

## YATIRIMLARIN KARŞILIKLI TEŞVİKİ VE KORUNMASI ANTLAŞMALARINDA DÜZENLENEN “ADİL VE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ”

Araş. Gör. Rumeysa PARTALCI\*

### Öz

*Yatırımcıların ev sahibi devlette kendilerini güvende hissetmesi, yatırımların gerekli ölçüde korunmasına bağlıdır. Yatırımların korunması için ev sahibi devletin uyması gereken bazı ilkeler vardır. Bunların en önemlilerinden biri ise, adil ve eşit davranma yükümlülüğüdür. İlk olarak Havana Şartı'nda karşımıza çıkan adil ve eşit davranma yükümlülüğü, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması amacıyla yapılan antlaşmalarda yer alan ilkelerden biri olmuştur. Adil ve eşit davranma yükümlülüğüne antlaşmalarda sıklıkla yer verilmeyle beraber, tam olarak kapsamının belirlenmesi konusunda güçlükler yaşanmaktadır. Bu çalışmada, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmalarında yer alan diğer koruma ilkeleri ile karşılaştırma yapılarak ve hakem kararları ele alınarak, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi amaçlanmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Adil ve eşit davranma yükümlülüğü, Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları, Yatırım tahkimi, Yatırımların korunması ilkeleri, Yatırımcının korunması.*

## “FAIR AND EQUITABLE TREATMENT” HELD IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES

### Abstract

*Protection of investments is important to make feel safe of investors in a host state. The host state must adopt and provide some principles for protection of investments. The fair and equitable treatment is one of the most important principles in international investment policy. The principle of fair and equitable treatment is within the structure of bilateral investment treaties, first emerged in the Havana Charter. Although the fair and equitable treatment is frequently used in bilateral investment treaties, there are still some difficulties in determining its scope. Purpose of this paper is, to determine the scope of fair and equitable treatment by making comparison with other principles in bilateral investment treaties and also examining the commentaries of arbitral awards.*

**Keywords:** *Fair and equitable treatment, Bilateral investment treaties, Investment arbitration, Principles of investment protection, Protection of investor.*

\*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, rumeysa.partalci@istanbul.edu.tr

\*\* Makale Gönderim Tarihi: 31.08.2016, Makale Kabul Tarihi: 01.12.2016

## Giriş

Çalışmamız kapsamında, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmalarında düzenlenen adil ve eşit davranma yükümlülüğünün incelenmesi amaçlanmaktadır.

İlk olarak, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün niteliği ele alınacaktır. Bu kapsamda, yatırımların korunması amacıyla antlaşmalarda öngörülen diğer ilkeler ile adil ve eşit davranma yükümlülüğünün karşılaştırılması önem taşımaktadır.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün genel olarak niteliği incelendikten sonra, uluslararası örf ve adet hukuku ile ilişkisine değinilecektir. Bu noktada, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olan, uluslararası asgari standart esasları ile adil ve eşit davranma yükümlülüğünün karşılaştırılması yapılacaktır. Bu aşamada, doktrindeki görüşlere değinilecektir.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi, çalışmamızın amaçlarından birini oluşturmaktadır. Zira ev sahibi devletin hangi davranışlarının bu yükümlülüğün ihlaline neden olacağına tespiti önem arz etmektedir. Bu bağlamda, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi için önem taşıyan bazı esaslar üzerinde durulacaktır. Bunlar hakem kararlarında genellikle ortaya konulan esaslardır.

## I. Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğünün Niteliği

### A. Genel Bilgi

Adil ve eşit davranma yükümlülüğü, ilk kez<sup>1</sup> Uluslararası Ticaret

<sup>1</sup> Christoph SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice* ("Arbitral Practice"), *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, Issue 3, 2005, s. 357; Rudolf DOLZER/Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, s. 131; Ioana TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 1; Andrew NEWCOMBE/Lluís PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2009, s. 256; Esen AKINTÜRK/Pınar BAKLACI, *İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme*, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*: Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan, C. 25, Sa. 4, Aralık 2009, s. 504-505; Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Antlaşmaları ile Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 272-273; Alper Çağrı YILMAZ, *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 221.

Örgütü'nün 1948 tarihli Havana Şartı<sup>2</sup> m. 11/2'<sup>3</sup>de<sup>3</sup> düzenlenmiştir. Daha sonra, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması amacıyla yapılan ikili antlaşmalarda bu yükümlülük yaygın bir şekilde yer almaya başlamıştır<sup>4</sup>.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğü, Türkiye'nin tarafı bulunduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmalarında da karşımıza çıkmaktadır<sup>5</sup>. Söz konusu yükümlülüğe bazı antlaşmalarda “adil

<sup>2</sup> Havana Şartı yürürlüğe girmemiştir. Metni için bkz., (Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf), 4.6.2015.

<sup>3</sup> 11. maddeden sonra, m. 29/2'<sup>3</sup>de tekrar bu yükümlülüğün bahsedilmektedir.

<sup>4</sup> Jeswald W. SALACUSE, *Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain*, Arbitrating Foreign Investment Disputes: Studies in Transnational Economic Law, Ed. Norbert Horn, Stefan Kröll, Vol. 19, Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, s. 64; Rudolf DOLZER, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties* (“A Key Standard”), *The International Lawyer*, Vol. 39, 2005, s. 89; Christoph SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, British Institute of International and Comparative Law, Investment Treaty Forum, 9.9.2005, s. 1, (Çevrimiçi) [http://www.biiicl.org/files/933\\_fair\\_equitable\\_talk\\_sep05\\_-\\_schreuer.doc](http://www.biiicl.org/files/933_fair_equitable_talk_sep05_-_schreuer.doc), 1.6.2015; DOLZER/SCHREUER, s. 130; Jeswald W. SALACUSE/Nicholas P. SULLIVAN, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows, Ed. Karl P. Sauvant, Lisa E. Sachs, Oxford University Press, New York, 2009, s. 126; Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 2. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2013, s. 66.

<sup>5</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 12.7.2015/29414), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 6.5.2016/29704), “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer), “Türkiye Cumhuriyeti ve Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Yönelik Anlaşma” madde 2 (RG. 7.5.2013/28640), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 2.5.2013/28635), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Nijerya Federal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 4 (RG. 11.10.2012/28438), “Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 15.1.2012/28174), “Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 14.4.2011/27905).

ve eşit muamele”<sup>6</sup>, bazılarında ise “adil ve hakkaniyete uygun muamele”<sup>7</sup> şeklinde yer verilmektedir. İfade edilişi nasıl olursa olsun bu yükümlülük, ev sahibi devletin benzer durumda bulunan yerli ve yabancı tüm yatırımcılara ve yatırımlara eşdeğer şekilde davranmasını garanti altına almaktadır<sup>8</sup>. Saluka v. Czech Republic davasında<sup>9</sup>, davacı ile benzer durumda bulunan üç bankaya yardım eden ev sahibi devletin davacıya yardım etmemesi adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür.

Bazı çok taraflı antlaşmalarda da bu yükümlülüğün bahsedilmektedir. Türkiye’nin de tarafı bulunduğu Enerji Şartı Antlaşması<sup>10</sup> m. 10’da, adil ve eşit davranma yükümlülüğü yer almaktadır. Maddeye göre antlaşmanın tarafları, kendi ülkelerinde diğer antlaşma taraflarının yatırımcılarının yatırımlarını gerçekleştirmeleri için istikrarlı, adil, uygun ve şeffaf şartları tesis etmekle yükümlüdürler. Ayrıca antlaşmanın tarafları, diğer antlaşma taraflarının yatırımlarına adil ve eşit bir şekilde davranmayı taahhüt etmektedirler.

<sup>6</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 12.7.2015/29414), “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer), “Türkiye Cumhuriyeti ve Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Yönelik Anlaşma” madde 2 (RG. 7.5.2013/28640), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 2.5.2013/28635), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Nijerya Federal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 4 (RG. 11.10.2012/28438).

<sup>7</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 6.5.2016/29704), “Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 15.1.2012/28174), “Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 14.4.2011/27905).

<sup>8</sup> GİRAY, s. 142.

<sup>9</sup> Saluka Investments Bv (The Netherlands) v. The Czech Republic, The Matter of an Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules, 17.3.2006, Para. 407, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>, 4.6.2015.

<sup>10</sup> Antlaşmanın orijinal adı, “The Energy Charter Treaty” şeklindedir. Antlaşmanın orijinal metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.energycharter.org/>, 2.12.2016. Antlaşma, 17.12.1994 tarihinde imzalanmıştır. Antlaşma’nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında 4519 Sayılı Kanun, 6.2.2000 tarih ve 23956 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Antlaşmanın metni, 12.7.2000 tarih ve 24107 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) Sözleşmesi<sup>11</sup> m. 12 gereğince de, ev sahibi devlet, yatırıma karşı adil ve eşit davranmalı ve gerekli yasal korumayı sağlamalıdır. Yatırım ortamının fiziki, hukuki ve mali şartları bakımından “güvenli” olması gerekmektedir<sup>12</sup>.

Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) m. 1105’te de<sup>13</sup>, yatırımcıya uluslararası hukuka uygun olarak davranılmasının gerekliliği vurgulanmış ve bunun adil ve eşit davranma yükümlülüğünü içerdiği ifade edilmiştir.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğü, yatırım tahkiminin kalbi olarak nitelendirilebilir<sup>14</sup>. Yatırımların korunması bakımından bu ilke, kilit rol üstlenmektedir<sup>15</sup>. Çünkü ev sahibi devletin davranışlarıyla yatırımcının hakları ve menfaatleri çeşitli yöntemlerle etkilenebilmektedir<sup>16</sup>. Bu olayların sonucu olarak, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali iddiası ile tahkime başvuru son yıllarda artmıştır<sup>17</sup>. “Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Washington Antlaşması”<sup>18</sup> ile kurulan, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez’e (ICSID) yapılan başvurular bu noktada önem taşımaktadır.

Günümüzde, yatırımlar ve yatırımcılar açısından bu kadar büyük önem taşıyan adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kesin bir tanımının yapılması

<sup>11</sup> Antlaşmanın orijinal adı, “The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency” şeklindedir. Antlaşmanın orijinal metni için bkz., (Çevrimiçi) <https://www.miga.org/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>, 2.12.2016. Antlaşmanın metninin Resmi Gazete’te yayımlandığı sayı için bkz., RG. 6.12.1988/20011.

<sup>12</sup> Deniz KIRLI AYDEMİR, *Yatırımların Korunması, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 160.

<sup>13</sup> Antlaşmanın orijinal adı, “North American Free Trade Agreement” şeklindedir. Antlaşmanın orijinal metni için bkz., (Çevrimiçi) <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>, 17.5.2015.

<sup>14</sup> Rudolf DOLZER, *Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours* (“Today’s Contours”), Santa Clara Journal of International Law, Vol. 12, Issue 1, 2014, s. 10.

<sup>15</sup> ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 273.

<sup>16</sup> DOLZER, *Today’s Contours*, s. 10.

<sup>17</sup> DOLZER, *A Key Standard*, s. 87; DOLZER, *Today’s Contours*, s. 10.

<sup>18</sup> Antlaşmanın orijinal adı, “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” şeklindedir. Antlaşmanın orijinal metni için bkz., (Çevrimiçi), <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>, 2.12.2016. Antlaşmanın metninin Resmi Gazete’te yayımlandığı sayı için bkz., RG. 6.12.1988/20011.

mümkün görünmemektedir<sup>19</sup>. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün söz konusu olabileceği tüm durumları önceden saymak mümkün değildir<sup>20</sup>. Bu yükümlülük, devletlerin uygulamalarına bağlı olarak<sup>21</sup>, olaydan olaya değişiklik göstermektedir<sup>22</sup>.

Sermaye ihraç eden devletler, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün geniş yorumlanmasını istemektedir<sup>23</sup>. Çünkü yatırımcılarının, yatırıma ev sahipliği yapan devletlerde korunması önem taşımaktadır. Sermaye ithal eden devletler ise bu yükümlülüğün geniş yorumlanmasını arzu etmemektedirler<sup>24</sup>.

Doktrinde bu yükümlülüğün Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi<sup>25</sup> m. 31 ışığında yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>26</sup>. Maddeye göre bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığı altında verilecek olağan anlama uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanmalıdır (m. 31/1).

<sup>19</sup> M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2012, s. 204; SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 1; TUDOR, s. 3; SALACUSE, s. 64; SALACUSE/SULLIVAN, s. 126; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 277.

<sup>20</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 134; DOLZER, *Today's Contours*, s. 11.

<sup>21</sup> ADF Group INC. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9.1.2003, Para. 184, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>, 1.6.2015; SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 1; TUDOR, s. 15; SALACUSE, s. 64; SALACUSE/SULLIVAN, s. 126.

<sup>22</sup> PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19.1.2007, Para. 238-239, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 1.6.2015; SCHREUER, *Arbitral Practice* s. 365; DOLZER/SCHREUER, s. 134; Peter MUCHLINSKI, 'Caveat Investor'? *The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Issue 3, 2006, s. 531; AKINTÜRK/BAKLACI, s. 505.

<sup>23</sup> SORNARAJAH, s. 353; DOLZER, *Today's Contours*, s. 13, yazar, günümüzde Çin'in Amerika Birleşik Devletleri'ne sermaye ihraç eden bir konuma geldiğinden ve artık Amerika Birleşik Devletleri'nin bu yükümlülüğün dar yorumlanmasını istediğinden bahsetmektedir.

<sup>24</sup> TUDOR, s. 2.

<sup>25</sup> Antlaşmanın orijinal adı, "Vienna Convention on the Law of Treaties" şeklindedir. Antlaşmanın orijinal metni için bkz., İbrahim KAYA, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 66-111; (Çevrimiçi) <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/>, 27.12.2014.

<sup>26</sup> DOLZER, *A Key Standard*, s. 90; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 366; DOLZER/SCHREUER, s. 132.

## **B. Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğünün Yatırımların Korunmasına İlişkin Diğer İlkeler ile Karşılaştırılması**

Yatırımların korunması ve teşviki amacıyla yapılan iki taraflı antlaşmalarda, yatırımcının ve yatırımların korunması için ev sahibi devletin uyması gereken bazı temel davranış ilkelerine yer verilmektedir<sup>27</sup>. Bunlar; ulusal muamele<sup>28</sup>, en çok gözetilen ulus kaydı<sup>29</sup>, ayrımcılık yapmama<sup>30</sup>, tam koruma ve güvenlik<sup>31</sup> ile adil ve eşit davranma yükümlülüğü olarak sayılabilir. Yatırımların ve yatırımcıların korunması amacıyla getirilen bu prensipler birbirleriyle çok yakın ilişkilidir. Ancak bu yakın ilişki, söz konusu ilkelerin bağımsız olarak ele alınmasına engel değildir. ICSID

<sup>27</sup> YILMAZ A., s. 207; AKINTÜRK/BAKLACI, s. 497.

<sup>28</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 4 (RG. 6.5.2016/29704), “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 3 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer), “Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 11.2.1995/22199).

<sup>29</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 4 (RG. 6.5.2016/29704), “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 3 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer), “Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 11.2.1995/22199).

<sup>30</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 4 (RG. 6.5.2016/29704).

<sup>31</sup> Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 12.7.2015/29414), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 6.5.2016/29704) “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer).

bünyesinde görülen davalarda<sup>32</sup> ve doktrinde<sup>33</sup> bu ilkeler bağımsız olarak incelenmektedir.

Ulusal muamele, antlaşma tarafı yabancı devletin yatırımlarına ve yatırımcılarına karşı, ev sahibi devletin kendi yatırımcılarına ve yatırımlarına uyguladığı muameleyi gösterme yükümlülüğüdür<sup>34</sup>. En çok gözetilen ulus kaydı, bir antlaşmada tarafların birbirlerine ve vatandaşlarına, üçüncü bir devlete ve vatandaşlarına gösterilecek muameleden daha az elverişli olmayan şekilde muamelede bulunmasını sağlayan bir hükümdür<sup>35</sup>. Ayrımcılık yapmama ilkesi ise ev sahibi devletin yatırımcıya, kendi yatırımcısına veya benzer durumdaki diğer yatırımcılara gösterdiği muameleden daha düşük bir muamele sağlamamasıdır<sup>36</sup>. Doktrinde bu ilkenin, ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydını kapsadığı belirtilmiştir<sup>37</sup>.

Tam koruma ve güvenlik ilkesi, yabancı yatırımcılara veya yatırımlara yönelik gerçekleştirilecek olumsuz etkilere karşı ev sahibi devletin tedbir almasını gerektirmektedir<sup>38</sup>. Ev sahibi devlet, yatırımcının korunması ve

<sup>32</sup> Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27.8.2008, Para. 163, s. 50, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>, 6.7.2016; Azurix Corp. V. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.7.2006, Para. 407-408, s. 146, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 6.7.2016; PSEG v. Turkey, Para. 258-259; El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31.10.2011, Para. 228-231, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>, 6.7.2016; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3.10.2006, Para. 162-163, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 6.7.2016.

<sup>33</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 133.

<sup>34</sup> GİRAY, s. 41; AKINTÜRK/BAKLACI, s. 498-499; YILMAZ A., s. 246.

<sup>35</sup> Aysel ÇELİKEL/Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, 22. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2016, s. 70; Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 208-209; TUDOR, s. 189; Kaj HOBÉR, *MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties: Have We Reached The End of The Road?*, International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Ed. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich, Oxford University Press, New York, 2009, s. 33-34; Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ, *İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 29, 2009, s. 22; AKINTÜRK/BAKLACI, s. 499-500; YILMAZ A., s. 255.

<sup>36</sup> TUDOR, s. 186.

<sup>37</sup> YILMAZ A., s. 243.

<sup>38</sup> SORNARAJAH, s. 359; SALACUSE/SULLIVAN, s. 127; AKINTÜRK/BAKLACI,



güvenliği için “gerekli özeni” göstermelidir<sup>39</sup>. “Gerekli özen” kavramı, Asian Agric. Prod. Ltd. v. Sri Lanka davasında<sup>40</sup>; “iyi yöneten bir hükümetin benzer olaylarda alacağı makul tedbirler” olarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Tam koruma ve güvenlik ilkesinin kapsamı konusunda hakem kararları farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Bazı hakem kararlarında<sup>41</sup>, ev sahibi devletin yasal düzenlemelerinde yapacağı bir değişiklik veya idari bir kararıyla da bu ilkeyi ihlal edebileceği belirtilmektedir. Bu kararlara göre yatırımcının hukuki güvenliği de tam koruma ve güvenlik ilkesi kapsamında korunmaktadır<sup>42</sup>. Ancak bazı hakem heyetleri<sup>43</sup>, yasal veya idari değişikliklerin tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlalini oluşturmadığına karar vermektedir. Saluka v. Czech Republic davasında<sup>44</sup> hakem heyeti, tam koruma ve güvenlik ilkesinin esasen yatırımcının ve yatırımların ev sahibi devlette gerçekleşebilecek fiziksel saldırılara karşı korunmasını içerdiğini ifade etmiştir.

Ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı ve ayrımcılık yapmama prensipleri, ev sahibi devletin yasal düzenlemeleriyle<sup>45</sup> yakından ilişkilidir. Yatırımcı sırf bu prensiplere atıfla korunamaz<sup>46</sup>. Ev sahibi devletin kendi yatırımcılarına veya üçüncü devletlerin yatırımcılarına gösterdiği muamele, antlaşma tarafının yatırımcısının ve yatırımlarının korunması bakımından bir ölçüt durumundadır. Dolayısıyla yabancı yatırımların bu ilkeler kapsamın-

s. 507; YILMAZ A., s. 209-210.

<sup>39</sup> SALACUSE/SULLIVAN, s. 127.

<sup>40</sup> Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27.7.1990, Para. 77, s. 558, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>, 6.7.2016.

<sup>41</sup> Azurix v. Argentine, Para. 406-408; Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.5.2003, Para. 177, (Çevrimiçi) [http://www.italaw.com/documents/Tecnicas\\_001.pdf](http://www.italaw.com/documents/Tecnicas_001.pdf), 4.6.2015.

<sup>42</sup> Azurix v. Argentine, Para. 406-408.

<sup>43</sup> Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, In the Matter of an UNCITRAL Arbitration, Final Award, 3.9.2001, Para. 309, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/>, 8.12.2016.

<sup>44</sup> Saluka v. Czech Republic, Para. 483.

<sup>45</sup> Campbell MCLACHLAN QC/Laurence SHORE/Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, United Kingdom, 2008, s. 207. Burada örnek olarak, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (RG. 17.6.2003/25141) m. 3/2 gösterilebilir. Bu fıkra, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit muameleyle tabi oldukları belirtilmiştir.

<sup>46</sup> MCLACHLAN QC/SHORE/WEINIGER, s. 207.

da korunması, ev sahibi devletin kendi yatırımcılarına ve üçüncü devletin yatırımcılarına gösterdiği davranışa bağlıdır<sup>47</sup>.

Tam koruma ve güvenlik ilkesi ile adil ve eşit davranma yükümlülüğü ise ev sahibi devletin başka bir yatırımcıya gösterdiği davranışa bağlı değildir<sup>48</sup>. Bunlar, yukarıda sözü edilen ilkelere göre yatırımcıyı daha çok korumaktadır<sup>49</sup>. Çünkü bunlar, başka yatırımcılara veya yatırımlara gösterilen muameleye bakılmaksızın mutlak bir koruma sağlamaktadır<sup>50</sup>. Ev sahibi devlet, kendi yatırımcılarına veya üçüncü bir devletin yatırımcılarına gösterdiği korumayı yatırımcıya sağlasa bile, somut olayda adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali meydana gelebilir<sup>51</sup>. Yani, ev sahibi devletin kendi yatırımcılarına veya üçüncü bir devletin yatırımcılarına gösterdiği muamele de adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olabilir.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğü genelde antlaşmalarda diğer ilkeler ile bir arada bulunmaktadır<sup>52</sup>. Doktrinde adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, diğer ilkelerin bıraktığı boşlukları doldurduğu belirtilmiştir<sup>53</sup>. Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü bünyesinde görülen, Petrobart v. The Krygyz Republic davasında daha da geniş bir yorum yapılmıştır<sup>54</sup>. Hakem heyeti, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün diğer tüm prensipleri kapsayan bir ilke olduğunu belirtmiş ve sadece bu ilke üzerinden inceleme yapmıştır<sup>55</sup>. Dolayısıyla adil ve eşit davranma yükümlülüğü, açık olarak

<sup>47</sup> MCLACHLAN QC/SHORE/WEINIGER, s. 11, 207; TUDOR, s. 2, 186.

<sup>48</sup> MCLACHLAN QC/SHORE/WEINIGER, s. 207, 210-211; TUDOR, s. 182.

<sup>49</sup> MCLACHLAN QC/SHORE/WEINIGER, s. 207; TUDOR, s. 2; YILMAZ A., s. 222.

<sup>50</sup> MCLACHLAN QC/SHORE/WEINIGER, s. 207; Esen AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar*, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 7, Sa. 27, 2011, s. 60.

<sup>51</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 367; DOLZER/SCHREUER, s. 133; YILMAZ A., s. 222.

<sup>52</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 257; Noah RUBINS/N. Stephan KINSELLA, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Oxford University Press, Oceana Publications, 2005, s. 213. Örneğin, NAFTA m. 1105'te eşit ve adil davranma yükümlülüğü ile tam koruma ve güvenlik ilkesine birlikte yer verilmiştir.

<sup>53</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 132; DOLZER, *A Key Standard*, s. 90-91.

<sup>54</sup> Petrobart Limited v. The Krygyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29.3.2005, s. 76, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>, 6.7.2016.

<sup>55</sup> Aynı yönde; Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28.9.2007, Para. 297, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>, 6.7.2016.

bir ilkenin kapsamına girmeyen ama antlaşmanın konu ve amacına aykırı durumlara uygulanabilecektir<sup>56</sup>.

Kanaatimizce adil ve eşit davranma yükümlülüğünün; ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı ve ayrımcılık yapmama ilkelerinden farklı olduğu kolay bir şekilde göze çarpmaktadır. Zira adil ve eşit davranma yükümlülüğü ev sahibi devletin başka bir yatırımcı veya yatırıma gösterdiği davranışa bağlı değildir. Ancak tam koruma ve güvenlik ilkesi ile söz konusu yükümlülüğün birbiriyle örtüşen ortak yanları bulunmaktadır. Doktrinde de tam koruma ve güvenlik ilkesinin, adil ve eşit davranma yükümlülüğünü tamamlayacak şekilde yorumlanmasının gerektiği belirtilmektedir<sup>57</sup>. Bunlara antlaşmalarda birlikte yer verilmesi, yabancı yatırımcılar ve yatırımlar bakımından daha iyi bir koruma sağlayacaktır<sup>58</sup>.

## II. Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Uluslararası Örf ve Adet Hukuku

Uluslararası örf ve adet hukuku, uluslararası hukukun asıl kaynaklarından biridir<sup>59</sup>. “Uluslararası asgari standart esası” ise bir örf ve adet kuralıdır<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> DOLZER, *Today's Contours*, s. 12.

<sup>57</sup> RUBINS/KINSELLA, s. 217. Yazar, “Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka” kararına atıf yapmıştır. Karar için bkz., 40. dn.

<sup>58</sup> Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmalarının bazılarında adil ve eşit davranma yükümlülüğü ile tam koruma ve güvenlik ilkesine birlikte yer verilmiştir. Bkz., “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 12.7.2015/29414), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 6.5.2016/29704) “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer).

<sup>59</sup> Uluslararası hukukun asıl kaynakları; antlaşma, uluslararası örf ve adet ile hukukun genel ilkeleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz., PAZARCI, s. 245; Melda SUR, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 10. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2016, s. 19; Yusuf AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 58. Uluslararası örf ve adet hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., PAZARCI, s. 245-260; SUR, s. 78-84; AKSAR, s. 63-76.

<sup>60</sup> TUDOR, s. 61; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 274; AKINTÜRK/BAKLACI, s. 506.

Uluslararası asgari standart esasına göre, yabancıнын statüsünün devletler tarafından müştereken kabul edilmiş genel hukuk prensipleri ile belirlenmesi gerekmektedir<sup>61</sup>. Bu bağlamda, yabancıнын statüsü, devletlerin kendi vatandaşlarının statüsünden farklı olabilecektir<sup>62</sup>. Zira yabancı için, devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak, uluslararası hukukta egemen olan prensiplere göre bir değerlendirme yapılmaktadır<sup>63</sup>.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğü ve uluslararası asgari standart esasının birlikte değerlendirilmesi sonucunda farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Ayrıca hakem kararları da bu hususta farklılık arz etmektedir.

### **A. Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğünün Uluslararası Asgari Standart Esası ile Aynı Olduğu Görüşü**

Bazı hakem kararlarında, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün uluslararası asgari standart esasına ile aynı olduğu sonucuna varılmıştır<sup>64</sup>. Buna göre adil ve eşit davranma yükümlülüğü, uluslararası asgari standart esasının bir

<sup>61</sup> Ergin NOMER, *Teb'a ile Yabancıнын Hukuki Müsavati*, Baha Matbaası, İstanbul, 1962, s. 37, 40-41; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 40; TUDOR, s. 61; H. Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 32.

<sup>62</sup> NOMER, s. 37-38; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 40; NALÇACIOĞLU ERDEN, s. 32.

<sup>63</sup> NOMER, s. 37, 40-41; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 40; TUDOR, s. 61; NALÇACIOĞLU ERDEN, s. 32.

