. Milletlerarası hukukun yabancı yatırımlara ilişkin kapsamlı maddi kurallara sahip olmaması durumunun yatırım hukukunun milletlerarası hukukta yeni gelişen bir alan olması ile ilgili olduğu ve bu geçici sorunun da "gençlik gibi zamanın geçmesiyle ortadan kalkacağını" ifade eden *Weil*[1288], milletlerarası teamül hukuku altında gelişmekte olan bir "milletlerarası sözleşmeler hukuku" (*droit international des contrats*) bulunduğunu öne sürerek bu hukuk dalının yabancı yatırım sözleşmelerini düzenlemek ve yorumlamak için gerekli kural ve ilkeleri içerdiğini savunmuştur[1289]. Milletlerarası sözleşmeler hukukunun kaynaklarının milletlerarası hukukun kaynakları ile aynı olduğunu ifade eden *Weil*, bu yeni hukuk dalının ihtiyaç duyduğu kural ve ilkelerin, milletlerarası antlaşmalar (özellikle de yatırım antlaşmaları)[1290], teamül hukuku (özellikle petrol sözleşmeleri gibi belli sektörlerde ve belli sözleşme tiplerinde gelişen uygulamalar), hukukun genel ilkeleri[1291], mahkeme ve tahkim kararları (özellikle yabancı yatırım sözleşmelerine ve genel olarak yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklarda verilen kararlar) ve doktrinden sağlanabileceğini belirtmiştir[1292]. Milletlerarası hukuktan ithal edilebilecek ilkelere örnek olarak *pacta sunt servanda*, kazanılmış haklar, *rebus sic stantibus* ve doğal kaynaklar üzerindeki daimi egemenlik gibi kavramlar; milli hukuk sistemlerinden ithal edilebilecek ilkelere örnek olarak ise sebepsiz zenginleşme ve idari sözleşme (*contrat administratif*) kavramları gösterilmiştir[1293]. Milletlerarası sözleşmeler hukukunun

---

konusu incelemeyi gerçekleştiren hakemlerin öznel yaklaşım ve tercihlerine göre farklı sonuçlar vereceği gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. **Sornarajah**, *International Law*, s. 292.

[1288] **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 407.

[1289] Milletlerarası sözleşmeler hukuku ile ilgili genel olarak bkz. **Weil**, "Problémes", s. 189 vd.; **Weil**, "Droit international", s. 549 vd.

[1290] Örneğin YKTK anlaşmalarında genel olarak yer alan bazı hükümlerin sürekli tekrarlanmaları sonucunda milletlerarası teamül hukukunun parçası haline gelmelerinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Weil**, "Ménage Á Trois", s. 413.

[1291] Bunların tespitinde milli hukuk sistemlerinde benzer sözleşme tipleri için geliştirilen ilkelere (örneğin Fransız hukukundaki *contrat administratif* teorisi) başvurulabilecektir. Bkz. **Weil**, "Problémes", s. 193.

[1292] **Weil**, "Problémes", s. 196-198.

[1293] *Ibid.*, s. 199-204.

varlığı ve yabancı yatırım sözleşmelerinin bu hukuka tabi olduğu *Topco* kararında (*Weil* gibi Fransız olan ve aynı hukuk ekolünden gelen) hakem *Dupuy* tarafından da kabul edilmiştir[1294].

Milletlerarası teamül hukukunun bir parçası olarak geliştiği iddia edilen bu milletlerarası sözleşmeler hukuku kavramına getirilen temel eleştiri ise, teamül hukukunda yeni kuralların bu kadar kısa bir sürede ve dar bir çevrede gelişmesinin mümkün olmadığıdır[1295]. Evrensel bir teamül kuralının gelişiminden söz edebilmek için bu kuralın dünya çapında devletlerin büyük çoğunluğu tarafından uzun bir süre boyunca ve bağlayıcı bir kural olduğu kabul edilerek uygulanmış olması gereklidir[1296]. Büyük ölçüde bazı Batı Avrupalı ve Kuzey Amerikalı hukukçular tarafından dar bir çevrede ortaya konmuş akademik çalışmalar ve yine aynı hukukçuların dahil olduğu tahkim kararları ile geliştiği iddia edilen milletlerarası sözleşmeler hukuku kavramına karşı en başından itibaren gelişmekte olan ülkelerden istikrarlı biçimde muhalefet edilmiş olması nedeniyle bu hukukun evrensel nitelikli bir teamül kuralları sistemi haline dönüşmüş olmasının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir[1297]. Ayrıca, 2. Dünya Savaşı sonrasında gelişmeye başladığı iddia edilen milletlerarası sözleşmeler hukukunun (en azından *Weil*'in ilk kez gündeme getirdiği 1960'ların sonuna kadar) milletlerarası teamül hukukunun parçası olması için yeterli sürenin geçip geçmediği de tartışılabilir.

b. "Üçüncü" Hukuk Düzeni: Milletler Ötesi Hukuk

Milletlerarası hukukun (yukarıda sayılan nedenlerden ötürü) devletlerle yabancı yatırımcılar arasındaki ilişkileri düzenlemeye elverişli olmadığını düşünen bazı yazarlar bunun yerine yabancı yatırım sözleşmelerinin yine milli olmayan (*anational*) çeşitli hukuk düzenleri veya kurallar sistemlerine tabi olduğunu savunmuşlardır. Bunlardan bir tanesi, klasik olarak bilinen iki hukuk düzeninin (milli

---

[1294] *Topco v. Libya*, Award, para. 32.

[1295] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 223.

[1296] Milletlerarası teamüllerin gelişimiyle ilgili bkz. **Shaw**, s. 72 vd.; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, s. 104 vd.

[1297] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 223-224.

hukuk sistemleri ve milletlerarası hukuk) yanında "üçüncü hukuk düzeni" (*third legal order*, *tiers ordre juridique*)[1298] olduğu ifade edilen milletler ötesi (*transnational*) hukuktur.

Milletler ötesi hukuk kavramı ilk kez eski UAD hakimlerinden ABD'li hukukçu *Philip Jessup* tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: *"Milletler ötesi hukuk hem medeni hukuka hem de ceza hukukuna ilişkin unsurları içinde barındırır, bizim bildiğimiz anlamda milletlerarası umumi hukuk ve milletlerarası özel hukuku içerir ve milli hukuku da – hem kamu hem özel – kapsar. Milli veya milletlerarası bir mahkeme veya heyetin herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için mantık ve adalete en uygun kuralı tüm bu hukuk sistemlerinin içinden seçmemesi için hiçbir sebep yoktur. Seçimin herhangi bir ülkesellik, kişilik, vatandaşlık, ikametgah, yargı yetkisi, egemenlik veya başka bir başlık altında belirlenmesine, bunlar hukukun ve forumun mutlak ve nispi uygunluklarına* – lex conveniens *ve* forum conveniens – *ilişkin insani tecrübelerin makul yansımaları olmadığı sürece, gerek yoktur."*[1299]

Jessup'un görüşleri milletlerarasılaşma teorisini savunan bazı yazarlar tarafından kabul görmüş ve devletlerle yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek konusunda gerek milli hukuk sistemlerinin gerekse milletlerarası hukukun yetersiz kaldığı bazı durumlarda bir "ara durum" olarak kabul edilebilecek bu uyuşmazlıkların milletler ötesi hukuka tabi olması gerektiği ifade edilmiştir[1300].

Milletler ötesi hukuk kavramının sınırları ve içeriği tam olarak belli olmadığı ve çok geniş kapsamlı bir kurallar bütününü ifade ediyor olması nedeniyle tam anlamıyla tutarlı bir hukuk (veya kurallar) sistemi olduğundan söz edilemeyeceği yönünde eleştiriler getirilmiştir[1301]. Bu eleştirilere karşı milletler ötesi hukuku

---

[1298] Bu ifadenin kullanımı için bkz. **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 48.

[1299] **Jessup**, *Transnational Law*, s. 106-107. (Yaz. Çev.)

[1300] **Fatouros**, *Government Guarantees*, s. 283-284; **Pazarcı**, "Responsabilité Internationale", s. 374 vd.; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk*, s. 234.

[1301] **Riad**, *Applicable Law*, s. 128; **John Collier / Vaughan Lowe**, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 245; **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 261.

savunan hukukçular bu kavramın içini doldurmak için çalışmalarda bulunmuşlardır. Bu alanda en büyük çabayı harcayan yazarlardan biri olan *Lalive*, milletler ötesi hukukun ana bileşenleri olarak *lex mercatoria*, hukukun genel ilkeleri, ticari teamüller, tahkim içtihatları[1302] ve kıyas yöntemiyle elde edilecek diğer ilke ve kuralları belirtmiştir[1303]. *Gaillard* ise hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak genel ilkelerin tespitinde kullanılan "milletler ötesi kurallar yöntemi" (*transnational rules method*) hakkında açıklamalarda bulunarak, bu yöntemin UAD Statüsü m. 38'de yer alan hukukun genel ilkelerini ortaya çıkarmak için daha önce uygulananmış olan karşılaştırmalı yöntemlere benzer olduğunu ve dünya çapında hukuk sistemlerinin genelinde belirli bir yöndeki eğilimi tespit etme amacını taşıdığını ifade etmiştir[1304]. Ayrıca, son yıllarda ortaya çıkan AB hukuku gibi uluslar üstü hukuk sistemlerinin ticari ilişkileri düzenleyen kurallarının da milletler ötesi hukukun kapsamı dahilinde olduğu belirtilmiştir[1305].

Aminoil tahkiminde, tarafların tahkim anlaşmalarında uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemiş oldukları hükümde[1306] hem aralarındaki ilişkinin "milletler ötesi niteliği" hem de genel "hukuk ve teamül ilkeleri" göz önünde bulundurulması suretiyle hakemler tarafından tespit edileceğini belirtmiş olmalarına dayanan tahkim heyeti, uygulanacak hukuku belirlerken milletler ötesi nitelikli kurallar ile genel ilkeler gibi farklı kaynaklardan bir arada faydalanabileceğine hükmetmiş ve hukuki incelemelerini buna dayanarak yapmıştır[1307]. "Milletler ötesi hukuk" kavramını

[1302] Bu konuda sıklıkla atıf yapılan bir kararda şöyle denmektedir: "Tahkim heyetlerinin kararları kademeli bir biçimde daha sonrakiler tarafından dikkate alınması gereken içtihatlar oluşturmaktadır; zira bu içtihatlar ekonomik gerçekliklere dayanılarak oluşturulmuş olup uluslararası ticaretin gereklerine de uygundur. İlerleyen dönemlerde milletlerarası tahkime ilişkin geliştirilen kurallar da bu içtihatlara kayıtsız kalmamalıdır." Bkz. *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, Award, s. 136. (Yaz. Çev.)

[1303] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 234.

[1304] **Gaillard**, *Legal Theory*, s. 48-51.

[1305] **Aust**, s. 2.

[1306] "Taraflar arasındaki esasa ilişkin konuların tabi olduğu hukuk, tahkim heyeti tarafından, tarafların özelliklerinin, taraflar arasındaki ilişkilerin milletler ötesi niteliğinin ve modern dünyada hakim olan hukuk ve teamül ilkelerinin göz önünde bulundurulması suretiyle belirlenecektir." Bkz. *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 8. (Yaz. Çev.)

[1307] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 9-10.

açıkça kullanmamakla birlikte tahkim heyetinin bu konuda yaptığı tanımlamalar bu hukuk sistemini savunan hukukçuların yukarıda incelenen açıklamalarına uygundur.

c. Hukukun Genel İlkeleri

UAD Statüsü m. 38'de milletlerarası hukukun kaynakları arasında sayılan "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" (*general principles of law recognized by civilized nations*) de milletlerarasılaşma teorisini benimseyen yazarlar ve hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak sıklıkla başvurulan bir kavramdır. Hukukun genel ilkelerinin yabancı yatırım sözleşmelerine uygulanabileceği görüşünü güçlü biçimde savunan ilk yazar, milletlerarası hukukun sadece devletler arasında uygulanabileceğinden ötürü bu tür sözleşmeler için uygun olmadığını belirten *McNair* olmuştur[1308].

20. yüzyılın başlarından yaklaşık olarak 1960'lara kadar olan dönemde yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklara bakan hakemlerin, özellikle ev sahibi devletin iç hukukunun taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyecek derinliğe sahip olmadığına kanaat getirdikleri durumlarda, hukukun genel ilkelerine sıklıkla başvurdukları görülmüştür. Alkollü içkilerin üretim ve dağıtımına ilişkin bir imtiyazla ilgili *Société Rialet v. Gouvernement Éthiopien* tahkiminde hakemler, uyuşmazlığın Etiyopya idare hukukuna göre karara bağlanmasına karar verdikten sonra Etiyopya'da idare hukuku bulunmaması nedeniyle "genel olarak kabul görmüş hukuk ilkelerini" uygulamaya karar vermiş ve bu ilkeleri de Avrupa'daki farklı hukuk sistemlerinin incelenmesi ile elde etmişlerdir[1309]. *Petroleum Development v. Abu Dhabi* tahkiminde hakem *Lord Asquith*, sözleşmenin Abu Dabi hukukuna tabi olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, böyle bir hukukun "var olduğunun söylenemeyeceğini" belirterek "doğanın modern hukuku" (*modern law of nature*)[1310] adını verdiği ve "medeni ulusların çoğunluğu tarafından kabul edilen sağduyu ve

---

[1308] **McNair**, "General Principles", s. 10.

[1309] *Société Rialet v. Gouvernement Éthiopien*, Award, 15.01.1929, 8 TAM 742, s. 748-749.

[1310] Bu kavramın doğrudan Roma hukukundaki *jus gentium* kavramının karşılığı olduğu ve anlaşmanın koşullarına uygun hakkaniyet ilkeleri anlamına geldiği ifade edilmiştir. Bkz. **Geiger**, s. 82.

genel uygulamaların içinde kökleşmiş ilkeler" (*principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations*) olarak tanımladığı kuralları uygulamaya karar vermiştir[1311]. *Qatar v. International Marine Oil Co.* tahkiminde ise, yine uygulanacak hukukun Katar hukuku olduğunu tespit eden hakem, Katar'da uygulanan İslam hukukuna göre taraflar arasındaki sözleşmenin hükümsüz kalacağı gerekçesiyle tarafların iradesinin bu hukuku uygulamak olamayacağına kanaat getirmiş ve bunun yerine "adalet, hakkaniyet ve sağduyu ilkeleri" (*principles of justice, equity and good conscience*) üzerinden karar vereceğini belirtmiştir[1312]. *Aramco* tahkiminde hakemler – tarafların seçimi doğrultusunda – Suudi Arabistan hukukunun uygulanacağını kabul etmiş; ancak bu hukukun yorumlanması ve desteklenmesi için hukukun genel ilkeleri ve petrol endüstrisinin teamül ve uygulamaları gibi çeşitli ilke ve kurallara başvurulacağına karar vermiştir[1313]. *Sapphire* tahkiminde de (tahkim yeri) İsviçre'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun sözleşmenin imza ve ifa yeri olan İran hukuku olduğunu tespit eden hakem *Cavin*, buna karşılık çeşitli gerekçelerle[1314] bu hukukun uygulanmasının uygun olmadığına karar vererek hukukun genel ilkelerine ve tahkim heyetlerinin içtihatlarına göre karar vereceğini belirtmiştir[1315].

[1311] *Petroleum Development v. Abu Dhabi*, s. 149. Burada hakemin Abu Dabi hukukunu "*lex non conveniens*" olarak görmesi nedeniyle uygulamadığını belirten *Jessup* bu nedenle kararı desteklenmiştir (bkz. **Jessup**, *Transnational Law*, s. 82); fakat daha yakın tarihli kaynaklarda bu karar, taraflarca üzerinde anlaşılan sözleşme hükümlerinin yetersiz olması gerekçesiyle hakemlerin uygulanacak hukuka müdahale etme haklarının bulunmadığı belirtilerek eleştirilmiştir (bkz. **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 419).

[1312] *Qatar v. International Marine Oil Co.*, s. 545.

[1313] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 169.

[1314] Hakemin İran hukukunu uygulamamak için gösterdiği gerekçeler şunlardır: (i) Taraflardan birinin devlet, diğerinin ise özel hukuka tabi bir yabancı yatırımcı olması; (ii) Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tam olarak ticari ilişki olmaması ve kamusal nitelik taşıması; (iii) Yatırımcının başka bir ülkeye sermaye ve teknoloji getirerek büyük risk almasından ötürü bu yatırımının korunmasının gerekmesi ve İran hukukunun değiştirilmesi İran devletinin elinde olduğu için bu korumayı İran hukukunda bulamayacak olması. Bkz. *Sapphire v. NIOC*, s. 171.

Hakem tarafından hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının gerekçeleri olarak da şunlar gösterilmiştir: (i) Uyuşmazlığın tarafsız bir yerde ve tarafsız yöntemlerle belirlenen bir hakem tarafından karara bağlanacak olması; (ii) Taraflar arasındaki sözleşmenin bir maddesinde sözleşmenin "iyi niyet ve dürüstlük" kurallarına uygun olarak ifa edileceğinin belirtilmiş olması; (iii) Sözleşmenin başka bir maddesinde "mücbir sebep" (*force majeure*) kavramının milletlerarası hukuka göre tanımlanacağının düzenlenmiş olması; (iv) İran'ın aynı yıllarda başka şirketlerle imzaladığı benzer sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak hukukun genel ilkelerine atıf yapılmış olması. Bkz. *ibid.*, s. 172-174.

[1315] *Sapphire v. NIOC*, s. 175.

Son olarak, daha yakınlı bir ICC tahkimi olan *Deutsche Schachtbau v. Rakoil*'de tahkim heyeti, yalnızca uyuşmazlığa hukukun genel ilkelerini uygulayacağını belirtmekle kalmamış, aynı zamanda geçmiş yıllarda görülmüş petrol sektörüne ilişkin tahkimlerde buna benzer ilkelerin kabul edilmiş olması nedeniyle bu sonuca ulaşılacağının taraflarca bilindiğini ve tarafların zımni iradesinin bu yönde olduğunu da varsaymıştır[1316].

Bu kararlarda gelişmekte olan ülkelerinin hukuk düzenlerinin adeta hiçe sayılmış olması ve "medeni" ülkelerce kabul edilen ilkeler doğrultusunda neredeyse her durumda Batılı yatırımcılar lehine kararların verilmiş olması, gelişmekte olan ülkelerde milletlerarası tahkimin "Batılı" ve "haksız" bir sistem olduğu algısını yaratarak bu sisteme uzun süre boyunca olumsuz bir gözle bakılması sonucunu doğurmuştur[1317]. Bu tahkim kararları aynı zamanda milletlerarasılaşma teorisine karşı ideolojik temelli eleştirilerin ortaya çıkışının da zeminini hazırlamıştır. *Sornarajah*, klasik milletlerarası hukuk doktrinini değiştirmek adına bazı ünlü Avrupalı ve Kuzey Amerikalı hukukçular tarafından öne sürülen teorik tezlerin sonra yine aynı gruba mensup hukukçuların hakem veya taraf temsilcisi olarak katıldığı tahkim kararlarında (gelişmekte olan ülkelerin bu ilkelerin çoğunu kabul etmediğine aldırış edilmeksizin) "hukukun genel ilkeleri" başlığı altında uygulandığını ve daha sonra da benzer şekilde oluşturulmuş tahkim heyetlerinin birbirlerine yaptıkları atıflarla otoriter içtihatlar olarak kabul edilmeye başlandığını belirterek bu süreci eleştirmiştir[1318]. Sovyet hukukçusu *Tunkin* de benzer bir ideolojik yaklaşım ile "hukukun genel ilkeleri" kavramı ile burjuvanın hukuk sistemine ilişkin ilkelerin herkes üzerinde bağlayıcı kılınmak istendiğini belirtmiştir[1319].

Bu eleştiriler "hukukun genel ilkeleri"nin neler olduğu ve bunların hangi yöntemle belirleneceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Bu konuda detaylı

[1316] *Deutsche Schachtbau v. Rakoil*, para. 18-19. Bu varsayımın eleştirisi için bkz. **Chukwumerije**, s. 163.

[1317] **Emmanuel Gaillard**, "Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules", 10(2) ICSID Rev. – FILJ 208 (1995), s. 216; **Brower / Sharpe**, "Islamic World", s. 644-645.

[1318] **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 223-224, 260-261.

[1319] **G.I. Tunkin**, *Theory of International Law*, Allen and Unwin, London 1974, s. 190.

bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan *Akehurst*, dünyanın çeşitli yerlerindeki farklı hukuk anlayışları nedeniyle herhangi bir yerde (özellikle de Batıda) çok temel ilkeler olarak kabul edilen ilkelerin bile "genel ilkeler" olduğunun varsayılamayacağını ve her durumda bir ilkenin varlığının kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir[1320]. Bununla birlikte bir ilkenin genel ilke olarak kabul edilmesi için tüm hukuk sistemlerinde istisnasız olarak ve aynı şekilde kabul edilmesi gerekmeyeceği, hukuk sistemlerinin genelinde farklı isimler altında ve farklı koşullarla kabul edilen ilkelerin ortak paydalarının bulunması halinde bu ortak noktalardan genel ilkelere ulaşılabileceği ifade edilmiştir[1321]. *Mann* ise bu süreci kolaylaştırmak adına her somut olayda o uyuşmazlık ile yakından bağlantılı olan hukuk sistemleri arasında karşılaştırma yapılması ile bazı ortak ilkelerin tespit edilip uygulanmasının da mümkün olduğunu öne sürmüştür[1322]. UNCITRAL gibi uluslararası örgütlerin çalışmaları ile dünya çapında özel hukuka ilişkin belli konularda (örneğin CISG ile milletlerarası mal satımında, UNCITRAL Model Kanunu ile tahkim mevzuatında) yeknesaklaşma yönünde adımlar atılmasının sonucunda bazı alanlarda genel ilkelere ulaşılmasının artık kolaylaşmaya başladığı da ifade edilmiştir[1323].

Hukukun genel ilkelerinin bir hukuk sistemi olmaması ve sadece belirli konularla ilgili ilkeler içerip başka önemli konularla ilgili ilke ve kuralları barındırmamasından ötürü bunların teknik anlamda uygulanacak hukuk olarak belirlenemeyeceği, böyle bir seçimin yapılmış olması halinde ise bunun ancak tarafların söz konusu ilkeleri atıf (*incorporation*) yoluyla sözleşmelerine dahil ettikleri şeklinde kabul edilebileceği belirtilmiştir[1324]. Fakat Uluslararası Hukuk Enstitüsü karşı yönde bir görüşü benimseyerek 1979 Atina toplantısı karar metninde devletlerle yabancılar arasında imzalanan sözleşmelere uygulanmak üzere taraflarca

---

[1320] **Michael Akehurst**, "Equity and General Principles of Law", 25 ICLQ 801 (1976), s. 818.

[1321] **Fouchard / Gaillard / Goldman / Savage**, s. 816.

[1322] **Mann**, "The Law Governing State Contracts", s. 19. Fakat bu yöntemin her durumda farklı sonuçlar ortaya çıkaracak olması nedeniyle hukuki belirsizliğe yol açacağı ve uluslararası ticarette aranan tahmin edilebilirlik ve kesinliği sağlayamayacağı (**Wolff**, s. 152); ayrıca uyuşmazlık ile bağlantılı ikiden fazla hukuk sisteminin bulunması halinde yine oldukça karmaşık bir inceleme sürecinin gerekeceği ve her durumda elde edilen ilkelerin "genel" ilke olma statüsünden yoksun olacağı (**Chukwumerije**, s. 164) eleştirileri yapılmıştır.

[1323] **Chukwumerije**, s. 164.

[1324] **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 44; **Riad**, *Applicable Law*, s. 132.

belirlenebilecek hukuk sistemleri arasında hukukun genel ilkelerine de yer vermiştir[1325].

d. Lex Mercatoria

i. Genel Olarak

Klasik anlamıyla *lex mercatoria* Orta Çağ'da Avrupa ve çevresinde ticaret yapan tacirler arasında gelişen teamül ve uygulamaları ifade ederken, "yeni *lex mercatoria*" kavramı ise 20. yüzyılda yine uluslararası ticarette geçerli örf ve adetler ile bunları destekleyen başka milletler ötesi kaynaklar ekseninde geliştiği savunulan herhangi bir milli hukuk düzenine bağlı olmayan (*anational*) kurallar bütünü anlatmak üzere kullanılmaktadır[1326]. Bu kuralların milletler ötesi nitelikli uyuşmazlıklarda uygulanmasının milli hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan doğan karışıklıklar ve belirsizlikleri önlemek adına olumlu olabileceği belirtilmiştir[1327].

Lex mercatoria'nın taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanmasının söz konusu olabileceği farklı durumlar *Ayoğlu* tarafından şu şekilde sayılmıştır[1328]:

- Taraflarca seçilen maddi hukuk kuralları sıfatıyla uygulanma;
- *Voie directe* yöntemi çerçevesinde "uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı" sıfatıyla uygulanma;
- Sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk sistemi ile birlikte uygulanma;
- Sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk sisteminin ulaştığı çözümü teyit amacıyla kullanılma;
- Sözleşmenin tabi olduğu milli hukuk sistemini yorumlamak ve boşluklarını doldurmak amacıyla kullanılma;

[1325] **Institut de Droit International**, *The Proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person*, Athens 1979, Art. 2.

[1326] **Chukwumerije**, s. 110-111.

[1327] **Yves Fortier**, "The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back To The Future", 17(2) Arb. Int'l 121 (2001), s. 127.

[1328] **Tolga Ayoğlu**, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 85 vd.

- Hakemlerin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip oldukları hallerde uygulanma[1329].

Lex mercatoria kurallarının taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde bu seçime hakemlerce etki tanınması gerektiği ve genellikle de (en azından Avrupa'da) tanındığı ifade edilmektedir[1330]. Tartışmalı olan konu ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde *lex mercatoria*'nın hakemler tarafından uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır. *Lex mercatoria*'nın en güçlü savunucularından biri olan *Goldman*'a göre, hakemlerin uyuşmazlık konusu sözleşmenin milletler ötesi nitelikli olduğuna kanaat getirmeleri halinde herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmaksızın direk olarak *lex mercatoria*'yı uygulamaya karar vermeleri mümkün ve hatta gereklidir[1331]. Başka yazarlar ise uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet veya devlet teşekkülü olması ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun bu devletin hukuku olması durumunda hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulamasının yerinde olacağı görüşündedir[1332]. ICC kuralları altında görülen tahkimlerde tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulamalarının mümkün olduğu da ifade edilmiştir[1333].

Buna karşılık, *lex mercatoria*'nın içeriğinin muğlak olması ve kendi kendine yeten eksiksiz bir hukuk sistemi olmaması nedeniyle sözleşmelerde bir "hukuk sistemi" olarak uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde görüşler de vardır[1334].

[1329] Aynı yönde bkz. **Berthold Goldman**, *Lex Mercatoria*, Kluwer, Deventer 1983, s. 11-13.

[1330] **Ole Lando**, "The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration", 34 ICLQ 747 (1985), s. 747; **Ole Lando**, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", Julian D. M. Lew (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 101 vd., s. 104; **Mustill**, s. 98 (tarafların "hukukun genel ilkeleri" veya "uluslararası ticari teamüller" gibi kavramlara atıf yapmaları halinde de *lex mercatoria*'nın uygulanabileceğini belirtmektedir).

[1331] **Goldman**, "Nouvelles Réflexions", s. 252 vd.

[1332] **Mustill**, s. 99; **Peter Edward Nygh**, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, New York 1999, s. 192.

[1333] **Bishop / Dimitroff / Miles**, s. 658.

[1334] **Giardina**, "State Contracts", s. 155; **Paul Lagarde**, "Approche critique de la lex mercatoria," *Le Droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, Librairies Techniques, Paris 1982, s. 125 vd.; **Antoine Kassis**, *Théorie générale des usages du commerce: droit*

Benzer nedenlerle *lex mercatoria*'nın hukuk sistemi olarak uygulanması İngiliz hukukunda[1335] ve ICSID Sözleşmesi'nde[1336] de kabul edilmemiştir. Ayrıca hukukun genel ilkeleri kavramına getirilen (bu kavramların uluslararası sermayenin amaçlarına hizmet ettiğine ilişkin) ideolojik eleştirilerin benzerlerinin *lex mercatoria* için de getirildiği görülmektedir[1337].

Lex mercatoria'nın uygulanabilirliğini savunan yazarların bu kuralların belirlenebilir olduğunu göstermek üzere saydıkları kaynaklar arasında farklılıklar olduğu göze çarpmakla birlikte, tüm yazarlar tarafından kabul edilen kaynakların, (i) hukukun genel ilkeleri, (ii) uluslararası ticarette geçerli örf ve adetler ile yeknesak kurallar ve (iii) tahkim içtihatları olduğu görülmektedir[1338]. Bazı yazarlar bunların dışında milletlerarası hukukun da bu kaynaklardan biri olduğunu belirtmişlerdir[1339]. Aynı görüşü savunan yazarlar arasında bile sayılan kaynaklar bakımından yeknesaklığın bulunmaması bir bakıma *lex mercatoria*'nın içerik ve kapsam bakımından belirsizliğine ilişkin eleştirileri haklı çıkarır niteliktedir.

Lex mercatoria'nın kodifiye edilmesi ve somutlaştırılmasına ilişkin en önemli girişim kuşkusuz Unidroit İlkeleri'dir[1340]. Tarafların hukuk seçiminde *lex mercatoria*, "hukukun genel ilkeleri", "uluslararası ticarette geçerli örf ve adetler" gibi kavramlara atıfta bulunmaları halinde bunların bir derlemesi olarak Unidroit

---

comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria, LGDJ, Paris 1984, s. 584 vd. Karşı yönde bkz. **Goldman**, *Lex Mercatoria*, s. 19-23.

[1335] **F.A. Mann**, "England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration", 33 ICLQ 193 (1984), s. 196-197; *Amin Rasheed Shipping Co. v. Kuwait Insurance Co.*, House of Lords, 07.07.1983, [1984] AC 50, s. 60 (Lord Diplock).

[1336] **Delaume**, "Comparative Analysis", s. 591.

[1337] **Toope**, s. 96; **Sornarajah**, *Foreign Investment Disputes*, s. 249.

[1338] **Clive Schmitthoff**, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, Sweet & Maxwell, London 1981, s. 20; **Lando**, "*Lex Mercatoria*", s. 749-751; **Mustill**, s. 109; **Chukwumerije**, s 111-112.

[1339] **Mustill**, *ibid.*; **Lando**, *ibid.*

[1340] Unidroit Principles of International Commercial Contracts (2010). Çevrimiçi Erişim: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> [Son Erişim: 28.11.2015]

İlkeleri'nin uygulanması mümkün olduğu belirtilmiştir[1341]. Tahkim kararlarında da bu gibi durumlarda Unidroit İlkeleri'nin uygulandığı örneklere rastlamak mümkündür[1342].

ii. Sektörel *Lex Mercatoria*

Uluslararası ticaret dünyasında geliştiği varsayılan genel nitelikli kuralları içeren *lex mercatoria*'nın yanı sıra petrol ve inşaat gibi kendine has dinamikleri olan bazı sektörlerin de kendilerine has örf ve adetleri doğrultusunda birtakım sektörel *lex mercatoria* kuralları geliştirdiği iddia edilmiştir. Bunların içinde en yaygın olarak kullanılan ve kabul gören kavram kuşkusuz petrol sektörünün kendine has örf ve adetlerini yansıttığı kabul edilen *lex petrolea* kavramıdır.

Lex petrolea terimi ilk kez *Aminoil* tahkiminde Kuveyt Devleti tarafından kullanılmıştır. Kamulaştırma karşılığında Aminoil'e ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasında sadece "net defter değerinin" (*net book value*) dikkate alınması gerektiğini iddia eden Kuveyt, bu iddiasını 1970'lerde Orta Doğu'da petrol sektörüne ilişkin tahkimlerde bu yönde oluşan bir içtihadın varlığına dayandırmış ve bu içtihatlar ışığında petrol endüstrisinin teamül kurallarını ifade eden bir "*lex petrolea*"nın geliştiğini ifade etmiştir[1343]. *Lex petrolea* kavramının hukuk literatürüne

---

[1341] **Ayoğlu**, s. 211.

[1342] *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc.*, ICC Case No. 7365, Award, 05.05.1997 (Kararın özeti için bkz. http://www.unilex.info/case.cfm?id=653) (uygulanacak hukuk sözleşmede "İran hukuku" olarak belirlenmiş olmasına rağmen taraflar daha sonra tamamlayıcı olarak hukukun genel ilkeleri ile ticari örf ve adetlerin de uygulanmasına karar vermişlerdir); *ICC Case No. 8264*, Award, 1997 (Kararın özeti için bkz. http://www.unilex.info/case.cfm?id=658) (sözleşmede düzenlenen hukuk seçimi kaydı Cezayir hukukunun uygulanacağını, ancak tahkim heyetinin hukukun genel ilkeleri ile ticari örf ve adetleri de dikkate alacağını belirtmiştir); *Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative*, ICC Case No. 9797, Award, 28.07.2000 (Kararın özeti için bkz. http://www.unilex.info/case.cfm?id=668) (Unidroit İlkeleri'nin "milletlerarası tahkimde uygulanan milletlerarası ticaret hukuku ilkelerinin güvenilir bir kaynağı" olduğu ve kararlarda istikrarlı biçimde uygulandığı ifade edilmiştir); *Lausanne Chamber of Commerce*, Award, 25.01.2002 (Kararın özeti için bkz. http://www.unilex.info/case.cfm?id=863) (taraflar uygulanacak hukuku "uluslararası ticari sözleşmelere uygulanan genel ilkeler" olarak belirlemiştir); *ICC Case No. 12111*, Award, 06.01.2003 (Kararın özeti için bkz. http://www.unilex.info/case.cfm?id=956) (taraflar uygulanacak hukuku "milletlerarası hukuk" olarak belirlemiş; hakem de bunu *lex mercatoria* ve genel ilkelere atıf olarak kabul edip Unidroit İlkeleri'ni uygulamıştır).

[1343] *Kuwait v. Aminoil*, Award, para. 155.

gerçek anlamda girmesi ise 1998'de *Doak Bishop*'un bu kavram altında geçmiş 25 yılda yayınlanan petrol sektörüne ilişkin tahkim kararlarını inceleyerek bazı ortak kuralları ortaya koyması ile söz konusu olmuştur[1344]. Tahkim kararlarının yayınlanması ile petrol sektörüne ilişkin belirli konularda yeknesaklaşma sağlandığını belirten *Bishop*, *lex petrolea*'nın ilerleyen yıllarda milletlerarası hukukun bir alt dalı olmaya aday olduğu ifade etmiştir[1345].

İlerleyen yıllarda bu konuda yapılan çalışmalarda *lex petrolea*'nın kapsamının sözleşme öncesi sorumluluk gibi akdi konuların yanı sıra petrol şirketlerinin insan hakları ve çevreye karşı sorumluluklarını da içerecek şekilde genişlediği belirtilmiştir[1346]. Enerji (özellikle de petrol) sektöründeki bu özel gelişmeler sektörün uluslararası niteliğinden ve küresel düzeyde kabul gören teamüllerinden kaynaklanmaktadır[1347]. Petrol sektörünün uluslararası niteliğinin özellikle uluslararası petrol sözleşmelerinde ve çeşitli ülkelerin petrol mevzuatlarında "petrol endüstrisinde kabul edilen örf ve adetlere" yapılan atıflar[1348] ile çeşitli meslek örgütleri tarafından geliştirilmiş sektörün birikimini yansıtan ve uygulamada yaygın biçimde kullanılan tip sözleşmelerden[1349] anlaşılabileceği belirtilmiştir.

Lex petrolea terimi nispeten yeni türetilmiş bir terim olsa dahi kavramsal olarak daha köklü bir geçmişinin olduğunu tahkim kararlarından görmek mümkündür. 1958 tarihli *Aramco* kararında hakemler Suudi Arabistan hukukunu uygularken belirli konularda boşluk bulunması halinde bunların öncelikle "dünya

---

[1344] **R. Doak Bishop**, "International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*", 23 YCA 1131 (1998): Yazar *lex petrolea*'yı kamulaştırmaya ilişkin hükümler ve çeşitli sözleşme türlerine ilişkin özel hükümler dahil olmak üzere toplam yedi ana başlık altında incelemiştir.

[1345] *Ibid.*, s. 1207-1208.

[1346] **Thomas C.C. Childs**, "Update on *Lex Petrolea*: The continuing development of customary law relating to international oil and gas exploration and production", 4(3) JWELB 214 (2011); **Timothy Martin**, "*Lex Petrolea* in International Law", Ronnie King (ed.), *Dispute Resolution in the Energy Sector*, Globe Law and Business, London 2012, s. 95 vd.

[1347] **Talus / Looper / Otillar**, s. 182.

[1348] **Carmen Otero García-Castrillón**, "Reflections on the law applicable to international oil contracts", 6(2) JWELB 129 (2013), s. 145.