<sup>64</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic Of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2008, Para. 592, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 4.6.2015; *Saluka v. Czech Republic*, Para. 292; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007, Para. 292, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>, 4.6.2015; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25.6.2001, Para. 367, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 4.6.2015; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.8.2008, Para. 337, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>, 4.6.2015; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31.7.2007, Para. 369-370, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf>, 4.6.2015; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, In the Matter of an UNCITRAL Arbitration, Case No. UN 3467, Award, 1.7.2004, Para. 189, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>, 6.6.2015; *El Paso v. Argentine*, Para. 337.

yansımadır ve ondan farklı bir koruma getirmemektedir. Özellikle NAFTA kapsamında verilen hakem kararları bu sonuca ulaşmıştır.

NAFTA m. 1105'e göre; her taraf devlet, diğer taraf devletin yatırımlarına karşı uluslararası hukuka uygun davranacaktır. Maddenin devamında, uluslararası hukukun adil ve eşit davranma yükümlülüğü ile tam koruma ve güvenlik ilkesini kapsadığı belirtilmiştir. Bu maddenin başlığı da "asgari standart esası" ifadesini içermektedir.

NAFTA'ya taraf olan devletlerin temsilcilerinin oluşturduğu Komisyon, 31.7.2001 tarihinde, tüm tarafları bağlayan bir yorum yapmıştır<sup>65</sup>. Bu bağlayıcı yorum, madde 1105'i de kapsamaktadır. Buna göre, adil ve eşit davranma yükümlülüğü, uluslararası asgari standart esastan farklı bir davranış gerektirmemektedir.

NAFTA kapsamında verilen hakem kararlarında, Komisyon'un bağlayıcı yorumu esas alınmış, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün asgari standart esastan farklı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>66</sup>. *Mondev v. America* kararında<sup>67</sup>, NAFTA m. 1105'teki "including" (*kapsar*) kelimesi<sup>68</sup> bu sonuca gerekçe olarak gösterilmiştir. Söz konusu maddede, yukarıda da belirtildiği gibi, uluslararası hukukun adil ve eşit davranma yükümlülüğünü "kapsadığı" belirtilmektedir.

<sup>65</sup> Komisyon'un bu yorumu için bkz., (Çevrimiçi) [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp), 5.6.2015.

<sup>66</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11.10.2002, Para. 122, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>, 4.6.2015; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26.7.2003, Para. 128, (Çevrimiçi) <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf>, 4.6.2015; *United Parcel Service of America Inc. v. Government Of Canada*, The Matter of an Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction, 22.11.2002, Para. 97, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf>, 6.6.2015.

<sup>67</sup> *Mondev v. America*, Para. 122.

<sup>68</sup> "Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, "including" fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b)."

Daha sonra bazı tahkim yargılamalarında; adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, asgari standart esasının bir parçası olarak görülebileceğine karar verilmiştir<sup>69</sup>. Buna göre uluslararası asgari standart esası, adil ve eşit davranma yükümlülüğünden daha geniştir<sup>70</sup>.

## **B. Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğünü Uluslararası Asgari Standart Esasından Farklı Nitelendiren Görüşler**

Doktrinde adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, asgari standart esastan farklı olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Ayrıca bu görüşlerle aynı doğrultuda hakem kararlarına da rastlanılmaktadır.

Bir görüşe göre<sup>71</sup>, adil ve eşit davranma yükümlülüğü, uluslararası asgari standarttan farklıdır. Adil ve eşit davranma yükümlülüğü daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Ancak bu yükümlülük, özerk de değildir. Adil ve eşit davranma yükümlülüğü, uluslararası hukukun bir parçasıdır ve uluslararası örf ve adet hukukuna dayanmaktadır.

Başka bir görüşe göre ise<sup>72</sup>, adil ve eşit davranma yükümlülüğü, uluslararası asgari standart esastan ve diğer tüm ilkelerden bağımsızdır. Uluslararası örf ve adet hukukuna da bağlı değildir. Tamamen özerk bir kavram olarak ele alınmalıdır.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün bağımsız bir kavram olduğu görüşünü savunanlara göre; devletler tarafı oldukları yatırım antlaşmasında

<sup>69</sup> ADF Group v. America, Para. 121, 179-181; Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22.5.2007, Para. 258, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>, 4.6.2015. Aynı doğrultuda, MUCHLINSKI, s. 533.

<sup>70</sup> MUCHLINSKI, s. 533.

<sup>71</sup> TUDOR, s. 67-68.

<sup>72</sup> DOLZER, *A Key Standard*, s. 91; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 364; SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 4; DOLZER/SCHREUER, s. 133, 138; NEWCOMBE/PARADELL, s. 263, 269. Aynı yönde karar verilen ICSID davaları için bkz., Compañía De Aguas Del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20.8.2007, Para. 7.4.5., (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>, 4.6.2015; Tecnicas v. The United Mexican States, Para. 155; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.5.2004, Para. 110-112, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>, 4.6.2015; PSEG v. Turkey, Para. 239.

uluslararası asgari standart esasına veya genel anlamda uluslararası örf ve adet hukukuna yer vermek istiyorlarsa, antlaşma metninde bunlardan açıkça söz edebilirler<sup>73</sup>. Uluslararası örf ve adet hukukuna atıfta bulunmak için adil ve eşit davranma yükümlülüğünü kullanmaya gerek yoktur<sup>74</sup>. Asgari standart esaslı yatırım antlaşmaları bakımından bilinen bir kavramdır<sup>75</sup>. Asgari standart esaslı yerine adil ve eşit davranma yükümlülüğü kullanıldığına göre bu yükümlülük farklı demektir<sup>76</sup>.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün bağımsız bir kavram olduğunu iddia edenler tarafından, bu yükümlülüğün asgari standarttan farkı da belirtilmiştir. Buna göre adil ve eşit davranma yükümlülüğü, yatırımcıyı sadece bireysel olarak etkileyen durumlara genelde uygulanmaz<sup>77</sup>. Yatırımcının kişisel zararı bu yükümlülük bakımından önem taşımamakta, bizzat yatırımı etkileyen durumlar yükümlülüğün kapsamına girmektedir<sup>78</sup>. Dolayısıyla uluslararası örf ve adet hukuku bakımından gerçekleşecek bir ihlal, büyük ihtimalle, adil ve eşit davranma yükümlülüğüne de aykırı olacaktır<sup>79</sup>. Ancak adil ve eşit davranma yükümlülüğü bakımından söz konusu olabilecek bütün ihlaller, asgari standart esasına aykırılık bakımından yeterli olmayacaktır<sup>80</sup>.

### III. Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesinde Gözetilen Esaslar

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, yukarıda da bahsedildiği üzere, kesin bir tanımının yapılması mümkün görünmemektedir. Bu yükümlülüğün genel bir tanımının yapılamaması, onun kapsamını belirsiz kılmaktadır. Bu nedenle bu yükümlülüğün kapsamı, uygulamada karşılaşılan durumlar çerçevesinde belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>81</sup>. Bu noktada hakem kararları büyük önem taşımaktadır.

<sup>73</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 360; SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 4; DOLZER/SCHREUER, s. 134.

<sup>74</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 360; SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 4; DOLZER/SCHREUER, s. 134; NEWCOMBE/PARADELL, s. 269.

<sup>75</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 265.

<sup>76</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 265.

<sup>77</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 263.

<sup>78</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 263, 278.

<sup>79</sup> SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 4.

<sup>80</sup> SCHREUER, *Fair & Equitable Treatment*, s. 4.

<sup>81</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 145; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 278.

Hakem kararlarının incelenmesi sonucunda, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün dayandığı bazı esasların olduğu görülmektedir<sup>82</sup>. Bunlar birbirinden kesin sınırlarla ayrılmamakta, birbirleriyle örtüşmektedir<sup>83</sup>.

Çalışmamız kapsamında, hakem kararlarında değinilen önemli bazı esaslar açıklanacaktır. Ancak önemle belirtilmelidir ki; bunlar sınırlı sayıda değildir<sup>84</sup>. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kapsamı hakem kararları ile giderek netleşmektedir<sup>85</sup>.

## A. Yatırımcının Haklı Beklentilerinin Korunması Esası

Yatırımcının haklı beklentilerinin korunması, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün anahtar unsuru olarak görülmektedir<sup>86</sup>. Tahkim yargılamalarında yatırımcının haklı beklentilerinin ihlalini tespit amacıyla, ev sahibi devlette istikrarlı bir hukuki yapının bulunup bulunmadığı ve yasal düzenlemelerin şeffaflığı incelenmiştir<sup>87</sup>.

### 1. İstikrarlı Hukuki Düzen

Yatırımcının haklı beklentilerinin kaynağının, ev sahibi devletin yasal<sup>88</sup> ve idari<sup>89</sup> düzenlemeleri ile yetkili otoritelerinin işlemleri<sup>90</sup> ve yatırım ile ilgili taahhütleri<sup>91</sup> olduğu belirtilmektedir.

<sup>82</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 145; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 278.

<sup>83</sup> ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 289.

<sup>84</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 386.

<sup>85</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 386.

<sup>86</sup> *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* ("Fair and Equitable Treatment"), United Nations, New York, Cenevre, 2012, s. 63; NEWCOMBE/PARADELL, s. 279; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 279.

<sup>87</sup> AES Summit Generation Limited and AES-Tiszz Erözü Kft. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23.9.2010, s. 54 vd., (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 6.7.2016; Plama v. Bulgaria Para. 176-178, 219.

<sup>88</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 145; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 374; NEWCOMBE/PARADELL, s. 279; SORNARAJAH, s. 354; DOLZER, *Today's Contours*, s. 17; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 280; YILMAZ A., s. 227.