[1349] **Timothy Martin**, "Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry", 22(3) JENRL 281 (2004); **Timothy Martin / J. Jay Park**, "Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger", 3(1) JWELB 4 (2010).

çapında petrol endüstrisinde kabul edilen örf ve adetlere" başvurarak doldurulacağına hükmetmiş[1350]; 1982 tarihli *Deutsche Schachtbau v. Rakoil* kararında da hakemler tahkim kararları sonucunda ortaya çıkmış olan petrol imtiyazları ile ilgili ortak uygulamaları dikkate alacaklarını belirtmişlerdir[1351].

e. Sözleşmenin Otonom Bir Hukuk Sistemi Olarak Kabul Edilmesi: *Lex Contractus* ve *Contrat Sans Loi*

Milletlerarasılaşmayı savunan bazı yazarlar ise, yabancı yatırım sözleşmelerinde taraflarca özel olarak bir hukukun uygulanması kararlaştırılmadığı sürece sözleşmenin herhangi bir milli veya milletlerarası hukuka ya da kurallar sistemine tabi olmaksızın kendi içinde otonom bir hukuk sistemi teşkil ettiğini savunmuşlardır. Bu görüş doktrinde birkaç farklı kavram altında ifade edilmiştir.

Alman *Verdross* ile İsviçreli *Bourquin*'in öncülük ettiği "boşluk teorisi" (*vacuum theory*) olarak bilinen bir görüşe göre, sözleşme hukuki açıdan adeta bir boşlukta (hiçbir hukuk sisteminin kontrolüne tabi olmaksızın) varlığını sürdürmekte ve sadece kendi hükümlerinden oluşan *lex contractus* adı verilen *sui generis* bir hukuk sistemine tabi kılınmaktadır[1352].

Verdross, yabancı yatırım sözleşmelerinin alelade ticari sözleşmelerden olmadığını ve milletlerarası antlaşmalara benzer özellikler taşıdıklarını ifade ederek bunlara "milletlerarası antlaşma benzeri sözleşmeler" (*quasi-international agreements, quasi-völkerrechtlichen Verträge*) adını vermiş ve bu sözleşmelerin ortak özelliklerini şu şekilde saymıştır[1353]:

- Devlet ile yabancı kişi veya şirket arasında imzalanmaları ve hükümet veya parlamento tarafından onaylanmaları;

[1350] *Aramco v. Saudi Arabia*, s. 171.

[1351] *Deutsche Schachtbau v. Rakoil*, Award, para. 18.

[1352] **J.F. Lalive**, "Contrats", s. 997-998.

[1353] **Verdross**, "Sicherung", s. 639-643.

- Devletin idare hukukuna tabi olan ve geçerliliğini bu hukuktan alan alelade idari sözleşmelerin aksine, bu tür sözleşmelerin geçerliliğinin milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak *pacta sunt servanda* ilkesine dayanması[1354];
- Alelade idari sözleşmelerin içinde kuruldukları milli hukuk sistemine göre yorumlanmaları ve uygulanmaları gerekirken, bu tür sözleşmelerin taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi münhasıran düzenlemek üzere kendi bağımsız hukuk sistemlerini (*lex contractus*) teşkil etmeleri[1355];
- Alelade idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde devletin yargı organlarının yetkisi kabul edilirken, bu tür sözleşmelerde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne yönelik hükümler bulunmaktadır.

Verdross'un kullandığı "milletlerarası antlaşma benzeri sözleşmeler" terimini yerinde bulan *Bourquin* de, milletlerarası antlaşmaların aksine bu tür sözleşmelerde tarafların hukuki olarak eşit konumda olmadığını kabul etmekle birlikte böyle bir sözleşme ilişkisine girmekle tarafların birbirleriyle eşit koşullarda bir ilişkiyi sürdürmeyi kabul ettiklerini ve aralarındaki özel ilişkide eşitliğin artık kural haline geldiğini belirtmiştir[1356]. Bu teorinin kabul edilmesi halinde devletin kamulaştırma hakkının akıbetinin ne olacağı sorusuna ise *Verdross*'un cevabı, kamulaştırmanın da ancak sözleşmede (*lex contractus*'ta) buna açıkça izin verilmiş olması ve burada yazan koşullara uygun gerçekleştirilmesi durumunda mümkün olduğudur[1357].

Verdross ve *Bourquin*'in teorisinin daha yumuşak bir türevi *Pierre Mayer* tarafından "sözleşmesi olmayan hukuk" (*contract without law*, *contrat sans loi*) adı altında savunulmuştur. *Mayer*'in teorisinde yabancı yatırım sözleşmelerinin yine

---

[1354] Buna karşılık bu teoriyi eleştiren *Mann*, "*pactum*'un ne olduğu ve bunun ne zaman ve nasıl *servandum* olabileceği" sorularının ancak bu konularda derinlemesine düzenlemeler getiren bir hukuk sisteminin içinde mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bkz. **Mann**, "Theoretical Approach", s. 566.

[1355] Tarafların sözleşmede hukuk seçimi yapmış olmaları halinde bu hukuku (aksini belirtmedikleri sürece) *lex contractus*'taki boşlukları doldurmak üzere seçtiklerini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla seçilen hukukun kuralları atıf (*incorporation*) yoluyla sözleşmeye eklenmiş kabul edilecek ve bu hukukun emredici hükümleri dahi ancak *lex contractus* ile çelişmedikleri ölçüde uygulama alanı bulabilecektir. (s. 641)

[1356] **Bourquin**, "Arbitration", s. 862.

[1357] **Alfred Verdross**, "Quasi-International Agreements and International Economic Transactions", 18 YWA 230 (1964), s. 235 vd.

herhangi bir hukuk sistemine tabi olmadığı kabul edilmekle birlikte, hukukun genel ilkelerinden alınacak bazı kural ve ilkelerin bu tür sözleşmelere uyarlanması ile elde edilecek bazı milletler ötesi nitelikli kurallar uygulama alanı bulabilecektir[1358].

Bu teori doktrinde ve tahkim kararlarında fazla destek görmemiş ve sert biçimde eleştirilmiştir. *Aramco* tahkiminde bu teori davacı tarafından sözleşmenin tabi olduğu hukuka ilişkin savlar kapsamında öne sürülmüş, fakat tahkim heyeti şu ifadeyi kullanarak bu teoriyi kesin biçimde reddetmiştir: *"Şu kadarı açıktır ki hiçbir sözleşme boşlukta (in vacuo), yani herhangi bir hukuk sisteminin üzerine bina edilmeksizin, var olamaz. Sözleşmenin kurulması olgusu sadece tarafların mutlak iradesine bağlı olmayıp aynı zamanda tarafların karşılıklı ve birbirleri ile uyumlu irade beyanlarına hukuki sonuçlar yükleyen bir pozitif hukuk sistemiyle de ilişkili olmalıdır. İçerisinde var olacağı bir hukuk sistemi olmaksızın bir sözleşmenin tasavvur edilmesi dahi mümkün değildir. İnsan iradesi, ancak ve ancak üzerinde hüküm süren hukuk sisteminin bu gücü kendisine bahşetmesi halinde bir sözleşme ilişkisine hayat verebilir."*[1359]

Aynı görüşte olan *Mann* ise, her sözleşmenin kendi tabi olduğu hukuk sisteminin kamu düzenine (*ordre public*) ilişkin hükümlerine ve ayrıca milletlerarası hukukun emredici kurallarına (*jus cogens*) uygun olmasının zorunlu olduğunu, aksi bir durumda milletlerarası hukukun temel ilkelerine (örneğin temel insan haklarına) aykırı sözleşmeleri hükümsüz kılmanın imkansız hale geleceğini belirtmiştir[1360]. Öte yandan *Topco* kararında *contrat sans loi* teorisi bakımından bu tür sakıncaların söz konusu olmadığı, zira böyle nitelendirilen bir sözleşmenin dahi *lex mercatoria* ve hukukun genel ilkelerine tabi olmaya devam ettiği ifade edilmiştir[1361].

[1358] **Mayer**, "La neutralisation", s. 25.

[1359] *Saudi Arabia v. Aramco*, s. 165. (Yaz. Çev.) Aynı yönde bkz. *ICC Case No. 1512*, Second Preliminary Award, 14.01.1970, 5 YCA 174, s. 176; **Asante**, s. 406.

[1360] **Mann**, "Contracts Concluded by International Persons", s. 49-50 (yazarın kullandığı bir örnek, Nazi rejiminin insanlık dışı eylemlerini gerçekleştirmek için yabancı bir şirketle sözleşme imzalaması halinde bu teoriye göre böyle bir sözleşmeyi engellemenin mümkün olamayacağıdır).

[1361] *Topco v. Libya*, Award, para. 31.

Bu teoriye karşı bazı pratik eleştiriler de getirilmiştir. Bunların ilki, hiçbir sözleşmenin tamamıyla kendi kendine yetecek şekilde "her şeyi" düzenlemesinin mümkün olmadığı ve bunun için her sözleşmenin (içinde yer alan her kavramın tanımlarını içeren sözlüklerle birlikte) binlerce sayfa olması gerekeceğidir[1362]. Bu eleştiriye karşı *Verdross*'un cevabı tarafların *lex contractus*'taki boşlukları doldurmak üzere tali olarak uygulanacak bir hukuk sistemine atıfta bulunmalarının mümkün olduğudur[1363]; ancak tarafların böyle bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda ne olacağı yine belirsizdir[1364]. ICSID Sözleşmesi m. 42(2)'deki açık *non liquet* yasağı nedeniyle "hukuku olmayan" bir sözleşme ile karşılaşan bir ICSID tahkim heyetinin sözleşmede düzenlenmeyen bir durum bulunması halinde bunu m. 42(1)'e göre uygulanacak hukukun seçilmemiş olması şeklinde değerlendirmek zorunda kalacağı ifade edilmiştir[1365]. Ayrıca bu tür sözleşmelerin (ve bunlara ilişkin tahkim kararlarının) milli mahkemeler önünde icra sorunu yaşayacağı da belirtilmiştir[1366].

[1362] **Riad**, *Applicable Law*, s. 85; **Chukwumerije**, s. 150; **Nygh**, s. 172; **Begic**, s. 18-19.

[1363] **Verdross**, "Quasi-International Agreements", s. 230.

[1364] **Chukwumerije**, s. 151.

[1365] **Schreuer / Malintoppi / Reinisch / Sinclair**, s. 562-563.

[1366] **Chukwumerije**, s. 149; **Voss**, s. 32.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışma sonucunda ulaşabilecek ilk ve en temel sonuç, yabancı yatırım sözleşmeleri ile ilgili olarak, bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuk sistemi ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü başta olmak üzere pek çok konunun yüzyılı aşkın bir süredir tartışmalı olduğu ve gelecekte de tartışmalı olmaya devam edeceğidir. Devletlerin ekonomik kalkınmaları ve stratejik hedefleri için önemli araçlar olarak görülen yabancı yatırım sözleşmeleri ile ilgili hukuki tartışmaların ekonomik ve siyasi boyutlarının da sıklıkla ön plana çıkması kaçınılmazdır. Bu durum, farklı siyaset, ekonomi ve hukuk ekollerinden gelen hukukçuların yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan bazı temel tartışmalar üzerinde zıt kutuplarda yer almalarına yol açmıştır.

Bu durumda, bir yazarın yabancı yatırım sözleşmeleri ile ilgili yaptığı şu tespite katılmamak elde değildir: *"Kabul etmek gerekir ki, bütün sözleşmeler, bugünkü maddi koşullar üzerine kurulmuş olup geleceğin tahmin edilemez topraklarındaki ekonomik ve sosyal gerçeklikleri öngörmeyi amaçladıkları ölçüde içsel olarak istikrardan yoksun yapılardır. […] Bununla birlikte devlet sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerine nazaran daha da istikrarsız olmaya mahkumdurlar; zira bu sözleşmelerin iç dengesine karışan dışsal olayların kapsamına devletin kamusal nitelikli görevlerini yerine getirebilme kapasitesini teminat altına alma zorunluluğu ve genel olarak kamusal menfaatleri de girmektedir. Bazı devlet sözleşmelerinin – örneğin yeraltı kaynaklarının arama ve çıkarılmasına ilişkin olanların – devletin ekonomik refahı için merkezi öneme sahip olması ve bu nedenle de ekonomi politikasının ayrılmaz bir parçası olarak görülmesi de bu sözleşmelerle ilgili karmaşık olan durumu daha da karmaşık hale getirmektedir."*[1367]

Gerçekten de, özel hukuk kişileri arasında imzalanan ticari sözleşmelerde iki tarafın da amacı temelde aynı (kâr elde etmek) olduğundan bu tür sözleşmelerde tarafların karşılıklı çıkarlarını, bu çıkarların olası çatışma noktalarını ve bunlardan kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olası sorunları tespit etmek ve çözüme ulaştırmak nispeten daha kolaydır. Yabancı yatırım sözleşmelerinde ise bir

[1367] **Chukwumerije**, s. 164-165.

yanda (yatırımcı tarafında) yine klasik anlamda bir kâr elde etme amacından söz ederken, diğer yanda (devlet tarafında) bu amacın yanında yerel ekonomiye ve istihdama katkıda bulunmak, sürdürülebilir ekonomik büyüme ile kalkınmayı temin etmek ve egemenlik haklarını korumak gibi başka çıkarlar da söz konusudur. İki tarafın sözleşmeden beklediği temel çıkarların aynı düzlemde yer almaması gerçeği, yabancı yatırım sözleşmelerine ilişkin yapılagelen hukuki tartışmaları doğru biçimde algılamak ile bunlara ilişkin çıkarımlar yapabilmek için önemli bir başlangıç noktasıdır. Bu tartışmalar ve çıkarımları ise aşağıdaki gibi birkaç başlık altında özetlemek mümkündür.

- **Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişim süreci ve bunun bugünkü tartışmalar üzerindeki etkileri**

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel gelişim süreci incelendiğinde, öncelikle kolonyal dönemden başlamak gerekir. 19. yüzyıldan başlayarak yaklaşık olarak 20. yüzyılın ortasına kadar devam eden (ve bu çalışmada Klasik Dönem olarak adlandırılmış olan) bu dönemde, sanayileşmiş devletlerin sömürgeleştirdikleri (veya resmen sömürgeleştirmeseler de kontrol altına aldıkları) bölgeler üzerindeki siyasi hakimiyetlerinin çok güçlü olması, bu hakimiyetin ekonomik hayattaki yansıması olarak görülen yabancı yatırım sözleşmelerinin (o zamanki adıyla imtiyaz sözleşmelerinin) de fazlasıyla yatırımcı lehine hükümler içermesi sonucunu doğurmuştur. Bu dönemde yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim şartlarının düzenlenmesi sıklıkla rastlanan bir uygulama olmakla birlikte, pratikte yatırımcılar bu şartlara başvurmaya genellikle ihtiyaç duymamışlardır; zira yatırımcıların devletleri bu uyuşmazlıklara pek çok kez doğrudan müdahil olmuş ve milletlerarası umumi hukuktan kaynaklanan diplomatik koruma mekanizmalarının işletilmesi (çoğu zaman da "diplomatik" korumanın yanına ekonomik ve hatta askeri yaptırımların eklenmesi) ile bu uyuşmazlıklar çoğunlukla yatırımcılar lehine olacak şekilde çözüme bağlanmıştır. Bu dönemde görülen tahkim uygulaması ise genellikle sözleşmeye dayanan (ticari) tahkim heyetlerinin önünde değil, iki devlet arasındaki milletlerarası antlaşmaya dayanan toplu talep ve tazminat divanları karma tahkim heyetlerinin önünde cereyan etmiştir. Yetkisinin kaynağını milletlerarası hukuka dayandıran bu tahkim heyetleri de çoğu

zaman ev sahibi devletin hukuku yerine milletlerarası hukuk ilkelerini uygulamak suretiyle karar vermişlerdir.

Devletler ile yabancı devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan usul ve esasların sanayileşmiş devletler tarafından sistematik olarak kendilerinin lehine sonuçlar doğurmak üzere kurgulandığı eleştirisi daha Klasik Dönemde gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları tarafından öne sürülmeye başlanmıştır. Bu dönemde dünyanın büyük kısmı halen sanayileşmiş ülkelerin kolonyal hakimiyeti altında olduğundan, bu tür eleştiriler ilk olarak o dönemde siyasi bağımsızlığa sahip (ve gelişmekte olan) devletlerin yoğunlaştığı Latin Amerika'da ortaya çıkmıştır. Özellikle Arjantinli hukukçu *Carlos Calvo* tarafından geliştirilen ve onun adını alarak *Calvo Doktrini* olarak isimlendirilen muhalif doktrin, devletlerin egemen eşitliği ilkesi çerçevesinde diplomatik koruma uygulamasını reddetmiş; bir devletin kendi topraklarındaki yabancılarla arasındaki uyuşmazlıkların sadece o devletin mahkemelerinde ve o devletin hukukuna göre çözülebileceğini öne sürmüştür. Uygulamada "*Calvo* şartı" (*Calvo clause*) olarak bilinen bu tür hükümlere, önce Latin Amerika devletleri ve daha sonra dünyanın çeşitli yerlerinde bağımsızlıklarını kazanan devletler tarafından Anayasalarında, milli mevzuatlarında ve taraf oldukları yabancı yatırım sözleşmelerinde yer verildiği (ve hatta pek çok ülkede hâlâ yer verilmekte olduğu) görülmektedir.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin hukuki statüsüne ilişkin en ateşli tartışmalar İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra eski sömürgelerin bağımsızlıklarını kazanmaları ile ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada Post-Kolonyal Dönem olarak adlandırılmış olan bu dönemde, siyasi bağımsızlıklarının yanı sıra ekonomik bağımsızlıklarını da kazanmak isteyen devletler kolonyal dönemden kalan, sanayileşmiş ülkelerin yatırımcılarının lehine hükümler içeren ve çok uzun süreli olan imtiyaz sözleşmelerini hedef almışlardır. 1950'lerden 1970'lere kadar olan dönemde tüm gelişmekte olan ülkelerde topyekûn millileştirme veya kamulaştırma, devletin zorla hisse alması, anlaşma şartlarının yeniden müzakeresi gibi çeşitli yöntemlerin bir veya birkaçına başvurulmak suretiyle kolonyal dönemden kalan klasik imtiyaz sisteminin baştan aşağı değiştirildiği görülmüştür.

Klasik Dönem imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim şartları da Post-Kolonyal Dönemde fazlasıyla uygulama alanı bulmuş, petrol sözleşmeleri başta olmak üzere çeşitli imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan bazı "mega-tahkimler" bu dönemde yabancı yatırım sözleşmelerinin etrafında gerçekleşen hukuki tartışmaların kaynağını teşkil etmiştir. Klasik milletlerarası hukuk doktrininde (ve USAD içtihatlarında) kabul edilmiş olan yabancı yatırım sözleşmelerinin objektif olarak tabi olduğu hukuk sisteminin ev sahibi devlet hukuku olduğu ilkesi de bu dönemde tahkim heyetleri tarafından çeşitli gerekçelerle terk edilmiş ve uyuşmazlıkların esasına milletlerarası hukuk veya hukukun genel ilkelerinin uygulandığı görülmüştür. Daha sonra bazı Batılı hukukçular tarafından "milletlerarasılaşma teorisi" adı altında sistematikleştirilen bu uygulama ile klasik milletlerarası hukuk doktrini arasındaki çatışmalar halen devam etmektedir.

Öte yandan, sayıları yıllar ilerledikçe artan ve artık dünya çapında sayısal olarak büyük çoğunluk haline gelmiş olan gelişmekte olan ülkeler, siyasi hassasiyetleri doğrultusunda Klasik Dönemin yabancı yatırımlar alanındaki temel uyuşmazlık çözüm yolu olan diplomatik koruma sistemini reddetmişlerdir. Diplomatik koruma sisteminin artık özel şirketlerin uyuşmazlıklarından ötürü uluslararası siyasi krizlerle karşı karşıya kalmak istemeyen sanayileşmiş devletler ve bu sistemin verimsizliğinden şikayetçi olan yatırımcılar tarafından da rağbet görmez hale gelmiş olması ise değişimi kaçınılmaz hale getirilmiştir. Bu değişim, ilk olarak 1959 yılında Almanya ile Pakistan arasında imzalanan ve ilerleyen yıllarda dünya çağında hızla yayılan ikili yatırım antlaşmaları ile gerçekleşmiş; 1965'te imzalanan ICSID Sözleşmesi ise yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların doğrudan yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında çözülebilmesi için gerekli usuli altyapıyı tamamlamıştır.

Yabancı yatırım sözleşmelerin tabi olduğu hukuk sistemine ilişkin tartışmaları da yukarıda özetlenen tarihsel süreçten bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. 1950'lerden itibaren gelişmekte olan ülkelerde hız kazanan millileştirme hareketleri hukuki tartışmaların da kaynağını oluşturmuş; bir yanda sanayileşmiş ülkelerin hukukçuları ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi çerçevesinde devletlerin imtiyaz sözleşmelerinde üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmeleri gerektiğini savunurken, diğer yanda gelişmekte olan ülkelerin hukukçuları devletin doğal

kaynakları üzerindeki daimi egemenliği ilkesi çerçevesinde kamulaştırma hakkının üstünlüğünü savunmuşlardır. Klasik milletlerarası hukuk doktrinini değiştirme amacıyla ortaya çıkan ve bu tartışmaların temelini teşkil eden milletlerarasılaşma teorisinin de Fransa, Almanya, İsviçre ve İngiltere gibi sanayileşmiş ülkelerin hukukçuları (örneğin *Weil, Mayer, Dupuy, Leben, Böckstiegel, Verdross, Bourquin, Lalive, Mann* ve *McNair*) tarafından savunulması, buna karşılık gelişmekte olan ülkelerden gelen hukukçuların (örneğin *Aréchaga, El-Kosheri, Sornarajah, Amerasinghe* ve *Chukwumerije*) ise bu teoriye güçlü biçimde muhalefet ediyor olmaları da bu bakımdan şaşırtıcı değildir.

❖ Milletlerarasılaşma teorisi hakkında değerlendirmeler

Milletlerarasılaşma teorisinin hareket noktaları, yabancı yatırım sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafı olan devletin aynı anda "hem oyuncu hem de oyunun kurallarını koyan" konumunda olmasının önüne geçmek ve uzun süreli bir sözleşme ilişkisinin belirlenen sürenin sonuna kadar devam edeceği inancına dayanarak büyük ekonomik riskler almış olan yabancı yatırımcıların hukuki güvenlik ihtiyaçlarını karşılamaktır. Öncelikle bunların geçerli amaçlar olduğunu kabul etmek gerekir. Uluslararası yatırımcılar, gelişmekte olan ülkelerin ekonomik kalkınmalarını hızlandırmak ve sürdürmek ihtiyaç duyduğu en temel araçlar olan sermaye ve teknolojiyi elde etmenin en hızlı ve etkili yolunu bu ülkelere sunmaktadır. Fakat bu yatırımcıların yatırım yaptıkları devletler için siyasi ve stratejik açıdan çok önemli projeleri gerçekleştiriyor olmaları onların temelde her piyasa oyuncusu gibi kâr amacı ile hareket ettikleri gerçeğini değiştirmez. Gelişmekte olan ülkeler için hayati önem taşıyan yabancı yatırımların sürdürülebilir ve istikrarlı biçimde devam etmesi ise ancak yabancı yatırımcıların ekonomik ve hukuki açıdan kendilerini güvende hissettikleri bir yatırım ortamının tesis edilebilmesi halinde mümkündür. Zira bu projeler çok büyük miktarlarda ve uzun vadeli krediler (veya diğer finansman türleri) kullanılarak gerçekleştirilmekte ve bu kredilerin geri ödenmesi de projenin başta belirlenen süreler boyunca ve başta belirlenen miktarlarda gelir getirmeye devam edeceği varsayımına bağlanmaktadır. Dolayısıyla, yabancı yatırıma ihtiyaç duydukları zaman yatırımcıları çekmek için onlar tarafından talep edilen sözleşme koşullarını kabul eden devletlerin, daha sonra egemenlik haklarını keyfi ve ayrımcı biçimde kullanarak bu sözleşmelerin ekonomik ve hukuki dengelerini kendilerinin

lehine olacak şekilde değiştirmeleri kabul edilemez. Bu noktada hiçbir devletin milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak için kendi iç hukukuna dayanamayacağı ilkesi devreye girmeli ve devletlerin milletlerarası hukuka aykırı davranışlarından ötürü sorumlu tutulmaları sağlanmalıdır.

Milletlerarasılaşma teorisinin hareket noktalarındaki haklılığı kabul etmekle birlikte, 1950'lerden itibaren doktrinde ve bazı tahkim kararlarında bu teorinin savunulduğu ve uygulandığı halini de bütünüyle kabul etmek mümkün değildir. Eleştirel bir yaklaşımla "katı milletlerarasılaşma ekolü"[1368] ve "milletlerarasılaşma teorisinin aşırı türevi"[1369] olarak da ifade edilmiş olan doğrudan milletlerarasılaşma yaklaşımı kanımızca pozitif temelden yoksun ve fazlasıyla eleştiriye açık bir yaklaşımdır. En katı haliyle Fransız ekolünde *Weil* ve *Leben* gibi yazarlar tarafından savunulmuş ve (özellikle *Weil*'in görüşlerinin etkisiyle) *Dupuy* tarafından da *Topco* tahkiminde uygulamaya konmuş olan bu yaklaşım, yabancı yatırım sözleşmelerinin niteliklerinden kaynaklanan birtakım ortak özellikleri ile bu sözleşmelerde tipik olarak yer alan bazı hükümlerin bir arada ele alınması sonucunda, bu tür sözleşmelerin "objektif olarak" tabi olduğu hukuk sisteminin ev sahibi devlet hukuku dışında milletlerarası veya milletler ötesi nitelikli bir hukuk sistemi olduğu savına dayanmaktadır. Fakat bir araya geldiklerinde (veya bazen tek başlarına dahi) milletlerarasılaşmayı sağladıkları öne sürülen bu unsurlar tek tek ele alındığında, bunların klasik milletlerarası hukuk doktrininden ayrılmak için istisna teşkil ettiğine yönelik açıklamaların doyuruculuktan uzak kaldığı görülmektedir.

Bu unsurları tek tek incelemek gerekirse:

- Devletlerle yabancılar imzalanan sözleşmelerin "milletlerarası karaktere" sahip olmaları nedeniyle doğrudan milletlerarası hukukun uygulama alanına gireceği savı pozitif dayanaktan yoksundur. USAD'ın tam olarak da bu tür sözleşmeler ile ilgili içtihadında sözleşmenin milletlerarası karakteri yerine bir tarafın egemen bir devlet olması ve aksi sözleşmede düzenlenmediği

[1368] **Maniruzzaman**, "International Development Law", s. 3.

[1369] **Sornarajah**, *International Law*, s. 294.

sürece bu devletin kendi hukuku dışında bir hukuka tabi olmayı kabul etmiş varsayılamayacağı ilkesine öncelik verildiği görülmektedir[1370]. Bu yaklaşım milletlerarası hukukta belirsiz durumlarda devletin egemenliğini kısıtlayıcı şekilde çıkarımlar yapılmaması (*in dubio mitius*) ilkesi ile de bağdaşmaktadır. Bu yerleşik ilkelere karşı sadece sözleşmenin milletlerarası veya milletler ötesi karakteri gibi muğlak ifadelerle geçerli bir istisna yaratmak kanımızca mümkün değildir.

- Yabancı yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletlerin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunması nedeniyle nitelik olarak milletlerarası hukuka tabi olması gereken sözleşmeler olduğu savının arkasındaki nedenselliği kavramak da tam olarak mümkün değildir. Öncelikle bu yaklaşım yabancı yatırım sözleşmelerinden yatırımcı tarafın da ekonomik kazanç elde ettiğini görmezden gelerek sanki bu sözleşmelerden menfaat sağlayan tek taraf devletmiş ve bundan ötürü kendi hukukunun dışına çıkmayı kabul etmeliymiş gibi gerçeklikten uzak bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayımın kabul edilemeyeceği açıktır; zira bunun kabulü halinde tam ters yönden bakılarak yabancı yatırımcının da sözleşmeden kâr elde etmesi nedeniyle yatırım yaptığı devletin hukukunu kabul etmesi gerektiği varsayımına ulaşılabilir ve bu da iki zıt varsayımın aynı anda geçerli olabildiği paradoksal bir durum yaratacaktır. Öte yandan bu yaklaşımın sadece gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından geçerli olabileceği ve benzer nitelikli sözleşmelerin tabi olduğu hukuk rejiminin bu sözleşmelere taraf olan devletlerin ekonomik gelişmişlik düzeyine göre değişmesinin devletlerin eşitliği ilkesi bakımından kabul edilemeyeceği eleştirileri de kanımızca yerindedir.

- Yatırımcının aldığı risk dolayısıyla hukuki güvenliğe ihtiyaç duyması daha önce de belirttiğimiz üzere yerinde bir kaygıdır. Fakat bu kaygının yabancı yatırım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin objektif bir bağlama kuralına nasıl dönüştürüleceği konusu kanımızca izaha muhtaçtır. Çeşitli sözleşme türlerinde (örneğin iş ve tüketici sözleşmeleri gibi) zayıf olan

[1370] *Serbian Loans*, Judgment, s. 42; *Brazilian Loans*, Judgment, s. 122.

tarafların korunması ilkesi kapsamında uygulanacak hukuka ilişkin özel düzenlemeler milli hukuk sistemlerinde[1371] ve milletlerarası antlaşmalar veya milletler üstü düzenlemeler[1372] ile yapılabilmektedir. Fakat dikkat edileceği üzere, uygulanacak hukuka ilişkin genel ilkelere istisna niteliğinde olan bu tür düzenlemeler gerek milli gerekse milletlerarası hukuk düzleminde pozitif düzenleme ile hayata geçirilebilmektedir. Yatırımcıların korunmasına ilişkin bu tür pozitif düzenlemeler de vardır. Bunların sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin yaptıkları özel düzenlemelere örnek olarak da ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'de milletlerarası hukuka sınırlı olarak tanınmış olan uygulama alanı ve bazı YKTK anlaşmalarında yine milletlerarası hukukun uygulanması lehine yapılan düzenlemelerdir. Bu tür özel nitelikli düzenlemelerin yokluğunda ise sözleşmenin bir tarafının hukuki güvenlik ihtiyacının sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde etki doğurması kanımızca mümkün değildir.

- Milletlerarası teamül hukukunda yabancı yatırımcıların başvurabileceği asli koruma olan diplomatik koruma yönteminin usuli açıdan içinde barındırdığı eksiklikler ve verimsizlikler konusunda milletlerarasılaşma teorisinin savunucularına katılmak mümkündür. Zaten bu yöntem gelişmekte olan ülkeler tarafından da yüz yılı aşkın süredir şiddetli biçimde eleştirilmiş olup bu bakımdan belki de milletlerarasılaşma savunucuları ile bu teorinin şiddetli muhaliflerinin üzerinde anlaştığı az sayıda konulardan biri diplomatik koruma sisteminin reddi olabilir[1373]. 1950 ve 60'larda dünya çapında yabancı yatırımcılara yönelik millileştirme ve kamulaştırma hareketleri had safhadayken ve diplomatik koruma sistemi de adaletin tesis edilmesini sağlamakta yetersiz kalırken milletlerarası hukukçuların bu açığı kapatacak bir *de lege feranda* (olması gereken hukuk) arayışına girmelerini anlayışla karşılamak mümkündür. Fakat bu arayışların pozitif dayanak kazanarak *lex lata* (var olan hukuk) haline gelmesi de yine devletlerin bir araya gelerek bu

[1371] Örneğin MÖHUK m. 26 (tüketici sözleşmeleri) ve m. 27 (iş sözleşmeleri).

[1372] Örneğin Roma Konvansiyonu m. 5 (tüketici sözleşmeleri) ve m. 6 (iş sözleşmeleri); Roma I Tüzüğü m. 6 (tüketici sözleşmeleri) ve m. 8 (iş sözleşmeleri).

[1373] Bu eleştiriler için bkz. yukarıda s. 151 vd.

yönde milletlerarası düzenlemeler yapmaları ile mümkün olabilecektir. Devletler 1960'lardan itibaren bu soruna çözüm bulmak için iki taraflı ve çok taraflı olarak birçok ortamda bir araya gelmiş ve ICSID Sözleşmesi ile çok sayıda milletlerarası yatırım antlaşmalarından oluşan bir milletlerarası yatırım hukuku sistemini ortaya çıkarmışlardır. Bu sistem, (bazı milletlerarasılaşma savunucularının iddialarının aksine) milletlerarasılaşma teorisinde savunulan sistemden farklıdır. Her şeyden önce milletlerarası yatırım hukuku sistemi devletler bakımından tamamıyla rıza esasına dayalı sorumluluklar doğurmakta, yani bu sistemin uygulanması ile yabancı yatırım sözleşmelerinin milletlerarasılaşması sonucu ortaya çıkacak olsa dahi bu sonuca doğrudan ve mutlak biçimde ulaşılması mümkün olmayıp bu durum ancak ilgili devletlerin bu yönde hükümler içeren antlaşmaları imzalamaları halinde mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla milletlerarası toplum, artık işlemez hale gelmiş olan diplomatik koruma sisteminin yerini milletlerarasılaşma teorisi ile doldurmayı tercih etmemiştir.

- Sözleşmenin "iyi niyet ilkelerine göre yorumlanması" gibi ifadelerin milletlerarasılaşmanın delili olarak kabul edilemeyeceği konusunda getirilen eleştiriler de kanımızca yerindedir. Bu tür ifadeler yabancı yatırım sözleşmelerine özgü olmayıp hemen hemen bütün sözleşmelerde (hiçbir yabancılık unsuru barındırmayan sözleşmeler dahil) yer almaktadır. Sözleşmelerin iyi niyetle ifa edilmesi ve hakların kötüye kullanılmaması gibi ilkeler bütün hukuk sistemlerinde şu veya bu şekilde kabul edildiğine göre bu tür hükümlere etki tanımanın tek yolunun sözleşmeyi ev sahibi devlet hukukunun dışına taşımak olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

- Tarafların ev sahibi devlet hukuku ile milletlerarası hukukun ortak ilkelerinin uygulanması gibi karma düzenlemeler yaptıkları durumlarda (örneğin Libya petrol imtiyazları) milletlerarası hukukun üstün kabul edilmesi ve bunun bir milletlerarasılaşma gerekçesi olarak gösterilmesi de kanımızca yerinde değildir. Bu tarz hükümler ile taraflar sözleşmeyi doğrudan milletlerarası hukuka tabi kılmamakta, fakat iki hukuk sisteminin ortak ilkelerinden oluşan bir *sui generis* kurallar sistemine tabi kılmaktadırlar. Böyle bir durumda hakemlerden de beklenen tarafların iradesini el üstünde tutmaları ve tam

olarak tarafların ifade ettiği hukuk sistemini tespit edip uygulamaktır. Zira tarafların iradesi sözleşmeyi tam anlamıyla milletlerarasılaştırmak olsa bunu açık bir ifade ile yapmalarına engel yoktur. Devletin kendi hukukunun uygulanmasını tamamıyla bertaraf etmekten çekinmesi nedeniyle böyle ara çözümlere razı olduğu gibi bir varsayımla milletlerarası hukuka üstünlük tanınmasını kabul etmek de mümkün değildir. Bu varsayım geçerli olsa dahi bu durum sözleşmenin milletlerarasılaştırılmasını haklı göstermeyeceği gibi tam aksine milletlerarasılaşmayı reddetmek için güçlü bir gerekçedir, zira sebepleri ne olursa olsun (siyasi kaygılar, çekingenlik vs.) taraflardan birinin sözleşmeyi doğrudan bir hukuk sistemine tabi kılmak istememesi sözleşmenin o hukuka tabi kılınmaması için yeterlidir.

- Milletlerarası tahkim kayıtlarının taraflar arasındaki uyuşmazlığı usuli anlamda ev sahibi devlet hukukunun dışına çıkarması söz konusu olmakla birlikte bu tür kayıtların doğrudan uygulanacak hukuka ilişkin bir sonuç doğurmayacakları açıktır. Tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek konusunda anlaşmaları ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkisini bertaraf etme amaçlarını, tahkim yerini tarafsız bir ülkede belirlemeleri ise ev sahibi devlet mahkemelerinin (veya yatırımcının devletinin mahkemelerinin) tahkim süreci üzerindeki etkilerini ortadan kaldırmak veya sınırlamaktır. Milletlerarası tahkim heyetlerinin devletlerle yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklarda ev sahibi devletin hukukunu uyguladıkları pek çok örnek olduğu gerçeği karşısında tahkim kaydının başlı başına ev sahibi devlet hukukunun terk edilmesi sonucunu doğurmadığını kabul etmek gerekir.