<sup>89</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 280; YILMAZ A., s. 231.

<sup>90</sup> *Fair and Equitable Treatment*, s. xvi; NEWCOMBE/PARADELL, s. 279; SORNARAJAH, s. 354; DOLZER, *Today's Contours*, s. 24-25; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 281.

<sup>91</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 145; SORNARAJAH, s. 354; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 280-281; YILMAZ A., s. 227.



Ev sahibi devletin yatırımlara ve yatırımcılara adil ve eşit olması için istikrarlı ve öngörülebilir bir yasal düzen gereklidir<sup>92</sup>. Ev sahibi devletin yasal ve idari düzenlemelerinin tutarlı, istikrarlı ve öngörülebilir olması; iyi bir yatırım ortamı için en önemli unsuru oluşturmaktadır<sup>93</sup>. Yatırımcılar istikrarlı bir hukuki düzene sahip olan devletleri tercih etmektedir<sup>94</sup>.

İstikrarlı bir hukuki çerçevenin oluşturulması hususunda, yatırıma başlandığı andaki ve devamındaki yasal düzenlemeler önem taşımaktadır. Yatırımcının haklı beklentilerinin kaynağını, yatırımın başladığı andaki -hatta hazırlık ve gerekli izinlerin alınması aşamasındaki- yasal düzenlemeler oluşturmaktadır<sup>95</sup>. Yatırıma başlandığı anda yatırımcıya sağlanan şartlar, haklı beklentilerin dayanağı durumundadır<sup>96</sup>. Yatırımcının bu şartlar dahilinde yaptığı planlar ve aldığı kararlar korunmalıdır<sup>97</sup>. Ancak burada önemle belirtilmelidir ki; eğer ev sahibi devlette genel bir istikrarsızlık varsa, artık yatırımcının haklı beklentileri azalacaktır<sup>98</sup>.

Ev sahibi devletin hukuki düzeninde istikrarın sağlanması, düzenlemelerin hiç bir şekilde değiştirilmemesi anlamına gelmemektedir<sup>99</sup>. Yasal

<sup>92</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.5.2005, Para. 274-276, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>, 7.6.2015; NEWCOMBE/PARADELL, s. 286.

<sup>93</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 145; TUDOR, s. 169; RUBINS/KINSELLA, s. 214; DOLZER, *A Key Standard*, s. 105; GİRAY, s. 39, 41; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 286; YILMAZ A., s. 227.

<sup>94</sup> DOLZER, *Today's Contours*, s. 23; YILMAZ A., s. 227.

<sup>95</sup> National Grid P.L.C. v. Argentine Republic, In the Matter of an UNCITRAL Arbitration, Award, 3.11.2008, Para. 173, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>, 8.6.2015; Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002, Para. 128, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>, 8.6.2015; DOLZER/SCHREUER, s. 145-146; DOLZER, *Today's Contours*, s. 18, 27.

<sup>96</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 281; DOLZER, *Today's Contours*, s. 27, yazar, yatırımın başladığı anda, ev sahibi devletteki politik, sosyo-ekonomik, kültürel ve tarihi şartların da haklı beklentiler kapsamında önemli olduğunu belirtmektedir.

<sup>97</sup> RUBINS/KINSELLA, s. 215.

<sup>98</sup> Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27.8.2009, Para. 192-197'de Pakistan'ın politik şartlarındaki genel istikrarsızlıktan bahsedilmekte ve Bayindir İnşaat'ın büyük beklentilerinin olamayacağına değinilmektedir.

<sup>99</sup> Saluka v. Czech Republic, Para. 305; DOLZER/SCHREUER, s. 148; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 374; NEWCOMBE/PARADELL, s. 282; DOLZER, *A Key Standard*, s. 105; DOLZER, *Today's Contours*, s. 21; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 287; YILMAZ A., s. 228.

düzenlemeler, yatırımcı lehine dondurulmuş değildir<sup>100</sup>. Ev sahibi devlet, haklı gerekçeler ile değişiklik yapabilecektir<sup>101</sup>. Burada önemli olan, ev sahibi devletin ayrımcılıktan uzak bir şekilde<sup>102</sup> iyi niyet esası ile değişiklik yapmasıdır<sup>103</sup>. Ev sahibi devlet değişiklik yaparken hukuka aykırı (iç hukuka ve uluslararası yatırım hukukuna) keyfi bir şekilde hareket etmemeli<sup>104</sup>, anlamsız<sup>105</sup> ve tutarsız davranmamalıdır<sup>106</sup>. Adil ve eşit davranma yükümlülüğü bakımından, ev sahibi devletin yasal düzeninde değişiklik yapma hakkı ile yatırımcının haklı beklentileri arasındaki dengeyi sağlanması önemli bir husustur<sup>107</sup>.

Devletin yetkili otoritelerinin, resmi memurlarının işlemleri de yatırımcının haklı beklentilerinin dayanağını oluşturabilmektedir. Burada önemle belirtilmelidir ki; resmi memurların sözlü olarak verdiği taahhütler de yatırımcının haklı beklentilerinin oluşmasına neden olabilmektedir<sup>108</sup>.

Ev sahibi devletin resmi memurlarının yaptığı işlemlere örnek olarak, yatırım ile ilgili lisans veya izinlerin verilmesi ya da iptali gösterilebilir<sup>109</sup>. Devletin bir resmi kuruluşu yatırıma izin veriyor ama başka bir makamı izni iptal ediyorsa, burada yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edildiği söylenebilecektir<sup>110</sup>.

ICSID bünyesinde görülen MTD v. Chile davasında<sup>111</sup>, devletin farklı otoritelerinin değişik kararlar vermesi nedeniyle yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Yine Metalclad v. Mexico

<sup>100</sup> Plama v. Bulgaria, Para. 177, 219; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 374.

<sup>101</sup> YILMAZ A., s. 228, 232.

<sup>102</sup> Thomas W. WÄLDE, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience*, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Studies in Transnational Economic Law*, Ed. Norbert Horn, Stefan Kröll, Vol. 19, Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, s. 213.

<sup>103</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 374; YILMAZ A., s. 228.

<sup>104</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 148; DOLZER, *Today's Contours*, s. 21; YILMAZ A., s. 231-234.

<sup>105</sup> WÄLDE, s. 213.

<sup>106</sup> Saluka v. Czech Republic, Para. 305; DOLZER, *Today's Contours*, s. 21; ŞİT KÖŞGE-ROĞLU, s. 279-280.

<sup>107</sup> *Fair and Equitable Treatment*, s. 72-73.

<sup>108</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 280; SORNARAJAH, s. 354.

<sup>109</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 280.

<sup>110</sup> DOLZER, *Today's Contours*, s. 20.

<sup>111</sup> MTD v. Chile, Para. 165.

davasında<sup>112</sup>, ev sahibi devletin idari bir makamının gerekli izni vermemesi, yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edildiğinin göstergesi olarak kabul edilmiştir.

ICSID bünyesinde görülen başka bir davada ise önemli bir noktaya değinilmiştir. Hakem heyeti, Southern v. Egypt davasında<sup>113</sup>, devletin resmi memurlarının işlemleri geçersiz olsa da bunların haklı bir beklenti oluşturabileceğine karar vermiştir. Karara konu olan olayda, yatırıma izin veren ve 1975 yılında yürürlüğe girmiş olan 475 Sayılı Başkanlık Kararnamesi daha sonra 267 Sayılı Kararname ile iptal edilmiştir<sup>114</sup>. Mısır Devleti bu Kararname'nin (kamu mallarının korunması için çıkarılan 1955 yılındaki Kararname'ye göre) ve bu Kararname'ye göre memurların yapmış olduğu işlemlerin geçersiz olduğunu iddia etmiştir<sup>115</sup>. Hakem heyeti ise söz konusu Kararname geçersiz de olsa resmi memurların hükümetin otoritesi altında işlem yaptığını vurgulamış ve yatırımcının buna güvenerek yatırımını gerçekleştirdiğini belirtmiştir<sup>116</sup>.

Ev sahibi devletin yasal düzenlemeleri ve resmi memurlarının işlemlerine ek olarak, “yatırım sözleşmesindeki”<sup>117</sup> taahhütlerin de haklı bir beklenti oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre<sup>118</sup>, ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşı olduğu devlet arasında yapılan yatırım antlaşmasındaki korumanın, yatırımcı

<sup>112</sup> Metalclad v. Mexico, Para. 76.

<sup>113</sup> Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.5.1992, Para. 82-83, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 8.6.2015.

<sup>114</sup> Southern v. Egypt, Para. 65.

<sup>115</sup> Southern v. Egypt, Para. 81.

<sup>116</sup> Southern v. Egypt, Para. 82-83.

<sup>117</sup> “Yatırım sözleşmesi”, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında imzalanmaktadır. Bu sözleşme ile ev sahibi devlet bir özel hukuk kişisi, tacir gibi yatırımcı ile ülkesinde yapılacak bir yatırıma ilişkin olarak anlaşmaktadır. Uygulamada genellikle “imtiyaz sözleşmesi” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşme çalışmamız kapsamında anlatılan, uluslararası hukuka dayanan “yatırım antlaşması”ndan farklıdır. “Yatırım antlaşması”, ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşı olduğu devlet arasında, yatırımların teşviki ve korunması amacıyla gerçekleştirilen, uluslararası hukuka dayanan bir antlaşmadır. “Yatırım sözleşmesi” ise bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., GİRAY, s. 13-16; İlhan YILMAZ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Basımevi, İstanbul, 2004, s. 16-28.

<sup>118</sup> SORNARAJAH, s. 355.

ile ev sahibi devlet arasında yapılan yatırım sözleşmesine genişletilmemesi gerekmektedir. Bu geniş yorum, antlaşma taraflarının iradelerinin ötesinde bir durum yaratmaktadır<sup>119</sup>. Taraflar yatırım antlaşması ile sözleşmesel korumayı amaçlamamaktadır<sup>120</sup>.

Başka bir görüşe göre ise<sup>121</sup> ev sahibi devletin yatırım sözleşmesindeki özel bir taahhüdü, yatırımcının haklı beklentilerinin oluşması hususunda etkili olabilir. Yine bir diğer görüşe göre<sup>122</sup>, yatırım sözleşmesindeki taahhütlerin yatırımcının haklı beklentilerinin dayanağı olup olmadığı, her bir somut olayın şartları çerçevesinde yapılacak incelemeler ile belirlenmelidir.

Uygulamada hakemler de bu hususta değişik kararlar vermektedir. Çoğunlukla, yatırım sözleşmesindeki taahhüdün yatırımcının haklı beklentilerinin ihlaline dayanak oluşturmayacağına karar verilmektedir. Buna göre, basit bir sözleşme ihlali yatırımcının haklı beklentisinin dayanağı olamayacaktır<sup>123</sup>. Burada hakemler tarafından göz önüne alınan ölçüt, devletin egemenlik hakkının<sup>124</sup> ve kamu gücünün<sup>125</sup> kötüye kullanılıp kullanılmadığıdır. Basit bir sözleşmeye aykırılık devletin egemenlik hakkını ve kamu gücünü kötüye kullandığı anlamına gelmeyecektir. Böylece yatırımcının haklı beklentileri ihlal edilmemiş sayılacaktır.

ICSID bünyesinde görülen Waste Management v. Mexico davasında<sup>126</sup>, ev

<sup>119</sup> SORNARAJAH, s. 355.

<sup>120</sup> SORNARAJAH, s. 355.

<sup>121</sup> DOLZER, *Today's Contours*, s. 26.

<sup>122</sup> ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 283, 289.

<sup>123</sup> Bu yöndeki bazı kararlar için bkz., Parkerings-Compagniet As. v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.9.2007, Para. 344-346, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>, 8.6.2015; EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8.10.2009, Para. 259-260, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>, 8.6.2015; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2.7.2010, Para. 204, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf>, 8.6.2015; Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18.7.2010, Para. 332-338, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>, 8.6.2010.

<sup>124</sup> Burlington v. Ecuador, Para. 204; Duke Energy v. Ecuador, Para. 345.

<sup>125</sup> Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic Of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22.4.2005, Para. 266-270, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>, 8.6.2015.

<sup>126</sup> Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.4.2004, Para. 115, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>, 7.6.2015.

sahibi devletin yatırımcıya yatırım sözleşmesi dolayısıyla gereken ödemeyi yapmamasının haklı beklenti ihlali oluşturmayacağına karar verilmiştir. Aynı şekilde *Biwater Gauff v. Tanzania* davasında da<sup>127</sup>, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan ödemenin yapılmamış olması, yatırımcının haklı beklentisinin ihlali anlamına gelmez denmiştir. Doktrinde de bu doğrultuda görüşler ileri sürülmektedir<sup>128</sup>. Buna göre ev sahibi devletin finansal sorumluluklarını yerine getirmemesi, yatırımcının haklı beklentilerinin ihlali sonucunu doğurmayacaktır<sup>129</sup>. Ancak, bu görüşün aksi yönünde verilen ICSID kararlarına da rastlanılmaktadır. *SGS v. Paraguay* davasında<sup>130</sup> hakem heyeti, yatırım sözleşmesi gereğince ev sahibi devletin yatırımcıya taahhüt ettiği miktarı ödemediğini belirtmiş ve bu durumu adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı görmüştür. Yine *SGS v. Philippines*<sup>131</sup> ve *Toto v. Lebanon*<sup>132</sup> davalarında da, sözleşmeye dayanan taahhütlere uyulmamasının, yatırımcının haklı beklentilerini ihlal edebileceği belirtilmiştir.

## 2. Şeffaflık

Yasal düzenlemelerde şeffaflığın sağlanması da yatırımcının haklı beklentileri ile yakından ilgilidir<sup>133</sup>. Yabancı yatırımcı için öngörülebilir, istikrarlı ve güvenli bir yatırım ortamının yaratılması; şeffaflığın sağlanmasına bağlıdır<sup>134</sup>.

Şeffaflık, yatırımcının faaliyetlerini etkileyen yasal çerçevenin açık olmasını ve yatırımcıyı etkileyen kararların bu çerçeve içerisinde alınmasını

<sup>127</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2008, Para. 636, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>, 8.6.2015.

<sup>128</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 380.

<sup>129</sup> SCHREUER, s. 380.

<sup>130</sup> *Sgs Société Générale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision Jurisdiction, 12.2.2010, Para. 146, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1526.pdf>, 8.6.2015.

<sup>131</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29.1.2004, Para. 162, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>, 8.6.2015.

<sup>132</sup> *Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, 7.7.2012, Para. 159, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1013.pdf>, 8.6.2015.

<sup>133</sup> *Plama v. Bulgaria*, Para. 178, s. 55; DOLZER/SCHREUER, s. 149; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 374; TUDOR, s. 176; MUCHLINSKI, s. 530; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 279, 286; YILMAZ A., s. 227.

<sup>134</sup> NEWCOMBE/PARADELL, s. 291.

gerektirmektedir<sup>135</sup>. Yasal düzenlemelerde şeffaflığın sağlanması için, belirsiz ve şüpheli durumların oluşması engellenmelidir<sup>136</sup>.

ICSID bünyesinde görülen Metalclad v. Mexico davasında<sup>137</sup>, yatırımın planlanması, işletilmesi ve tamamlanmasına etkiye bulunan tüm hukuki düzenlemeler hakkında yatırımcının açıkça bilgilendirilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Bu davada şeffaflık, merkezi bir rol oynamıştır<sup>138</sup>. Hakem heyeti, ev sahibi devletin şeffaflığa aykırı davrandığına karar vermiştir<sup>139</sup>. Yine, ICSID bünyesinde görülen Tecmed v. Mexico davasında<sup>140</sup> ev sahibi devletin yatırımcıyla olan ilişkilerinde şüpheden uzak ve şeffaf bir şekilde hareket etmesinin gerektiği vurgulanmıştır.

## B. İyi Niyetli Davranma Esası

Uluslararası örf ve adet hukuku gibi “hukukun genel ilkeleri” de uluslararası hukukun asıl kaynaklarından biridir<sup>141</sup>. Uluslararası yargı organları önelerine gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle antlaşma ve örf adet kurallarını araştırmalı, bulamazsa hukukun genel ilkelerine başvurmalıdır<sup>142</sup>. İyi niyet ise hukukun genel ilkelerinden biridir<sup>143</sup>.

Yatırım hukuku özelinde iyi niyet ilkesi, ev sahibi devletin kasıtlı davranışları ile yatırımların zarara uğratılmaması yükümlülüğünü ifade etmektedir<sup>144</sup>. Yatırım antlaşmasında belirtilen nedenlerden başka bir nedenle yatırımın sona erdirilmesi, ev sahibi devletin iyi niyetli davranmadığını gösterebilmektedir<sup>145</sup>. Yine ev sahibi devletin sahip olduğu yasal imkanları amacından

<sup>135</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 149; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 374; YILMAZ A., s. 227.

<sup>136</sup> DOLZER, *Today's Contours*, s. 31.

<sup>137</sup> Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.8.2000, Para. 76, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>, 7.6.2015.

<sup>138</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 150.

<sup>139</sup> Metalclad v. Mexico, Para. 99.

<sup>140</sup> Tecmed v. Mexico, Para. 154.

<sup>141</sup> PAZARCI, s. 260; SUR, s. 85; AKSAR, s. 76.

<sup>142</sup> PAZARCI, s. 265; SUR, s. 85; AKSAR, s. 77.

<sup>143</sup> PAZARCI, s. 270; SUR, s. 86; AKSAR, s. 80; DOLZER/SCHREUER, s. 156; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 383; DOLZER, *Today's Contours*, s. 16; YILMAZ A., s. 238.

<sup>144</sup> Vivendi v. Argentine, Para. 7.4.39; DOLZER/SCHREUER, s. 156.

<sup>145</sup> Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, In the Matter of an UNCITRAL

farklı kullanması, yani hakkını kötüye kullanması da kötü niyetli hareket ettiğine işaret edebilmektedir<sup>146</sup>. Hakkın keyfi ve mantığa aykırı biçimde kullanılması, kötüye kullanılması olarak anlaşılmaktadır<sup>147</sup>. Bu doğrultuda, bir yabancıнын mülkiyetinin kamu yararı olmaksızın kamulaştırılması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir<sup>148</sup>. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak bir yatırımcının mülkiyetinin kamulaştırılması<sup>149</sup>, ev sahibi devletin kötü niyetinden hareketle adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlalini gündeme getirebilir<sup>150</sup>.