- İstikrar kayıtlarının sözleşmeyi milletlerarasılaştıracağı iddiası da kanımızca inandırıcı değildir. Öncelikle bu tür kayıtların amacı ev sahibi devlet hukukunda yapılacak değişiklikleri ve devlet tarafından bu hukuka göre yapılacak çeşitli uygulamaları sınırlandırmak olduğuna göre, istikrar kayıtlarının aslında sözleşmenin ev sahibi devlet hukukuna tabi olduğu durumlarda anlamlı olacağını kabul etmek gerekir. Ayrıca bu devletin bu istikrar kaydını ihlal etmesi halinde bu ihlalin neden diğer sözleşme hükümlerinin ihlalinden farklı bir sonuca yol açacağının izahı da kolay değildir. Normal koşullarda istikrar kaydının ihlali milletlerarası sorumluluk

değil, diğer sözleşme hükümlerinin ihlali gibi akdi sorumluluk doğurmalıdır. Fakat devletin istikrar kaydını ihlal ederken yapmış olduğu eylemlerin aynı zamanda milletlerarası hukuktan kaynaklanan başka bir yükümlülüğünün (örneğin bir yatırım antlaşması altındaki kamulaştırmaya ilişkin tazminat yükümlülüklerinin) ihlalini teşkil etmesi de mümkündür. Bu durumda devletin milletlerarası sorumluluğu istikrar kaydının ihlalinden değil ilgili antlaşma hükmünün (veya bir milletlerarası teamül kuralının) ihlalinden kaynaklanacak olup iki durum birbirine karıştırılmamalıdır.

- ICSID Sözleşmesi m. 42(1)'i sözleşmelerin milletlerarasılaşmasını destekleyen bir hüküm olarak görmek de kanımızca doğru değildir. Öncelikle, bu hükmün tamamının okunması halinde burada ev sahibi devlet hukukuna da atıfta bulunulduğu ve bu hukuk ile milletlerarası hukuk arasında hiyerarşik bir sıralama yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla ICSID Sözleşmesi'nin benimsediği yaklaşım, uyuşmazlığın farklı kısımlarına tahkim heyeti tarafından uygun görülen hukukun (ev sahibi devlet hukuku veya milletlerarası hukuktan birinin) uygulanması yönünde olup hangi kısma hangi hukukun uygulanacağı yönünde özel bir hüküm sözleşmede bulunmamaktadır. Örneğin bir yatırım antlaşmasının hükümlerinin ihlaline ilişkin değerlendirmelerde milletlerarası hukukun uygulanacağı açıktır. Ancak yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan hukuki değerlendirmelerin ev sahibi devlet hukukuna göre mi yoksa milletlerarası hukuka göre mi yapılacağı konusunda zaten uzun süredir devam etmekte olan tartışmalara ICSID Sözleşmesi m. 42(1) ile yeni bir soluk getirilmemekte, sadece tartışma konusu olan iki seçenekten birinin uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilerek mevcut durumda herhangi bir değişiklik yaratma girişiminden kaçınılmaktadır[1374]. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin büyük çoğunluğunun milletlerarasılaşma teorisine karşı olan devletler olduğu ve Sözleşme'nin hazırlık müzakereleri sırasında bu teorinin kabul edildiğini

[1374] Nitekim bir ICSID tahkim heyeti bu maddeyi yorumlayarak yabancı yatırım sözleşmesinin ev sahibi devlet hukukuna tabi kabul edileceği, ancak bu sözleşmenin ihlali halinde bu ihlalin yatırım antlaşmasındaki şemsiye hükmü bakımından sonuçlarının milletlerarası hukuka göre değerlendirileceği yönünde karar vermiştir. Bkz. *MTD v. Chile*, Award, para. 187.

gösteren herhangi bir emare bulunmadığı da göz önünde bulundurulduğunda 42(1) maddesine böyle bir anlam yüklemek mümkün değildir.

- Milletlerarası yatırım antlaşmalarının varlığının başlı başına yabancı yatırım sözleşmelerini milletlerarasılaştırmayacağı da kanımızca açıktır. Devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşme, haksız fiil ve benzeri her türlü hukuki ilişkinin bir yatırım antlaşmasının belirli hükümleri bakımından sonuçlar doğurması mümkündür. Ancak burada milletlerarası hukuka ilişkin sonuçlar doğuran söz konusu hukuki ilişkin niteliğine ilişkin özel durumlar değil, devletin bu ilişki çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu eylemlerdir. Dolayısıyla devletin her eyleminin yatırım antlaşmasına aykırı olup olmadığı kendi içinde değerlendirilecek, bir eylemin sözleşmeye aykırı olması antlaşmaya da aykırı olduğu anlamına gelmeyeceği gibi tam ters durumda bir eylemin sözleşmeye aykırılık teşkil etmeden antlaşmayı ihlal etmesi de mümkün olabilecektir. Bu durumda sözleşmenin milletlerarasılaşmasından değil, ancak devletin bir milletlerarası antlaşma ile bazı yükümlülükler üstlenmiş olmasından söz edilebilir.

- Yatırım antlaşmaları kapsamında milletlerarasılaşma teorisine ilişkin sonuçlar doğmasının mümkün olabileceği bir durum olarak bazı antlaşmalarda şemsiye hükümlerinin varlığı ifade edilmiştir. Fakat şemsiye hükümlerine ilişkin tartışmalarda tahkim heyetlerince benimsenen farklı görüşler içinde bunların milletlerarasılaşmaya yol açacağı görüşünün azınlıkta olduğunu belirtmek gerekir[1375]. Ayrıca, şemsiye hükümleri zaten yatırım antlaşmalarından önce de milletlerarası hukukta var olan (ve milletlerarasılaşma teorisi karşıtlarınca da reddedilmeyen) durumdan, yani devletin bir milletlerarası antlaşma ile belirli yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme garantisi vermesi halinde bu sözleşmelerin ihlalinin devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açacağı görüşünden temelde farklı değildir. Şemsiye hükümleri ile klasik doktrine göre değişen tek durum sorumluluğun yatırımcının devletine değil doğrudan yatırımcıya karşı gerçekleşmesidir;

[1375] Bkz. yukarıda s. 218 vd.

> ancak bu durum da yine sözleşmenin milletlerarasılaşmasından değil devletin milletlerarası hukuk altında böyle bir ihtimali kabul etmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanımızca şemsiye hükümleri de milletlerarasılaşma tartışmasına yeni bir soluk getirmemektedir.

Yukarıda sayılan nedenlerden ötürü kanımızca "doğrudan milletlerarasılaşma" yaklaşımının kabul edilmesi mümkün değildir. Eğer bir yabancı yatırım sözleşmesi milletlerarası hukuka tabi kılınacaksa bu ancak tarafların iradesinin bu yönde olması ile mümkün olabilir. Öncelikle, taraf iradesinin yabancı yatırım sözleşmelerinde (devletin kamusal görevlerinden ötürü) mümkün olamayacağı yönündeki azınlık görüşü kanımızca yerinde değildir. Ev sahibi devletin kamu düzenine ilişkin emredici kurallarının yabancı yatırım sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacağı muhakkaktır; ancak bu durum sözleşme kapsamında taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerin de ev sahibi devlet hukukuna göre düzenlenmesini gerektirmez. Dolayısıyla taraflar sözleşmelerinin ev sahibi devlet hukuku dışında milli olmayan bir hukuk düzenine (örneğin milletlerarası hukuk veya *lex mercatoria*) tabi kılınmasını kararlaştırmışlarsa bu düzenleme irade serbestisi ilkesi çerçevesinde geçerli kabul edilmeli ve uygulanmalıdır. Ev sahibi devletin iç hukukunda böyle bir hukuk seçimi yapılmasına engel hükümlerin bulunması ise kanımızca doğrudan hukuk seçiminin geçersizliği sonucunu doğurmamalı; bunun yerine uyuşmazlık hakkında karar vermeye yetkili forum tarafından söz konusu sınırlamaların niteliği, bağlayıcı gücü, normlar hiyerarşisindeki konumu ve yatırımcının bunlardan haberdar olma imkanı gibi çeşitli unsurlar değerlendirilerek bu konuda karar verilmelidir.

Tarafların açık veya zımni hukuk seçimi yapmamış oldukları durumda da farazi iradelerinin tespiti ile sözleşmenin milli olmayan bir hukuk düzenine tabi kılınması niyetinde oldukları anlaşılabiliyorsa sözleşmenin milletlerarasılaştığından (dolaylı milletlerarasılaşma) söz etmek mümkün olabilir. Ancak böyle bir sonuca ulaşmak için (geçmişte bazı tahkim heyetlerinin yaptığı gibi) sadece sözleşmede "iyi niyet ve dürüstlük kuralına" atıf yapan hükümlerin bulunması gibi durumları yeterli görmemek gerekir. Tarafların farazi iradesinin milletlerarasılaşma yönünde olduğu ancak bu yönde güçlü delillerin (sözleşme metninde, tarafların müzakere sürecine ilişkin kayıtlarda veya tarafların niyetlerini ortaya çıkaracak diğer kaynaklarda) bulunması halinde varsayılabilir. Tarafların milletlerarasılaşma konusundaki genel

duruşları biliniyor ise farazi iradeleri belirlenirken bunları da göz önünde bulundurmak gerekir. Örneğin uzun süredir milletlerarasılaşmaya istikrarlı biçimde karşı çıkmış ve yabancı yatırım sözleşmelerine kendi hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmiş olan bir devletin farazi iradesinin sözleşmeyi milletlerarasılaştırmak yönünde olduğu sonucuna ulaşmak için daha da yüksek bir ispat yükünün aranması kanımızca yerinde olacaktır.

Hemen hemen bütün tahkim kurumlarının kurallarında esasa uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması halinde sözleşmenin niteliğine uygun olan hukuku (belirli bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak veya bazen doğrudan) belirleme yetkisi hakemlere bırakılmış olduğundan, tarafların kurumsal tahkimi seçmiş olmaları halinde aksi belirtilmedikçe ilgili kurumun kurallarında yer alan bu uygulanacak hukuka ilişkin hükmü de kabul etmiş olmaları söz konusudur. Bu durumda hakemlerin yine öncelikle tarafların ortak iradesini belirlemeye çalışmaları ve ancak böyle bir ortak iradenin varlığını tespit edemedikleri durumda sözleşmenin niteliğine uygun bir hukuku belirlemeleri kanımızca yerinde olacaktır. Böyle durumlarda hakemlerin ara çözüm olarak (uygulamada sözleşmelerde de sıkça kullanılan[1376]) ev sahibi devlet hukuku ile milli olmayan bir hukuk sistemini (örneğin milletlerarası hukuk) bir arada uygulamaları ve iki sistemin ortak ilke ve kuralları üzerinden karar vermeleri mümkündür.

Son olarak, ICSID Sözleşmesi ve dünya çapında yaygınlaşan milletlerarası yatırım antlaşmalarıyla birlikte artık milletlerarası hukukun yabancı yatırım sözleşmeleri üzerindeki etkisinin geçmişe göre daha da fazla olduğunu belirtmek gerekir. Yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin bu tür milletlerarası mekanizmaların yaygınlaşması ve işlerlik kazanması ile yatırımcıların hukuki güvenlik ihtiyacı da büyük ölçüde karşılanır hale gelmiştir. Kanımızca, yabancı yatırım sözleşmelerinde yatırımcılara hukuki güvenlik sağlamak için birtakım zorlama yorumlarla sözleşmenin hukuki rejimini değiştirme çabaları da artık geçerliliğini gitgide yitirmektedir. Devletlerle yabancı yatırımcılar arasındaki ilişkilerin milletlerarası hukuka tabi kılınması için kuşkusuz en doğru yöntem,

[1376] Bkz. yukarıda s. 261 vd.

uyuşmazlıkların iki tarafın da rızası ile yetkilendirilmiş olan bir yatırım tahkimi heyetince karara bağlanmasıdır.

KAYNAKÇA

ACCONCI, Pia: "Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, 2004, s. 139 vd.

AKEHURST, Michael: "Equity and General Principles of Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, 1976, s. 801 vd.

AKEHURST, Michael Barton / MALANCZUK, Peter: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London 1997.

AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1996. ("Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri")

AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. ("Akıncı, Milletlerarası Tahkim")

AKINCI, Ziya: *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1992. ("Akıncı, Uygulanacak Hukuk")

ALFONS, Claudia: *Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.

ALQURASHI, Zeyad A.: *International Oil and Gas Arbitration*, Alexander's Gas & Oil Connections, 2005.

ALTING, Carsten: "Piercing the Corporate Veil in American and German Law - Liability of Individuals and Entities: A Comparative View", *Tulsa Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, 1995, s. 187 vd.

ALVIK, Ivar: *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*, Hart, Oxford 2011.

AMERASINGHE, C. Felix: *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008. ("Amerasinghe, Diplomatic Protection")

AMERASINGHE, C. Felix: *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Oxford 2004. ("Amerasinghe, Local Remedies")

AMERASINGHE, C. Felix: *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, Den Haag 2003. ("Amerasinghe, Jurisdiction of International Tribunals")

AMERASINGHE, C. Felix: *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff, Leiden 2009. ("Amerasinghe, Specific International Tribunals")

AMERASINGHE, C. Felix: "Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47(1), 1975, s. 227 vd. ("Amerasinghe, Jurisdiction *Ratione Personae*")

AMERASINGHE, C. Felix: "State Breaches of Contracts with Aliens and International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 58, 1964, s. 881 vd. ("Amerasinghe, State Breaches")

AMERASINGHE, C. Felix: *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon Press, Oxford 1967. ("Amerasinghe, State Responsibility)

AMERASINGHE, C. Felix: "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", *Indian Journal of International Law*, Vol. 19, 1979, s. 166 vd. ("Amerasinghe, Jurisdiction of ICSID")

ANBARI, Abdul-Amir: *The Law of Petroleum Concession Agreements in the Middle East: An Inquiry into the Role of Law in the Development of the Middle East Petroleum Industry*, Thesis (SJD), Harvard University, Cambridge (MA) 1967.

ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de: "Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property", Kamal Hossain (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, Nichols, New York 1980, s. 220 vd. ("Aréchaga, State Responsibility")

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de: "International Law in the Past Third of a Century", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 159, 1978, s. 1 vd. ("Aréchaga, International Law")

ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de: "International responsibility", M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Macmillan, London 1968, s. 531 vd.

ARSANJANI, Mahnoush: *International Regulation of Internal Resources: A Study of Law and Policy*, University Press of Virginia, Charlottesville 1981.

ASANTE, Samuel K. B.: "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, 1979, s. 401 vd.

AUST, Anthony: *Handbook on International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

AYHAN, Feyza Eker: "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehdara Teşmili", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2011, S. 1, s. 95 vd.

AYOĞLU, Tolga: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

BADIA, Albert: *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014.

BAKER, James C. / YODER, Lois J.: "ICSID and the Calvo Clause: a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5, 1989, s. 75 vd.

BALLANTINE, Henry Winthrop: *Ballantine on Corporations*, Callaghan, Chicago 1946.

BALTAG, Crina: *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012.

BANIFATEMI, Yas: "The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration", Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, New York 2010, s. 191 vd.

BANKAS, Ernest K.: *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Heidelberg 2005.

BARNETT, Peter R.: *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, Oxford University Press, Oxford 2001

BARROWS, Gordon H.: *Worldwide Concession Contracts and Petroleum Legislation*, PennWell, Tulsa (OK) 1983.

BARTELS, Martin: *Contractual Adaptation and Conflict Resolution, Based on Venture Contracts for Mining Projects in Dveloping Countries*, Kluwer, Deventer 1985.

BATIFFOL, Henri: *Droit International Privé*, LGDJ, Paris 1967.

BATIFFOL, Henri: *Le Conflits de Lois en Matiére de Contrats: Étude de Droit International Privé Comparé*, Recueil Sirey, Paris 1938.

BATIFFOL, Henri: *Les Contrats en Droit International Privé Comparé*, McGill University, Montreal 1981.

BEATSON, Jack / FRIEDMAN, Daniel: *Good Faith and Fault in Contract Law*, New York 1997.

BEGIC, Taida: *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven, Utrecht 2005.

BEN HAMIDA, Walid: "The First Arab Investment Court Decision", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7, 2006, s. 699 vd.

BENNOUNA, Mohamed: "Preliminary Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/484, 1998.

BERMAN, Harold / DASSER, Felix: "The 'New' Law Merchant and the 'Old': Sources, Content, and Legitimacy", Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Transnational Juris Publications, New York 1990, s. 21 vd.

BERNARDINI, Piero: "Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments", *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 1(1), 2008, s. 98 vd.

BERNARDINI, Piero: "The Renegotiation of the Investment Contract", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 13(2), 1998, s. 411 vd. ("Bernardini, Renegotiation")

BISHOP, Richard Doak: "International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*", Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. 23, 1998, s. 1131 vd.

BISHOP, Richard Doak / CRAWFORD, James / REISMAN, W. Michael: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag 2014.

BISHOP, Richard Doak / DIMITROFF, Sashe D. / MILES, Craig S.: "Strategic Options Available When Catastrophe Strikes the Major International Energy Project", *Texas International Law Journal*, Vol. 36, 2001, s. 635 vd.

BLESSING, Marc: *Introduction to Arbitration: Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1999.

BLUMBERG, Philip: *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, Little, Brown & Co., Boston 1987.

BORCHARD, Edwin M.: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Bank Law Pub. Co., New York 1915.

BORCHERS, Klaus Günther: *Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen*, Göttingen 1966.

BORN, Gary B.: *International Arbitration: Cases and Materials*, Kluwer Law International, Den Haag 2015. ("Born, International Arbitration")

BORN, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014. ("Born, International Commercial Arbitration")

BOURQUIN, Maurice: "Arbitration and Economic Development Agreements", *The Business Lawyer*, Vol. 15, 1960, s. 860 vd. ("Bourquin, Arbitration")

BOWER, Spencer / HANDLEY, K.R.: *Res Judicata*, LexisNexis, London 2009

BOWETT, Derek W.: "Claims between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law", *Catholic University Law Review*, Vol. 35, 1986, s. 929 vd. ("Bowett, Claims")

BOWETT, Derek W.: "State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", British Yearbook of International Law, Vol. 59(1), 1988, s. 49 vd. ("Bowett, State Contracts")

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, Kluwer, Deventer 1984. ("Böckstiegel, State Enterprises")

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: *Der Durchgriff auf den Staat*, Athenäum, Frankfurt am Main 1971. ("Böckstiegel, Durchgriff")

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1971. ("Böckstiegel, Der Staat")

BRAND, Ronald A. / JABLONSKI, Scott R.: *Forum Non Conveniens: History Global Practice and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, Oxford 2007.

BREKOULAKIS, Stavros: *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2010.

BRIGGS, Adrian: *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford 2013.