İyi niyet, adil ve eşit davranma yükümlülüğü bakımından büyük önem taşımaktadır. *Sempra v. Argentine* davasında<sup>151</sup>, iyi niyetin önemini belirtmek için, “adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kalbi” olduğu ifade edilmiştir. ICSID bünyesinde görülen *Tecmed v. Mexico* davasında<sup>152</sup>, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün iyi niyetin bir ifadesi ve parçası olduğu vurgulanmıştır. Yine *Waste Management v. Mexico* davasında da<sup>153</sup> iyi niyetin, adil ve eşit davranma için temel bir zorunluluğu oluşturduğu belirtilmiştir.

---

Arbitration, Final Award, 12.12.2010, Para. 300, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0342.pdf>, 8.12.2016.

<sup>146</sup> *Frontier v. Czech Republic*, Para. 300; PAZARCI, s. 270-271.

<sup>147</sup> PAZARCI, s. 271.

<sup>148</sup> PAZARCI, s. 271; SUR, s. 86.

<sup>149</sup> Yabancılar a ait malvarlığı değerleri üzerinde yapılan kamulaştırma işlemi, belli şartlara uygun yapılması durumunda uluslararası hukuk tarafından tanınmaktadır. Kamulaştırma; kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan, usul kurallarına uygun olarak ve karşılığında tazminat ödenerek yapılırsa hukuka uygun olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz., NALÇACI-OĞLU ERDEN, s. 451-452.

<sup>150</sup> GİRAY, s. 133. Yatırımcının yatırıma dair kullanma ve yararlanma yetkilerinin tamamen ortadan kalkmadığı, dolayısıyla haksız kamulaştırma kararı verilemediği bazı durumlarda da adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali meydana gelebilmektedir. Örneğin “*CMS v. Argentine*” davasında (para. 263-264), Arjantin’in yatırıma başladığı andaki vergi tarifelerinde düzenleme yapma taahhüdünü yerine getirmemesi sonucunda adil ve eşit davranmadığına karar verilmiş ancak yatırımın günlük işleyişine bir müdahale olmadığı için kamulaştırma kararı verilmemiştir. Yine aynı doğrultuda, “*PSEG v. Turkey*” davasında (para. 278-280), Türkiye’nin yaptığı mevzuat değişikliklerinin yatırımı önemli ölçüde etkilediği kabul edilmiş, ancak işletmenin günlük faaliyetlerini sürdürmesine müdahale edilmediği için kamulaştırma olmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., NALÇACIOĞLU ERDEN, s. 113-124.

<sup>151</sup> *Sempra v. Argentine*, Para. 298.

<sup>152</sup> *Tecmed v. Mexico*, Para. 153.

<sup>153</sup> *Waste Management v. Mexico*, Para. 138.

İyi niyetin adil ve eşit davranma yükümlülüğü için bu kadar önemli olması, adil ve eşit davranma yükümlülüğüne her aykırılıkta ev sahibi devletin kötü niyetinin aranıp aranmayacağı meselesini karşımıza çıkarmaktadır.

Kötü niyet hususunda doktrinde ileri sürülen görüşler ve hakem heyetlerinin ulaştığı sonuçlar çoğunlukla aynı doğrultudadır. Buna göre adil ve eşit davranma yükümlülüğüne her aykırılıkta ev sahibi devletin kötü niyetinin bulunmasına gerek yoktur<sup>154</sup>. Ev sahibi devlet kötü niyetli olmasa da adil ve eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmiş olabilecektir. Ancak somut olayda ev sahibi devletin kötü niyetli hareketi, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin güçlü bir gösterge olacaktır<sup>155</sup>.

### C. İhkakı Haktan İmtina Etmeme Esası

“İhkakı haktan imtina (*denial of justice*)”<sup>156</sup>, hakkın usulünce yerine getirilmesinden, adaletin yerine gelmesinden kaçınma anlamına gelmektedir<sup>157</sup>. Hukukun genel ilkeleri arasında sayılan<sup>158</sup> “ihkakı haktan imtina edilmemesi” ilkesi, adil ve eşit davranma yükümlülüğü bakımından da büyük önem taşımaktadır<sup>159</sup>.

Yatırım hukuku özelinde “ihkakı haktan imtina” yasağı, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar için yatırım antlaşmasında tahkim yolu öngörülmüş olmasına rağmen, ev sahibi devletin dürüst bir şekilde

<sup>154</sup> Mondev v. America, Para. 116; Occidental v. Ecuador, Para. 186; CMS v. Argentine, Para. 280; El Paso v. Argentine, Para. 372; Loewen v. America, Para. 132; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 385, 386; NEWCOMBE/PARADELL, s. 277; Süleyman DOST, *Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgin Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)*, İstanbul Barosu Dergisi, Sa. 3, 2007, s. 1079; YILMAZ A., s. 239; Christopher F. DUGAN/Don WALLACE JR/Noah RUBINS/Borzu SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 506.

<sup>155</sup> DUGAN/WALLACE JR/RUBINS/SABAHI, s. 506.

<sup>156</sup> Doktrinde de “denial of justice” ilkesinden, “ihkakı haktan imtina” olarak bahsedilmektedir, bkz., H. Yılmaz GÜNAL, *İhkakı Haktan İmtina Halinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 14, Sa. 1, 1959, s. 173-186. Ancak bu ilkedeki “adaletten kaçınmanın yasaklanması” (bkz., PAZARCI, s. 271) ve “adil yargılanma hakkının ihlali” (bkz., YILMAZ A., s. 236) olarak bahseden yazarlar da bulunmaktadır.

<sup>157</sup> GÜNAL, s. 173; PAZARCI, s. 271.

<sup>158</sup> PAZARCI, s. 273.

<sup>159</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 154; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 381; DOLZER, *Today’s Contours*, s. 29; DOLZER, *A Key Standard*, s. 93; YILMAZ A., s. 235.



yapılan bu tahkim anlaşmasını reddetmesi ve tahkime gitmekten kaçınması durumunda önem taşımaktadır<sup>160</sup>. Bu durumda ev sahibi devletin adil ve eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilmektedir<sup>161</sup>.

İhkakı haktan imtina edilmemesi ilkesi bakımından yatırımcının idari süreçlerden haberdar edilmesi de kilit rol oynamaktadır<sup>162</sup>. Dolayısıyla idari süreçlerin hukuka uygun yürütülmesi bu ilke bakımından büyük önem taşımaktadır<sup>163</sup>.

ICSID bünyesinde görülen Middle East Cement v. Egypt davasında<sup>164</sup> hakem heyeti, Mısır devletinin yatırımcının gemisine el koymasının ve açık artırma ile satmasının öncesinde yatırımcıyı haberdar etmemesini adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı bulmuştur. Yine Metalclad v. Mexico davasında<sup>165</sup>, yatırımcının yapı izninin iptalinin görüşüldüğü toplantıya çağrılmaması adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür. Aynı doğrultuda Tecmed v. Mexico davasında<sup>166</sup> yatırımcının lisansının iptali hakkında bilgilendirilmemiş olması adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık oluşturmuştur.

#### **D. Yatırımcının Cebir ve Saldırıya Maruz Kalmaması Esası**

Yatırımcının ev sahibi devlette faaliyetlerini sürdürürken tehdit, zorlama veya baskıya uğraması durumunda adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali gündeme gelebilecektir<sup>167</sup>.

<sup>160</sup> Himpurna California Energy Ltd. v. Indonesia, In the Matter of an UNCITRAL Arbitration, Interim Award, 26.9.1999, Para. 184. Karar için bkz., DUGAN/WALLACE JR/RUBINS/SABAHI, s. 528.

<sup>161</sup> DUGAN/WALLACE JR/RUBINS/SABAHI, s. 528.

<sup>162</sup> SORNARAJAH, s. 359.

<sup>163</sup> DOLZER/SCHREUER, s. 154; SCHREUER, *Arbitral Practice*, s. 381; TUDOR, s. 157.

<sup>164</sup> Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12.4.2002, Para. 143, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>, 8.6.2015.

<sup>165</sup> Metalclad v. Mexico, Para. 91.

<sup>166</sup> Tecmed v. Mexico, Para. 162.

<sup>167</sup> SCHREUER, *Arbitral Practice* s. 380-381; DUGAN/WALLACE JR/RUBINS/SABAHI, s. 523-524; NEWCOMBE/PARADELL, s. 294; DOLZER, *Today's Contours*, s. 31.

Pope & Talbot v. Canada davasında<sup>168</sup> hakem heyeti ev sahibi devletin yatırımcıyı soruşturmaya tabi tutmasını, saldırgan bir tutum olarak değerlendirmiştir. Ev sahibi devletin işleri işbirliği içinde sürdürme niyetinin olmadığına karar vermiştir<sup>169</sup>.

Tecmed v. Mexico davasında<sup>170</sup>, ev sahibi devlet gerekli izni yenilemediği için yatırımcının yatırımın yapıldığı yeri değiştirmek zorunda kaldığı tespit edilmiştir.

ICSID bünyesinde görülen Total v. Argentine davasında<sup>171</sup> hakem heyeti, yatırım sözleşmesinde yer alan şartlardan daha az elverişli şartların kabulü için yatırımcının ev sahibi devlet tarafından zorlandığına karar vermiştir.

Desert Line v. Yemen davasına<sup>172</sup> konu olan uyuşmazlık, Yemen’de asfalt yol yapımını üstlenen yatırımcının personelinin silahlı tehditlere maruz kalması ve sonrasında ev sahibi devlette tutuklanmasına ilişkindir<sup>173</sup>. Yemen’deki tahkim yargılamasında yatırımcı lehine karara varılmış, ev sahibi devletin tazminat ödemesine hükmedilmiştir<sup>174</sup>. Ancak yatırımcı ev sahibi devletle bir sulh sözleşmesi imzalayarak daha düşük bir tazminatı kabul etmiştir<sup>175</sup>. Daha sonra yatırımcı sulh sözleşmesi yapmaya zorlandığı için sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia ederek<sup>176</sup> ICSID bünyesinde tahkime gitmiştir. Hakem heyeti, söz konusu sulh sözleşmesindeki şartları kabul ettiği anda yatırımcının iflasın eşiğinde olduğunu ve bu yüzden şartları kabule ekonomik olarak zorlandığını belirtmiş, bu durumu ev sahibi devletin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı bulmuştur<sup>177</sup>.

<sup>168</sup> Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, In the Matter of an UNCITRAL Arbitration, Award on the Merits, 10.4.2001, Para. 181, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>, 8.6.2015.

<sup>169</sup> Pope & Talbot v. Canada, Para. 181.

<sup>170</sup> Tecmed v. Mexico, Para. 163.

<sup>171</sup> Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, Para. 338, (Çevrimiçi) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>, 8.6.2015.

<sup>172</sup> Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6.2.2008, (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>, 8.12.2016.

<sup>173</sup> Desert Line v. Yemen, Para. 3-49.

<sup>174</sup> Desert Line v. Yemen, Para. 31.

<sup>175</sup> Desert Line v. Yemen, Para. 43.

<sup>176</sup> Desert Line v. Yemen, Para. 146.

<sup>177</sup> Desert Line v. Yemen, Para. 179-184.

## Sonuç

İnceleme konumuz kapsamında, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmalarında yaygın bir şekilde düzenlenen adil ve eşit davranma yükümlülüğü ele alınmıştır. Adil ve eşit davranma yükümlülüğü hakkında daha ayrıntılı incelemeleri gerektiren karmaşık bir kavramdır. Çalışmamızda belli noktalar aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğü, ev sahibi devletin başka üçüncü bir yatırımcı veya yatırıma karşı gösterdiği davranışa bağlı olmaksızın, uluslararası hukuka dayanan bir koruma sağlamaktadır. Bu bağlamda, ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı ve ayrımcılık yapmama prensiplerinden kesin sınırlarla ayrılmaktadır. Ancak tam koruma ve güvenlik ilkesinin, adil ve eşit davranma yükümlülüğü ile iç içe geçtiği ve birlikte ele alınmasının gerektiği durumlar karşımıza çıkabilir. Söz gelimi, ev sahibi devletin yatırıma başladığı anda yürürlükte bulunan yasaları sonradan keyfi ve kötü niyetli olarak değiştirmesi durumunda, yatırımcının haklı beklentilerinin ihlali dolayısıyla devletin adil ve eşit davranmadığına hükmedilebilecektir. Aynı zamanda, çalışmamızda yer verilen bazı hakem kararlarının belirttiği gibi tam koruma ve güvenlik ilkesinin yatırımcının hukuki güvenliğini de kapsadığı ifade edilerek bu ilkenin de ihlali yönünde karar verilebilecektir. Kanaatimizce, adil ve eşit davranma yükümlülüğü ve tam koruma ve güvenlik ilkesi birbirleriyle yakın ilişkilidir. Bu yüzden yatırım antlaşmalarında bu iki koruma standardına birlikte yer verilmesi, yabancı yatırımcıların ve yatırımların daha iyi korunmasını sağlayacaktır. Yabancı yatırımcılar faaliyette bulunmak için kendilerini en çok güvende hissettikleri devletleri tercih etmektedir. Zira yatırımlar genel olarak bir baraj, yol veya köprü inşaatı gibi uzun yıllar süren ve büyük harcamalar gerektiren işleri kapsamaktadır. Ev sahibi devletlerin ülkelerinde çeşitli yatırımların gerçekleştirilmesi için yabancı yatırımcıları çekebilmeleri, antlaşmalarda bu koruma standartlarına yer vermelerine bağlıdır. Yatırım antlaşmalarında tüm koruma standartlarına olabildiğince yer verilmelidir.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kapsamı ile ilgili olarak hakem kararlarında belli esaslar ele alınmaktadır. Bunlar dört başlık altında toplanmaya çalışılmıştır. Tabii ki bu sınırlayıcı bir sayım değildir. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kapsamı uygulamada hakem kararları ile günden güne netlik kazanmaktadır.

Yatırımcıların haklı beklentilerinin korunması, iyi niyetli davranma, ihkakı haktan imtina etmeme ve yatırımcının cebir ve saldırıya maruz kalmaması; hakemler tarafından çoğunlukla üzerinde durulan esaslardır. İyi niyet ve ihkakı haktan imtina etmeme gibi uluslararası hukukun kabul ettiği genel ilkeler adil ve eşit davranma yükümlülüğü kapsamında incelenmektedir. Bu durum adil ve eşit davranma yükümlülüğünün uluslararası hukuka dayanan mutlak bir koruma sağladığını göstermektedir. Bu mutlak korumaya aykırılık ev sahibi devletin yatırımcıya karşı tazminat sorumluluğunu doğuracaktır<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Tazminatın hesaplanmasında kullanılan yöntemlere ilişkin olarak bkz., GİRAY, s. 133, 169, 186, 198, 201.

### KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Esen; *Enerji Şartı Antlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar*, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 7, Sa. 27, 2011, s. 53-85.
- AKINTÜRK, Esen/BAKLACI, Pınar; *İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi: Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan, C. 25, Sa. 4, Aralık 2009, s. 477-532.
- AKSAR, Yusuf; *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- AYDOĞMUŞ, Ayşe Yasemin; *İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 29, 2009, s. 21-84.
- ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; *Yabancılar Hukuku*, 22. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2016.
- DOLZER, Rudolf; *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, The International Lawyer, Vol. 39, 2005, s. 87-106.
- DOLZER, Rudolf; *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, Santa Clara Journal of International Law, Vol. 12, Issue 1, 2014, s. 7-33.
- DOLZER, Rudolf/SCHREUER, Christoph; *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.
- DOST, Süleyman; *Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)*, İstanbul Barosu Dergisi, Sa. 3, 2007, s. 1071-1088.
- DUGAN, Christopher F./WALLACE JR, Don/RUBINS, Noah/SABAHI, Borzu; *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 2. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2013.
- GÜNAL, H. Yılmaz; *İhkakı Haktan İmtina Halinde Devletin Milletlerarası Mes'uliyeti*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 14, Sa. 1, 1959.

- HOBÉR, Kaj; *MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties: Have We Reached The End of The Road?*, International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Ed. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich, New York, Oxford University Press, 2009, s. 31-42.
- KAYA, İbrahim; *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KIRLI AYDEMİR, Deniz; *Yatırımların Korunması, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.
- MCLACHLAN QC, Campbell/SHORE, Laurence/WEINIGER, Matthew; *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, United Kingdom, 2008.
- MUCHLINSKI, Peter; 'Caveat Investor'? *The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, Issue 3, 2006, s. 527-558.
- NALÇACIOĞLU ERDEN, H. Zeynep; *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- NEWCOMBE, Andrew/PARADELL, Lluís; *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2009.
- NOMER, Ergin; *Teb'a ile Yabancı'nın Hukuki Müsavati*, Baha Matbaası, İstanbul, 1962.
- PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- RUBINS, Noah/KINSELLA, N. Stephan; *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Oxford University Press, Oceana Publications, 2005.
- SALACUSE, Jeswald W.; *Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain*, Arbitrating Foreign Investment Disputes: Studies in Transnational Economic Law, Ed. Norbert Horn, Stefan Kröll, Vol. 19, Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, s. 51-89.

- SALACUSE, Jeswald W./SULLIVAN, Nicholas P.; *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows, Ed. Karl P. Sauvant, Lisa E. Sachs, Oxford University Press, New York, 2009, s. 109-171.
- SCHREUER, Christoph; *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, Issue 3, 2005, s. 357-386.
- SCHREUER, Christoph; *Fair & Equitable Treatment*, British Institute of International and Comparative Law, Investment Treaty Forum, 9.9.2005, s. 1-5, (Çevrimiçi) [http://www.biiicl.org/files/933\\_fair\\_\\_equitable\\_talk\\_sep05\\_-\\_schreuer.doc](http://www.biiicl.org/files/933_fair__equitable_talk_sep05_-_schreuer.doc), 1.6.2015.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu; *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- SORNARAJAH, M.; *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2012.
- SUR, Melda; *Uluslararası Hukukun Esasları*, 10. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2016.
- TUDOR, Ioana; *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, New York, 2008.
- WÄLDE, Thomas W.; *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience*, Arbitrating
- Foreign Investment Disputes: Studies in Transnational Economic Law, Ed. Norbert Horn, Stefan Kröll, Vol. 19, Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, s. 193-237.
- YILMAZ, Alper Çağrı; *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, İlhan; *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Basımevi, İstanbul, 2004.

*Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, New York, Cenevre, 2012.

(Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org>.

(Çevrimiçi) <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/>, 27.12.2014.

(Çevrimiçi) <http://www.italaw.com>.

(Çevrimiçi) <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>, 17.5.2015.

(Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf), 4.6.2015.

(Çevrimiçi) <http://www.energycharter.org/>, 2.12.2016.

(Çevrimiçi) <https://www.miga.org/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>, 2.12.2016.

(Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>, 2.12.2016.