BROCHES, Aron: "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 Explanatory Notes and Survey of its Application", *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, s. 627 vd. ("Broches, Explanatory Notes")

BROCHES, Aron: "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 136, 1972, s. 331 vd. ("Broches, The Convention")

BROCHES, Aron: "Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 5, 1966, s. 263 vd. ("Broches, Observations on Jurisdiction")

BROWER, Charles N. / SHARPE, Jeremy K.: "International Arbitration and the Islamic World: The Third Phase", *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, s. 643 vd. ("Brower / Sharpe, Islamic World")

BROWER, Charles N. / SHARPE, Jeremy K.: "Multiple and Conflicting International Arbitral Awards", *Journal of World Investment*, Vol. 4, 2003, s. 211 vd. ("Brower / Sharpe, Multiple and Conflicting")

BROWN, Chester / MILES, Kate: *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge 2011.

BROWN, Roland: "Choice of Law Provisions in Concession and Related Contracts", *Modern Law Review*, Vol. 39, 1976, s. 625 vd. ("R. Brown, Choice of Law Provisions")

BROWNLIE, Ian: "Treatment of Aliens: Assumption of Risk and International Law", W. Flume et al. (ed.), *International Law and Economic Order: Essays in Honour of F.A. Mann*, München 1977, s. 309 vd. ("Brownlie, Treatment of Aliens")

BROWNLIE, Ian: *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I*, Clarendon Press, Oxford 1983. ("Brownlie, State Responsibility")

BROWNLIE, Ian / CRAWFORD, James: *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.

BUNTER, Mike: "A Note on Iraqi oil contracts from 1908 to 1931", *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, Vol. 1(2), 2003.

BURGSTALLER, Markus: "Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor's Own State", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7, 2006, s. 857 vd.

CALVO, Carlos: *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, Amyot, Paris 1868. ("Calvo, Derecho Internacional")

CALVO, Carlos: *Le Droit International Théorique et Pratique*, Vol. I-VI, A. Rousseau, Paris 1896. ("Calvo, Droit International")

CAMERON, Peter: *Petroleum Licensing: A Comparative Study*, Financial Times Business Information, London 1984.

CAMERON, Peter: *Property Rights and Sovereign Rights: The Case of North Sea Oil*, London 1983.

CAMERON, Peter: "Stability of Contract in the International Energy Industry", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 27, 2009, s. 305 vd. ("Cameron, Stability")

CARLSTON, Kenneth S.: "Concession Agreements and Nationalization", *American Journal of International Law*, Vol. 52, 1958, s. 260 vd.

CARON, David D.: "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, s. 104 vd.

CARON, David D. / CAPLAN, Lee M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2013.

CASSESE, Antonio: *International Law*, Oxford University Press, New York 2005.

CASTAÑEDA, Jorge: "La Charte des droits et devoirs économiques des États: Note sur son processus d'élaboration", *Ann. français de droit int.,* vol. 20, 1974, s. 31 vd.

CATTAN, Henry: *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, Oceana Publications, Dobbs Ferry (NY) 1967.

CAUBET, Christian G.: "Le droit international en quete d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas", *Ann. français de droit int.,* vol. 29, 1983, s. 99 vd.

CHENG, Bin: *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 1987.

CHILDS, Thomas C.C.: "Update on *Lex Petrolea*: The continuing development of customary law relating to international oil and gas exploration and production", *Journal of World Energy and Business*, Vol. 4(3), 2011, s. 214 vd.

CHRISTENSEN, Gordon: "The Doctrine of Attribution in State Responsibility", Richard Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville 1983, s. 321 vd.

CHUKWUMERIJE, Okezie: *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books, Westport (CT) 1994.

COLLIER, John / LOWE, Vaughan: *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1999.

CONDORELLI, Luigi: "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 189, 1984, s. 9 vd.

COOKE, Elizabeth: *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, Oxford 2000.

COULLIER, John G. / ROGERSON, Pippa: *Collier's Conflict of Laws*, Cambridge University Press, Cambridge 2013

COURT DE FONTMICHEL, Alexandre: *L'arbitre, le Juge et les Pratiques Illicites du Commerce International*, Editions Panthéon-Assas, Paris 2004.

CRAIG, W. Laurence / PARK, William W. / PAULSSON, Jan: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, New York 1984.

CRAWFORD, James: "International Law of Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *British Yearbook of International Law*, Vol. 54, 1983, s. 75 vd. ("Crawford, Immune Transactions")

CRAWFORD, James: "Second report on State responsibility, Addendum No. 3 – Annex: Interference with contractual rights: a brief review of the comparative law experience", UN Doc. A/CN.4/498, 1999.

CRAWFORD, James: *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge 2013. ("Crawford, State Responsibility")

CRAWFORD, James: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text, and Commentaries*, Cambridge 2002. ("Crawford, Commentary")

CRAWFORD, James / PELLET, Alain / OLLESON, Simon (eds.): *The Law of International Responsibility*, New York 2010.

CREMADES, Bernardo M.: "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", *Business Law International*, Vol. 7, 2006, s. 53 vd.

CROOK, John R.: "Applicable Law in International Arbitration: The Iran–U.S. Claims Tribunal Experience", *American Journal of International Law*, Vol. 83, 1989, s. 278 vd.

ÇAL, Sedat: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

ÇELİKEL, Aysel: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, İstanbul 1997.

DAINTITH, Terence: *Finders keepers? How the Law of Capture Shaped the World Oil Industry*, London 2010.

DAVID, Martyn R. (ed.): *Upstream Oil and Gas Agreements with Precedents*, London 1996.

DAYINLARLI, Kemal: *Joint Venture Sözleşmesi*, Dayınlarlı, Ankara 2007.

DE AUER, Paul: "The Competency of Mixed Arbitral Tribunals", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 13, 1927, s. 17 vd.

DELAUME, Georges R.: "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts - The Myth of the Lex Mercatoria", *Tulane Law Review*, Vol. 63, 1989, s. 575 vd. ("Delaume, Comparative Analysis")

DELAUME, Georges R.: "ICSID and the Transnational Financial Community", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1(2), 1986, s. 237 vd. ("Delaume, ICSID")

DELAUME, Georges R.: "ICSID Arbitration: Practical Considerations", *Journal of International Arbitration*, Vol. 1(2), 1984, s. 101 vd. ("Delaume, ICSID Arbitration")

DELAUME, Georges R.: "SEEE v. Yugoslavia: Epitaph or Interlude?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 4(3), 1987, s. 25 vd. ("Delaume, SEEE v. Yugoslavia")

DELAUME, Georges R.: "State Contracts and Transnational Arbitration", *American Journal of International Law*, Vol. 75, 1981, s. 784 vd. ("Delaume, State Contracts")

DELAUME, Georges R.: "The Proper Law of State Contracts Revisited", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12(1), 1997, s. 1 vd. ("Delaume, Proper Law")

DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2014.

DERAINS, Yves: "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales", *Revue de l'Arbitrage*, 1973, s. 122 vd.

DERAINS, Yves / SCHAF, Sylvie: "Clauses d'arbitrages et groupes de sociétés", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1985, s. 231 vd.

DICKINSON, Andrew / LINDSAY, Rae / LOONAM, James P.: State Immunity: Selected Materials and Commentary, Oxford University Press, Oxford 2004.

DICKSTEIN. Michael E.: "Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements", *International Tax and Business Lawyer*, Vol. 6, 1988, s. 54 vd.

DIEHL, Alexandra: *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn 2012.

DOLZER, Rudolf / SCHREUER, Cristoph: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.

DOLZER, Rudolf / STEVENS, Margrete: *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1995.

DOUGLAS, Zachary: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

DUGAN, Christopher F. / WALLACE (JR.), Don / RUBINS, Noah D. / SABAHI, Borzu: *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York 2008.

DUGARD, John: *International law: A South African Perspective*, Juta, Kenwyn 2000.

DUNN, Frederick Sherwood: *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Johns Hopkins Press, Baltimore 1932.

DUPUY, Pierre-Marie: *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris 1976.

DUVAL, Claude / LE LEUCH, Honoré et al.: *International Petroleum Exploration & Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects*, Barrows, New York 2009.

EDİGER, Volkan Ş.: *Osmanlı'da Neft ve Petrol*, ODTÜ, Ankara 2006.

EGEMEN DEMİR, Işıl: *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

EHRENZWEIG, Albert Armin: *Private International Law, Vol. 1: General Part*, Sijthoff, Leiden 1972.

EL CHIATI, A. Z.: "Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 204, 1987, s. 9 vd.

EL-KOSHERI, Ahmed: "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 147, 1975, s. 219 vd.

EL-KOSHERI, Ahmed / RIAD, Tarek: "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1(2), 1986, s. 257 vd.

ERBAY, İsmail: *Know-How Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

ERDEM, Ercüment: "Türk Hukukunda Tahkimde Temsil İçin Özel Yetki", 2014, Çevrimiçi Erişim: <http://www.erdem-erdem.com/articles/turk-hukukunda-tahkimde-temsil-icin-ozel-yetki> [Son Erişim: 14.10.2015]

ERK-KUBAT, Nadja: *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014.

ERKAN, Mustafa: *International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011.

ERKİNER, Hakkı Hakan: *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, On İki Levha, İstanbul 2010.

ESEN, Emre: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta, İstanbul 2008.

EVANS, Malcolm D. (ed.): *International Law*, New York 2014.

FADLALLAH, Ibrahim: "Are States Liable for the Conduct of their Instrumentalities? – ICSID Case Law", Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.), *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008, s. 19 vd.

FATOUROS, Arghyrios A.: *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press, New York 1962. ("Fatouros, Government Guarantees")

FATOUROS, Arghyrios A.: "International Law and the Internationalized Contract", American Journal of International Law, Vol. 74, 1980, s. 134 vd.

FATOUROS, Arghyrios A.: "Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées: La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965," *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 59, 1970, s. 580 vd.

FAWCETT, James E.S.: "Legal Aspects of State Trading", *British Yearbook of International Law*, Vol. 25, 1948, s. 34 vd.

FEIT, Michael: "Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, 2010, s. 142 vd.

FELDMAN, Mark: "The Standing of State-Owned Entities under Investment Treaties," Karl P. Sauvant (ed.), Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011, Oxford University Press, New York 2012, s. 615 vd.

FELLER, Abraham Howard: *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, Macmillan, New York 1935.

FELLMETH, Aaron X. / HORWITZ, Maurice: *Guide to Latin in International Law* [e-kitap], Oxford, Oxford University Press 2011.

FERRARIO, Pietro: "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?", Journal of International Arbitration, Vol. 26(5), 2009, s. 647 vd.

FEUERLE, Peter: "International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes", *Yale Studies in World Public Order*, Vol. 4, 1977, s. 89 vd.

FISCHER, Peter: *Die internationale Konzession: Theorie und Praxis der Rechtsinstitute in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen*, Springer, Wien 1974.

FITZMAURICE, Gerald: "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 92, 1957, s. 1 vd.

FOUCHARD, Philippe: *L'Arbitrage Commercial International*, Dalloz, Paris 1965.

FOUCHARD, Philippe / GAILLARD, Emmanuel / GOLDMAN, Berthold / SAVAGE, John: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Den Haag 1999.

FORLATI, Serena: *The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, Springer, Cham 2014.

FORSTHOFF, Ernst: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil*, Beck, München 1966.

FORTIER, Yves: "The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back To The Future", *Arbitration International*, Vol. 17(2), 2001, s. 121 vd.

FOX, Hazel / WEBB, Philippa: *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford 2013.

FRANCESCAKIS, Phocion: "Lueures sur le Droit International des Sociétés de Capitaux: L'Arrêt 'Barcelona' de la Cour Internationale de Justice", *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 59, 1970, s. 609 vd.

FRECHTLING, L. E.: "The Reuter Concession in Persia", *The Asiatic Review*, Vol. 34, 1938, s. 518 vd.

FRIEDMANN, Wolfgang: *Law in a Changing Society*, London 1959.

FRIEDMANN, Wolfgang: "Some Impacts of Social Organization on International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 50, 1956, s. 475 vd.

GAFFNEY, John P. / LOFTIS, James L.: "The 'Effective Ordinary Meaning' of BITS and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, 2007, s. 5 vd.

GAILLARD, Emmanuel: "Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities Three Incompatible Principles", Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.), *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008, s. 179 vd. ("Gaillard, Effectiveness of Arbitral Awards")

GAILLARD, Emmanuel: "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", *New York Law Journal*, Vol. 233, 02.07.2005.

GAILLARD, Emmanuel: "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements," *Revue de l'Arbitrage*, 2003, s. 853 vd.

GAILLARD, Emmanuel: "L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine", *Journal du Droit International*, 1998, s. 645 vd.

GAILLARD, Emmanuel: *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Leiden 2010. ("Gaillard, Legal Theory")

GAILLARD, Emmanuel: "Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10(2), 1995, s. 208 vd.

GAILLARD, Emmanuel / YOUNAN, Jennifer (ed.): *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008.

GALLUS, Nick: "An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract", *Arbitration International*, Vol. 24, 2008, s. 157 vd.

GALLUS, Nick: "State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7, 2006, s. 761 vd.

GARCIA-AMADOR, Francisco V.: "International Responsibility, Fourth Report: Responsibility of the State for the Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens – Measures Affecting Acquired Rights", UN Document No. A/CN,4/119, *Yearbook of International Law Commission*, 1959, s. 1 vd.

GARCIA-AMADOR, Francisco V.: "State Responsibility in Case of Stabilization Clauses", *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 2, 1993, s. 23 vd.

GARCIA-AMADOR, Francisco V. / SOHN, Louis B. / BAXTER, Richard R.: *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Leiden 1974.

GARCIA-CASTRILLÓN, Carmen Otero: "Reflections on the law applicable to international oil contracts", *Journal of World Energy Law and Business*, 6(2), 2013, s. 129 vd.

GARNER, Bryan A. (ed.): *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul (MN) 2009.

GEIGER, Rainer: "Unilateral Change of Economic Development Agreements", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23, 1974, s. 73 vd.

GHARAVI, Hamid: *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International, Den Haag 2002.

GHARAVI, Hamid: "The 1997 Iranian International Commercial Arbitration Law: The UNCITRAL Model Law à L'Iranienne", *Arbitration International*, Vol. 15, 1999, s. 85 vd.

GIARDINA, Andrea: "State Contracts: National versus International Law", *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 5, 1981, s. 147 vd. ("Giardina, State Contracts")

GIARDINA, Andrea: "The International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), Petar Sarcevic (ed.), Essays on International Commercial Arbitration, Graham & Trotman, London 1989.

GOLDMAN, Berthold: "Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le réglement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats," *Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées, La Convention B.I.R.D.*, Pedone, Paris 1969, s. 133 vd.

GOLDMAN, Berthold: "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 109, 1963, s. 347 vd. ("Goldman, Les conflits")

GOLDMAN, Berthold: *Lex Mercatoria*, Kluwer, Deventer 1983. ("Goldman, Lex Mercatoria")

GOLDMAN, Berthold: "Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria," in Christian Dominicé (ed.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel 1993, s. 241 vd. ("Goldman, Nouvelles Réflexions")

GOLDMAN, Berthold: "The Applicable Law: General Principles of Law – The *Lex Mercatoria*," Julian D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 113 vd.

GOODE, Roy: "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 17(1), 2001, s. 19 vd.

GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, Ekin, Bursa 2009.

GRAY, Christine: *Judicial Remedies in International Law*, Oxford 1987.

GRAY, Christine: *Judicial Remedies in International Law*, Oxford 1990.

GREENWOOD, Christopher: "State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitrations", *British Yearbook of International Law*, Vol. 53, 1982, s. 27 vd.

GREER, Steven: *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

GRIGERA NAÓN, Horacio A.: *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, JCB Mohr, Tübingen 1992.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol: "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 117, 2015, s. 379 vd.

HANOTIAU, Bernard: *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Den Haag 2006. ("Hanotiau, Complex Arbitrations")

HANOTIAU, Bernard: "The Law Applicable to Arbitrability", Albert Jan van den Berg (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (ICCA Congress Series, Vol. 9)*, Kluwer Law International, Den Haag 1999. ("Hanotiau, The Law Applicable to Arbitrability")

HANSMANN, Henry / KRAAKMAN, Reiner / SQUIRE, Richard: "Law and the Rise of the Firm", *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2006, s. 1335 vd.

Harvard Law School: "Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens", **Louis B. Sohn / R. R. Baxter**, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *American*

Journal of International Law, Vol. 55, 1961, s. 548 vd. ("Harvard Draft Convention on State Responsibility")

HAPP, Richard: "The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisprudence," Clarisse Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington (NY) 2006, s. 315 vd.

HARRIS, David: "The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, 1969, s. 275 vd.

HASCHER, Dominique: "European Convention", *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 20, 1995, s. 1006 vd.

HERSCHLAG, Zvi Yehuda: *Introduction to the Modern Economic History of the Middle East*, Brill, Leiden 1964.

HERSHEY, Amos S.: "Calvo and Drago Doctrines", *American Journal of International Law*, Vol. 1, 1927, s. 26 vd.

HIGGINS, Rosalyn: "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", *Netherlands International Law Review*, Vol. 29, 1982, s. 265 vd.

HIRSCH, Moshe: "Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths", Pierre-Marie Dupuy / Ernst-Ulrich Petersmann / Francesco Francioni (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 97 vd. ("Hirsch, Divergent Paths")

HIRSCH, Moshe: *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1993. ("Hirsch, Arbitration Mechanism")

HOBÉR, Kaj: *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Iustus Förlag, Uppsala 2001.

HOEPFFNER, Hélène: *La Modification du Contrat Administrative*, LGDJ, Paris 2009.

HORN, Norbert (ed.): *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Finance*, Deventer 1985.

HOSSAIN, Kamal (ed.): *Legal Aspects of the New International Economic Order*, London 1980.

HOSSAIN, Kamal / CHOWDHURY, Subrata Roy: *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law: Principle and Practice*, London 1984.

HUERTA, John E.: "Peruvian Nationalization and the Peruvian-American Compensation Agreements", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 10(1), 1977, s. 1 vd.

HYDE, James N.: "Economic Development Agreements", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 106, 1962, s. 267 vd. ("Hyde, Economic Development Agreements")

IBRD: *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Washington DC 1965, 1 ICSID Reports 25. ("Report of the Executive Directors")

ICC: *Commission Report: States, State Entities and International Arbitration*, Paris 2012. ("ICC, States, State Entities and International Arbitration")

ICSID: *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Vol. I-IV, Washington DC 1968. ("ICSID, History")

ICSID: *The ICSID Caseload – Statistics*, Issue 2015-1, Washington DC 2015. ("ICSID, Caseload Statistics 2015-1")

ILIASU, Fatimah B. Musa: *International petroleum contracts: an Islamic contract law perspective*, Thesis (SJD), Harvard University, Cambridge (MA) 2008.

IMF: *Balance of Payments and International Investment Position Manual*, Sixth Edition, Washington DC 2009. ("IMF, Manual")

Institut de Droit International: *Arbitration between States and Foreign Enterprises*, Santiago de Compostela 1989. ("Institut de Droit International, Santiago de Compostela (1989)")

Institut de Droit International: *Arbitration in Private International Law*, Amsterdam 1957.

Institut de Droit International: *The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*, Basel 1991.

Institut de Droit International: *The National Character of an International Claim Presented by a State for Injury Suffered by an Individual*, Resolution, Warsaw 1965.

Institut de Droit International: *The Proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person*, Athens 1979.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION: *Energy Law '88: Proceedings of the Advanced Seminar on Petroleum, Minerals & Energy Resources Law*, London 1988.

International Law Commission: *Draft Articles on Diplomatic Protection, with Commentaries*, UN Doc. A/61/10, 2006. ("ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection")

International Law Commission: *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/10, 2001. ("ILC, Draft Articles on Responsibility of States")

İSTE, Cansu: *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları*, İstanbul 2013.

JAFARIAN Mansour / REZAIAN, Mehrdad: "The New Law on International Commercial Arbitration in Iran", *Journal of International Arbitration*, Vol. 15(3), 1998, s. 31 vd.

JARVIN, Sigvard: "ICC: 'Disputes Prevention Methods'", *Journal of International Arbitration*, Vol. 1(4), 1984, s. 355 vd.

JARVIN, Sigvard: "The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers", Julian D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 50 vd.

JENKS, C. Wilfried: "Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 117, 1966, s. 99 vd.

JENNINGS, Robert Y.: "State Contracts in International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 37, 1961, s. 156 vd.

JESSUP, Philip C.: *A Modern Law of Nations: An Introduction*, Macmillan, New York 1948. ("Jessup, Modern Law of Nations")

JESSUP, Philip C.: *Transnational Law*, New Haven 1956. ("Jessup, Transnational Law")

JOFFÉ, George et al.: "Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism", *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 2(1), 2009, s. 3 vd.

JOHNSON, Lise / VOLKOV, Oleksandr: "Investor-State Contracts, Host State 'Commitments' and the Myth of Stability in International Law", *The American Review of International Arbitration*, Vol. 24(3), 2013, s. 361 vd.

KAHN, Philippe: "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", *Indiana Law Journal*, Vol. 44(1), 1968, s. 1 vd.

KARAYANNI, Michael Mousa: *Forum Non Conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo American Law*, Transnational Publishers, Ardsley (NY) 2004.

KASSIS, Antoine: *Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, Paris 1984.

KAUZYA, John-Mary: "The Question of the Public Enterprise and Africa's Development Challenge: a Governance and Leadership Perspective", *Public Enterprises: Unresolved Challenges and New Opportunities*, United Nations Publication, ST/ESA/PAD/SER.E/69, New York 2008, s. 73 vd.

KEGEL, Gerhard: *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, Beck, München 2004.

KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1949.

KELSEN, Hans: *Pure Theory of Law*, Max Knight (tr.), Lawbook Exchange, Clark (NJ) 2005.

KESKİN, Bayram: *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, Arıkan, İstanbul 2007.

KHAYAT, Dany / ABU-MANNEH, Raid / SIRHAN, Wisam: "London Says 'No' and Paris Says 'Oui' on Enforcement", Çevrimiçi Erişim: <http://www.martindale.com/alternative-dispute-resolution-law/article_Mayer-Brown-International-LLP_1393278.htm> [Son Erişim: 05.11.2015]

KIRCHNER, Christian et al.: *Mining Ventures in Developing Countries*, Part 1, Kluwer, Deventer 1979.

KISCHEL, Uwe: *State Contracts: völker-, schieds- und internationalprivatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts*, Boorberg, Stuttgart 1992.

KISSAM, Leo T. / LEACH, Edmond K.: "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", *Fordham Law Review*, Vol. 28, 1959, s. 177 vd

KJOS, Hege Elisabeth: *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: "Devletler Hususi Hukukunda Tarafların Sükutu Halinde Akitlere Tatbik Edilecek Kanun", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 21, 1957, s. 359 vd.

KOCH, Christopher: "The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin The French and U.S. Experience", *Journal of International Arbitration*, Vol. 26(2), 2009, s. 267 vd.

KÖKSAL, Tunay / ÖZER, Serhat: *Yurtdışı İnşaat Hizmetleri Sektörü İçin Uluslararası Tahkim Rehberi*, Adalet, Ankara 2013.

KREINDLER, Richard: "Parallel Proceedings: A Practitioner's Perspective," Michael Waibel et al. (ed.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, s. 127 vd.

KRÖLL, Stefan: "The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts", Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Vol 2(1), 2004.

KUUSI, Juha: *The Host State and the Transnational Corporation: An Analysis of Legal Relationships*, Saxon House, Farnborough 1979.

LAGARDE, Paul: "Approche critique de la lex mercatoria," *Le Droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, Librairies Techniques, Paris 1982, s. 125 vd.

LAGARDE, Paul: "Une notion ambivalente: l'« émanation » de l'Etat nationalisant", *Droit et libertés a la fin du XXe siècle: influence des données économiques et technologiques: études offertes à Claude-Albert Colliard*, Pedone, Paris 1984, s. 539 vd.

LAGERGREN, Gunnar: "The Formative Years of the Iran–United States Claims Tribunal", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66(1), 1997, s. 23 vd.

LALIVE, Jean-Flavien: "Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 181, 1983, s. 9 vd. ("Lalive, Contrats")

LALIVE, Pierre: "Arbitrage international et ordre public suisse. Une surprennante décision du Tribunal Fédéral", *Revue du droit Suisse*, Vol. 97(1), 1978, s. 529 vd.

LALIVE, Pierre: "Arbitration with Foreign States or State-Controlled Entities: Some Practical Questions," Julian D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 289 vd. ("Lalive, Arbitration")

LALIVE, Pierre: "Les Règles de Conflit de Lois Appliquées au Fond du Litige par l'Arbitre International Siégeant en Suisse", *Revue de l'Arbitrage*, 1976, s. 155 vd. ("Lalive, Les Régles")

LALIVE, Pierre: "The First World Bank Arbitration: Some Legal Problems", *British Yearbook of International Law*, Vol. 51, 1980, s. 123 vd. ("Lalive, First World Bank Arbitration")

LALIVE, Pierre: "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (ICCA Congress Series, Vol. 3)*, Deventer 1987, s. 258 vd.

LAMM, Carolyn B. / SMUTNY, Abby Cohen: "The Implementation of ICSID Arbitration Agreements", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11(1), 1996, s. 64 vd.

LANDO, Ole: "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", Julian D. M. Lew (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 101 vd. ("Lando, Law Applicable")

LANDO, Ole: "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", Petar Sarcevic (ed.), Essays on International Commercial Arbitration, Graham & Trotman, London 1989, s. 129 vd.

LANDO, Ole: "The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985, s. 747 vd. ("Lando, Lex Mercatoria")

LAUTERPACHT, Elihu: "The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes," *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève 1968, s. 642 vd.

LAUTERPACHT, Hersch: *An International Bill of the Rights of Man*, Oxford University Press, Oxford 2013.

LAUTERPACHT, Hersch: *International Law and Human Rights*, Stevens, London 1950.

LAUTERPACHT, Hersch: *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longman, London 1927.

LAUTERPACHT, Hersch: "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", *British Yearbook of International Law*, Vol. 28, 1951, s. 220 vd.

League of Nations: Report of the Committee of the League of Nations studying Loan Contracts, League of Nations Publication, Economic & Financial, Doc. C145 M 93 1939 II.A, 1939.

LEBEN, Charles: "L'évolution de la notion de contrat d'état - Les états dans le contentieux économique international, I. Le contentieux arbitral", Revue de l'Arbitrage, 2003, s. 629 vd. ("Leben, L'évolution")

LEBEN, Charles: "La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 302, 2003, s. 197 vd. ("Leben, La théorie")

LEBEN, Charles: "Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986)", *Journal du Droit International*, 1986, s. 895 vd. ("Leben, Les investissements")

LEBOULANGER, Philippe: *Les Contrats entre États et entreprises étrangères*, Economica, Paris 1985.

LEW, Julian D. M.: "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 22(2), 2006, s. 179 vd. ("Lew, Achieving the Dream")

LEW, Julian D. M.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, Dobbs Ferry (NY) 1978. ("Lew, Applicable Law")

LEW, Julian D. M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL, Stefan: *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag 2003.

LOUCAIDES, Loukis G.: *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Martinus Nijhoff, Leiden 2007.

LOWENFELD, Andreas F.: "International Litigation and the Quest for Reasonableness: General Course on Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 245, 1994, s. 9 vd.

MACGIBBON, I.C.: "Estoppel in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 7(3), 1958, s. 468 vd.

MAGNUSSON, Annette: "The SCC Experience of Investment Arbitration under UNCITRAL Rules", *Euro-Arab Investor-State Dispute Settlement: Recent Developments and Future Perspectives*, Cairo 2012.

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "Choice of Law in International Contracts: Some Fundamental Conflict of Laws Issues", *Journal of International Arbitration*, Vol. 16(4), 1999, s. 141 vd. ("Maniruzzaman, Choice of Law")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts", *Journal of International Arbitration*, Vol. 7(3), 1990, s. 53 vd. ("Maniruzzaman, Mandatory Public Law Rules")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 20(1), 2001, s. 1 vd. ("Maniruzzaman, International Development Law")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements", *International Energy Law & Taxation Review*, Vol. 2005(4), s. 96 vd. ("Maniruzzaman, Some Reflections")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques: A Critical Appraisal", *Journal of International Arbitration*, Vol. 15(3), 1998, s. 65 vd. ("Maniruzzaman, State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies", *European Journal of International Law*,

Vol. 12, 2001, s. 309 vd. ("Maniruzzaman, State Contracts in Contemporary International Law")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law", *Journal of International Arbitration*, Vol. 9(4), 1992, s. 141 vd. ("Maniruzzaman, State Contracts with Aliens")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 11(4), 1993, s. 207 vd. ("Maniruzzaman, New Generation")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends", *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 1(2), 2008, s. 121 vd. ("Maniruzzaman, Pursuit of Stability")

MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreements: An Appraisal of some Fundamental Aspects", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 6, 2005, s. 263 vd. ("Maniruzzaman, Relevance of Public International Law")

MANN, Frederick Alexander: "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *British Yearbook of International Law*, Vol. 52, 1981, s. 241 vd.

MANN, Frederick Alexander: "England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, s. 193 vd. ("Mann, Delocalised Contracts")

MANN, Frederick Alexander: "Lex Facit Arbitrum", *Arbitration International*, Vol. 2, 1986, s. 241 vd. ("Mann, Lex Facit Arbitrum")

MANN, Frederick Alexander: "Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case", *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, s. 259 vd. ("Mann, Protection of Shareholders' Interests")

MANN, Frederick Alexander: "State Contracts and International Arbitration", *British Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1967, s. 1 vd. ("Mann, International Arbitration")

MANN, Frederick Alexander: "State Contracts and State Responsibility", *American Journal of International Law*, Vol. 54, 1960, s. 572 vd. ("Mann, State Responsibility")

MANN, Frederick Alexander: *Studies in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1973.

MANN, Frederick Alexander: "The Law Governing State Contracts", *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944, s. 11 vd. ("Mann, The Law Governing State Contracts")

MANN, Frederick Alexander: "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", *British Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1959, s. 34 vd. ("Mann, Contracts Concluded by International Persons")

MANN, Frederick Alexander: "The Proper Law of the Contract", *The International Law Quarterly*, Vol. 3, 1950, s. 60 vd. ("Mann, The Proper Law of the Contract")

MANN, Frederick Alexander: "The Proper Law of the Contract: A Rejoinder", *The International Law Quarterly*, Vol. 3, 1950, s. 597 vd. ("Mann, The Proper Law of the Contract: A Rejoinder")

MANN, Frederick Alexander: "Contrats entre Etats et Personnes Privées Etrangères: The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts

Between States and Private Persons", *Revue Belge de Droit International*, 1975, s. 562 vd. ("Mann, Theoretical Approach")

MARCANTONIO, J.B.: "ICSID as a Forum for the Renegotiation and Adaptation of Contracts", Norbert Horn (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Finance*, Deventer 1985, s. 237 vd.

MARKESINIS, B.S.: *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart, Oxford 2006.

MARTIN, Antoine: *L'Estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris 1979.

MARTIN, Timothy: "*Lex Petrolea* in International Law", Ronnie King (ed.), *Dispute Resolution in the Energy Sector*, Globe Law and Business, London 2012, s. 95 vd.

MARTIN, Timothy: "Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 22(3), 2004, s. 281 vd.

MARTIN, Timothy / PARK, J. Jay: "Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger", *Journal of World Energy and Business*, Vol. 3(1), 2010, s. 4 vd.

MARTINEZ-FRAGA, Pedro J.: "The Dilemma of Extending International Commercial Arbitration Clauses to Third Parties: Is Protecting Federal Policy While Accommodating Economic Globalization a Bridge to Nowhere", *Cornell International Law Journal*, Vol. 46(2), 2013, s. 291 vd.

MAYER, Pierre: "La neutralisation du pouvoir normatif des Etats", *Journal du Droit International*, 1986, s. 5 vd. ("Mayer, La neutralisation")

McHARG, Aileen et al.: *Property and the Law in Energy and Natural Resources*, New York 2010.

McKENDRICK, Ewan: *Force Majeure and Frustration of Contract*, London 1995.

McLACHLAN, Campbell: *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden, Martinus Nijhoff 2009.

McLACHLAN, Campbell / SHORE, Laurence / WEINIGER, Matthew: *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford 2007.

McNAIR, Arnold: "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957, s. 1 vd. ("McNair, General Principles")

McNAIR, Arnold: *The Law of Treaties*, Clarendon, Oxford 1961.

MERON, Theodor: "Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsiblity of States", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 6, 1957, 273 vd. ("Meron, Repudiation")

MERON, Theodor: "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *British Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1959, s. 83 vd. ("Meron, Local Remedies")

MERRILLS, John Graham: *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

MEYER-FABRE, Nathalie: "Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereign States", *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 15(9), 2000, s. 1 vd.

MEYER-FABRE, Nathalie: "Waivers Of Immunity From Execution", *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 30(8), 2015, s. 1 vd.

MIKESELL, Raymond F.: *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing Countries*, Resources for the Future, Washington DC 1984.

MITCHELL, John D. B.: *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study*, G. Bell & Sons Ltd., London 1954.

MOHEBI, Mohsen: *The International Law Character of the Iran–United States Claims Tribunal*, Kluwer Law International, Den Haag 1999.

MOORE, John Bassett: *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Government Publishing Office, Washington DC 1898. ("Moore, International Arbitrations")

MORRIS, John Humphrey Carlile: "The Proper Law of a Contract: A Reply", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, 1950, s. 197 vd.

MOSLER, Matthias: *Finanzierung durch die Weltbank*, Duncker & Humblot, Berlin 1987.

MUMMERY, David R.: "The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies", *American Journal of International Law*, Vol. 58, 1964, s. 389 vd.

MURTY, B.S.: *The International Law of Diplomacy: the Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven Press, New Haven 1989.

MUSTILL, Michael J.: "The New *'Lex Mercatoria'*: The First Twenty-Five Years", *Arbitration International*, Vol. 4(2), 1988, s. 86 vd.

NASSAR, Nagla: "Internationalization of State Contracts: ICSID, the Last Citadel", *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, 1997, s. 185 vd. ("Nassar, Internationalization")

NASSAR, Nagla: *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1995.

NEWCOMBE, Andrew Paul / PARADELL, Lluís: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

NICHOLAS, David: "Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers", *Journal du Droit International*, 1986, s. 79 vd.

NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul 2013.

NOTE: "From Concession to Participation: Restructuring the Middle East Oil Industry", *New York University Law Review*, Vol. 48, 1973, s. 774 vd.

NYGH, Peter Edward: *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, New York 1999.

O'CONNELL, Daniel Patrick: "Economic Concessions in the Law of State Succession", *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950, s. 93 vd.

O'CONNELL, Daniel Patrick: *International Law*, Stevens, London 1970.

O'CONNELL, Daniel Patrick: *The Law of State Succession*, Cambridge University Press, Cambridge 1956.

OECD: *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries: A Survey of OECD Countries*, Paris 2005.

OMAN, Charles: *New Forms of International Investment in Developing Countries*, Paris 1984.

OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence / JENNINGS, Robert / WATTS, Arthur: *Oppenheim's International Law*, London 1992.

ORAK, Cem Çağatay: *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlarlı, Ankara 2006.

OSER, David: *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?*, Leiden 2008.

ÖRSTEN ESİRGEN, Seda: *Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları*, Ankara 2012.

ÖZTÜRK, Pınar: *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, Beta, İstanbul 2001.

PAASIVIRTA, Esa: *Participation of States in International Contracts*, Finnish Lawyers' Pub. Co., Helsinki 1990.

PAPARINSKIS, Martins: *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford 2013.

PARRA, Antonio R.: "Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties," *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16(1), 2001, s. 20 vd.

PARRA, Anthony R.: "Applicable Law in Investor-State Arbitration," Arthur W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, Leiden 2008 s. 3 vd.

PARRA, Anthony R.: "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, 1997, s. 287 vd. ("Parra, Provisions")

PAULSSON, Jan: "Arbitration Unbound: Award Detached From the Law of Its Country of Origin", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30(2), 1981, s. 358 vd. ("Paulsson, Arbitration Unbound")

PAULSSON, Jan: "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and why it Matters", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32(1), 1983, s. 53 vd.

PAULSSON, Jan: "May a State Invoke its Internal Law?: Reflections on the *Benteler v. Belgium* Preliminary Award", *Arbitration International*, Vol. 2(2), 1986, s. 90 vd. ("Paulsson, May a State Invoke")

PAULSSON, Jan: "The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: The Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements", *Journal of International Arbitration*, Vol. 1(2), 1984, s. 145 vd. ("Paulsson, Klöckner v. Cameroon Award")

PAULSSON, Jan: "Third World Participation in International Investment Arbitration", *ICSID Review – Foreign Investment Law* Journal, Vol. 3, 1987, s. 1 vd.

PAZARCI, Hüseyin: "Responsabilité internationale des Etats á l'occasion des contrats conclu entre Etats et personnes privies étrangéres," *Revue Générale de Droit International Public*, 1975, s. 354 vd. ("Pazarcı, Responsabilité Internationale")

PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2014. ("Pazarcı, Uluslararası Hukuk")

PÉQUIGNOT, Georges: *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Pedone, Paris 1945.

PETER, Wolfgang: *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, Den Haag 1995.

PETER, Wolfgang: "Stabilization Clauses in State Contracts", *International Business Law Journal*, 1998, s. 875 vd.

PETERS, Paul: "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1991, s. 91 vd.

PETROCHILOS, Georgios: *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2004.

PFAFF, Dieter: "International Licensing Contracts, Transfer of Technology and Transnational Law", Norbert Horn & Clive Schmitthoff (ed.), *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, Kluwer, Deventer 1982, s. 199 vd.

PIERCE, David G.: "Post-Formation Choice of Law in Contract", *Modern Law Review*, Vol. 50, 1987, s. 176 vd.

PINGEL-LENUZZA, Isabelle: *Les Immunités des Etats en Droit International*, Bruylant, Bruxelles 1997.

POUDRET, Jean-François / BESSON, Sébastien: *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007.

POUDRET, Jean-François: "L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et Suisse", *Journal du Droit International*, Vol. 122, 1995, s. 893 vd.

POWELL, Frederick J.: *Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of its Subsidiary*, Callaghan, Chicago 1931.

PROSSER, William Lloyd / KEETON, W. Page: *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, West Pub. Co., St. Paul (MN) 1984.

QUIGLEY, John: *The Soviet Foreign Trade Monopoly: Institutions and Laws*, Ohio State University Press, Columbus (OH) 1974.

RADICATI DI BROZOLO, Luca G.: "Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 315, 2005, s. 265 vd.

RAWDING, Nigel: "Protecting Investments under State Contracts - Some Legal and Ethical Issues", *Arbitration International*, Vol. 11, 1995, s. 341 vd.

REDFERN, Alan: "The Arbitration Between the Government of Kuwait and Aminoil", *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, s. 65 vd. ("Redfern, Aminoil")

REDFERN, Alan / HUNTER, Martin / BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009.

REED, Lucy / PAULSSON, Jan / BLACKABY, Nigel: *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011.

REINER, Clara / SCHREUER, Christoph: "Human Rights and International Investment Arbitration", Pierre-Marie Dupuy / Ernst-Ulrich Petersmann / Francesco Francioni (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 82 vd.

REINISCH, August: "The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions," Michael Waibel et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, s. 113 vd.

REINISCH, August: "The Role of Precedent in Investment Arbitration," Gerold Zeiler / Irene Welser et al. (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, s. 495 vd.

RENNER, Shirley: *Inflation and the Enforcement of Contracts*, Guildford 1999.

RIAD, Tarek F.: *The Applicable Law Governing Transnational Development Agreements*, Thesis (SJD), Harvard Law School, Cambridge (MA) 1985. ("Riad, Applicable Law")

RIGAUX, Frençois: "Les situations juridiques individuelles dans un systeme de relativité générale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 213, 1989, s. 1 vd.

ROMERO, Eduardo Silva: "Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICC Case Law", Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan (ed.), *State Entities in International Arbitration*, Juris, Huntington (NY) 2008, s. 31 vd.

ROSENBERG, Dominique: *Le Principe de Souveraineté des Etats sur leurs Ressources Naturelles*, LGDJ, Paris 1983.

RUBINS, Noah: "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration", Stefan Kröll & Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, Den Haag 2004, s. 283 vd.

SACERDOTI, Giorgio: "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 269, 1997, s. 251 vd.

SALACUSE, Jeswald W.: *The Law of Investment Treaties*, New York 2010.

SALACUSE, Jeswald W.: "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain", Stefan Kröll & Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, Den Haag 2004, s. 51 vd.

SANDROCK, Otto: "Group of Companies and Arbitration", *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2005, s. 3 vd.

SARKIS, Sami: "L'autorisation d'arbitrage, obstacle au recours à l'arbitrage des enterprises du secteur public en Syrie", *Revue de l'Arbitrage*, 1998, s. 97 vd.

SASSON, Monique: *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.

SAVATIER, René: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionel, Procédural*, LGDJ, Paris 1951.

SAYIŞTAY: *Kamu İşletmeleri 2013 Yılı Genel Raporu*, Ankara 2014.

SCHACHTER, Oscar: *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991. ("Schachter, International Law")

SCHACHTER, Oscar: "International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 178, 1982, s. 9 vd.

SCHILL, Stephan W.: *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, New York 2010. ("Schill, International Investment Law")

SCHILL, Stephan W.: "Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement", Michael Waibel et al. (ed.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 29 vd. ("Schill, Private Enforcement")

SCHLEMMER, Engela C.: "Investment, Investor, Nationality and Shareholders", Peter Muchlinski / Federico Ortino / Christoph Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 49 vd.

SCHMITTHOFF, Clive: *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, Sweet & Maxwell, London 1981.

SCHMITTHOFF, Clive (ed.): *The Sources of the Law of International Trade: With Special Reference to East-West Trade*, Stevens, London 1964.

SCHREUER, Christoph: "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005, s. 1 vd. ("Schreuer, Calvo's Grandchildren")

SCHREUER, Christoph: "Consent to Arbitration", Peter Muchlinski / Federico Ortino / Christoph Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 830 vd.

SCHREUER, Christoph: *State Immunity: Some Recent Developments*, Grotius, Cambridge, 1988.

SCHREUER, Christoph: "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, 2004, s. 231 vd. ("Schreuer, Travelling the BIT Route")

SCHREUER, Christoph / MALINTOPPI, Loretta / REINISCH, August / SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

SCHRIJVER, Nico: *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge 1997.

SCHWARTZ, Eric A. / DERAINS, Yves: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, Den Haag 2005.

SCHWARZENBERGER, Georg: *Economic World Order? A Basic Problem of the International Economic Law*, Manchester University Press, Manchester 1970.

SCHWARZENBERGER, Georg: *The Protection of British Property Abroad*, Stevens, London 1952.

SCHWEBEL, Stephen M.: *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius, Cambridge University Press, Cambridge 1987.

SCHWEBEL, Stephen M.: "On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law", *Justice in International Law: Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, Cambridge 1994, s. 425 vd. ("Schwebel, Breach by a State")

SCHWEBEL, Stephen M.: "The Law Applicable in International Arbitration: Application of Public International Law," A. J. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, Den Haag 1996.

SCHWEBEL, Stephen M.: "The Story of the United Nations Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources", *Justice in International Law: Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, Cambridge 1994, s. 401 vd.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: "Contrats entre Etats et Personnes Privées Etrangères: The Theory of Quasi-International and Partly International Agreements", Revue Belge de Droit International, 1975, s. 567 vd.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: "The Abs-Shawcross Draft Convention to Protect Private Foreign Investment: Comments on the Round Table", Journal of Public Law, Vol. 10, 1961, s. 100 vd.

SERAGLINI, Christophe: *Lois de Police et Justice Arbitrale Internationale*, Dalloz, Paris 2001.

SERICK, Rolf: *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, W. de Gruyter, Berlin 1955.

SHAW, Malcolm N.: *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

SHEA, Donald R.: *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1955.

SHIHATA, Ibrahim F. I.: "Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in the Case of the Involvement of State Parties", I.F.I. Shihata (ed.), *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Leiden 1995, s. 595 vd.

SHIHATA, Ibrahim F. I.: *Legal Treatment of Foreign Investment: "The World Bank Guidelines"*, Dordrecht 1993.

SHIHATA, Ibrahim F. I.: *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Leiden 1995.

SHIHATA, Ibrahim F. I. / PARRA, Antonio R.: "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14(2), 1999, s. 299 vd.

SIMMA, Bruno / KILL, Theodore: "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology", Christina Binder et al. (ed.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 678 vd.

SINCLAIR, Anthony C.: "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, Vol 20, 2004, s. 411 vd. ("Sinclair, Umbrella Clause")

SINCLAIR, Anthony C.: "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20(2), 2005, s. 357 vd. ("Sinclair, Nationality Requirements")

SINCLAIR, Ian: *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester 1984.

SMITH, David N. / WELLS (Jr.), Louis T.: "Mineral Agreements in Developing Countries: Structures and Substance", *American Journal of International Law*, Vol. 69, 1975, s. 560 vd.

SMITH, Ernest E.: "From Concessions to Service Contracts", *Tulsa Law Review*, Vol. 27(4), 1992, s. 493 vd.

SMITH, Ernest E. et al.: *International Petroleum Transactions*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Denver 2010.

SMITH, Ernest E. / DZIENKOWSKI John S.: "A Fifty-Year Prospective on World Petroleum Arrangements", *Texas International Law Journal*, Vol. 24, 1989, s. 13 vd.

SOHN, Louis B. / BAXTER, R. R.: "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961, s. 545 vd.

SOLTYSINSKI, Stanislaw: "Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 196, 1986, s. 239 vd.

SORNARAJAH, M.: *International Commercial Arbitration: The Problem of State Contracts*, Longman, London 1990. ("Sornarajah, Commercial Arbitration")

SORNARAJAH, M.: *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge 2015. ("Sornarajah, Resistance and Change")

SORNARAJAH, M.: *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge 2010. ("Sornarajah, International Law")

SORNARAJAH, M.: "The Myth of International Contract Law", *Journal of World Trade Law*, Vol. 15, 1981, s. 187 vd. ("Sornarajah, The Myth")

SORNARAJAH, M.: *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, Den Haag 2000. ("Sornarajah, Foreign Investment Disputes")

SOYSÜREN, Ali: "Türk Yatırımcıların Libya'daki Hukuki Sorunları: Sözleşmeler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", Ali Yeşilırmak / Macit Kenanoğlu (ed.) *Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi*, İstanbul 2011, s. 89 vd.

STEINER, Henry J. / VAGTS, Detlev F.: *Transnational Legal Problems: Materials and Text,* Foundation Press, Mineola (NY) 1976.

STEINGRUBER, Andrea Marco: *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2012.

STRUPP, Karl: "Les règles générales du droit de la paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 47, 1934, s. 257 vd.

SUCHARITKUL, Sompong: *State Immunities and Trading Activities in International Law*, Stevens, London 1959.

SULEIMAN, Atef: "The Oil Experience of the United Arab Emirates and Its Legal Framework", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 6(1), 1988, s. 1 vd.

SUMMERS, Lionel Morgan: "The Calvo Clause", *Virginia Law Review*, Vol. 19, 1933, s. 459 vd.

SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta, İstanbul 2014.

SURATGAR, David: "Considerations Affecting Choice of Law Clauses in Contracts between Governments and Foreign Nationals", *Indian Journal of International Law*, Vol. 2, 1962, s. 273 vd.

SUREDA, Andrés Rigo: *Investment Treaty Arbitration: Judging under Uncertainty*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986. ("Şanlı, Uygulanacak Hukuk")

ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, İstanbul 2013.

ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

TALUS, Kim / LOOPER, Scott / OTILLAR, Steven: "Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements", *Journal of World Energy and Business*, Vol. 5(3), 2012, s. 181 vd.

TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları*, Beta, İstanbul 1995.

TESON, Fernando R.: "State Contracts and Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24(2), 1984, s. 323 vd.

TILLOTSON, John / FOSTER, Nigel: *Text, Cases and Materials on European Union Law*, Cavendish Publishing, London 2003.

TOLUNER, Sevin: *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1973.

TOMUSCHAT, Christian: "Human Rights and International Investment Arbitration", Christina Binder et al. (ed.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 636 vd.

TOOPE, Stephen John: *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Grotius, Cambridge 1990.

TORIGUIAN, Shavarsh: *Legal Aspects of Oil Concessions in the Middle East*, Hamaskaine Press, Beirut 1972.

TRIEPEL, Heinrich: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.

TUNKIN, Grigory Ivanovich: *Theory of International Law*, Allen and Unwin, London 1974.

TUNKIN, Grigory Ivanovich / WOLFRUM, Rüdiger (ed.): *International Law and Municipal Law: Proceedings of the German-Soviet Colloquy on International Law*, Duncker & Humblot, Berlin 1988.

ULUOCAK, Nihal: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

UNCTAD: *Dispute Settlement: General Topics – 1.2. International Court of Justice*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.19, United Nations Publication, New York & Geneva 2003. ("UNCTAD, ICJ")

UNCTAD: *Dispute Settlement: ICSID, 2.3. Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, United Nations Publication, New York & Geneva 2003. ("UNCTAD, Consent to Arbitration")

UNCTAD: *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, IIA Issue Note, No. 2, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/2, United Nations Publication, 2015. ("UNCTAD, 2014 ISDS Review")

UNCTAD: *Scope and Definition: A Sequel*, Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, United Nations Publication, New York & Geneva 2011. ("UNCTAD, Scope and Definition")

UNCTAD: *State Contracts*, Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2004/11, United Nations Publication, New York & Geneva 2004. ("UNCTAD, State Contracts")

UNCTAD: *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, Geneva 2012.

UNCTAD: *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations Publication, Geneva 2015. ("UNCTAD, World Investment Report 2015")

United Nations: General Assembly Resolution 1803 (XVII), *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, UN Doc. A/5217 (1962). ("UNGA Resolution 1803")

United Nations: General Assembly Resolution 3281 (XXIX), *Charter of Economic Rights and Duties of States*, UN Doc. A/9631 (1974). ("UNGA Resolution 3281")

United States House of Representatives: *Legislative History of the Foreign Sovereign Immuities Act*, Report No. 94-1487, 1976 USCCAN 6604. ("FSIA Legislative History")

USLAN, Yurdanur Ural / GÜNER, Tuğba: "İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2014, s. 309 vd.

VAN DEN BERG, Albert Jan: "Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)", *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXIII, 2003, s. 562 vd.

VANDEVELDE, Kenneth J.: *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, New York 2010.

VATTEL, Emer de: *The Law of Nations or the Principles of Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, T. & J. W. Johnson, Philadelphia 1844 (original 1758).

VERDROSS, Alfred: "Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklausen", Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 18, 1957, s. 635 vd. ("Verdross, Sicherung")

VERDROSS, Alfred: "Quasi-International Agreements and International Economic Transactions", *Yearbook of World Affairs*, Vol. 18, 1964, s. 230 vd.

VERDROSS, Alfred: "The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses", The Southwestern Legal Foundation, International and Comparative Law Center, *Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investment*, M. Bender, Albany (NY) 1964, s. 117 vd. ("Verdross, Foreign Private Interests")

VILLIGER, Mark Eugen: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden 2009.

VINEY, Geneviève: *Traité de Droit Civil: Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, Paris 1995.

VISCHER, Frank: "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 232, 1992, s. 9 vd.

VON MEHREN, Arthur: "Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?", The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies, Tel Aviv University, 1986.

VOSS, Jan Ole: *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff, Leiden 2011.

WÄLDE, Thomas W.: "Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development", *Lawyer of the Americas*, Vol. 10, 1978, s. 265 vd. ("Wälde, Revision")

WÄLDE, Thomas W.: "The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration - A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 6, 2005, s. 183 vd. ("Wälde, Umbrella Clause")

WÄLDE, Thomas W. / NDI, George: "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", *Texas International Law Journal*, Vol. 31, 1996, s. 215 vd.

WEIL, Prosper: "Droit international et contrat d'Etat", *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Pedone, Paris 1981, s. 549 vd. ("Weil, Droit international")

WEIL, Prosper: "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 128, 1969, s. 95 vd. ("Weil, Problèmes")

WEIL, Prosper: "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris 1974, s. 301 vd. ("Weil, Clauses de Stabilisation")

WEIL, Prosper: "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a *Ménage Á Trois*", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 15(2), 2000, s. 401 vd. ("Weil, Ménage Á Trois")

WEILER, Todd: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, London 2005.

WEINTRAUB, Russell J.: *Commentary on the Conflict of Laws*, Foundation Press, Mineola (NY) 1986.

WESTLAKE, John: *A Treatise on Private International Law: With Principal Reference to its Practice in England*, Sweet & Maxwell, London 1925.

WETTER, Gillis J. / SCHWEBEL, Stephen M.: "Some Little-Known Cases on Concessions", *British Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1964, s. 183 vd.

WHITE, Robin C.A.: "Expropriation of the Libyan Oil Concessions Two Conflicting International Arbitrations", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, s. 1 vd.

WHITEMAN, Marjorie: *Damages in International Law*, Washington DC 1943.

WIEDEMANN, Herbert: *Gesellschaftsrecht, Vol. I: Grundlagen*, Beck, München 1980.

WILSKE, Stephan / HUGHES, Sarah Kimberly: "Investment Treaty Arbitration Involving Turkey and Turkish Parties", İsmail Esin / Ali Yeşilırmak (ed.), Kluwer Law International, *Arbitration in Turkey*, Alphen aan den Rijn 2015, s. 241 vd.

WOLF, Joachim: *Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht*, Berlin 1992.

WOLFF, Martin: "Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in the Conflict of Laws", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 35, 1949, s. 143 vd.

WORMSER, I. Maurice: "Piercing the Veil of Corporate Entity", Columbia Law Review, Vol. 12, 1912, s. 496 vd.

YANG, Xiaodong: *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

YANNACA-SMALL, Katia: "What about this 'umbrella clause'?", Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, New York 2010, s. 479 vd. ("Yannaca-Small, Umbrella Clause")

YILMAZ, Alper Çağrı: *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, On İki Levha, İstanbul 2013.

YNTEMA, Hessel E.: "'Autonomy' in Choice of Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 1, 1952, s. 341 vd.

ZAKARIYA, Hasan S.: "Sovereignty over Natural Resources and The Search for a New International Order", Kamal Hossain (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, London 1980, s. 208 vd.

ÖZGEÇMİŞ

08.05.1988'de İstanbul'da doğan Ozan Mert Öndeş, 2006 yılında V.K.V. Koç Özel Lisesi'nden, 2010 yılında Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Avukatlık ruhsatını 2011 yılında İstanbul Barosu'ndan aldıktan sonra şirketler hukuku, spor hukuku, enerji hukuku ve uluslararası tahkim gibi alanlarda çalışmıştır. 2015-2016 öğretim yılı itibariyle Londra Queen Mary Üniversitesi'nde Enerji ve Doğal Kaynaklar Hukuku üzerine ikinci yüksek lisans çalışmasını sürdürmektedir.

Önceki yayınları:

"Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği Kavramı ve Bağımsızlık Kriterlerine Bakış", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt II, s. 1073-1130.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite: Galatasaray Üniversitesi

Enstitü: Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı Soyadı: Ozan Mert ÖNDEŞ

Tez Başlığı: Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Uygulanacak Hukuk

Savunma Tarihi: 29.12.2015

Danışmanı: Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı, Soyadı: İmza:

Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK